CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Ufficio del Massimario

Rassegna della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Penali

Anno 2017

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

Gli orientamenti delle Sezioni penali

Anno 2017

Direttore: *Camilla Di Lasi*
Vice-Direttore: *Giorgio Fidelbo*
Coordinatore: *Piero Silvestri*

hanno collaborato alla redazione:

Autori: *Maria Cristina Amoroso, Luigi Barone, Paolo Bernazzani, Matilde Brancaccio, Assunta Cocomello, Francesca Costantini, Paolo Di Geronimo, Luigi Giordano, Mariamanuela Guerra, Giuseppe Marra, Marzia Minutillo Turtur, Angelo Napolitano, Andrea Nocera, Paola Proto Pisani, Andrea Antonio Salemme, Debora Tripiccione e Andrea Venegoni*

INDICE GENERALE

INDICE GENERALE

PRESENTAZIONE (*Camilla Di Iasi – Giorgio Fidelbo*) XXV

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I

CONCORSO DI REATI

CAPITOLO I

CONCORSO FRA TRUFFA PER IL CONSEGUIMENTODI EROGAZIONI PUBBLICHE E MALVERSAZIONEAI DANNI DELLO STATO *(Assunta Cocomello)* 3

1. Premessa. 3

2. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità. 4

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: il criterio di specialità quale unico principio regolatore del concorso apparente di norme. 5

Indice delle sentenze citate 7

CAPITOLO II

IL CONCORSO TRA I REATI DI PORTO E DETENZIONE DI ARMA COMUNE E PORTO E DETENZIONE DI ARMA CLANDESTINA *(Assunta Cocomello)* 8

1. Premessa: i reati di cui agli artt. 4 e 7 legge 2 ottobre 1967, n. 865 e l'art. 23 legge 18 aprile 1975, n. 110. 8

2. La giurisprudenza di legittimità sul concorso di reati in materia di armi prima delle Sez. Unite "La Marca". 10

3. La rimessione alle Sezioni Unite. 10

4. La decisione delle Sezioni Unite. 11

Indice delle sentenze citate 14

SEZIONE II

CAUSE DI ESTINZIONE E DI NON PUNIBILITÀ DEL REATO

CAPITOLO I

PRESCRIZIONE E CIRCOSTANZE INDIPENDENTI *(Andrea Nocera)* 15

1. La decisione delle Sezioni Unite "S." del 2017. 15
2. Circostanze "indipendenti" e circostanze "ad effetto speciale". 16
3. La proposta interpretazione storico-dogmatica dell'art. 63, comma 3, cod. pen. 17
4. La natura di circostanza ad effetto comune dell'art. 609-*ter* cod. pen. 19
5. Principio di legalità e termini di prescrizione. 20
6. Le ricadute sulla giurisprudenza della Corte.. 21

Indice delle sentenze citate 23

CAPITOLO II

TENUITÀ DEL FATTO EX ART.131-*BIS* COD. PEN. E PROCEDIMENTO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE (*Paolo Di Geronimo*) 24

1. La questione controversa. 24
2. La tesi maggioritaria e le ragioni dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace. 25
   2.1. Ulteriori argomenti a sostegno della tesi maggioritaria. 27
   2.2. Le diversità sotto il profilo processuale. 28
3. La tesi minoritaria favorevole all'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace. 29
   3.1. Diversità degli istituti ed inapplicabilità del principio di specialità. 30
4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.. 31
5. L'estensione del principio anche alla nuova figura delle condotte riparatorie.. 34
6. Altre questioni aperte in tema di tenuità del fatto: il reato continuato. 34

Indice delle sentenze citate 37

SEZIONE III

REATI DEL CODICE PENALE

CAPITOLO I

REATI CONTRO LA FAMIGLIA *(Marzia Minutillo Turtur)*. 38

1. Premessa. 38
2. Gli orientamenti delle sezioni sui reati di cui agli artt. 570 – 572 cod. pen.. 41

3. L'alterazione di stato, nuovi profili interpretativi a seguito delle pronunce della Corte costituzionale. 47
3.1. Gli orientamenti della Corte di cassazione in materia di alterazione di stato nei casi di c.d. "gestazione per altri". 49
3.2. L'ordine pubblico internazionale, evoluzione interpretativa dei giudici di merito e della Corte di cassazione civile. 55
Indice delle sentenze citate 59

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DELL'ESERCENTE LA PROFESSIONE SANITARIA DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE "GELLI-BIANCO" *(Paola Proto Pisani)* 60

1. Premessa. 60
2. Il problema dell'interpretazione e dell'ambito applicativo dell'art. 590-*sexies*, comma secondo, cod. pen.. 60
3. Le decisioni in contrasto: l'interpretazione quale nuova regola di parametrazione della colpa in ambito sanitario che non configura una fattispecie di esonero o di limitazione di responsabilità. 64
4. (Segue). La tesi contraria: l'interpretazione che ritiene configurabile una causa di non punibilità operante nel solo caso di imperizia e indipendentemente dal grado della colpa. 67
5. I punti essenziali del contrasto. 69
6. La decisione delle Sezioni Unite: l'informazione provvisoria.. 70
Indice delle sentenze citate 72

CAPITOLO III

DISASTRI COLPOSI. LA PRONUNCIA RELATIVA AL NAUFRAGIO DELLA NAVE COSTA CONCORDIA *(Francesca Costantini)* 73

1. La fattispecie esaminata. 73
2. I profili soggettivi della condotta: la colpa cosciente. 73
3. La causalità della colpa.. 74
4. Le condotte di abbandono. 75
Indice delle sentenze citate 77

CAPITOLO IV

ACCESSO ABUSIVO AD UN SISTEMA INFORMATICO O TELEMATICO *EX* ART. 615-*TER* COD. PEN. E SVIAMENTO DI POTERE *(Paolo Bernazzani)* 78

1. Premessa. 78
2. Mantenimento abusivo all'interno di un sistema informatico e sviamento di potere (le Sezioni Unite "Savarese").. 79
3. Il quadro giurisprudenziale di riferimento: i principi affermati dalle Sezioni Unite "Casani". . . 79
4. (Segue). Il contrasto maturato fra le successive pronunce di legittimità e l'ordinanza di rimessione. 81

5. I fondamentali passaggi argomentativi della nuova decisione delle Sezioni Unite: "operazioni ontologicamente estranee" e abuso del pubblico funzionario. 83
6. Considerazioni finali.. 84
Indice delle sentenze citate 88

CAPITOLO V

FURTO IN ABITAZIONE: NOZIONE DI PRIVATA DIMORA *(Giuseppe Marra)* 89

1. Il contrasto giurisprudenziale. 89
2. I principi espressi nel 2006 dalle Sezioni Unite "Prisco" e dalla giurisprudenza costituzionale.. 90
3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 31345/2017 "D'Amico".. 92
Indice delle sentenze citate 94

CAPITOLO VI

FURTO CON DESTREZZA: LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE E LE PRONUNCE SUCCESSIVE *(Andrea Antonio Salemme)* 95

1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite e gli orientamenti in contrasto. 95
2. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite n. 34090/2017 "Quarticelli". 96
   2.1. Cenni agli argomenti addotti dalle Sezioni Unite a sostegno della propria decisione. 97
   2.2. L'ipotesi di causazione dello stato di disattenzione della vittima da parte dell'agente.. 97
3. Lo stato della giurisprudenza di legittimità e di merito dopo la sentenza delle Sezioni Unite. . 98
Indice delle sentenze citate 101

SEZIONE IV

CRIMINALITÀ DEL PROFITTO

CAPITOLO I

I REATI DI BANCAROTTA *(Matilde Brancaccio e Angelo Napolitano)* 102

1. Premessa. 102
2. La natura della sentenza dichiarativa di fallimento: verso la nuova definizione giurisprudenziale di condizione obiettiva di punibilità. 103
   2.1. La nuova configurazione ed il suo bisogno di consolidamento.. 106
3. La giurisprudenza sulla struttura dei reati di bancarotta. 108
   3.1. L'elemento oggettivo e le possibili condotte di reato. 109
   3.2. Questioni relative al concorso tra reati. 112
   3.3. Un argomento specifico: bancarotta fraudolenta patrimoniale, rapporti infragruppo e vantaggi compensativi.. 114
4. L'elemento soggettivo.. 116
Indice delle sentenze citate 118

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI (*Paolo Di Geronimo*) 120

1. L'ambito soggettivo di applicazione. 120
2. Le dinamiche cautelari. 121
3. La partecipazione dell'ente al processo. 122
4. *Simultaneus processus* e competenza determinata per connessione. 123
5. Utilizzabilità delle intercettazioni svolte a carico degli imputati del reato presupposto. 125
6. Prescrizione del reato ed esigenze di accertamento nel giudizio a carico dell'ente. 126
7. Reati presupposto ed interesse all'impugnazione. 127
8. Vicende modificative e contestazione dell'illecito. 128

Indice delle sentenze citate 130

CAPITOLO III

I REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI E FIGURE AFFINI (*Paolo Di Geronimo*) 131

1. Premessa. 131
2. I criteri distintivi tra le due ipotesi di turbativa. 132
3. Il bene giuridico tutelato. 134
4. L'ambito oggettivo di applicabilità dell'art. 353-*bis* cod. pen. 135
5. Il concorso con altre fattispecie di reato. 135

Indice delle sentenze citate 137

CAPITOLO IV

GIUDICE PENALE ED ATTO AMMINISTRATIVO *(Maria Cristina Amoroso)* 138

1. Premessa: il rapporto tra il giudice penale e l'atto amministrativo. 138
2. La disapplicazione dell'atto amministrativo nei reati edilizi. 139
   2.1. Le Sezioni Unite "Giordano". 140
   2.2. Le Sezioni Unite "Borgia". 142
   2.3. Il dibattito giurisprudenziale: Il filone minoritario. 143
   2.4. (Segue). Il filone maggioritario. 144
   2.5. Le pronunce di legittimità del 2017. 144
3. Giudice penale e giudicato amministrativo. 146
   3.1. Le pronunce di legittimità del 2017. 147
4. I limiti del sindacato penale sui vizi amministrativi. L'abuso d'ufficio. 148
   4.1. Le pronunce di legittimità del 2017. 149
5. I provvedimenti amministrativi di pubblica sicurezza presupposto della fattispecie penale 150
   5.1. Il Daspo. 151

Indice delle sentenze citate 154

SECONDA PARTE
CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E TERRORISMO

SEZIONE I
MANIFESTAZIONI DELL'ASSOCIAZIONE MAFIOSA

CAPITOLO I

IL REATO DI ASSOCIAZIONE MAFIOSA *(Luigi Barone e Andrea Antonio Salemme)* 159

1. Inquadramento.. 159
2. Dimensione intimidatrice esterna dell'associazione mafiosa. 160
3. Associazione mafiosa, intimidazione, territorio. 161
4. Mafia silente e differenti definizioni della stessa.. 162
5. Nuove ed autonome strutture mafiose. 164
6. Rapporti tra "associazioni-madri" ed "associazioni-figlie".. 166
   6.1. (*Segue*). Le più recenti evoluzioni giurisprudenziali. L'orientamento che valorizza il collegamento tra "associazioni-madri" ed "associazioni-figlie". 167
   6.2. (Segue). L'orientamento che valorizza la potenzialità intimidatoria delle "associazioni-figlie".. 170
   6.3. Associazioni storiche, associazioni tipiche e nuove mafie: cenni alla rilevanza della natura storica di un'associazione in tema di misure cautelari e di misure di prevenzione. 171
   6.4. Riflessioni conclusive sul tema dei rapporti tra "associazioni-madri" e "associazioni-figlie".. 172
7. Organizzazioni mafiose straniere attive in Italia, tra delocalizzazione e novità: risvolti in tema di prova.. 174
8. Coesistenza di associazioni. 174
9. Gli effetti della sentenza della Corte EDU "Contrada c. Italia" sull'ordinamento interno. . . . 176
   9.1. L'efficacia precettiva e gli effetti vincolanti: la sentenza Sez. 1, n. 43112 del 6/7/2017. . 176
   9.2. (*Segue*). Le ricadute sulle condanne in procedimenti analoghi. 179
10. Questioni interpretative relative alla circostanza aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 2001.. 181
   10.1. Il metodo mafioso. 181
   10.2. L'agevolazione mafiosa. 184
   10.3. Effetti dell'aggravante ex art. 7 d.l. n. 152 del 2001 sul regime della prescrizione. 185
   10.4. Il rapporto con la attenuante della dissociazione.. 185

Indice delle sentenze citate 187

SEZIONE II

MISURE DI PREVENZIONE

CAPITOLO I

SORVEGLIANZA SPECIALE DI PUBBLICA SICUREZZA E PRESCRIZIONI GENERICHE *(Debora Tripiccione)* 189

1. Premessa. 189

2. La sentenza della Corte EDU, De Tommaso c. Italia. 190

3. La violazione delle prescrizioni generiche e la sua idoneità ad integrare il reato di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011. 191

3.1. La sentenza delle Sezioni Unite, n. 40076 del 27/04/2017, Paternò. 192

4. Le questioni ancora aperte dopo le Sezioni Unite. 193

4.1. La determinatezza delle fattispecie di pericolosità generica. 193

4.2. La prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni. 196

4.3. Gli effetti sul giudicato. 196

Indice delle sentenze citate 198

CAPITOLO II

LA PERICOLOSITÀ SOCIALE DELL'INDIZIATO DI APPARTENENZA AD UN'ASSOCIAZIONE MAFIOSA *(Debora Tripiccione)* 199

1. Premessa. 199

2. Il contrasto giurisprudenziale sull'attualità della pericolosità sociale dell'indiziato di appartenenza di un'associazione mafiosa. 199

3. Il concetto di appartenenza ad un'associazione mafiosa nella giurisprudenza di legittimità. . 204

4. Gli indici rivelatori. 205

5. La sentenza delle Sezioni Unite, n. 111/2018, Gattuso. 206

Indice delle sentenze citate 209

CAPITOLO III

CONFISCA DI PREVENZIONE E SUCCESSORI DEL PROPOSTO *(Luigi Barone)*. 211

1. Le questioni risolte dalle Sezioni Unite "De Angelis". 211

2. La nozione di erede e di successore a titolo universale o particolare contenuta nell'art. 18 d.lgs. n. 159 del 2011. 212

3. I terzi intestatari fittizi dei beni del proposto. 212

4. La possibilità di confiscare patrimoni illeciti interamente dismessi in vita dal proposto. 213

5. La confisca dei beni trasferiti dai successori del *de cuius* a terzi. 214

6. L'incidenza delle presunzioni di cui all'art. 26, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011. 215

7. L'intestazione fittizia e la dichiarazione di nullità dei relativi atti dispostivi. 217
8. Conclusioni riepilogative. 218
Indice delle sentenze citate 220

CAPITOLO IV

CONFISCA DI PREVENZIONE SENZA SEQUESTRO E IMPUGNABILITÀ DEL DECRETO DI RIGETTO *(Francesca Costantini)* 221

1. Premessa. 221
2. La tesi che esclude l'appello del decreto di rigetto della richiesta di confisca non preceduta da sequestro. 221
3. La contrapposta tesi che ammette l'appello. 222
4. La pronuncia delle Sezioni Unite.. 223
Indice delle sentenze citate 226

SEZIONE III

REATI DI TERRORISMO

CAPITOLO I

I REATI COMMESSI CON FINALITÀ DI TERRORISMO *(Piero Silvestri)*. 227

1. Premessa. 227
2. La nozione di terrorismo.. 228
3. (*Segue*). Il profilo soggettivo delle condotte terroristiche. 231
4. L'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-*bis* cod. pen.). 233
4.1. (Segue). La condotta. 233
4.1.1. (Segue). Il terrorismo di matrice anarchica. 234
4.1.2. (Segue). Il terrorismo di matrice ideologico-religiosa. 236
5. L'arruolamento con finalità di terrorismo (art. 270-*quater* cod. pen.).. 240
6. L'addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-*quinquies* cod. pen.).. 241
7. L'attività di apologia. 243
8. Il reato di attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280 cod. pen). 247
Indice delle sentenze citate 250

TERZA PARTE
QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I
GIURISDIZIONE E COMPETENZA

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI CONFLITTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICI ORDINARI E MILITARI *(Mariaemanuela Guerra)* 255

1. Premessa. 255

2. La prima questione: l'individuazione dell'Ufficio requirente legittimato a partecipare al giudizio sul conflitto di giurisdizione tra giudici ordinari e militari. 256

2.1. La seconda questione: l'estensione del sindacato della Corte regolatrice sulla "medesimezza" del fatto. 258

3. La soluzione resa dalle Sezioni Unite sulla prima questione. 259

3.1.(*Segue*): la soluzione sulla seconda questione. 261

4. Gli altri principi espressi: la configurabilità del concorso tra i reati di minaccia a pubblico ufficiale, previsto dall'art. 336 cod. pen., e di istigazione aggravata di militari a disobbedire alle leggi, di cui all'art. 266 cod. pen.. 263

4.1. (Segue): l'individuazione del reato di maggiore gravità ai sensi dell'art. 13, comma 2, cod. proc. pen. 264

4.2. (Segue): gli effetti della pronuncia risolutiva del conflitto di giurisdizione. 265

Indice delle sentenze citate 266

CAPITOLO II

CONNESSIONE TELEOLOGICA ED IDENTITÀ SOGGETTIVA *(Francesca Costantini)* 268

1. La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite. 268

2. La tesi favorevole alla necessaria identità tra autori del reato fine e autori del reato mezzo. . 268

3. Il contrapposto e minoritario indirizzo giurisprudenziale. 270

4. Il principio affermato dalle Sezioni Unite. 271

Indice delle sentenze citate 274

CAPITOLO III

INCOMPETENZA PER MATERIA E TRASMISSIONE ATTI ALLA CORTE DI ASSISE *(Giuseppe Marra)* 275

1. La questione controversa 275

2. La decisione delle Sezioni Unite n. 39746/2017. 278

Indice delle sentenze citate 280

CAPITOLO IV

LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO ALL'IMMAGINE NEL PROCESSO PENALE. I RAPPORTI CON IL GIUDIZIO DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE *(Andrea Nocera)* 281

1. Premessa. 281
2. Il rapporto di reciproca autonomia tra giurisdizione penale e contabile. 281
3. L'orientamento della giurisprudenza contabile. 283
4. Limiti di risarcibilità del danno all'immagine della P.A. 284
5. Il divieto di *bis in idem* alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. 288

Indice delle sentenze citate 290

SEZIONE II

ATTI DEL PROCEDIMENTO

CAPITOLO I

NOTIFICA AL DIFENSORE E NON AL DOMICILIO DICHIARATO O ELETTO: CONSEGUENZE *(Luigi Giordano)* 291

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite. 291
2. La giurisprudenza delle Sezioni Unite sul rapporto tra elezione di domicilio e notificazione presso il difensore. 291
3. La giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema.. 294
4. Gli indirizzi contrapposti: la tesi che ritiene sufficiente la mera tempestiva proposizione dell'eccezione di nullità. 294
5. (*Segue*): L'insufficienza del solo rapporto fiduciario con il difensore ai fini della conoscenza dell'atto da parte dell'imputato. 296
6. L'orientamento che impone al difensore l'onere di allegazione di circostanze impeditive della conoscenza dell'atto.. 297
7. (*Segue*): la "funzione" dell'allegazione nelle dinamiche processuali. 298
8. Il contenuto dell'onere di allegazione. 299
9. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite. 300
10. Le notificazioni al difensore ai sensi degli artt. 157, comma ottavo-*bis* e 161, comma quarto, cod. proc. pen. 301
11. (*Segue*): La notificazione "impossibile" al domicilio dichiarato.. 303
12. L'assenso del difensore di ufficio alla elezione di domicilio. 307

Indice delle sentenze citate 310

CAPITOLO II

NULLITÀ DELL'UDIENZA PRELIMINARE *(Matilde Brancaccio)* 312

1. Nullità processuali e udienza preliminare: le questioni controverse "a volte ritornano".. 312

2. L'omessa notifica all'imputato dell'avviso per l'udienza preliminare equivale ad omessa citazione: la sentenza Sez. U, n. 7697 del 2017, Amato. 314
3. Le Sezioni Unite Amato e la nomofilachia. 316
4. Omessa notifica ed irregolare notifica. 317
Indice delle sentenze citate 319

SEZIONE III

MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I

GIUDIZIO CAUTELARE DI RINVIO E TERMINE PER IL DEPOSITO DEL PROVVEDIMENTO *(Debora Tripiccione)* 320
1. Premessa. 320
2. La questione controversa. 321
Indice delle sentenze citate 324

CAPITOLO II

SEQUESTRI E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ *(Giuseppe Marra)* 325
1. Introduzione. 325
2. Il principio di proporzionalità nei sequestri preventivi cosiddetti "impeditivi". 326
3. La proporzionalità nei sequestri preventivi ai fini di confisca. 328
Indice delle sentenze citate 331

CAPITOLO III

LUOGO DI PRESENTAZIONE DELLA RICHIESTA DI RIESAME DEL SEQUESTRO *(Andrea Venegoni)* 332
1. Le ragioni del contrasto. 332
2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione rimessa alle Sezioni Unite.. 333
2.1. Primo orientamento: la presentazione nel tribunale del capoluogo di provincia. 333
2.2. Secondo orientamento: la presentazione nei luoghi di cui all'art. 582, comma 2, cod. proc. pen.. 335
3. La comparazione con il riesame delle misure personali ed il "favor impugnationis". 336
4. Impugnazioni in procedimenti speciali. 337
5. Fonti sovranazionali. 338

6. Riassunto delle posizioni. 339
7. I termini della decisione delle Sezioni Unite. 340
Indice delle sentenze citate 342

CAPITOLO IV

SEQUESTRO DEL COMPUTER O DI UN SUPPORTO INFORMATICO, RESTITUZIONE PREVIA ESTRAZIONE DI COPIA E INTERESSE A RICORRERE *(Paolo Bernazzani)* 343

1. Nuove tecnologie e tutela dei diritti fondamentali. Il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 40963 del 20/07/2017, Andreucci. 343
2. I precedenti arresti giurisprudenziali. La sentenza delle Sezioni Unite del 2008, Tchmil. 343
3. (*Segue*). Le decisioni successive. Il sequestro informatico alla luce della legge n. 48 del 2008. 344
4. L'*iter* argomentativo seguito da Sez. U, Andreucci: natura e caratteristiche del "dato informatico". 346
5. (*Segue*). Sequestro informatico ed estrazione di copia dei dati. 347
6. (*Segue*). Le varie situazioni prospettabili in relazione all'oggetto del sequestro probatorio e gli effetti in tema di interesse a ricorrere. 349
Indice delle sentenze citate 351

CAPITOLO V

RICORRIBILITÀ IN CASSAZIONE DELLA PARTE CIVILE E SEQUESTRO CONSERVATIVO *(Angelo Napolitano)* 352

1. Premessa. 352
2. L'approdo del 2014 e le origini del contrasto. 352
3. L'ordinanza di rimessione n. 463 del 2017 ed i dubbi irrisolti. La decisione delle Sezioni Unite. 354
Indice delle sentenze citate 357

CAPITOLO VI

TUTELA DEL TERZO ESTRANEO, BENE IN SEQUESTRO PREVENTIVO E CONFISCA NON IRREVOCABILE *(Maria Cristina Amoroso)* 358

Premessa 358
1. La posizione del terzo proprietario, estraneo al giudizio, rispetto al bene oggetto di sequestro preventivo di cui sia stata disposta la confisca con sentenza non irrevocabile. 359
2. Il primo indirizzo interpretativo 359
3. Il secondo orientamento esegetico. 360
4. La rimessione alla Corte costituzionale del mancato riconoscimento al terzo del diritto di impugnare la sentenza di confisca di un suo bene. 361
5. Il terzo orientamento. La proponibilità dell'appello cautelare da parte del terzo anche dopo la sentenza di primo grado. 362
6. La decisione delle Sezioni Unite n. 48126 del 20/07/2017, Muscari. 363
Indice delle sentenze citate 366

SEZIONE IV

PROVE

CAPITOLO I

LE PRIME APPLICAZIONI DELLA SENTENZA "SCURATO" NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ. LA LEGGE N. 103 DEL 2017 *(Luigi Giordano)* 367

1. Premessa. 367
2. I primi riflessi della sentenza Scurato nella giurisprudenza successiva: La sentenza "Romeo". 368
3. (*Segue*). La sentenza Di Guardo. 370
4. (*Segue*). La sentenza Occhionero.. 371
5. (Segue). La sentenza Schirripa.. 373
6. I futuri sviluppi: La legge delega per la disciplina delle intercettazioni tramite captatore informatico. 373

Indice delle sentenze citate 377

SEZIONE V

LE IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

L'APPELLO E LA SPECIFICITÀ DEI MOTIVI DI IMPUGNAZIONE *(Marzia Minutillo Turtur)* . . 378

1. Premessa: l'ordinanza di inammissibilità per genericità dei motivi della Corte d'appello di Bologna del 24 maggio 2015 e la rimessione della questione alle Sezioni Unite. 378
2. Gli orientamenti delle sezioni semplici sugli oneri formali imposti dall'art. 581 cod. proc. pen. 379
3. La sentenza Galtelli e il superamento del contrasto. 381
4. Le modifiche legislative introdotte con la Legge 103 del 2017 e la nuova formulazione dell'art. 546 cod. proc. pen. in correlazione con il disposto dell'art. 581 cod. proc. pen. 383
5. Le pronunzie successive della Corte in materia di appello e specificità dei motivi. 383

Indice delle sentenze citate 387

CAPITOLO II

LA RINNOVAZIONE DELLE PROVE NEL GIUDIZIO D'APPELLO *(Matilde Brancaccio)* 388

1. *Overturning* in appello e obbligo di rinnovazione istruttoria: i molti volti di una questione controversa. 388

2. Un anno di giurisprudenza post-Dasgupta: quando è davvero necessario rinnovare la prova?. . . . 390
3. Obbligo di rinnovazione e rito abbreviato: la questione risolta dalle Sezioni Unite n. 18620 del 19/1/2017, Patalano. . . . 393
4. La riforma assolutoria non richiede l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa: il contrasto dopo la sentenza Dasgupta e la decisione delle Sezioni Unite "Troise". . . . 396
5. Prospettive e futuri scenari. . . . 402
Indice delle sentenze citate 404

CAPITOLO III

I POTERI DECISORI DELLA CORTE DI CASSAZIONE NELLA RIDETERMINAZIONE DELLA PENA *(Andrea Antonio Salemme)*. . . . 406

1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite e gli orientamenti in contrasto. . . . 406
2. Cenni alla giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen. prima della riforma di cui alla legge 23 giugno 2017, n. 103. . . . 407
3. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite. . . . 408
4. Gli argomenti addotti dalle Sezioni Unite a sostegno della decisione. . . . 408
Indice delle sentenze citate 411

CAPITOLO IV

L'APPLICABILITÀ DELLE SANZIONI SOSTITUTIVE NEL GIUDIZIO DI APPELLO *(Debora Tripiccione)*. . . . 412

1. Premessa. . . . 412
2. La questione controversa. . . . 412
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite 415
Indice delle sentenze citate 416

CAPITOLO V

CONCORSO TRA CAUSA ESTINTIVA DEL REATO E NULLITÀ ASSOLUTA *(Mariaemanuela Guerra)* 417

1. Premessa. . . . 417
2. Le ragioni del contrasto. . . . 418
2.1. Le indicazioni derivanti dalle procedenti pronunce delle Sezioni Unite. . . . 419
3. La soluzione resa dalle Sezioni Unite Iannelli. . . . 421
4. Osservazioni. . . . 422
Indice delle sentenze citate 424

CAPITOLO VI

SENTENZA CUMULATIVA E RILEVABILITÀ AUTONOMA DELLA PRESCRIZIONE *(Francesca Costantini)* 426

1. Premessa: ricorso parzialmente inammissibile avverso sentenza cumulativa e prescrizione. . . 426
2. La tesi contraria alla rilevabilità della prescrizione. . . . 427

3. La tesi favorevole alla rilevabilità della prescrizione. 428
4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite "Aiello". 428
5. La successiva giurisprudenza delle Sezioni semplici. 430
Indice delle sentenze citate 432

CAPITOLO VII

EFFETTO ESTENSIVO DELL'APPELLO E PRESCRIZIONE *(Giuseppe Marra)* 433

1. La questione controversa. 433
2. Le precedenti sentenze delle Sezioni Unite. 435
3. La decisione delle Sezioni Unite n. 3391 del 26/10/2017, dep. 2018, Visconti. 437
Indice delle sentenze citate 439

CAPITOLO VIII

SOSPENSIONE FERIALE DEI TERMINI E DEPOSITO DELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA *(Mariaemanuela Guerra)*. 440

1. Premessa. 440
2. Le ragioni del contrasto. 440
3. Gli arresti della giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite "Giacomini". 443
4. La soluzione resa dalle Sezioni Unite.. 445
Indice delle sentenze citate 449

CAPITOLO IX

ERRORE DI FATTO E REVISIONE *(Paola Proto Pisani)*. 451

1. Premessa: il ricorso straordinario per errore di fatto. 451
2. La tesi dell'inammissibilità del ricorso *ex* art. 625-*bis* cod. proc. pen. contro i provvedimenti della Corte di Cassazione in tema di revisione.. 452
3. (*Segue*). La tesi contraria: l'ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto avverso le decisioni della Corte conclusive di un giudizio di revisione. 452
4. L'oggetto del contrasto risolto dalle Sezioni Unite "Nunziata". 453
5. La decisione delle Sezioni Unite. 453
6. La giurisprudenza successiva. 457
Indice delle sentenze citate 458

CAPITOLO X

RESTITUZIONE IN TERMINE E SPEDIZIONE DELLA RICHIESTA A MEZZO POSTA *(Matilde Brancaccio)*. 459

1. Diritto all'impugnazione, contumacia e restituzione nel termine per impugnare. 459
2. Il contrasto sul criterio di verifica della tempestività dell'istanza di restituzione nel termine trasmessa a mezzo posta.. 461
3. La soluzione delle Sezioni Unite: ai fini della verifica della tempestività vale la data della spedizione. 463
Indice delle sentenze citate 466

SEZIONE VI

ESECUZIONE

CAPITOLO I

QUESTIONI INTERPRETATIVE IN MATERIA DI RECLAMI EX ART. 35-*BIS* E 35-*TER* ORD. PEN. *(Luigi Barone)* 467
1. Introduzione. 467
2. Questioni attinenti alla legittimazione delle parti. 468
2.1. Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai fini del reclamo della p.a.. 468
2.2. La legittimazione dei condannati ammessi ad una misura alternativa alla detenzione.. . . 469
3. La natura e il regime di prescrizione e decadenza dei rimedi risarcitori.. 470
3.1. L'interpretazione dei dati normativi alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza "Torreggiani". 470
3.2. La natura giuridica dell'azione ex art. 35-*ter* ord. pen.. 471
3.3. Il problema della retroattività dei nuovi rimedi risarcitori. 472
3.4. I termini di prescrizione ed il problema dell'individuazione del *dies a quo*. 473
3.5. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite "Tuttolomondo". 475
4. L'esclusione dell'attualità del pregiudizio tra i presupposti legittimanti il reclamo. 475
5. I parametri di computo dello spazio minimo garantito al detenuto. 476
6. Il tema delle spese di giudizio. 478
6.1. Il regolamento delle spese di giudizio sostenute dalle parti. 478
6.2. (Segue). Le spese sostenute dalle parti nel procedimento ex artt. 35-*bis* e *ter* ord. pen. . 480
6.3. Il contrasto giurisprudenziale in merito alla condanna della p.a. (ricorrente per cassazione) alle spese di procedimento anticipate dall'erario in caso di soccombenza. . . . 481
6.4. Inquadramento della questione e la soluzione offerta dalle Sezioni Unite "De Benedictis" in materia di ingiusta detenzione. 481
6.5. L'orientamento favorevole alla condanna della p.a. alle spese ex art. 616 cod. proc. pen.. 482
6.6. L'orientamento contrario.. 483
6.7. La nozione di parte privata nel processo penale. 484
6.8. Il principio dell'unicità della personalità dello Stato. 485
6.9. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite "Tuttolomondo". 485
Indice delle sentenze citate 488

CAPITOLO II

LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SULL'ERGASTOLO OSTATIVO *(Assunta Cocomello)* . . 490
1. La *quaestio iuris* in tema di ergastolo ostativo. 490
2. La compatibilità dell'ergastolo con la funzione rieducativa della pena e con i principi della CEDU. 490
3. Le condizioni di accesso ai benefici penitenziari del condannato per reati c.d. ostativi. 491
4. L'inesigibilità della collaborazione per il condannato che si protesta innocente. 492
Indice delle sentenze citate 495

CAPITOLO III

REATO CONTINUATO *IN EXECUTIVIS* E MODIFICABILITÀ DELLE PENE INFLITTE IN SEDE DI COGNIZIONE *(Mariaemanuela Guerra)* 496

1. Il potere di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione in sede di applicazione del reato continuato. 496
2. Le ragioni del contrasto. 497
3. La soluzione resa dalle Sezioni Unite.. 498
4. Osservazioni. 500

Indice delle sentenze citate 502

CAPITOLO IV

REATO CONTINUATO E POTERE DI RIDETERMINAZIONE DELLA PENA DA PARTE DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE *(Luigi Barone)* 504

1. La questione controversa. 504
2. Il primo orientamento. 504
3. Il secondo orientamento.. 505
4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite "Gargiulo".. 505
5. L'applicabilità del cumulo giuridico nella fase esecutiva.. 506
5.1. La preclusione del giudicato nel codice "Rocco". 506
5.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 1987.. 506
5.3. La soluzione favorevole adottata dal codice "Vassalli". 507
6. I limiti di operatività del principio di intangibilità del giudicato. 509
7. L'interpretazione costituzionalmente orientata seguita dalle Sezioni Unite. 510

Indice delle sentenze citate 513

CAPITOLO V

VIOLAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA E DIVIETO DI *REFOULEMENT (Assunta Cocomello)* 514

1. Premessa. 514
2. Il limite della violazione dell'art. 3 CEDU in materia di espulsione. 514
3. La giurisprudenza in tema di divieto di espulsione dello straniero "pericoloso". 515

Indice delle sentenze citate 519

SEZIONE VII

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE

CAPITOLO I

LA GIURISPRUDENZA SUL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO *(Andrea Venegoni)* 520

1. Sindacato dall'autorità giudiziaria italiana. 520

2. Motivi di rifiuto: assenza di limiti massimi di carcerazione preventiva. 521
2.1. Condanna “in absentia”. 521
2.2. Trattamento inumano e degradante.. 521
2.3. Doppia punibilità.. 522
3. Motivi di rinvio. 523
4. M.A.E. nei confronti di cittadino italiano o residente in Italia. 523
5. Questioni procedurali.. 524
6. Principio di specialità. 525
Indice delle sentenze citate 526

CAPITOLO II
LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI ESTRADIZIONE *(Andrea Venegoni)*. 527

1. Procedimento di estradizione. 527
2. Condizione di reciprocità. 528
3. Motivi di rifiuto. 528
4. Tutela dei diritti fondamentali.. 529
5. Misure cautelari. 529
6. Principio di specialità 529
Indice delle sentenze citate 531

CAPITOLO III
ROGATORIE *(Andrea Venegoni)* 532

1. Le decisioni intervenute nel 2017 in tema di rogatorie. 532
Indice delle sentenze citate 534

PRESENTAZIONE

Il principale compito dell'Ufficio del Massimario è, come è noto, quello di monitorare le sentenze di legittimità estraendone le "massime" là dove siano espressi principi di diritto, ma questa attività oggi non sempre riesce a rappresentare adeguatamente lo svolgimento dinamico della giurisprudenza, a causa del numero abnorme delle sentenze emesse (nel 2017 i procedimenti penali sopravvenuti sono arrivati a quota 56.642 – con un incremento dell'8,1% rispetto al 2016 – e i provvedimenti pronunciati sono stati 56.760, tra sentenze e ordinanze). Questa situazione di permanente crisi della Corte di cassazione, "assediata" da un numero di ricorsi che non trova corrispondenza negli altri ordinamenti europei, si ripercuote necessariamente sull'attività del Massimario, che finisce per "produrre" un numero di massime comunque eccessivo che, oltre a rendere estremamente difficoltosa l'individuazione delle principali e più consolidate linee interpretative della giurisprudenza nelle varie materie, evidenzia la ridotta capacità nomofilattica della Corte di cassazione. Se l'attuale Corte di legittimità tende, suo malgrado, a farsi "giudice di terza istanza", in considerazione della prevalenza dello ius litigatoris, il Massimario rischia a sua volta di trasformarsi in un "repertorio" di giurisprudenza, anziché rappresentare selettivamente il "diritto vivente" espresso dalla Corte di cassazione.

Per questa ragione il Massimario ha operato una maggiore selezione delle sentenze da massimare ed infatti negli ultimi anni vi è stata una tendenziale flessione delle massime penali estratte (n. 3932 nel 2014; n. 3632 nel 2015; n. 3154 nel 2016; n. 2532 nel 2017), ma soprattutto ci si è resi conto – già all'epoca della illuminata direzione di Stefano Evangelista e Giovanni Canzio – della necessità di affiancare all'attività tradizionale di massimazione la realizzazione di veri e propri "studi" sulla giurisprudenza di legittimità, che attraverso l'individuazione dei principali filoni interpretativi siano in grado di ricostruire una lettura coerente di un formante giurisprudenziale che può apparire di difficile decifrazione, in presenza di un numero sterminato di pronunce, talvolta contraddittorie.

La presente Rassegna, come le precedenti, persegue questa finalità e anche per il 2017 intende offrire una raccolta ragionata del diritto giurisprudenziale che si è formato attraverso le pronunce delle Sezioni penali della Corte di cassazione. Il risultato è un lavoro collettivo, al quale hanno preso parte tutti i magistrati dell'Ufficio del Massimario, in cui si è dato conto delle sentenze più rilevanti pronunciate durante l'anno, con particolare riferimento a quelle delle Sezioni unite, nel tentativo di delineare lo sviluppo del diritto giurisprudenziale in una prospettiva di "nomofilachia".

La Rassegna, come le edizioni precedenti, si articola in tre parti, suddivise in sezioni, capitoli e paragrafi.

Nella prima parte, dedicata alle questioni di diritto penale sostanziale, sono in evidenza le pronunce riguardanti alcuni temi sui quali la Corte di cassazione, anche a

Sezioni unite, è intervenuta nel corso dell'anno. Si segnalano le sentenze sull'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, sull'esclusione dell'estensione della causa di non punibilità per tenuità del fatto alla disciplina del procedimento davanti al giudice di pace e sulla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dopo l'entrata in vigore della legge "Gelli-Bianco", sulle quali le Sezioni unite sono state chiamate a sciogliere importanti dubbi applicativi.

Si è, inoltre, offerto uno sguardo d'insieme su alcuni dei problemi più attuali affrontati dalla giurisprudenza penale, tra cui quelli attinenti alla criminalità economica, per i quali deve segnalarsi l'innovativo orientamento di alcune pronunce del 2017 in materia di reati di bancarotta prefallimentare, secondo cui la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce condizione obiettiva di punibilità e non già elemento costitutivo estrinseco del reato, come tradizionalmente affermato.

La seconda parte della Rassegna si occupa di criminalità organizzata e di terrorismo.

Un intero capitolo è dedicato al confronto tra le organizzazioni di mafia "storiche" e le "nuove mafie", nonché all'analisi del differente atteggiarsi della capacità intimidatoria e delle forme di assoggettamento e condizionamento mafioso.

Nella stessa parte è stato trattato anche il tema, attualissimo, delle misure di prevenzione, dopo la sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia del 2017, che ha rivolto pesanti censure alla disciplina italiana. In questa materia la giurisprudenza di legittimità ha intensificato quella rilettura del sistema prevenzionale volta a renderlo compatibile con la Costituzione e con la Convenzione europea, rilettura iniziata ancor prima della decisione De Tommaso, ma che ha trovato un immediato riscontro nelle sentenze delle Sezioni unite e, in genere, nella più recente giurisprudenza di legittimità.

Sul fenomeno del terrorismo le pronunce prese in considerazione hanno affrontato i profili riguardanti le condotte di associazione con finalità di terrorismo, anche internazionale, caratterizzate da matrice ideologico-religiosa, nonché i reati di arruolamento ed addestramento con finalità di terrorismo: dalle motivazioni delle sentenze analizzate è ben leggibile quanto la giurisprudenza di legittimità abbia avuto la necessità di confrontare la struttura delle fattispecie di tali reati con una realtà criminale complessa ed in continuo divenire.

Nella terza parte sono stati ricostruiti alcuni dei principali percorsi della giurisprudenza su tematiche processuali, dando anche conto delle soluzioni offerte dalle Sezioni unite sui contrasti ad esse devoluti nel corso del 2017.

Numerosi i temi trattati che qui non possono essere elencati. Ci si limita ad evidenziare come un ambito processuale fortemente inciso dalle decisioni delle Sezioni unite sia stato quello delle impugnazioni, contesto in cui si sono registrate due fondamentali pronunce che hanno, da un lato, ribadito una precedente affermazione delle stesse Sezioni unite quanto all'applicabilità al giudizio abbreviato dell'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa in appello in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado; dall'altro, hanno stabilito l'insussistenza di detto obbligo nell'ipotesi in cui si tratti di overturning assolutorio.

È stato dato rilievo anche a sentenze che sono intervenute su materie di particolare attualità, anche perché oggetto di riforme legislative in corso, come ad esempio alcune decisioni in materia di intercettazioni operate attraverso l'uso del captatore informatico, che hanno dato seguito alla giurisprudenza delle Sezioni unite, che nel 2016 erano intervenute sul punto.

Deve sottolinearsi come a seguito della nuova formulazione dell'art. 618 cod. proc. pen., modificato ad opera della legge 23 giugno 2017, n. 103, con l'introduzione del nuovo comma 1-bis, la vocazione nomofilattica della Cassazione penale potrebbe ricevere nuovi impulsi.

Si tratta, come è noto, della disposizione che sancisce l'ingresso nel nostro ordinamento penale del principio del precedente vincolante, limitato alle decisioni delle Sezioni unite: infatti, oggi le Sezioni semplici della Corte di cassazione qualora non ritengano di condividere il principio di diritto contenuto in una sentenza delle Sezioni unite, sono tenute a "rimettere" a queste ultime la questione, esprimendo la ragione del dissenso. Occorrerà verificare nel concreto la funzionalità di questo rinnovato rapporto tra Sezioni unite e Sezioni semplici, nella consapevolezza che la Corte di cassazione, come ricordava Virgilio Andrioli, è istituto "affidato all'esperienza di coloro che cooperano al suo funzionamento, più che alle norme di diritto che lo disciplinano"; tuttavia non può non sottolinearsi come il legislatore del 2017 abbia finalmente avvertito la necessità di recuperare la capacità nomofilattica della Corte di cassazione, assegnando un ruolo più incisivo alle Sezioni unite, senza per questo mortificare la posizione delle altre Sezioni, in quanto l'obbligatorietà della rimessione non potrà essere intesa come una limitazione alla interpretazione e, quindi, alla creazione del diritto vivente, bensì come un momento di dialogo nella costruzione, condivisa, del precedente.

Il "dialogo" tra le Sezioni della Corte, se attuato con consapevolezza, potrà portare ad uno sviluppo della cultura del precedente e, di conseguenza, attraverso una maggiore stabilità delle decisioni, ottenere una riduzione dei contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte di cassazione e, quindi, una maggiore certezza del diritto e prevedibilità delle sentenze.

Peraltro, l'introduzione della disciplina sul vincolo del precedente consegna all'Ufficio del Massimario un ruolo ancor più delicato e impegnativo. Infatti, l'attività di massimazione dovrà essere ancor più attenta nella individuazione del principio di diritto, ora per valutarne la sua attitudine ad avere forza vincolante, ora per verificare se la sentenza di una Sezione semplice si ponga o meno in contrasto con i dicta delle Sezioni unite. Inoltre, in una prospettiva di valorizzazione delle pronunce "nomofilattiche" dovrà darsi ancor più impulso ai report e alle rassegne in grado di ricostruire l'andamento della giurisprudenza, fornendo una corretta e completa informazione.

Tali rinnovati compiti di interpretazione e ricostruzione sistematica dei precedenti impongono che il Massimario, nonostante le nuove competenze che sono state ad esso affidate, debba continuare ad occuparsi, in via prevalente e principale, dell'analisi scientifica del diritto giurisprudenziale.

Questa breve presentazione non può concludersi senza aver prima ringraziato, oltre al coordinatore del settore penale, Piero Silvestri, tutti i magistrati dell'Ufficio del Massimario che hanno contribuito, con il solito impegno, alla realizzazione della Rassegna del 2017: Maria Cristina Amoroso, Luigi Barone, Paolo Bernazzani, Matilde Brancaccio, Assunta Cocomello, Francesca Costantini, Paolo Di Geronimo, Luigi Giordano, Mariaemanuela Guerra, Giuseppe Marra, Marzia Minutillo Turtur, Angelo Napolitano, Andrea Nocera, Paola Proto Pisani, Andrea Antonio Salemme, Debora Tripiccione e Andrea Venegoni, assieme al personale della Segreteria e del CED che hanno curato la rifinitura dell'editing.

Infine, un ringraziamento particolare va al Presidente Giovanni Amoroso, che ha diretto l'Ufficio del Massimario con intelligenza, cultura e attenta partecipazione fino a quando ha assunto l'alto incarico di giudice costituzionale.

Roma, 31 gennaio 2018

Camilla Di Iasi - Giorgio Fidelbo

PRIMA PARTE

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I

CONCORSI DI REATI

CAPITOLO I

CONCORSO FRA TRUFFA PER IL CONSEGUIMENTO DI EROGAZIONI PUBBLICHE E MALVERSAZIONEAI DANNI DELLO STATO

(Assunta Cocomello)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità. – 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: il criterio di specialità quale unico principio regolatore del concorso apparente di norme.

1. Premessa.

Occorre premettere che, sullo sfondo della questione di diritto relativa al concorso del reato di malversazione ai danni dello Stato con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, riposa, in realtà, un nodo interpretativo di più ampio respiro, relativo all'esatta individuazione dei criteri per stabilire la sussistenza, nel nostro ordinamento, di un concorso apparente di norme, per la soluzione del quale non si poteva prescindere dal percorso ermeneutico fino ad oggi tracciato dalle Sezioni Unite con numerose pronunce, anche se relative a diverse fattispecie. In tale prospettiva, infatti, è preliminare accertare i confini ed i limiti di operatività dell'art. 15 cod. pen., unico principio espressamente previsto dal legislatore, nonché stabilire se sussiste, nel nostro ordinamento, *un'esclusiva operatività* del principio medesimo, unico criterio regolatore del concorso apparente di norme o, se invece, è riconosciuta la possibile operatività di altri criteri, applicabili in via alternativa o integrativa, in particolare quello dell'assorbimento (o consunzione). Dalla soluzione dei suddetti quesiti discendono, infatti, conseguenze di rilievo sul piano pratico e processuale. Se, infatti, sotto la vigenza del Codice Zanardelli, l'esigenza di fissare confini netti fra il concorso di norme ed il concorso di reati era meno sentita – posto che tale codice all'art. 78, sanciva il principio dell'assorbimento, stabilendo che nel caso di concorso di reati doveva applicarsi soltanto la pena per il reato più grave – con l'entrata in vigore del Codice attuale che – prima della novella del 1974, puniva il concorso formale con il cumulo materiale – si è posta l'esigenza equitativa di comprimere, dilatando la categoria del concorso apparente di norme, la rigida disciplina del concorso di reati. Ma anche il passaggio con il d.l. n. 99/74 dal cumulo materiale a quello giuridico in materia di concorso formale di reati, ha soltanto attenuato l'importanza del problema, restando una rilevante differenza, sostanziale e processuale, tra l'unicità e la pluralità di reati in relazione ad un determinato fatto. Va, inoltre, segnalato il panorama su cui si affaccia la pronuncia in esame, ponendo in rilievo che, mentre la giurisprudenza delle Sezioni Unite è caratterizzata da una linea di tendenziale preclusione all'operatività nel nostro ordinamento a criteri diversi da quello di specialità (alla quale non corrisponde altrettanta linearità della giurisprudenza di legittimità delle sezioni semplici, caratterizzata da estrema instabilità anche in ragione della peculiarità delle molteplici fattispecie concrete), la quasi totalità della dottri-

na afferma, invece, che il principio di specialità non può giocare un ruolo esclusivo nella individuazione di casi di concorso apparente di norme nel nostro ordinamento. In tema la gran parte degli autori invoca la soluzione ermeneutica di una *convivenza* nel sistema di altri principi, in particolare quelli di sussidiarietà e assorbimento o consunzione, la cui operatività, ai fini della individuazione delle ipotesi di concorso apparente di norme e di delimitazione di quelle di concorso tra reati, è imposta dai principi fondamentali del *nebis in idem c.d. sostanziale* e di proporzionalità tra fatto illecito e pena, espressamente riconosciuto dall'art. 49, § 3 della Carta dei Diritti fondamentali di Nizza, e di recente valorizzato, sia dalla sentenza della Corte europea dir. Uomo, Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, ric. 24130/11 e 29758/11, che lo ha individuato quale *ratio* sottostante al divieto del *bis in idem* di cui all'art. 4 prot. n. 7 CEDU sia dalla Corte costituzionale con la sentenza del 10 novembre 2016, n. 236.

2. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

Sulla specifica vicenda del concorso del reato di malversazione ai danni dello Stato con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, nella giurisprudenza di legittimità si registra, da tempo, un contrasto caratterizzato dalla presenza di due contrapposti orientamenti che, partendo dalla identica premessa che le due fattispecie siano tra loro in rapporto di specialità, pervengono tuttavia a soluzioni diverse. Il primo filone giurisprudenziale ritiene il concorso di reati in virtù della diversità della materia disciplinata dalle due disposizioni e della conseguente mancanza di identità degli interessi protetti dalle norme incriminatrici (Sez. 2, n. 29512 del 16/06/2015, Sicilfert s.r.l., Rv. 264232; Sez. 2, n. 43349 del 27/10/2011, Bonaldi, Rv. 250994; Sez. 6, n. 4313 del 02/12/2003, dep. 2004, Gramegna, Rv. 228655; Sez. 1, n. 4663 del 07/11/1998, Saccani, Rv. 211494; Sez. 6, n. 3362 del 15/12/1992, Scotti, Rv. 193155). Tale orientamento si fonda, sostanzialmente, sull'inapplicabilità del criterio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen., non sussistendo un'ipotesi di "stessa materia" regolata da una pluralità di disposizioni penali. Si tratta, invece, di norme che reprimono due comportamenti illeciti diversi, commessi in momenti successivi, con differenti modalità esecutive e che offendono beni giuridici diversi. In particolare la configurabilità del reato di malversazione non postula che l'erogazione sia stata conseguita con artifizi o raggiri essendo, comunque, ipotizzabile che il beneficiario abbia legittimamente ricevuto il denaro pubblico ma, successivamente, lo destini a scopi diversi da quelli in vista dei quali era stato erogato, allo stesso modo la truffa aggravata ex art. 640-*bis* cod. pen. si limita a reprimere la frode per mezzo della quale l'erogazione pubblica viene ottenuta. La circostanza, *solo eventuale*, che tali comportamenti possano sommarsi, si afferma, non fa venire meno la possibilità di concorso tra i due reati, non valendo a caratterizzare la prima o la seconda delle due ipotesi delittuose come speciale rispetto all'altra. Si evidenzia come tali pronunce escludano quindi il concorso apparente fra le due norme in considerazione della non operatività del principio di specialità, non prendendo, in tal modo, in alcuna considerazione l'operatività, in *subiecta materia*, di altri principi al di fuori di quello dell'art. 15 cod. pen. Un secondo orientamento, minoritario, che fa leva sul principio del "*nebis in idem*" sostanziale, sostiene che il reato di malversazione ai danni dello Stato ha natura sussidiaria e residuale rispetto alla truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e che, pertanto, nella fattispecie in esame, il reato previsto dall'art. 316-*bis* cod. pen. rimane assorbito nella più grave ipotesi di cui all'art. 640-*bis* cod. pen., intercorrendo tra le due norme un rapporto di sussidiarietà e non potendosi sottoporre a sanzione due comportamenti offensivi dello stesso bene, pur se in due momenti diversi momenti (Sez. 2, n. 39644 del 9/7/2004, Ambrosio, Rv. 230365; Sez. 6, n. 23063 del 12/5/2009, Bilot-

ti, Rv. 244180 e Sez. 2, n. 42934 del 18/9/2014, Messina). In particolare la pronuncia della Sezione sesta, ricorrente Bilotti, chiarisce che, nel caso in esame, non trova applicazione il principio di specialità, vertendosi in ipotesi di "due comportamenti diversi", e che, invece, si deve fare ricorso *"al principio di sussidiarietà che, appunto, opera quando due fattispecie criminose sanzionino due comportamenti diversi che offendono stati o gradi diversi dello stesso bene, uno più gravemente, e l'altro in misura minore, cosi che il secondo fatto reato rimane assorbito nel primo".* Pertanto, pur al di fuori dell'operatività dell'art. 15 cod. pen., secondo tali pronunce, si verte in un'ipotesi di concorso apparente di norme, in quanto il secondo comportamento (cioè quello di malversazione) si risolve in un mero atto esecutivo di una precedente condotta illecita più grave ed assorbente, in sé, il disvalore della fattispecie residuale successiva, con la conseguenza che le due fattispecie offendono i medesimi beni giuridici, poiché entrambe arrecano pregiudizio, tanto al patrimonio della pubblica amministrazione, quanto al buon andamento della stessa e, in particolare, tali beni, in particolare, risultano offesi sin dal momento di consumazione della truffa e, successivamente, solo ulteriormente pregiudicati dalla diversa destinazione.

È opportuno evidenziare come tale orientamento minoritario non ritiene dirimente, al fine di individuare gli spazi applicativi delle disposizioni, la considerazione che i diversi momenti di consumazione tra i due reati possano non coincidere, posto che il problema sorgerebbe proprio quando la diversa destinazione dei beni viene impressa allorché l'erogazione venga conseguita con artifizi e raggiri, prospettandosi in tal caso un'ipotesi di concorso apparente di norme e, sulla base di tale ultima ricostruzione, esclusa la rilevanza, quale discrimine utilizzabile per l'applicazione del principio di specialità, dell'identità di materia o di interesse protetto, si ritiene non corretto sottoporre a sanzione due comportamenti offensivi dello stesso bene, giacché il diverso impiego del finanziamento non sarebbe che una conseguenza naturale del conseguimento dell'erogazione a seguito di artifici o raggiri.

Alla luce del suddetto contrasto, le Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione sono state chiamate a pronunciarsi sul seguente quesito: *"Se ed a quali condizioni il reato di malversazione in danno dello Stato (art. 316-bis cod. pen.) possa o meno concorrere con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis cod. pen.)".*

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: il criterio di specialità quale unico principio regolatore del concorso apparente di norme.

La pronuncia Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269667-269668 ha affermato i seguenti principi di diritto:

- "*Nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art.15 cod. pen., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore";*
- "*Il reato di malversazione ai danni dello Stato concorre con quello di truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche, in ragione dell'autonomia delle due fattispecie".*

Il percorso argomentativo seguito dal Massimo Collegio nella soluzione del quesito rimessogli, ha preso le mosse dall'esame dei principi vigenti nel nostro ordinamento in materia di concorso apparente di norme. In proposito la Corte, dopo aver ribadito che ricorre l'ipotesi di concorso apparente di norme quando attraverso un confronto degli elementi strutturali dei reati più fattispecie risultino applicabili al medesimo fatto, ha precisato che lo stesso è regolamentato dall'art. 15 cod. pen. secondo il quale, quando più leggi penali

regolano la stessa materia, la legge speciale deroga alla legge generale, salvo che sia diversamente stabilito con la conseguenza che, ove si escluda il concorso apparente, si potrà derogare alla regola del concorso di reati solo in presenza di una c.d. clausola di riserva, che inserita nella singola disposizione, impone testualmente l'applicazione della norma incriminatrice prevalente, individuata dallo stesso legislatore secondo una logica diversa da quella del principio di specialità. La sentenza in esame, pertanto, dando continuità alla giurisprudenza delle precedenti Sezioni Unite (Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano; Sez. U, n. 16568 del 19/4/2007, Carchivi; Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, Di Lorenzo; Sez. U, n. 47164 del 20/12/2005, Marino, Rv. 232302; Sez. U, n. 22902 del 9/5/2001, Ndiaye, Rv. 218771; Sez. U, n. 23427 del 28/3/2001, Tiezzi, Rv. 218874) resta saldamente fondata sul criterio di specialità, individuato quale unico principio legalmente previsto in tema di concorso apparente di norme, precisando che non legittimano un mutamento giurisprudenziale, neanche i recenti interventi, convenzionali e costituzionali, aventi ad oggetto il c.d. *nebis in idem sostanziale*, riconosciuto quale diritto fondamentale dell'individuo nell'art. 4 Prot. 7 CEDU e nell'art. 50 della Carta fondamentale.

In particolare secondo le Sezioni Unite né i principi affermati dalla giurisprudenza convenzionale, né quelli contenuti nella sentenza della Corte cost. n. 200 del 2016 (che ha ridefinito l'applicazione dell'art. 649 cod. pen. (prescrivendola anche nella ipotesi di concorso formale tra l'ipotesi di reato in valutazione e quella oggetto del giudizio concluso), valgono a sostenere la necessità di un ampliamento del campo di azione del concorso apparente di norme, oltre i limiti del principio di specialità.

Per quanto concerne, in particolare, i rapporti tra l'art. 316-*bis* cod. pen. e art. 640-*bis* cod. pen., oggetto del ricorso rimesso alle Sezioni Unite, la sentenza in esame pone in evidenza la differenza strutturale tra le due fattispecie e le interferenze che, anche se in via eventuale, possono tra esse verificarsi, circostanza che sottolinea l'autonomia esistente tra le due ipotesi delittuose e la conseguente affermazione della sussistenza di un concorso materiale tra i reati, eventualmente unificabili nel vincolo della continuazione. Sul punto la suprema Corte precisa che non vale ad incrinare l'affermata sussistenza del concorso tra i due reati la considerazione che, in alcuni casi, il reato di malversazione si atteggi, in concreto, come naturale prosecuzione della condotta truffaldina, ritenendo possibile perciò l'effetto di assorbimento, in quanto la comparazione tra le due norme, al fine di apprezzare la valutazione implicita tra esse effettuata dal legislatore, deve fondarsi sulla "struttura astratta" delle due fattispecie e non, invece, sul loro atteggiarsi in concreto, "*condizione che riguarda il diverso istituto del concorso tra reati e la valutazione dell'elemento soggettivo al fine di accertarne la natura autonoma o unica dell'attività ideativa*".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 1, n. 4663 del 07/11/1998, Saccani, Rv. 211494
Sez. 6, n. 3362 del 15/12/1992, Scotti, Rv. 193155
Sez. 6, n. 4313 del 02/12/2003, dep. 2004, Gramegna, Rv. 228655
Sez. 2, n. 29512 del 16/06/2015, Sicilfert s.r.I., Rv. 264232
Sez. 2, n. 43349 del 27/10/2011, Bonaldi, Rv. 250994
Sez. 2, n. 39644 del 9/7/2004, Ambrosio, Rv. 230365
Sez. 6, n. 23063 del 12/5/2009, Bilotti, Rv. 244180
Sez. 2, n. 42934 del 18/9/2014, Messina
Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano
Sez. U, n. 16568 del 19/4/2007, Carchivi
Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, Di Lorenzo
Sez. U, n. 47164 del 20/12/2005, Marino, Rv. 232302
Sez. U, n. 23427 del 9/5/2001, Ndiaye, Rv. 218771
Sez. U, n. 22902 del 28/3/2001, Tiezzi, Rv. 218874
Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269667 – 269668

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 174 del 1984
Corte cost., sent. n. 200 del 2016
Corte cost., sent. n. 236 del 2016

CAPITOLO II

IL CONCORSO TRA I REATI DI PORTO E DETENZIONE DI ARMA COMUNE E PORTO E DETENZIONE DI ARMA CLANDESTINA

(Assunta Cocomello)

SOMMARIO: 1. Premessa: i reati di cui agli artt. 4 e 7 legge 2 ottobre 1967, n. 865 e l'art. 23 legge 18 aprile 1975, n. 110. – 3. La rimessione alle Sezioni Unite. – 4. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Premessa: i reati di cui agli artt. 4 e 7 legge 2 ottobre 1967, n. 865 e l'art. 23 legge 18 aprile 1975, n. 110.

Tra le decisioni emesse dalle Sezioni Unite penali, nel corso dell'anno 2017, deve essere annoverata Sez. U, n. 41588 del 22/6/2017, La Marca, Rv. 270902 che ha ribaltato totalmente l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di concorso di reati in materia di armi, consolidato in senso opposto alla decisione suddetta, a far data dagli anni '70 del secolo scorso.

Per comprendere meglio le ragioni di tale radicale inversione, è opportuno tracciare brevemente i tratti identificativi dei reati di detenzione e porto illegale di arma comune da sparo, previsti dagli artt. 2, 4 e 7 legge 2 ottobre 1967, n. 865, nonché quelli di detenzione e porto di arma clandestina, previsti dall'art.23, comma 1, 3 e 4, legge 18 aprile 1975, con particolare riferimento alla *ratio legis* della loro incriminazione ed al profilo strutturale delle loro condotte.

In relazione alla materia della disciplina e del controllo delle armi si sono succedute nel tempo diverse leggi speciali che hanno contribuito a determinare una situazione caotica e frammentaria che ha creato non pochi problemi interpretativi in relazioni alle diverse fattispecie, con particolare riferimento alla disciplina del concorso di norme (oltre alla questione in esame, si ricorda quella relativa alla problematica sul concorso tra il porto e la detenzione di arma comune da sparo e all'applicabilità dell'attenuante del fatto di lieve entità di cui all'art. 5 riguardante le armi comuni da sparo, alle fattispecie criminose riguardanti le armi clandestine, anch'essa risolta, in senso negativo, con Sez. U, n. 2561 del 22/01/1984, Califano, Rv. 163243). La materia è regolata dalle seguenti fonti normative: legge 2 ottobre 1967, n. 895, modificata dalla legge 14 ottobre 1974, n. 497, che ha reso applicabili le disposizioni relative alla condotta di detenzione e porto delle armi da guerra alle armi comuni da sparo; legge 18 aprile 1975 n. 110, caratterizzata dalla proliferazione di nuove figure criminose, quali quelle relative alle armi clandestine, introdotte al fine di reprimere ogni condotta avente ad oggetto armi, sia che ne agevoli l'uso, la diffusione o ne renda difficoltosa l'identificazione o la ricerca; legge 12 luglio 1991 n. 203 di conversione, con modificazioni, del d.l. 13 maggio 1991 n. 152 che ha inasprito le pene per i reati di detenzione e porto di armi clandestine, risolvendo alcuni problemi di ingiustificata disparità di trattamento sanzionatorio dei reati aventi ad oggetto armi clandestine, prima (discutibilmente) puniti meno severamente di quelli riguardanti armi comuni da sparo. Per quanto concerne, in particolare, i reati aventi ad oggetto armi clandestine, l'individuazione della categoria emerge dall'analisi del comma 1 dell'art. 23 legge 18 aprile 1975, n. 110, che definisce "*clandestine*" le armi comuni da sparo non catalogate e le armi comuni e le canne sprovviste dei numeri, dei contrassegni e della sigla. La formulazione di questa categoria discende, a sua volta, dalla previsione degli artt. 7 e 11 della citata legge di un obbligo di

catalogazione e registrazione afferente alle armi comuni da sparo. Il concetto di clandestinità quindi, pur essendo in astratto riferibile a qualsiasi tipo di arma, ha rilievo, in base a quanto stabilito dalla legge, unicamente per le armi comuni da sparo e per le canne di esse.

Pertanto, con l'introduzione della disciplina e dell'incriminazione delle condotte aventi ad oggetto armi clandestine, si è resa necessaria da parte dell'interprete un'attenta verifica in termini di generale coordinamento, non solo dell'art. 23, ma anche degli artt. 7 e 11 della legge n. 110 del 1975 con altre disposizioni in materia di armi, finalizzata ad adottare, con notevoli difficoltà, soluzioni logicamente e tecnicamente accettabili, tali da far risultare le nuove norme armonicamente inserite nel complesso sistema normativo che governa la materia. In particolare, per quanto di interesse in questa sede, considerata l'identità delle condotte (quantomeno riguardo al profilo dell'agire umano) di detenzione e porto di armi clandestine, rispetto a quelle di detenzione e porto di arma comune da sparo, previste, rispettivamente, dagli artt. 2 e 4 della legge n. 85 del 1967, così come sostituiti dalla legge n. 497 del 1974, dottrina e giurisprudenza sono state chiamate ad affrontare il problema in relazione alla possibilità di un concorso tra tali reati.

In dottrina, prevalentemente, si è sostenuta la configurazione di un concorso formale tra le due ipotesi, sottolineando l'assoluta novità dell'incriminazione prevista dall'art. 23 legge n. 110 del 1975 rispetto alla precedente disciplina e si è sostenuta l'autonomia di tale fattispecie rispetto a quella di detenzione e porto illegale di armi comuni, tanto da ritenere inapplicabile a tale ipotesi il principio di specialità previsto dall'art. 15 cod. pen., in ragione della diversità del bene giuridico tutelato dalle norme, che non riguarderebbero, quindi, "*la stessa materia*". In particolare si è posto in evidenza che l'art. 23 tutela l'interesse della pubblica amministrazione a che tutte le armi esistenti nel territorio dello Stato siano catalogate e munite dei prescritti segni di identificazione, per uno scopo più generale del controllo sulla singola arma, mentre le disposizioni contenute nella legge n. 895 del 1967, così come modificate dall'art. 14 della legge n. 497 del 1974, tutelano l'interesse di rendere agevole all'autorità di polizia la tempestiva conoscenza delle persone e dei luoghi specifici in cui esse vengono custodite, in modo che possano essere tempestivamente effettuati controlli ed adottati ordini di consegna allo scopo di evitare o accertare delitti contro la vita e l'incolumità personale. Si è sul punto sostenuto che la previsione dell'art. 23, non è norma isolabile e va valutata alla luce dell'intera normativa in cui è inserita, nel suo significato di politica legislativa caratterizzata da un indiscutibile disfavore per le armi clandestine e per i reati ad esse collegati, stante la coordinazione con gli obblighi di immatricolazione e di istituzione del catalogo nazionale, il cui scopo complessivo è quello di soddisfare, nell'ottica di prevenzione indiretta, l'esigenza di ripercorrere l'*iter* seguito dall'arma, i suoi passaggi, tempi e modalità di acquisto, località di provenienza, modalità di ingresso nello Stato, elementi la cui conoscenza può consentire di risalire agli autori di ben più gravi fatti criminali della detenzione e del porto. Sotto un profilo più squisitamente repressivo, inoltre, il rilievo autonomo attribuito alla *"clandestinità*" dell'arma, consente anche di punire con maggiore severità gli illeciti commerci di armi alterate o all'origine sfornite di segni di identificazione. Tale esigenza, infatti, era particolarmente avvertita dal legislatore del tempo in quanto la cronaca giudiziaria dei primi anni settanta si presentava particolarmente ricca di episodi criminosi in cui era molto diffusa la pratica di cancellare il numero di matricola o di utilizzare armi create *ex novo*, non catalogate o derivanti da alterazioni di modelli esistenti, al fine di occultare tracce di imprese criminose anche gravi. Nell'ottica del legislatore, pertanto, assicurare un rilievo penale autonomo alle armi clandestine significava perseguire una particolare finalità di controllo delle armi resa necessaria dalla pericolosità insita nelle stesse, "stante una destinazione d'uso che poteva assumersi secondo l'*id quod plerumque accidit.*"

Ad ulteriore conforto della necessità di configurare un concorso tra le ipotesi criminose in esame, inoltre, viene posto in evidenza che il ricorso al principio di specialità porterebbe ad una soluzione di indubbio squilibrio del rapporto di disvalore tra fatto e misura della sanzione, giacché la detenzione illegale di un'arma clandestina non denunciata sarebbe sanzionata con una pena di misura minore rispetto a quella prevista per la detenzione illegale di un'arma non clandestina, vanificando, di fatto, l'intento che il legislatore sia era prefissato con l'introduzione della legge n. 100 del 1975. A conforto di tale tesi, inoltre, viene citato un argomento testuale, tratto dall'art. 58 del Regolamento T.U.L.P.S., che imponendo la denuncia delle armi comuni da sparo, prevede che essa debba contenere indicazioni circa la caratteristica delle armi stesse, condizione che ben può essere assolta, secondo gli autori, anche in relazione ad un'arma clandestina di cui può indicarsi il tipo, il calibro, il numero di colpi, a prescindere dai segni distintivi indicati nell'art. 11 legge n. 110 del 1975.

2. La giurisprudenza di legittimità sul concorso di reati in materia di armi prima delle Sez. Unite "La Marca".

Come la prevalente dottrina, anche la giurisprudenza di legittimità antecedente alla pronuncia delle Sezioni Unite in esame, è consolidata nell'escludere la possibilità di assorbimento dei reati di detenzione e porto illegali di arma comune da sparo, rispettivamente, in quelli di detenzione e porto di arma clandestina. Tale orientamento sostiene la configurabilità del concorso tra le due coppie di reati sul presupposto della "diversità" delle rispettive norme incriminatrici, fondandola sul duplice profilo, da un lato, della diversità della condotta dell'agente e, dall'altro dell'interesse tutelato. La giurisprudenza suddetta, tuttavia, si sofferma soprattutto sul profilo della diversità del bene giuridico tutelato, mentre in nessuna pronuncia vengono approfonditi o specificati i motivi per i quali si assume (anche) una diversità della condotta.

In relazione alla ritenuta diversità del bene giuridico protetto, in particolare, si evidenzia che, nelle disposizioni dettate dalla legge n. 895 del 1967, esso è costituito dall'interesse a che l'autorità di pubblica sicurezza conosca l'esistenza delle armi, i luoghi dove sono custodite e l'identità delle persone che ne hanno la disponibilità, nonché ad impedirne la circolazione non consentita in luoghi pubblici, mentre, nella norma prevista dall'art. 23 della legge n. 110 del 1975, si concretizza nell'interesse al controllo delle armi attraverso le sigle, i numeri ed i segni sulle stesse punzonate ed alla conseguente prevenzione ed eliminazione della presenza, sul territorio dello stato, di armi prive dei suddetti segni identificativi (Sez. 1, n. 1833 del 4/11/1993, Marini, Rv. 196516; Sez. 1, n. 7442 del 10/5/1995, De Lucia, Rv. 201926; Sez. 1, n. 672 del 22/11/1995, dep. 1996, Guerra, Rv. 203792; Sez. 1, n. 4436 del 22/6/1999, Lobina, Rv. 214026; Sez. 1, n. 14624 del 6/3/2008, Vespa, Rv. 239904; Sez. 1, n. 5567 del 28/9/2011, Deragna, Rv. 251821; Sez. 6, n. 45903 del 16/10/2013, Iengo, Rv. 257386). In alcune pronunce, inoltre, si sottolinea che fra i beni tutelati dalle due norme non sussiste un rapporto di omogeneità tale che *"una assorba con la sua valutazione l'intero disvalore sociale ed il significato delittuoso previsto dall'altra"* e che ove le due ipotesi considerate realizzassero soltanto una "diversa gravità" di offesa della medesima violazione, la clandestinità dell'arma sarebbe stata configurata dal legislatore, quale circostanza aggravante e non quale ipotesi di reato autonomo (Sez. 1, n. 7442 del 10/5/1995, De Lucia, cit.).

3. La rimessione alle Sezioni Unite.

La linea della giurisprudenza è destinata ad una svolta quando la Prima Sezione della Corte di cassazione, alla luce dei principi affermati dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 20664 del

23/02/2017, Stalla, Rv. 269667) e dalla Corte costituzionale, ord. n. 174 del 1984, afferma di non condividere tale consolidato orientamento e decide di rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Il Collegio osserva, sotto un primo profilo, che la materialità del comportamento umano costituente oggetto delle condotte del cui concorso si discute, al contrario di quanto apoditticamente sostenuto dalla precedente giurisprudenza, è totalmente sovrapponibile, ad eccezione dell'unico aspetto inerente la caratteristica dell'alterazione dell'arma, che connota la fattispecie prevista dall'art. 23 legge n. 110 del 1975, e che la rende, appunto, "speciale", rispetto a quelle previste dalla legge n. 895 del 1967. A sostegno dell'esclusione dell'assorbimento fra le norme incriminatrici in esame, residua, pertanto, il secondo elemento, riguardante la diversità del bene giuridico tutelato. In merito, ponendo a fondamento del suo percorso ermeneutico i principi affermati nella evoluzione della copiosa giurisprudenza delle Sezioni Unite, i giudici della Prima sezione rilevano come il solo riferimento alla diversità del bene giuridico tutelato non possa essere considerato decisivo ai fini della esclusione del concorso apparente di norme, non avendo lo stesso immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità, potendosi avere identità di interesse tutelato tra fattispecie strutturalmente diverse, come il furto e la truffa ed, invece, diversità di interesse tutelato tra fattispecie in evidente rapporto di specialità, come l'ingiuria e l'oltraggio a magistrato in udienza. A conforto della soluzione ermeneutica prescelta, inoltre, l'ordinanza di rimessione fa riferimento anche ai principi sanciti dalla Corte costituzionale, ord. n. 174 del 1984, in base ai quali il criterio di specialità deve intendersi in senso logico-formale, nel senso che il presupposto della convergenza di norme, necessario ai fini della applicabilità della regola sancita dall'art. 15 cod. pen., può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale delle fattispecie astratte, mediante la comparazione degli elementi costitutivi delle stesse e la mera diversità del bene giuridico tutelato non può assurgere ad elemento sufficiente ad escludere la possibilità di un assorbimento per specialità di una fattispecie in un'altra.

Applicando i suddetti principi alla fattispecie concreta portata all'esame della Corte, l'ordinanza sottolinea come la comparazione fra le disposizioni di cui si tratta consenta di affermare che tutti gli elementi previsti nella norma di carattere generale sul porto illecito di arma da sparo in luogo pubblico, sono presenti in quella di porto di arma da sparo clandestina e che quest'ultima contiene in sé gli elementi specializzanti della particolare natura dell'arma portata.

Considerata, pertanto, la necessità di prevenire un potenziale contrasto, il Collegio, rimette alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen., la questione di diritto*: "Se il reato di porto in pubblico di arma comune da sparo possa o meno concorrere con quello di porto in luogo pubblico di arma clandestina".*

4. La decisione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 41588, 22/06/2017, La Marca, Rv. 270902, hanno affermato il seguente principio di diritto: "*I reati di detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di un'arma clandestina – in virtù dell'operatività del principio di specialità – non possono concorrere, rispettivamente, con i reati di detenzione e porto illegale, in luogo pubblico o aperto al pubblico, della medesima arma comune da sparo".*

La Suprema Corte affronta la questione rimessa alla sua valutazione, collocandola in quella, di maggiore ampiezza, relativa all'individuazione del criterio idoneo a dirimere i casi di concorso apparente di norme, ricordando che la giurisprudenza di legittimità individua

tale criterio nel principio di specialità, definito dall'art. 15 cod. pen. che consente alla legge speciale di derogare a quella generale, nel caso in cui le diverse disposizioni penali regolino "*la stessa materia*" e precisando che, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite, esso è l'unico criterio idoneo a dirimere i casi di concorso apparente di norme.

Con riferimento al principio di specialità, che secondo il Massimo Collegio assurge a "*criterio euristico di riferimento*", la sentenza ricorda che, sempre secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite, il criterio di specialità deve applicarsi in senso logico-formale, tramite un confronto strutturale tra le norme incriminatrici, astrattamente configurate, solo alla luce del quale potrà definirsi norma speciale quella che contiene tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta una o più requisiti propri e caratteristici, in funzione specializzante, in guisa che l'ipotesi contemplata dalla norma speciale, qualora mancasse, ricadrebbe nell'ambito operativo della norma generale (Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano). Inoltre, proseguendo nel solco tracciato dagli insegnamenti delle Sezioni Unite, la sentenza evidenzia che il principio di specialità consente alla legge speciale di derogare a quella generale nel caso in cui le diverse disposizioni regolino "la stessa materia" e ricorda che con tale espressione deve intendersi la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato, precisando che *"il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità*" (Sez. U, n. 16568 del 19/4/2007, Carchivi; Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, Di Lorenzo), in particolare che sussiste sempre identità di materia nel caso di specialità unilaterale per specificazione, nel caso di specialità reciproca per specificazione e in quello di specialità unilaterale per aggiunta, mentre deve escludersi nelle ipotesi di specialità reciproca bilaterale per aggiunta, ove ciascuna delle fattispecie presenti, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo (Sez. U, n. 1963, del 28/10/2010, Di Lorenzo).

Sul punto, che costituisce il nodo ermeneutico fondamentale della decisione sulla *quaestio iuris* in esame, la Corte evidenzia, in particolare, che, ad oggi, non può sostenersi il concorso fra le ipotesi delittuose in esame, in ragione del fatto che esse tutelano beni giuridici diversi e ciò, non solo in ossequio ai principi espressi dalle Sezioni Unite nella copiosa giurisprudenza citata, ma anche in ossequio alla concezione naturalistica del fatto reato, da ultimo sviluppata dalla Corte costituzionale, in riferimento all'ambito di operatività dell'art. 649 cod. proc. pen., secondo la quale, appunto, il giudizio sulla medesimezza del fatto di reato deve escludere quello dell'*eadem legale*, e deve affrancarsi dalle mutevoli implicazioni derivanti dall'inquadramento giuridico delle fattispecie.

Riguardo al secondo profilo afferente la presunta diversità della condotta realizzata dall'agente nelle ipotesi delittuose *de qua*, la Corte, in ossequio ai suddetti principi, evidenzia come, nel caso di specie, la condotta oggetto dei reati presi in considerazione è naturalisticamente identica e differisce, unicamente, in relazione al dato della clandestinità dell'arma oggetto di detenzione ovvero di porto.

Rispetto a tale identità di condotta materiale, il dato della clandestinità rileva, secondo la sentenza in esame, quale elemento specializzante per aggiunta unilaterale e ne consegue che i reati previsti dall'art. 23, 1, 3 e 4 comma legge n. 110 del 1975, costituiscono ipotesi criminose speciali, rispetto a quelle di cui agli artt. 2, 4 e 7 legge n. 895 del 1967, giacché contengono tutti gli elementi costitutivi della condotta relativi alla detenzione e al porto di un'arma comune da sparo e, in più, il dato della clandestinità dell'arma medesima, risultante priva dei segni identificativi richiesti dall'art. 11 legge n. 110/1975. Esclude, invece, la Corte che tra le fattispecie in esame sia configurabile un rapporto di specialità reciproca, atteso che la disposizione di cui all'art. 23, commi 3 e 4, l. n. 110 del 1975, non riporta l'av-

verbio “illegalmente” utilizzato dal legislatore per definire le condotte descritte negli artt. 2 e 4 legge n. 895 del 1967, posto che l’elemento stesso della clandestinità esclude in termini la configurabilità stessa dell’uso legale dell’arma.

Corollario diretto delle suddette conclusioni è, infine, la precisazione che, siccome l’operatività del principio di specialità presuppone l’unità naturalistica del fatto, resta impregiudicata la possibilità del concorso tra i suddetti reati qualora l’agente ponga in essere una pluralità di condotte nell’ambito di una progressione criminosa nella quale, alla detenzione o al porto illegale di un’arma comune da sparo, segua, solo in un secondo momento, la fisica alterazione dell’arma medesima.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 2561 del 22 /01/1984, Califano, Rv. 163243
Sez. 1, n. 1833 del 14/02/1994, Marini, Rv. 196516
Sez. 1, n. 7442 del 10/05/1995, De Lucia, Rv. 201962
Sez. 1, n. 672 del 22/11/1995, Guerra, Rv. 203792
Sez. 1, n. 4436 del 22/06/1999, Lobina, Rv. 214026
Sez. 1, n. 14624 del 6/03/2008, Vespa, Rv. 239904
Sez. 1, n. 5567 del 28/09/2011, Deragna, Rv. 251821
Sez. 6, n. 45903 del 16/10/2013, Iengo, Rv. 257386
Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248865
Sez. U, n.16568 del 19/04/2007, Carchivi, Rv. 235962
Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, Di Lorenzo Rv. 248722
Sez. U, n. 41588 del 22/06/2017, La Marca, Rv. 270902

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., ord. n. 174 del 1984

SEZIONE II

CAUSE DI ESTINZIONE E DI NON PUNIBILITÀ DEL REATO

CAPITOLO I

PRESCRIZIONE E CIRCOSTANZE INDIPENDENTI

(Andrea Nocera)

SOMMARIO. 1. La decisione delle Sezioni Unite "S." del 2017. – 2. Circostanze "indipendenti" e circostanze "ad effetto speciale". – 3. La proposta interpretazione storico-dogmatica dell'art. 63, comma 3, cod. pen. - 4. La natura di circostanza ad effetto comune dell'art. 609-*ter* cod. pen. - 5. Principio di legalità e termini di prescrizione. 6. – Le ricadute sulla giurisprudenza della Corte.

1. La decisione delle Sezioni Unite "S." del 2017.

Con la sentenza Sez. U, n. 28953 del 27/04/2017, S., Rv. 269784, le Sezioni Unite hanno fornito una indicazione definitiva sulla questione, mai sopita nella giurisprudenza di legittimità, relativa alla qualificazione in termini di circostanza ad effetto speciale delle aggravanti c.d. "indipendenti" che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo ed alla concreta incidenza dell'opzione affermativa sulla determinazione del tempo necessario a prescrivere, atteso che per le circostanze ad effetto speciale il relativo calcolo si opera sulla pena edittale massima prevista per l'ipotesi aggravata.

Il quesito posto dal Collegio rimettente, con ordinanza, Sez. 3, n. 6875 del 14/02/2017, si articolava nei seguenti termini: «se ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti debbano essere considerate circostanze ad effetto speciale, ai sensi dell'art. 63, comma 3, cod. pen. anche in caso di aumento non superiore ad un terzo».

La questione riguarda l'ipotesi, che rappresenta un *unicum* nel panorama delle norme incriminatrici, della circostanza aggravante di cui all'art. 609-*ter*, comma 1, cod. pen. che, pur determinando la pena in maniera indipendente («da sei a dodici anni di reclusione») da quella prevista dalla ipotesi semplice («da cinque a dieci anni»), prevede un aumento non superiore ad un terzo, quindi al di sotto della soglia di rilevanza prevista dall'art. 63, comma 3, cod. pen. per le circostanze ad effetto speciale.

In via più generale, il quesito riguarda i rapporti tra le circostanze con determinazione della pena in misura indipendente (c.d. circostanze "indipendenti"), tra le quali deve certamente ricomprendersi l'aggravante di cui all'art. 609-*ter* cod. pen., e le "circostanze ad effetto speciale", come definite dal rinnovato testo dell'art. 63, comma 3, cod. pen..

Lungi dal manifestarsi come questione di vuota qualificazione, la corretta individuazione della natura della circostanza aggravante in esame assume rilievo con riferimento al regime della prescrizione in concreto applicabile.

L'art. 157 cod. pen., infatti, pone un principio generale di irrilevanza, ai fini della prescrizione del reato, delle circostanze aggravanti ed attenuanti, facendo salve, in via derogatoria, solo «le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria» e *«quelle ad effetto speciale». In tali casi «si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante»* .

Le Sezioni Unite, dopo aver esaminato le ragioni delle divergenti interpretazioni dell'art. 63, comma 3, cod. pen. alla luce di una ricostruzione storico-filologica della disposizione, hanno fornito un riscontro negativo al quesito posto con l'ordinanza di rimessione sul contrasto giurisprudenziale rilevato, esprimendo piena condivisione della tesi interpretativa maggioritaria, ritenuta più coerente e rigorosa, che, alla luce del dato letterale dell'art. 63, comma 3, individua le circostanze ad effetto speciale in ragione della sola variazione aritmetica significativa della pena. L'anzidetta disposizione fornisce, infatti, una precisa definizione delle circostanze ad effetto speciale, come «quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo».

Chiaro ed univoco appare alle Sezioni Unite il significato del combinato disposto dell'art. 157 e 63 cod. pen., tanto con riferimento alla individuazione delle circostanze rilevanti od irrilevanti ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, quanto per la limitata applicabilità della disciplina derogatoria alle sole circostanze aggravanti c.d. "autonome" ed a quelle ad effetto speciale che comportano un aumento di pena superiore ad un terzo.

Il principio di "neutralizzazione" degli effetti delle circostanze (attenuanti o aggravanti) ai fini del calcolo del tempo di prescrizione, come espresso dal testo novellato dell'art. 157 cod. pen., prevede una esplicita deroga per le sole aggravanti autonome e ad effetto speciale. Il perimetro è individuato in via di eccezione alla regola generale per il calcolo del tempo di prescrizione e non è suscettibile di interpretazione estensiva o analogica, tale da includere in ogni caso nella previsione in deroga le circostanze con determinazione della pena in maniera indipendente con una variazione aritmetica della pena inferiore ad un terzo.

Né tale effetto estensivo può essere fondato su una interpretazione teleologica dell'art. 63, comma 3, cod. pen. che denuncia l'«inammissibile smembramento delle circostanze indipendenti in due categorie», a seconda della variazione quantitativa della pena, ritenendo privo di plausibile significato il «limitare le circostanze ad effetto speciale alle sole circostanze indipendenti che comportano una variazione frazionaria della pena superiore ad un terzo». Una siffatta ricostruzione teleologica porta, anzi, l'interprete a «forzare la chiara e univoca lettera del dato normativo in una materia che è governata dal principio di legalità».

Alla luce di tali considerazioni, le Sezioni Unite hanno risolto la questione loro sottoposta affermando il seguente principio di diritto: "Ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo (nella specie quella di cui all'art. 609-*ter*, primo comma, cod. pen.) non rientrano nella categoria delle circostanze ad effetto speciale."

2. Circostanze "indipendenti" e circostanze "ad effetto speciale".

Per una più agevole comprensione dei rapporti classificatori tra le c.d. circostanze "indipendenti" e quelle "ad effetto speciale" occorre premettere una breve analisi dell'evoluzione storica del dato normativo di riferimento.

L'art. 63, comma 3, cod. pen., nel testo anteriore alla modifica disposta con l'art. 5 della l. 31 luglio 1984, n. 400. equiparava, ai fini della individuazione della pena sulla quale operare il calcolo per il concorso di altre circostanze, le circostanze "autonome", per le quali «la legge stabilisce una pena di specie diversa» alle circostanze c.d. "indipendenti", per le quali la legge «determina la misura in modo indipendente dalla pena ordinaria del reato». Parallelamente, l'art. 69, comma 4, cod. pen., nel testo previgente alla riforma del d.l. 11 aprile 1974 n. 99, conv. con modificazioni in l. 7 giugno 1974, n. 220, stabiliva che le disposizioni in tema di bilanciamento delle circostanze non si applicassero, tra le altre, alle suddette circostanze "autonome" e a quelle "indipendenti".

Il dato normativo prevedeva, dunque, due distinte categorie di circostanze – "autonome" e "indipendenti" – in relazione alle modalità di determinazione in concreto della pena (art. 63 cod. pen.) e al giudizio di bilanciamento, dal quale erano escluse ai sensi dell'art. 69, comma 4, cod. pen.

Per entrambe le ipotesi di reato così circostanziato, gli artt. 63, commi 3, 4 e 5, 66 e 67, ult. comma, cod. pen. dettavano una disciplina differenziata, derogatoria al regime ordinario, che rendeva non neutralizzabile nel giudizio di comparazione la pena unitaria autonomamente determinata per il reato circostanziato, non solo per evidenti motivi di politica criminale, ma anche per ragioni connesse alla logica interna del sistema originario delle circostanze .

Le suddette circostanze costituivano due sotto-nozioni della categoria delle circostanze "ad efficacia speciale", non definita normativamente, ma frutto di elaborazione dottrinale, per la particolare tecnica di previsione della pena edittale e per la peculiare "resistenza" dell'aumento della pena da esse previsto nel caso di concorso con altre circostanze.

L'intervento del legislatore del 1984, con la riformulazione del testo dell'art. 63, comma 3, cod. pen., ha da un lato contemplato espressamente nella previsione normativa le circostanze ad effetto speciale che «importano un aumento e una diminuzione della pena superiore ad un terzo», dall'altro ha fatto sorgere una nuova questione interpretativa nel momento in cui ha omesso qualsivoglia riferimento alle circostanze indipendenti.

La lettura del nuovo testo della norma evidenzia, infatti, una polarizzazione della categoria delle circostanze "ad effetto speciale" verso il mero dato della quantificazione della variazione frazionata della pena, che pare prescindere dalle modalità di determinazione autonoma o indipendente della pena. La differenza tra circostanze ad effetto speciale e circostanze ad effetto comune viene, dunque, operata dal legislatore su un nuovo criterio aritmetico che ha riguardo alla entità della variazione della pena rispetto all'ipotesi di reato semplice.

L'art. 6 del d.l. 11 aprile del 1974, n. 99, conv. in l. 7 giugno 1974, n. 220, nel modificare l'art. 69 cod. pen., ha, inoltre, esteso alle circostanze indipendenti l'applicabilità del meccanismo di bilanciamento.

La modifica del dato normativo fa, dunque, sorgere la necessità di valutare se le circostanze indipendenti, tra le quali è compresa l'aggravante di cui all'art. 609-*ter* cod. pen., abbiano perso la propria autonomia e le peculiarità del regime giuridico corrispondente.

In particolare ci si è chiesto se il legislatore del 1984 abbia voluto attuare uno smembramento della categoria delle circostanze indipendenti sul piano della classificazione a seconda della incidenza della variazione di pena per esse prevista, ricomprendendo nell'ambito delle circostanze ad effetto speciale solo quelle la cui pena, determinata in modo indipendente, risponda ad un parametro quantitativo di variazione superiore ad un terzo rispetto alla pena ordinaria.

3. La proposta interpretazione storico-dogmatica dell'art. 63, comma 3, cod. pen.

Il contrasto interpretativo si è riproposto di recente con riferimento all'ipotesi aggravata di cui all'art. 609-*ter*, comma 1, cod. pen. che, pur stabilendo la pena in misura indipendente da quella ordinaria (art. 609-*bis* cod. pen.), non realizza una variazione frazionaria in aumento superiore ad un terzo.

Secondo un orientamento della Corte, rimasto per lunghi tratti latente, la circostanza di cui all'art. 609-*ter*, comma 1, n. 1, cod. pen., stabilendo la pena in misura indipendente da quella ordinaria prevista dall'art. 609-*bis* cod. pen., ha natura di circostanza ad effetto speciale, con la conseguenza che di essa deve tenersi conto nel calcolo della prescrizione (Sez. 3, n. 31418 del 23/03/2016, T., Rv. 267467; Sez. 3, n. 05597 dell'8/07/2016, dep. 2017, R.H.). La

medesima classificazione viene proposta da Sez. 1, n. 4964 del 21/01/2010, Magnera e altri, ai fini della determinazione della competenza ex art. 4 cod. proc. pen., e da Sez. 4, n. 15133 del 6/02/2003, Bellani, Rv. 224754, con riferimento alla incidenza delle circostanze ad effetto speciale sulla determinazione della pena, ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima di fase della custodia cautelare, ai sensi degli artt. 278 e 303 cod. proc. pen.

La tesi giurisprudenziale accredita, nella specie, una omogenea categoria di circostanze "ad effetto speciale", comprensiva di tutte le circostanze operanti con un meccanismo di variazione della pena diverso da quello ordinario dell'aumento o della diminuzione fino a un terzo. In funzione di tale omogeneità viene prospettata una interpretazione dell'art 63, comma 3, cod. pen. in chiave storico-dogmatica o teleologica che muove dalla analisi della situazione normativa precedente alla riforma del 1984 e colloca nella categoria ad "efficacia speciale" le circostanze indipendenti (o cd. *«a variazione indipendente»), senza distinzione dell'entità della variazione della pena ordinaria del reato*, perché significative di una sorta di "nuova valutazione" legislativa del disvalore dell'intero fatto in presenza dell'elemento circostanziale, quali elementi di determinazione legale della pena. In tal senso, al di là del dato normativo, deponeva l'indicazione proveniente dalla Relazione al Progetto definitivo del codice del 1930 (in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, 2, Roma, 1929, p. 121).

La *ratio legis* della riforma del 1984 è quella di dare soluzione al dibattito dottrinale sviluppatosi intorno alla possibilità di ricomprendere nell'ambito del *genus* delle circostanze ad effetto speciale che comprendeva *ex lege* le circostanze indipendenti, anche le circostanze frazionarie qualificate da una escursione della pena superiore ad un terzo rispetto a quella ordinaria. La riforma, qualificando implicitamente le circostanze indipendenti come ad effetto speciale, ha dato soluzione al dibattito insorto. Viene riproposta una classificazione unitaria della categoria delle circostanze "ad effetto speciale", di cui le circostanze indipendenti costituiscono una *species*, già espressa in passato, pur con riferimento a fattispecie circostanziate differenti da quella di cui all'art. 609-*ter* cod. pen. e a fini diversi da quello dell'incidenza sul termine di prescrizione. Si evidenzia che la polarizzazione della nuova definizione testuale delle "circostanze ad effetto speciale" verso la quantificazione dell'aumento o diminuzione della pena superiore ad un terzo produce un inammissibile smembramento delle circostanze indipendenti in due categorie a seconda della variazione della pene, valorizzando un parametro quantitativo che, per la *ratio* stessa che sorregge tali circostanze, non avrebbe significato plausibile.

La mancata previsione delle circostanze "indipendenti" nel nuovo testo normativo dell'art. 63, comma 3, cod. pen. viene, dunque, interpretata come l'effetto di una "svista" del legislatore, che dava per scontata la permanente qualificazione delle circostanze indipendenti quali circostanze ad effetto speciale.

Come detto, l'orientamento giurisprudenziale è stata ribadito anche successivamente alla riforma della l. 28 luglio 1984, n. 398. Il riferimento alle circostanze indipendenti è, del resto, presente nell'art. 69, comma 4, cod. pen., in tema di giudizio di comparazione, anche dopo la novella della legge n. 251 del 2005.

L'art. 63, comma 3, cod. pen., per evidenti ragioni di ordine applicativo, avrebbe dunque recepito le spinte della dottrina che, in via interpretativa, omologava le circostanze ad "effetto speciale" alle circostanze autonome o, in presenza di pene della stessa specie, a quelle "indipendenti", riconosciute *ope legis* nella previgente versione.

Tutte le circostanze indipendenti, a prescindere dalla loro incidenza sul piano dell'escursione sanzionatoria, richiedono logicamente l'applicazione della regola prevista dall'art. 63 per l'ipotesi di concorso con circostanze comuni, onde evitare l'effetto di "neutralizzazione"

della cornice edittale della pena determinata in modo indipendente. Ancor più nel caso in cui la circostanza indipendente che comporta una variazione inferiore al terzo concorra con una circostanza ad effetto speciale, come nel caso della recidiva qualificata *ex* art. 99, comma 2, cod. pen. non operando la previsione del comma 4 dell'art. 63.

L'indicata equiparazione consentirebbe, del resto, di superare le evidenziate criticità applicative nel caso di concorso tra circostanze indipendenti e tra queste e circostanze "ad effetto comune" ritenendo applicabile alle prime il criterio di calcolo previsto dall'art. 63, comma 4, cod. pen., ovviando alla assurda conseguenza che in caso di concorso di queste ultime con circostanze ad effetto speciale o per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria, il trattamento sanzionatorio, non mitigato dal criterio moderatore di cui all'art. 63, comma 4, cod. pen., sarebbe addirittura più grave di quello applicabile in caso di concorso di più circostanze ad effetto speciale (Sez. 3, n. 5597/2017, R.H., cit.; nello stesso senso, Sez. 3, n. 38614, dell'8/06/2017, Z. D., secondo cui la «circostanza aggravante di cui all'art. 609-*ter* cod. pen., comma 1, n. 1, […] ha natura di circostanza ad effetto speciale, con la conseguenza che di essa deve tenersi conto nel calcolo della prescrizione*»)*.

4. La natura di circostanza ad effetto comune dell'art. 609-*ter* cod. pen.

Le Sezioni Unite hanno, di contro, condiviso l'orientamento giurisprudenziale consolidato (Sez. 3, n. 41487 del 25/09/2013, D. N., Rv. 257292; Sez. 3, n. 28638 del 9/06/2009, Crivellari, Rv. 244592; da ultimo, Sez. 3, n. 10487 del 10/12/2013, dep. 2014, A. G.), ritenuto più rigoroso ed aderente al dato normativo secondo il quale la fattispecie di cui all'art. 609-*ter* cod. pen. è una circostanza indipendente, ma, ai sensi dell'art. 63, comma 3, cod. pen., ad effetto comune, in quanto l'aumento – sia pur determinato in maniera indipendente mediante la previsione di innalzamento di entrambi i margini edittali – non è superiore ad un terzo rispetto alla pena ordinaria, non assumendo rilevanza ai fini del tempo necessario a prescrivere ai sensi dell'art. 157, comma 2, cod. pen.

Si ritiene fallace la proposta interpretazione teleologica dell'art. 63, comma 3, cod. pen. sulla base del chiaro dato letterale della norma: le circostanze che, pur implicando l'applicazione di una nuova "cornice edittale", non comportano, tuttavia, una variazione frazionaria, in aumento o diminuzione di pena superiore ad un terzo, sono da qualificarsi ad effetto comune; di contro, sono circostanze indipendenti ad effetto speciale tutte quelle che comportano un aumento o una diminuzione di pena superiore ad un terzo (quale, ad esempio, l'aggravante prevista dall'art. 625 cod. pen.).

La categoria delle circostanze "indipendenti" ricomprende, nella specie, «tutte quelle circostanze che implicano una nuova "cornice edittale", a prescindere dal fatto che la stessa si ponga in rapporto aritmetico superiore ovvero inferiore ad "un terzo" rispetto alle pene previste per il reato-base». Le circostanze che incidono sulla pena del reato semplice in misura non superiore ad un terzo, già individuate dalla norma come "indipendenti", devono, dunque, essere ritenute ad effetto comune e assoggettate alla relativa disciplina, ivi compresa la determinazione del tempo necessario a prescrivere per il rinvio all'art. 63, comma 3, disposto dall'art. 157, comma 2 (nel senso della esclusione della configurabilità di circostanze "indipendenti" come ad effetto speciale, Sez. 6, n. 41233 del 24/10/2007, Attardo).

Tale opzione interpretativa si ispira alle posizioni largamente prevalenti nel dibattito della dottrina che esaltano il dato letterale del nuovo testo dell'art. 63, comma 3, cod. pen., univocamente espressivo della volontà del legislatore di prevedere una nuova distinzione tra circostanze "ad effetto speciale" e circostanze ad effetto comune, spostando l'elemento

differenziale dalla tecnica normativa (previsione di una pena "autonoma", di specie diversa, ovvero determinata in maniera "indipendente") verso un criterio puramente aritmetico del superamento della soglia frazionaria di un terzo.

Né a tale rinnovata classificazione ostano pretese ragioni di carattere teorico-dogmatico che ricondurrebbero il meccanismo di computo per le circostanze ad effetto comune previsto dall'art. 63, comma 1, cod. pen. al piano teorico della commisurazione giudiziale della pena in contrapposizione al criterio di determinazione legale della pena propria delle circostanze ad effetto speciale. Tale contrapposizione tra circostanze autonome e indipendenti e circostanze frazionarie non ha più ragion d'essere anche perché l'art. 69, comma 4, cod. pen. opera un esplicito riferimento alla categoria delle circostanze che determinano la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.

Il criterio aritmetico introdotto dal nuovo testo è oggettivo e consente sempre una verifica, sia pure *ex post*, della corretta qualificazione di una circostanza indipendente come "ad effetto speciale", superando i dubbi sulla pretesa eterogeneità delle due tipologie di classificazione.

Appare, del resto, ininfluente da punto di vista matematico l'ordine con cui si applicano determinati aumenti o diminuenti frazionari nel concorso di circostanze, con elisione del paventato rischio di "neutralizzazione" dell'effetto retributivo delle circostanze indipendenti. Eventuali inconvenienti applicativi del citato criterio aritmetico possono essere facilmente superati attraverso una operazione di tramutamento della circostanza indipendente nella circostanza frazionaria che prevede un aumento fisso (nel caso dell'art. 609-*ter* cod. pen., ad esempio, di un quinto), con la possibilità di applicare le concorrenti circostanze senza un predeterminato ordine. Anche qualora concorra una sola circostanza con effetti modificativi indipendenti, in alternativa al meccanismo di conversione in chiave frazionaria dei termini di variazione desumibili dalla cornice edittale dell'ipotesi circostanziata rispetto a quella semplice, il calcolo per gli aumenti o le diminuzioni della pena per il concorso delle altre circostanze omogenee può essere effettuato direttamente sulla cornice edittale determinata in modo indipendente.

La riformulazione dell'art. 63, comma 3, cit., deve, dunque, essere interpretato secondo un puro criterio letterale, rigoroso ed aderente al principio di legalità che sovrintende alla tematica delle circostanze e della determinazione del tempo necessario a prescrivere che individua nella variazione matematica l'unico criterio valido per la classificazione delle circostanze ad effetto speciale.

La soluzione si mostra, del resto, coerente con il principio in precedenza espresso dalle medesime Sezioni Unite (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664) con riferimento alla qualificazione in termini di circostanza aggravante ad effetto speciale della recidiva, quando comporta un aumento di pena superiore a un terzo, che pertanto soggiace, in caso di concorso con circostanze aggravanti dello stesso tipo, alla regola dell'applicazione della pena prevista per la circostanza più grave. In senso conforme, Sez. 5, n. 34137 dell'11/05/2017, Brji, Rv. 270678, ha affermato la rilevanza della circostanza della recidiva implicitamente riconosciuta dal giudice di merito che, pur non ritenendo di aumentare la pena a tale titolo, abbia specificamente valorizzato, per negare il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, i precedenti penali dell'imputato, rileva ai fini del calcolo del tempo necessario ai fini della prescrizione del reato.

5. Principio di legalità e termini di prescrizione.

Le circostanze indipendenti che prima della riforma rientravano nell'ambito applicativo dell'art. 63, comma 3, cod. pen., devono essere riclassificate secondo il nuovo criterio "aritmetico", distinguendosi in circostanze indipendenti "ad effetto comune" e "ad effetto

speciale" a seconda se la nuova cornice edittale sia in rapporto inferiore/pari o superiore ad un terzo della pena prevista per il reato base all'esito dell'operazione aritmetica di ragguaglio.

La definizione normativa di circostanza "ad effetto speciale", cui sono assimilabili, tra le circostanze indipendenti, solo quelle che comportano una variazione della pena superiore ad un terzo, opera, dunque, su di un piano diverso rispetto alla tradizionale classificazione delle circostanze "indipendenti", in cui rientrano tutte le ipotesi in cui sia disegnata una nuova cornice edittale rispetto al reato base, prescindendo dalla misura dell'escursione sanzionatoria.

Una diversa soluzione, che privilegi una interpretazione in chiave teleologica il testo normativo del combinato disposto degli artt. 157 e 63, comma 3, cod. pen., vìola il principio di legalità.

Chiaro ed univoco è il richiamo delle Sezioni Unite al principio di legalità che governa la materia: la proposta estensione del *genus* delle circostanze ad effetto speciale alle circostanze indipendenti si presenterebbe *praeter legem,* se non *contra legem*, anche ove si consideri che la riforma dell'art. 63, comma 3, è intervenuta successivamente alla novella dell'art. 69 cod. pen., effettuata nel 1974. Tale principio impone, infatti, di individuare un separato regime per le c.d. circostanze "indipendenti" che comportano una variazione rilevante della cornice di pena prevista per il reato-base.

L'art. 63, comma 3, nell'introdurre il solo criterio della variazione frazionaria rilevante, sembra prescindere dalla eventuale modalità di determinazione della pena in maniera indipendente, facendo riferimento generico al termine "circostanze" e alla loro incidenza rispetto alla pena base.

L'attuale disciplina della prescrizione del reato ricollega la durata massima dei termini alla misura della pena massima prevista per il reato. L'art. 157, comma 2, cod. pen., facendo esclusivo riferimento alle aggravanti «per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale», opera un esplicito rinvio alla definizione posta dal citato art. 63, comma 3, cod. pen., con la conseguenza che restano escluse dall'eccezione di incidenza della fattispecie circostanziale tutte quelle circostanze "indipendenti" che non comportano un aumento di pena superiore ad un terzo.

Per la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, il regime derogatorio ed eccezionale previsto per le circostanze ad effetto speciale non consente di far ricorso al criterio della estensione in via analogica, che, per le aggravanti opererebbe *in malam partem* per l'effetto pregiudizievole per l'imputato che deriverebbe dall'incremento del termine di prescrizione.

Le Sezioni Unite hanno riconosciuto la coerenza sistemica di una siffatta delimitazione normativa del perimetro di incidenza sulla prescrizione, riservata alle sole circostanze ad effetto speciale che prevedono una variazione aggravante in termini frazionari rilevanti della pena, siano essi realizzati nell'ambito di una cornice edittale indipendente o meno.

Il regime derogatorio per la prescrizione in tali casi trova fondamento nel maggior disvalore delle condotte aggravate, che risponde ad un oggettivo criterio di ordine matematico, dettato dall'art. 63, comma 3, cod. pen. che richiede il superamento "del terzo" della pena edittale per il reato base.

Solo in questi termini la scelta legislativa in deroga al regime ordinario di operatività della prescrizione appare rispondente ai criteri di ragionevolezza che giustificano la differente più rigorosa disciplina per le circostanze aggravanti ad effetto speciale.

6. Le ricadute sulla giurisprudenza della Corte.

Immediate sono state le ricadute della pronuncia Sez. U, n. 28953 del 27/04/2017, S., Rv. 269784, sulla giurisprudenza della Corte, che si è uniformata al principio di diritto espresso a composizione dell'esaminato contrasto interpretativo.

In particolare, si segnalano le sentenze Sez. 3, n. 38959 del 7/07/2017, R.D. e Sez. 3, n. 39463 del 7/07/2017, F.A..

Le citate pronunce richiamano il principio espresso dalle Sezioni Unite a soluzione del contrasto, secondo cui le circostanze c.d. indipendenti, che comportano un aumento di pena non superiore a un terzo, non rientrano, ai fini del calcolo della prescrizione, nella categoria delle circostanze ad effetto speciale.

Nella specie, in applicazione del suddetto principio, la Terza Sezione ha ritenuto assorbente l'eccezione di prescrizione del reato formulata nell'interesse dell'imputato, con riferimento alla fattispecie di reato aggravata di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*ter* cod. pen., n. 1, disponendo l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata.

Nelle pronunce si evidenzia, in particolare, che la diposizione di cui all'art. 609-*ter* cod. pen. non prevede una ipotesi di circostanza aggravante a effetto speciale, «posto che la stessa comporta, a fronte della pena ricompresa tra i cinque e i dieci anni di reclusione di cui all'art. 609-*bis* cod. pen., una pena da sei a dodici anni di reclusione, in tal modo non opera l'aumento superiore ad un terzo richiesto dall'art. 63, comma 3, cod. pen. e che, appartenendo la stessa al novero delle c.d. circostanze indipendenti, non deve essere calcolata per determinare il tempo a prescrivere».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 4, n. 15133 del 6/2/2003, Bellani, Rv. 224754
Sez. 6, n. 41233 del 24/10/2007, Attardo
Sez. 3, n. 28638 del 9/06/2009, Crivellari, Rv. 244592
Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664
Sez. 3, n. 41487 del 25/09/2013, D. N., Rv. 257292
Sez. 3, n. 10487 del 10/12/2013 (dep. 2014), A. G.
Sez. 3, n. 31418 del 23/03/2016, T., Rv. 267467
Sez. 3, n. 05597 dell'8/07/2016, dep. 2017, R.H.
Sez. 5, n. 34137 dell'11/05/2017, Brji, Rv. 270678
Sez. U, n. 28953 del 27/04/2017, S., Rv. 269784
Sez. 3, n. 38614 dell'8/06/2017, Z. D.
Sez. 3, n. 38959 del 7/07/2017, R.D.
Sez. 3, n. 39463 del 7/07/2017, F.A.

CAPITOLO II

TENUITÀ DEL FATTO EX ART.131-*BIS* COD. PEN. E PROCEDIMENTO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

(Paolo Di Geronimo)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. La tesi maggioritaria e le ragioni dell'esclusione dell'applicabilità dell'art.131-*bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace. – 2.1. Ulteriori argomenti a sostegno della tesi maggioritaria. – 2.2. Le diversità sotto il profilo processuale. 3. La tesi minoritaria favorevole all'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace. – 3.1. Diversità degli istituti ed inapplicabilità del principio di specialità. – 4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite. – 5. L'estensione del principio anche alla nuova figura delle condotte riparatorie. – 6. Altre questioni aperte in tema di tenuità del fatto: il reato continuato.

1. La questione controversa.

All'indomani dell'introduzione dell'art. 131-*bis* cod. pen., i primi commentatori della riforma hanno immediatamente individuato nella mancanza di una disciplina di raccordo con l'analogo istituto della tenuità del fatto prevista per il processo dinanzi al giudice di pace uno dei principali aspetti problematici. Tanto più che già in fase di lavori preparatori, la Commissione Giustizia, in data 3 febbraio 2015, aveva indicato l'opportunità di prevedere un sistema di coordinamento tra gli istituti in esame, segnalazione non recepita dal legislatore delegato sul presupposto che difettasse una espressa indicazione in tal senso nella legge delega n. 67 del 2014.

A fronte della consapevole scelta compiuta dal legislatore, si è agevolmente escluso che potessero sorgere problemi di coordinamento dell'art. 131-*bis* cod. pen. rispetto all'irrilevanza del fatto prevista in ambito minorile, data l'assoluta specialità di tale settore; viceversa, l'assenza di un coordinamento rispetto alla disciplina applicabile dinanzi al giudice di pace dava luogo ad evidenti discrasie, posto che nell'ambito dei reati "ordinari" si venivano a configurare due diverse forme di tenuità del fatto, declinate sulla base di presupposti anche notevolmente difformi tra di loro e tali da rendere la previsione generale dell'art. 131-*bis* cod. pen. più amplia e, quindi, di più agevole configurazione, rispetto a quella prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

L'incongruenza di tale soluzione, peraltro, risulta aggravata dal fatto che, in base all'art. 63 del d.lgs. n. 274 del 2000, l'istituto della tenuità del fatto prevista dall'art. 34 è applicabile anche dal giudice ordinario, in tutti quei casi in cui questi è chiamato a giudicare reati di competenza del giudice di pace; ne consegue che il giudice ordinario è astrattamente chiamato ad applicare due diverse forme di tenuità del fatto, a seconda che giudichi reati ordinariamente rimessi alla sua cognizione, ovvero reati di competenza del giudice di pace.

Risultava di immediata evidenza la difficoltà derivante dalla convivenza di due modelli profondamente diversi di proscioglimento per tenuità del fatto: l'uno costruito come declaratoria di non punibilità, l'altro come declaratoria di improcedibilità; l'uno subordinato alla non abitualità del comportamento, l'altro alla sua occasionalità; l'uno imperniato, oltre che sulla esiguità del danno o del pericolo, sulle modalità della condotta, l'altro sul grado di colpevolezza e sul rischio di pregiudizi per le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta a indagine o dell'imputato; l'uno caratterizzato da una mera interlocuzione di indagato e offeso nella procedura decisionale, l'altro basato su autentiche preclusioni legate all'interesse o alla volontà delle parti.

Sulla base di tali presupposti era sostanzialmente inevitabile l'insorgenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, essenzialmente incentrato sulla tesi della possibilità o meno che l'istituto di carattere generale introdotto all'art. 131-*bis* cod. proc. pen. potesse essere applicato anche ai reati di competenza del giudice di pace; ove tale soluzione ermeneutica fosse stata ritenuta percorribile, si sarebbe posto l'ulteriore problema di verificare se l'art.131-*bis* cod. proc. pen. avesse determinato una abrogazione implicita dell'omologo istituto previsto per il giudice di pace, ovvero in quali termini i due istituti potevano coesistere.

2. La tesi maggioritaria e le ragioni dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace.

Fin dalle prime applicazioni del nuovo istituto, la giurisprudenza della Corte di cassazione si è pronunciata, dando vita ad un orientamento largamente maggioritario, nel senso di escludere che la tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen., potesse trovare applicazione anche nei confronti dei reati rientranti nella cognizione del giudice di pace.

Nell'ambito di tali sentenze è possibile individuare alcune pronunce che hanno sviluppato in maniera approfondita plurime argomentazioni a sostegno della conclusione della prevalenza della causa di improcedibilità prevista dall'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

La Corte ha compiuto una comparazione tra i due istituti partendo dal presupposto che la tenuità del fatto rappresenta un nucleo comune, attorno al quale la previsione generale – prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen. - e quella speciale dettata per il giudice di pace dettano previsioni non sovrapponibili e contemplanti notevoli differenze in ordine alla natura giuridica, all'individuazione dei presupposti ed al ruolo che viene riconosciuto alla persona offesa.

Tali differenze sono state valorizzate per addivenire alla conclusione che, in virtù del principio di specialità dettato dall'art. 16 cod. pen., la disciplina della tenuità del fatto introdotta all'art. 131-*bis* cod. pen. non potrebbe estendersi anche allo specifico ambito dei reati di competenza del giudice di pace, proprio perché rispetto a tali fattispecie troverebbe applicazione la previsione contenuta all'art.34 d.lgs. n.274 del 2000 (in tal senso si sono espresse: Sez. 2, n. 25101 del 24/03/2016, Di Noia; Sez. 5, n. 55039 del 20/10/2016, Sawires, Rv. 268865; Sez. 5, n. 26854 del 01/06/2016, Ferrari, Rv. 268047; Sez. 1, n. 8736 del 25/11/2016, dep. 2017, Osayowa; Sez. 1, n. 39 del 2/12/2016, dep. 2017, Asllani; Sez. 1, n. 40 del 2/12/2016, dep. 2017, Cissie; Sez. 5, n. 1724 del 13/12/2016, dep. 2017, Pizzoccheri; Sez. 7, n. 21776 del 26/01/2017, Iannone).

Le sentenze che hanno escluso l'applicabilità dell'istituto generale introdotto all'art. 131-*bis* cod. pen. anche ai reati di competenza del giudice di pace, si fondano essenzialmente sulla ricognizione delle plurime divergenze rispetto all'analoga causa di non procedibilità prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

Con quattro sentenze aventi una medesima motivazione (Sez. 5, n. 45996 del 14/7/2016, Paniccia, Rv. 268144; Sez. 5, n. 47523 del 15/09/2016, Gherghelau, Rv. 268430; Sez. 5, n. 47518 del 15/09/2016, Bruno, Rv. 268452; Sez. 5, n. 40270 del 16/06/2016, Pizzaghella) sono stati individuati i principali elementi di differenziazione tra i due istituti fondati sulla tenuità del fatto. In primo luogo si è evidenziato come la delimitazione dell'area dei reati suscettibili di declaratoria di improcedibilità per la particolare tenuità del fatto ex art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 non conosca alcuna limitazione *quoad poenam*, atteso che l'ambito applicativo è riferito all'intera gamma delle fattispecie demandate alla cognizione del giudice di pace; la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* cod. pen., invece, è applicabile ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni.

Particolarmente rilevante è, poi, la diversa individuazione dei presupposti applicativi a fronte dei quali il nucleo comune della "tenuità del fatto" rileva nel sistema penale generale rispetto a quello speciale previsto per il giudice di pace. Nell'uno e nell'altro caso, punto di riferimento dell'accertamento giudiziale è la fattispecie concreta (così, per l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, *ex plurimis*, Sez. 5, n. 29831 del 13/03/2015, La Greca, Rv. 265143 e, per l'art. 131-*bis* cod. pen., Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266590). Per la declaratoria di improcedibilità per la particolare tenuità del fatto nel procedimento davanti al giudice di pace è richiesta, tuttavia, la valutazione congiunta non solo dell'esiguità del danno o del pericolo, del grado di colpevolezza e dell'occasionalità del fatto (Sez. 5, n. 34227 del 07/05/2009, Scalzo, Rv. 244910), ma anche la sussistenza del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato, ossia la considerazione di interessi individuali "in conflitto" con l'istanza punitiva.

Quest'ultimo ambito valutativo è del tutto estraneo alla previsione contenuta dall'art.131-*bis* cod. pen., con la conseguenza che la non punibilità per la tenuità del fatto potrà essere applicata a prescindere dalla sussistenza di un pregiudizio concreto derivante all'indagato o imputato dalla celebrazione del processo.

Netta è poi la divaricazione tra i due istituti in relazione al ruolo della persona offesa nel perfezionamento delle fattispecie. La disciplina di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 attribuisce alla persona offesa una «facoltà inibitoria» ricollegabile alla «valutazione del legislatore circa la natura eminentemente "conciliativa" della giurisdizione di pace, che dà risalto peculiare alla posizione dell'offeso del reato» (in generale sulla funzione conciliativa si veda Sez. U, n. 43264 del 16/07/2015, Steger, Rv. 264547); al contrario, l'istituto previsto dall'art. 131-*bis* cod. pen. non prevede (salvo che per la particolare ipotesi di cui all'art. 469 cod. proc. pen.) «alcun vincolo procedurale conseguente al dissenso delle parti» (Sez. 4, n. 31920 del 14/07/2015, Marzola, Rv. 264420). Il diverso ruolo riconosciuto alla persona offesa nella definizione normativa dei presupposti applicativi della causa di non punibilità codicistica e di quelli della causa di improcedibilità ex art. 34, rinviene il proprio fondamento giustificativo, come rilevato dalla sentenza "Steger", nella finalità conciliativa, che rappresenta un tratto fondamentale del sistema delineato dal d.lgs. n. 274 del 2000: infatti, come ha più volte sottolineato la giurisprudenza costituzionale, la "finalità conciliativa" «costituisce il principale obiettivo della giurisdizione penale del giudice di pace» (in tal senso si rinvia a Corte cost., ord. n. 349 del 2004).

Valorizza la funzione conciliativa demandata all'art. 34 d.lgs. n.274 del 2000, nonché la profonda diversità di struttura rispetto all'art. 131-*bis* cod. pen., Sez. 5, n. 29701 del 25/05/2016, Cappucci; per argomentazioni similari si veda anche Sez. 4, n. 26491 del 20/05/2016, Ritella.

Le divergenze nella disciplina dei due istituti con riguardo alla definizione normativa dei relativi presupposti applicativi, da un lato, e la riconducibilità di esse principalmente alla "finalità conciliativa" propria della giurisdizione penale del giudice di pace, dall'altro, rendono ragione dell'inapplicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. ai reati attribuiti alla competenza del giudice di pace.

I connotati di specialità rinvenibili, soprattutto sotto il profilo del ruolo della persona offesa, fa sì che i rapporti tra i due istituti, entrambi fondati sulla "tenuità del fatto", vadano necessariamente risolti applicando il principio di specialità dettato dall'art. 16 cod. pen. e destinato appunto a regolare i rapporti tra il codice penale e le altre leggi penali, con la conseguenza che le disposizioni del primo si applicano anche alle materie regolate dalle seconde in quanto non sia da queste diversamente stabilito.

Nel caso in esame si è ritenuto che la tenuità del fatto disciplinata dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 presenti profili di specialità rispetto all'istituto introdotto in via generale all'art. 131-*bis* cod. pen., con la conseguente inapplicabilità di quest'ultimo al sottosistema penale costituito dai reati attratti alla competenza del giudice di pace.

Prima ancora che sul terreno processuale (e, dunque, sulla base della disciplina ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 274 del 2000), l'art. 16 cod. pen. escluderebbe, sul terreno sostanziale, l'applicabilità della norma codicistica ai reati di competenza del giudice di pace. Soluzione, questa, che, oltre ad essere imposta dalla norma regolatrice dei rapporti tra il codice penale e le altre leggi penali dettata dall'art. 16 cod. pen., è coerente con l'interpretazione sistematica orientata a valorizzare il *favor* per la conciliazione tra le parti che ispira la giurisdizione penale del giudice penale; è di tutta evidenza, infatti, che la "finalità conciliativa" propria di tale giurisdizione verrebbe, inevitabilmente, compromessa dall'applicabilità della causa di non punibilità codicistica svincolata dai peculiari profili della disciplina di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

2.1. Ulteriori argomenti a sostegno della tesi maggioritaria.

Le argomentazioni sopra illustrate, poste a fondamento di un primo gruppo di sentenze che si sono espresse nel senso di escludere l'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace, sono riproposte anche in altre sentenze con le quali sono stati evidenziati ulteriori e diversi motivi a sostegno del medesimo orientamento.

In primo luogo, è meritevole di segnalazione Sez. 4, n. 31920 del 14/07/2015, Marzola Rv. 264420, che ricostruisce i rapporti tra i due istituti evidenziando come la non punibilità per tenuità del fatto costituisca l'estensione al processo ordinario dell'istituto, tipico del procedimento penale dinanzi al giudice di pace, previsto dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, in tal modo segnalando come la scelta legislativa, volta a calibrare diversamente i presupposti richiesti dall'art. 131-*bis* cod. pen. dimostra di per sé che i due istituti sono sostanzialmente autonomi tra di loro. In motivazione, si afferma testualmente che le due ipotesi di tenuità del fatto sono diverse e non coordinate tra di loro, per effetto di una precisa scelta del legislatore, risultando dalla Relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 28 del 2015 che non sono state accolte le sollecitazioni, provenienti dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, volte a realizzare un raccordo tra i due istituti, sul rilievo che l'invocata attività di coordinamento sarebbe stata estranea alle indicazioni della legge delega.

L'approccio della sentenza in esame è, pertanto, quello di ritenere una sicura diversità tra i due istituti che, per essere affermata, non richiede neppure un analitico vaglio delle differenze di disciplina – pur esistenti – essendo sufficiente osservare che «la disciplina dell'art. 131-*bis* cod. pen. siccome espressamente prevista per il procedimento ordinario è inapplicabile per i reati di cognizione del giudice di pace», in tal modo focalizzando l'attenzione essenzialmente sul dato letterale e sistematico, nonché sull'*iter* che ha condotto all'introduzione dell'istituto di carattere generale della non punibilità per tenuità del fatto (considerazioni analoghe sono svolte anche da Sez. 1, n. 37551 del 14/07/2016, Mordan).

Valorizza tale aspetto anche Sez. F, n. 38876 del 20/08/2015, Morrealle, Rv. 264700, aggiungendo che la scelta di non disciplinare i rapporti tra i due istituti è stata presa in modo consapevole durante la fase di progettazione dell'art. 131-*bis* cod. pen., essendo stato anche disatteso il suggerimento avanzato da talune precedenti commissioni ministeriali di abrogare espressamente l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 (abrogazione che, tuttavia, non è stata prevista dal decreto legislativo n. 28 del 2015 e neppure dalla legge delega 28

aprile 2014 n. 67), con la conseguenza che è stata consapevolmente voluta la «coesistenza di due modelli profondamente diversi di irrilevanza penale per tenuità del fatto: entrambi sistematicamente collocabili, almeno con riferimento alla fase del giudizio, all'interno della categoria giuridica del proscioglimento; il primo (art. 131-*bis* cod. pen.) subordinato alla non abitualità del comportamento, il secondo (art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000) alla sua occasionalità; il primo attento al possibile pregiudizio per le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta a indagine o dell'imputato, l'altro del tutto svincolato da tale parametro; il primo inteso a favorire l'instaurazione del contradditorio tra indagato e persona offesa nella procedura decisionale, l'altro fondato su una serie di preclusioni collegate all'interesse o alla volontà delle parti».

Sulla base di tali presupposti, il rapporto tra gli istituti della tenuità del fatto previsti nel procedimento ordinario ed in quello per i reati di competenza del giudice di pace sono stati ricostruiti in chiave di specialità reciproca, con la conseguente impossibilità di estendere la previsione avente carattere generale, prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen., al sottosistema del giudizio penale rimesso alla cognizione del giudice di pace.

2.2. Le diversità sotto il profilo processuale.

Il dato relativo alla disciplina processuale è stato espressamente sottolineato al fine di evidenziare come la tenuità del fatto ex art. 131-*bis* cod. pen. e l'analoga fattispecie prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 174 del 2000 si differenziano nettamente sotto il profilo della natura giuridica. La collocazione sistematica e la qualificazione in termini di causa di non punibilità rendono evidente la natura sostanziale della previsione contenuta all'art. 131-*bis* cod. pen., come, peraltro, riconosciuto dalla recente pronuncia resa da Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266590. La tenuità del fatto disciplinata dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 attiene, invece, alla procedibilità ed è stata espressamente collocata dal legislatore nel Capo V, dedicato alle definizioni alternative del procedimento, proprio per sottolineare la natura eminentemente processuale dell'istituto.

La contrapposizione tra la natura sostanziale dell'art. 131-*bis* cod. pen. e quella processuale dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 ha costituito un ulteriore argomento al fine di sostenere la specialità tra i due istituti e la conseguente inapplicabilità della previsione generale ai reati di competenza del giudice di pace (così, Sez. F, n. 34672 del 06/08/2015, Cacioni, Rv. 264702; sia pur in estrema sintesi, sembra valorizzare il dato relativo alla natura processuale della definizione, ex art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, anche Sez. 5, n. 54173 del 28/11/2016, Piazza, Rv. 268754).

Si è sostenuto, Sez. 7, ord. n. 1510 del 04/12/2015, dep. 2016, Bellomo, Rv. 265491, che i rapporti tra le diverse forme di "tenuità del fatto" comportano che «ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, rubricato "principi generali del procedimento davanti al giudice di pace", nel procedimento davanti al giudice di pace, si osservano di regola le norme contenute nel codice di procedura penale e nei titoli I e II del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271, "in quanto applicabili" e salvo le specifiche eccezioni quanto ad istituti e procedimenti speciali ad esso espressamente dichiarati non applicabili».

In senso analogo si è espressa Sez.1, n. 37551 del 14/07/2016, Mordan, nonché Sez. 5, n. 44632 del 27/05/2016, Boldrini, quest'ultima rilevando che le differenze esistenti tra i due istituti, pur ruotanti intorno al nucleo comune consistente nella "particolare tenuità del fatto", precludono al giudice di pace di utilizzare uno dei due istituti indifferentemente, stante, come detto, la natura speciale della causa di improcedibilità prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000. In proposito, è stata ritenuta dirimente la considerazione secondo cui l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 274 del 2000, contiene un rinvio generale per tutto ciò

che non è espressamente e specificamente disciplinato alle norme contenute nel codice di procedura penale, laddove la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto ha indubbia natura sostanziale.

Inoltre l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 disciplina proprio l'istituto del fatto di particolare tenuità nei procedimenti presso il giudice di pace ed, a parte la sua natura giuridica, gli elementi costitutivi della fattispecie non sono, come detto, sovrapponibili rispetto a quelli che caratterizzano la disposizione introdotta nel codice penale, che non contiene, né assorbe la prima, registrandosi anzi uno scollamento tra le stesse, con la inevitabile conseguenza che la disposizione ex art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 in considerazione della *sedes materiae* nella quale è collocata si caratterizza appunto per essere una disposizione speciale rispetto a quella generale codicistica.

La questione in ordine alla disciplina applicabile, quindi, è stata risolta applicando il principio di specialità in ambito processuale e non l'analogo principio previsto dall'art. 16 cod. pen. per la disciplina sostanziale. Tale soluzione non è condivisa dalle successive pronunce che, valorizzando la natura sostanziale della tenuità del fatto ex art. 131-*bis* cod. pen., hanno ritenuto che il "conflitto" tra gli istituti in esame deve trovare soluzione sulla base dell'art.16 cod. pen. prima ancora che sul terreno processuale e, quindi, sulla base della disciplina ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 274 del 2000 (Sez. 5, n. 45996 del 14/7/2016, Paniccia, Rv. 268144; Sez. 5, n. 47523 del 15/09/2016, Gherghelau, Rv. 268430; Sez. 5, n. 47518 del 15/09/2016, Bruno, Rv. 268452).

In conclusione, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario si è mostrato chiaramente incline a valorizzare la specialità del sottosistema penale dedicato ai reati di competenza del giudice di pace, escludendo l'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. proc. pen. con argomentazioni accumunate dal richiamo al principio di specialità, declinato sia in ottica sostanziale che processuale.

3. La tesi minoritaria favorevole all'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace.

A fronte dell'orientamento maggioritario finora esaminato, alcune pronunce hanno ritenuto che l'istituto introdotto all'art. 131-*bis* cod. pen. abbia natura generale e che, in quanto tale, debba trovare applicazione anche ai reati di competenza del giudice di pace, non essendo a ciò ostativa la previsione di un istituto – similare ma, in concreto, totalmente differente quanto a natura giuridica e presupposti applicativi – specificamente previsto dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

Le sentenze che si ascrivono al suddetto orientamento si caratterizzano per compiere un percorso argomentativo parzialmente simile a quello seguito dalle pronunce rispetto alle quali si pongono in contrasto; le plurime difformità tra gli istituti in esame, tuttavia, vengono valorizzate essenzialmente per desumere la presunta irrazionalità della mancata applicazione della disciplina più favorevole prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen. al settore dei reati di competenza del giudice di pace che, per scelta legislativa, godono di una presunzione di minor gravità rispetto ai reati attribuiti alla cognizione del giudice ordinario (Sez. 4, n. 40669 del 19/04/2016, Colangelo, Rv. 267709).

Tale concetto è stato ripreso e sviluppato da Sez. 5, n. 15579 del 13/01/2017, Bianchi, Rv. 269424, che evidenzia come sarebbe altamente irrazionale e contrario ai principi generali che la disciplina sulla tenuità del fatto – che trova la sua ispirazione proprio nel procedimento penale avanti al giudice di pace – sia inapplicabile per i reati attribuiti alla competenza di quel giudice, ove, invece, dovrebbe farsi unicamente riferimento a quella specifica e più stringente di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000. Secondo tale impostazione, pur «senza

voler affermare che per quest'ultimi reati si sia determinata una sostanziale abrogazione dell'art. 34 del d.lgs. cit. (atteso che tutti i reati di competenza del giudice di pace hanno una cornice edittale che rientra, a maggior ragione, nella previsione di cui all'art. 131-*bis* cod. pen.) – abrogazione che, a dire il vero, non è stata prevista dal decreto legislativo n. 28/15 (e neppure dalla legge delega 28-4-2014 n. 67) – tuttavia risulta evidente che, anche in questo caso, si pone un evidente problema di ragionevolezza e di tenuta del sistema. Ed invero, non è possibile sostenere che per i reati di minor gravità, di competenza del giudice di pace, che sono puniti con pene differenti da quelle indicate nel codice penale, sia da ritenere applicabile unicamente la condizione di non procedibilità di cui all'art. 34, al ricorrere delle condizioni ivi previste, senza incorrere in una evidente forzatura della tenuta complessiva del sistema e in una irragionevolezza, passibile anche del vaglio della Corte costituzionale sotto il profilo della violazione dell'art. 3 della Cost.».

Occorre evidenziare, tuttavia, che la sentenza in esame, nel momento stesso in cui prende atto che la disciplina prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen. è più favorevole rispetto a quella contenuta dall'art. 34, nonché dell'astratta ricomprensione di tutti i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace nei limiti edittali previsti dall'art. 131-*bis* cod. pen., non indica in concreto quale sarebbe lo spazio residuale di applicazione della disciplina sulla tenuità del fatto specificamente dettata per i procedimenti celebrati dinanzi al giudice di pace.

Le sentenze sopra menzionate valorizzano concordemente un ulteriore argomento che militerebbe a favore dell'estensione dell'art. 131-*bis* cod. pen., individuato nella portata generale dell'istituto, desumibile dalla collocazione sistematica all'interno del codice penale e dalla previsione, quale prerequisito di applicabilità, del solo limite edittale della pena – non superiore nel massimo a cinque anni – senza che sia stata fatta alcuna distinzione a seconda della tipologia dei reati e del bene giuridico tutelato (in tal senso si veda anche Sez. 2, n. 1906 del 20/12/2016, dep. 2017, Barranco; Sez. 2, n. 9175 del 22/11/2016, dep. 2017, Liuzzo). Si sottolinea come il carattere assolutamente generale dell'istituto è stato espressamente affermato dalla pronuncia delle Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266590 che, pur non affrontando *ex professo* la tematica oggetto del contrasto giurisprudenziale in oggetto, avrebbe in tal modo fornito un utile elemento interpretativo al fine di sostenere l'estensibilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. a qualsivoglia reato, ivi compresi quelli di competenza del giudice di pace.

3.1. Diversità degli istituti ed inapplicabilità del principio di specialità.

La più recente pronuncia che si è inserita nel filone favorevole all'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace ha valorizzato argomentazioni parzialmente inedite e tese a dimostrare come la diversità dei presupposti richiesti dagli istituti in esame, lungi dal configurare i rapporti in termini di genere a specie, consente di riconoscere una totale autonomia, con conseguente applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. a qualsivoglia reato, trattandosi di un istituto sostanziale di portata generale.

Secondo Sez. 5, n. 9713 del 12/01/2017, Rubiano, Rv. 269452, gli istituti in esame presenterebbero profonde diversità: in particolare l'art. 131-*bis* cod. pen. prevede, una causa di esclusione della "punibilità" allorché – per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo – l'offesa all'interesse protetto sia particolarmente tenue; l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 contempla, invece, una causa di esclusione della "procedibilità" quando "il fatto" – valutato nella sua componente oggettiva (esiguità del danno o del pericolo) e soggettiva (occasionalità della condotta e grado della colpevolezza) – sia di particolare tenuità. Quanto alle condizioni dell'applicazione, la causa di esclusione della punibilità di

cui all'art. 131-*bis* cod. pen. richiede che sia sentita la persona offesa (artt. 411 e 469 cod. proc. pen.), mentre l'applicabilità dell'art. 34 d.lgs. 274/2000 è subordinata – nella fase delle indagini preliminari – alla condizione che non risulti un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento e, nella fase del giudizio, alla mancata opposizione sia dell'imputato che della persona offesa.

Sulla base dei richiamati indici normativi, risulterebbe evidente che l'operatività dell'art. 34 d.lgs. 274 del 2000 è subordinata a condizioni più stringenti di quelle richieste dall'art. 131-*bis* cod. pen., in quanto la prima norma esige che "il fatto" (e non solo l'offesa) sia di particolare tenuità e perché l'esistenza – oggettivamente valutata – di un interesse della persona offesa preclude l'immediata definizione del procedimento (una volta esercitata l'azione penale, l'applicabilità dell'art. 34 *cit.* è addirittura subordinata al mancato esercizio del diritto potestativo di opposizione, sia dell'imputato che della persona offesa).

Inoltre, solo con riferimento alla tenuità del fatto applicabile nel procedimento dinanzi al giudice di pace è prevista la valutazione del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato.

La diversa modulazione dei presupposti applicativi degli istituti in esame comporta che, in determinate fattispecie, la previsione dell'art. 34 d.lgs., *cit.*, in quanto più restrittiva rispetto all'art. 131-*bis* cod. pen., potrebbe non trovare applicazione, soprattutto in considerazione del ruolo centrale che è riconosciuto alla persona offesa, titolare nell'ambito del processo dinanzi al giudice di pace di un vero e proprio potere ostativo alla declaratoria di improcedibilità.

La Corte enuclea ipotesi nelle quali un fatto potrebbe non rientrare nella previsione dell'art. 34 (perché, per esempio, mancante di occasionalità; perché osta alla sua immediata definizione un interesse della persona offesa; perché, dopo l'esercizio dell'azione penale, vi è opposizione dell'imputato o della persona offesa) ed al contempo rispondere a tutti i presupposti di ammissibilità richiesti dall'art. 131-*bis* cod. pen.; viceversa, possono esservi casi definibili ex art. 34 anche se "l'offesa" superi il livello di offensività presupposto dall'art. 131-*bis* cod. pen. (per esempio, perché ostano alla procedibilità le particolari condizioni di salute dell'imputato).

I problemi posti dalla coesistenza nell'ordinamento penale dei due istituti sopra esaminati non potrebbero essere risolti facendo applicazione del principio di specialità, giacché le norme sopra richiamate non presuppongono la medesima situazione di fatto, ma situazioni solo parzialmente convergenti.

Una volta escluso che i rapporti tra i due istituti possano essere ricostruiti in termini di specialità, unilaterale o reciproca, ne consegue che la valenza generale della non punibilità per tenuità del fatto ex art. 131-*bis* cod. pen. e la natura sostanziale, ne consentirebbero l'applicazione anche ai reati di competenza del giudice di pace, tanto più che questi ultimi sono ritenuti dal legislatore di minor gravità.

4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Il contrasto giurisprudenziale ha trovato soluzione a seguito della sentenza delle Sez. U, n. 53683 del 22/06/2017, dep. 2017, Perini, che, privilegiando l'orientamento maggioritario già espresso dalle sezioni semplici, hanno affermato che la causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen. non si applica ai reati di competenza del giudice di pace.

La Corte ha proceduto ad un esame comparato dei due istituti, sottolineandone le differenze sia quanto a natura giuridica, sia in merito alla funzione svolta nell'ambito del processo penale cui si riferiscono. È stato, in particolare, sottolineato come la tenuità ex art. 131-*bis*

cod. pen. persegue essenzialmente finalità deflattive, mentre l'omologo istituto previsto per i reati di competenza del giudice di pace si inserisce in un sistema processuale autonomo ed ispirato principalmente alla composizione del conflitto tra autore del reato e vittima, ponendo al centro dell'istituto una finalità conciliativa. In quest'ottica si è fatto riferimento ai principi già affermati dalle Sez. U, n. 43264 del 16/07/2015, Steger, Rv. 264547 che, esaminando il ruolo della persona offesa nella definizione del procedimento ex art. 34 d.lgs., cit., hanno ribadito la peculiarità del processo penale dinanzi al giudice di pace, connotato da una preminente "funzione conciliativa", per la cui realizzazione è evidentemente necessario dare risalto peculiare alla posizione dell'offeso dal reato.

La Corte ha sottolineato come proprio la qualificazione dell'istituto quale figura di depenalizzazione in concreto, volta a realizzare il principio dell'ultima *ratio*, rappresenta la ragione della mancata previsione, in capo alla persona offesa, di un "potere di veto" alla dichiarazione di non punibilità, che si sarebbe trasformato in uno strumento di ostacolo alla concreata attuazione del principio di proporzione sotteso all'istituto in esame. Viceversa, il potere ostativo riconosciuto nella disciplina di cui all'art. 34, cit., risulta funzionale alla diversa finalità che, in quel ben delimitato ambito normativo, assume l'improcedibilità per tenuità del fatto.

Se il processo dinanzi al giudice di pace persegue la composizione del conflitto tra imputato e persona offesa, l'estensione dell'art. 131-*bis* cod. proc. pen. e la conseguente minor tutela garantita al danneggiato, integra di per sé un elemento di incompatibilità dell'istituto rispetto alla giurisdizione del giudice di pace.

Le Sezioni Unite, inoltre, si sono fatte carico di verificare che la disparità di trattamento derivante dalla mancata estensione della più favorevole previsione contenuta all'art. 131-*bis* cod. pen. anche ai reati di competenza del giudice di pace non possa dar luogo a dubbi di legittimità costituzionale. Si è richiamata, infatti, la sentenza della Corte costituzionale (Corte cost., n. 25 del 2015) che ha, sia pur *incidenter tantum*, vagliato i rapporti tra gli istituti fondati sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario ed in quello dinanzi al giudice di pace. L'occasione è stata fornita dall'ordinanza di remissione proposta nell'ambito di un procedimento ordinario, nel quale il giudice rimettente con riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 111 Cost., sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 529 del cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede una formula di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto, "simmetrica ed analoga" a quella prevista, per i soli procedimenti penali di competenza del giudice di pace.

Occorre premettere che la questione veniva proposta prima dell'entrata in vigore dell'art. 131-*bis* cod. pen., mentre la decisione della Consulta è intervenuta in epoca successiva, il che ha consentito di tener conto nell'introduzione del nuovo istituto.

La Corte costituzionale, pur ritenendo la questione inammissibile per mancanza di motivazione sulla sua rilevanza, ha colto l'occasione per evidenziare alcuni principi in tema di rapporti tra istituti similari, ma applicabili in ambiti ordinamentali distinti, facendo espresso riferimento alla disciplina introdotta all'art. 131-*bis* cod. pen..

Sulla base di tali premesse, le Sezioni Unite hanno proceduto a verificare se ed in che misura il concorso tra le due diverse forme di tenuità del fatto, vada risolto sulla base del principio di specialità. In ordine a tale aspetto, si è affermato che non risultano funzionali alla risoluzione del contrasto né il principio di specialità, come criterio di risoluzione del concorso apparente fra due discipline riguardanti lo stesso oggetto, né il principio della necessaria operatività, anche nel procedimento dinanzi al giudice di pace, del precetto di diritto sostanziale inserito all'art. 131-*bis* cod. pen., inteso come *lex mitior* soggetta alla disciplina intertemporale di cui all'art. 2 cod. pen.

La regola dettata dall'art. 15 cod. pen. non è risolutiva nel caso di specie, in quanto l'operatività del principio di specialità presuppone l'individuazione di un nucleo comune presente in entrambe le discipline, con l'aggiunta di uno o più elementi specializzanti in assenza dei quali la norma speciale torni ad essere integralmente sostituibile dalla norma generale. Ciò detto, è da escludere che tra l'art. 34 e l'art. 131-*bis* cod. pen. sia ravvisabile un rapporto di tale genere, essendo ognuna delle due ipotesi di "tenuità del fatto" fondata su elementi specializzanti che valgono, al più, a qualificare il rapporto in termini di interferenza; neppure si potrebbe ricorrere alla nozione di specialità reciproca, tanto più che tale soluzione non sarebbe funzionale a fornire un criterio risolutivo per il superamento di un ipotetico concorso apparente di norme, tenuto conto che la specialità reciproca è figura elaborata dalla giurisprudenza per sostenere la coesistenza di fattispecie aventi un nucleo comune cui si sommano elementi reciprocamente specializzanti.

La chiave di lettura risolutiva è stata individuata dalle Sezioni Unite non già nel raffronto tra le singole norme, bensì in una valutazione d'insieme degli istituti e del ruolo che svolgono all'interno del sistema di riferimento. Si è affermato che l'interprete non deve limitarsi al raffronto tra l'art. 131-*bis* cod. pen. e l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, bensì deve verificare, ai sensi dell'art. 16 cod. pen., se la legge penale speciale nel suo complesso non contenga già un'autonoma disciplina della materia, mirata rispetto alle finalità del procedimento e tale perciò da escludere a priori l'operazione del confronto tra singole disposizioni sulla stessa materia che, invece, è consentita dall'art. 15 cod. pen. Aggiungono le Sezioni Unite che il sistema delineato per il giudice di pace integra un "microcosmo punitivo" dotato di una propria *ratio* complessiva, con la conseguenza che non è consentito tentare di istituire una correlazione tra singole componenti del sistema processuale e sostanziale ordinario rispetto a quello previsto per i reati di competenza del giudice di pace, dovendosi valutare i singoli istituti in ragione del loro inserimento in un sistema diversamente strutturato nel suo complesso.

Quanto detto comporta che l'estensione dell'art. 131-*bis* cod. pen. ai reati di competenza del giudice di pace non è consentito neppure valorizzando la prevalenza della *lex mitior* sopravvenuta. Hanno chiarito le Sezioni Unite che una simile opzione ermeneutica è preclusa dal principio per cui lì dove la novella normativa abbia ad oggetto materie già autonomamente regolamentate dal d.lgs. n. 274 del 2000, quest'ultimo è destinato a prevalere.

Sulla base di tali considerazioni, le Sezioni Unite hanno affermato il principio secondo cui "la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen., non è applicabile nei procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace".

La Corte si è anche fatta carico di chiarire quale sia la disciplina applicabile nel caso in cui il reato di competenza del giudice di pace sia attratto per connessione dinanzi al giudice ordinario, ipotesi in cui, secondo l'art. 63 d.lgs., cit., il giudice "diverso" dovrà applicare l'art. 34 in quanto compatibile.

Il problema si porrà in tutti quei casi in cui, per effetto della connessione, un reato di competenza del giudice di pace verrà giudicato in un ambito processuale nel quale è prevista anche la causa di non punibilità per tenuità del fatto ex art. 131-*bis* cod. pen.

Richiamando l'elaborazione giurisprudenziale formatasi con riferimento alla problematica della sospensione condizionale della pena, non applicabile ai reati di competenza del giudice di pace (Sez. 4, n. 41702 del 20/09/2004, Nuciforo, Rv. 230274), le Sezioni Unite hanno affermato che il giudice "diverso" sarà tenuto ad applicare l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 a meno che, per il reato attraente, non risulti applicabile l'art.131-*bis* cod. pen., nel qual caso quest'ultima norma opererà per tutti i reati giudicati, risultando in concreto non applicabile l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

5. L'estensione del principio anche alla nuova figura delle condotte riparatorie.

A seguito dell'introduzione dell'art. art. 162-*ter* cod. pen., con la l. 23 giugno 2017, n. 103, è stata prevista una nuova causa di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, applicabile a tutti reati procedibili a querela. Al pari di quanto avvenuto con riferimento alla tenuità del fatto, anche in questo caso il legislatore ha esteso al sistema penale ordinario un istituto originariamente previsto per i soli reati di competenza del giudice di pace, senza procedere ad una armonizzazione degli istituti nell'ottica di prevenire possibili dubbi interpretativi circa il rispettivo ambito applicativo.

In astratto, quindi, ben potrebbe riproporsi anche per l'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie l'analogo dubbio interpretativo che ha riguardato la tenuità del fatto e, cioè, se il nuovo istituto previsto all'art. 162-*ter* cod. pen. sia o meno applicabile anche ai reati di competenza del giudice di pace.

Invero, va evidenziato come i due istituti presentano una maggiore omogeneità di disciplina rispetto a quanto previsto per la tenuità del fatto. Basti considerare che le condotte riparatorie sono strutturate quali cause di estinzione del reato sia dall'art. 163-*ter* cod. pen. che dall'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000; inoltre, anche i presupposti applicativi sono in gran parte sovrapponibili.

Ciò comporta che, a differenza di quanto avvenuto per la tenuità del fatto, in relazione all'istituto della estinzione del reato per condotte riparatorie non vi è un effettivo e concreto interesse ad estendere la disciplina prevista dall'art. 163-*ter* cod. pen. ai reati devoluti alla cognizione del giudice di pace, sicché è improbabile che sorgano dubbi interpretativi in ordine all'ambito applicativo della nuova causa di estinzione del reato.

Qualora, tuttavia, dovesse porsi la questione circa l'estensione dell'art. 163-*ter* cod. pen. anche ai reati di competenza del giudice di pace, dovrebbe sicuramente applicarsi il medesimo principio espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza "Perini", volto a riconoscere autonomia tra il sistema penale generale e quello previsto per i reati di competenza del giudice di pace; cosicché anche nel disciplinare i rapporti tra la causa estintiva introdotta all'art. 162-*ter* cod. pen. e l'omologo istituto disciplinato dall'art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 occorrerà dare prevalenza alla specialità della disciplina concernente i reati di competenza del giudice di pace, ritenendo a questi ultimi applicabile la sola causa estintiva prevista dal citato art. 35.

6. Altre questioni aperte in tema di tenuità del fatto: il reato continuato.

Per completare il quadro della giurisprudenza in tema di tenuità del fatto, è opportuno richiamare le sentenze che si sono occupate della compatibilità o meno del reato continuato con il riconoscimento della causa di non punibilità. La questione è di rilevante interesse applicativo, ove si consideri la frequenza con la quale si possono verificare ipotesi di continuazione – omogenea od eterogenea – che complessivamente considerate non arrecano un'offesa rilevante al bene giuridico tutelato. Peraltro, una problematica sostanzialmente similare si pone anche con riferimento al concorso formale di reati, posto che anche in tale ipotesi si ha una pluralità di illeciti, sia pur commessi con un'unica azione, che potrebbe essere ostativa al riconoscimento della non abitualità del comportamento.

Sul punto, le Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266591, non si sono espressamente pronunciate con riguardo al reato continuato ed al concorso formale, pur affermando che «ai fini del presupposto ostativo alla configurabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen., il comportamento è abituale quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, ha commesso almeno due illeciti, oltre quello

preso in esame». In motivazione, la Corte ha, altresì, chiarito che, ai fini della valutazione del presupposto indicato, il giudice può fare riferimento non solo alle condanne irrevocabili ed agli illeciti sottoposti alla sua cognizione – nel caso in cui il procedimento riguardi distinti reati della stessa indole, anche se tenui- ma anche ai reati in precedenza ritenuti non punibili ex art. 131-*bis* cod. pen..

In linea generale, il reato continuato, presupponendo la commissione di una pluralità di reati unificati solo per quanto concerne l'aspetto inerente il trattamento sanzionatorio, potrebbe agevolmente ritenersi incompatibile con il presupposto della "non abitualità della condotta" richiesto dall'art.131-*bis* cod. pen.; lì dove la norma fa riferimento a condotte plurime sembrerebbe richiamare implicitamente proprio il reato continuato.

Secondo un indirizzo allo stato maggioritario «la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. non può essere dichiarata in presenza di più reati (nella specie, due danneggiamenti) legati dal vincolo della continuazione, in quanto anche il reato continuato configura un'ipotesi di "comportamento abituale" per la reiterazione di condotte penalmente rilevanti, ostativa al riconoscimento del beneficio, essendo il segno di una devianza "non occasionale"» (Sez. 2, n. 1 del 02/01/2017, Cattaneo, Rv. 268970; in senso conforme si veda anche: Sez. 2, n. 28341 del 5/4/2017, Modou, Rv. 271001).

A sostegno di tale conclusione si è evidenziato che, per il riconoscimento dell'occasionalità, i comportamenti contestati non solo non devono replicare condotte già oggetto di accertamento giudiziale, ma non devono neanche avere una struttura intrinsecamente abituale o inserirsi in una progressione criminosa consolidabile con il riconoscimento della continuazione (Sez. 3, n. 29897 del 28/05/2015, Gau, Rv. 264034). Il riconoscimento della continuazione incide sul trattamento sanzionatorio nella misura in cui segnala la minore intensità del dolo espresso nel corso della progressione criminosa, ma non consente di ritenere il fatto, anche nella dimensione consolidata dal riconoscimento dell'unicità del disegno criminoso, come una devianza "occasionale", ovvero non reiterata. In sintesi, il riconoscimento della continuazione valorizzando l'identità del disegno criminoso incide sulla valutazione del complessivo disvalore della progressione criminosa, ma non elide la circostanza che osta al riconoscimento del beneficio, ovvero la oggettiva reiterazione di condotte penalmente rilevanti.

A diverse conclusioni sono giunte due successive pronunce che, dando vita ad un orientamento favorevole alla compatibilità della continuazione con la causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, hanno valorizzato una pluralità di elementi che possono contribuire ad escludere il connotato della "abitualità" della condotta nel caso della mera continuazione.

Si è sostenuto, infatti, che «la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. può essere dichiarata anche in presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, giacché quest'ultima non si identifica automaticamente con l'abitualità nel reato, ostativa al riconoscimento del beneficio, non individuando comportamenti di per se stessi espressivi del carattere seriale dell'attività criminosa e dell'abitudine del soggetto a violare la legge» (Sez. 2, n. 19932 del 29/03/2017, Di Bello, Rv. 270320 che, in motivazione, ha specificato come il giudice, in presenza di un reato continuato, possa decidere sulla meritevolezza o meno del beneficio da parte dell'imputato, è chiamato a soppesare – in relazione alla modalità della condotta ed all'esiguità del danno o del pericolo – l'incidenza della continuazione in tutti i suoi aspetti, tra cui la gravità del reato, la capacità a delinquere, i precedenti penali e giudiziari, la durata temporale della violazione, il numero delle disposizioni di legge violate, gli effetti della condotta antecedente, contemporanea e susseguente al reato, gli interessi lesi ovvero perseguiti dal reo e le motivazioni a delinquere).

A conclusioni non dissimili è giunta un'altra pronuncia che, nell'ammettere la compatibilità tra la causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen. ed il reato continuato, ha valorizzato il dato relativo all'unitarietà delle circostanze di tempo e di luogo in cui i reati – sorretti da un unitario disegno criminoso – vengono posti in essere (Sez. 5, n. 35590 del 31/05/2017, Bertozocco, Rv. 270998). Quest'ultima pronuncia ha sottolineato la rilevanza che assume l'unitarietà del contesto, in cui sono poste in esser diverse condotte illecite, dal quale si può desumere che l'azione criminosa rimarrà un fatto estemporaneo, giungendo a ritenere che «ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. non osta la presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, qualora questi riguardano azioni commesse nelle medesime circostanze di tempo e di luogo». In applicazione del principio la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva riconosciuto la causa di non punibilità in relazione ai reati di violazione di domicilio e minaccia unificati dalla continuazione.

Per completezza, va segnalato come il concetto di unitarietà del contesto nell'ambito del quale il reato viene posto in essere è stato valorizzato anche da altra pronuncia, con la quale si è escluso che il concorso formale di reati sia ostativo al riconoscimento della tenuità del fatto. Si è affermato che la stessa conformazione dell'art. 81 cod. pen. mal si attaglia a situazioni, quali quelle considerate dal terzo comma dell'art. 131-*bis* cod. pen. che il legislatore considera comunque sintomatiche di quella «abitualità», seppure largamente intesa, impeditiva della declaratoria di particolare tenuità, difficilmente confrontabile con una condotta unica, seppure produttiva di plurime violazioni di legge. Ne consegue che il concorso formale di reati non consente di considerare operante lo sbarramento della abitualità del comportamento che impedisce l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen. (così in motivazione, Sez. 3, n. 47039 del 8/10/2015, Derossi, Rv. 265448).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 4, n. 41702 del 20/09/2004, Nuciforo, Rv. 230274
Sez. 5, n. 34227 del 07/05/2009, Scalzo, Rv. 244910
Sez. 5, n. 29831 del 13/03/2015, La Greca, Rv. 265143
Sez. 3, n. 29897 del 28/05/2015, Gau, Rv. 264034
Sez. 4, n. 31920 del 14/07/2015, Marzola, Rv. 264420
Sez. U, n. 43264 del 16/07/2015, Steger, Rv. 264547
Sez. F, n. 34672 del 06/08/2015, Cacioni, Rv. 264702
Sez. F, n. 38876 del 20/08/2015, Morrealle, Rv. 264700
Sez. 3, n. 47039 del 8/10/2015, Derossi, Rv. 265448
Sez. 7, ord. n. 1510 del 04/12/2015, dep. 2016, Bellomo, Rv. 265491
Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266590
Sez. 2, n. 25101 del 24/03/2016, Di Noia
Sez. 4, n. 40669 del 19/04/2016, Colangelo, Rv. 267709
Sez. 4, n. 26491 del 20/05/2016, Ritella
Sez. 5, n. 29701 del 25/05/2016, Cappucci
Sez. 5, n. 44632 del 27/05/2016, Boldrini
Sez. 5, n. 26854 del 01/06/2016, Ferrari, Rv. 268047
Sez. 1, n. 37551 del 14/07/2016, Mordan
Sez. 5, n. 45996 del 14/7/2016, Paniccia, Rv. 268144
Sez. 5, n. 47518 del 15/09/2016, Bruno, Rv. 268452
Sez. 5, n. 47523 del 15/09/2016, Gherghelau, Rv. 268430
Sez. 5, n. 55039 del 20/10/2016, Sawires, Rv. 268865
Sez. 2, n. 9175 del 22/11/2016, dep. 2017, Liuzzo
Sez. 1, n. 8736 del 25/11/2016, dep. 2017, Osayowa
Sez. 5, n. 54173 del 28/11/2016, Piazza, Rv. 268754
Sez. 2, n. 1906 del 20/12/2016, dep. 2017, Barranco
Sez. 1, n. 39 del 2/12/2016, dep. 2017, Asllani
Sez. 1, n. 40 del 2/12/2016, dep. 2017, Cissie
Sez. 5, n. 47518 del 15/09/2016, Bruno, Rv. 268452
Sez. 5, n. 1724 del 13/12/2016, dep. 2017, Pizzoccheri
Sez. 5, n. 9713 del 12/01/2017, Rubiano, Rv. 269452
Sez. 5, n. 15579 del 13/01/2017, Bianchi, Rv. 269424
Sez. 2, n. 1 del 02/01/2017, Cattaneo, Rv. 268970
Sez. 7, n. 21776 del 26/01/2017, Iannone
Sez. 2, n. 19932 del 29/03/2017, Di Bello, Rv. 270320
Sez. 2, n. 28341 del 5/4/2017, Modou, Rv. 271001
Sez. 5, n. 35590 del 31/5/2017, Bertozocco, Rv. 270998
Sez. U, n. 53683 del 22/06/2017, dep. 2017, Perini

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., ord. n. 349 del 2004
Corte cost., sent. n. 25 del 2015

SEZIONE III

REATI DEL CODICE PENALE

CAPITOLO I

REATI CONTRO LA FAMIGLIA

(Marzia Minutillo Turtur)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli orientamenti delle sezioni sui reati di cui agli artt. 570 – 572 cod. pen. - 3. L'alterazione di stato, nuovi profili interpretativi a seguito delle pronunce della Corte costituzionale. – 3.1. Gli orientamenti della Corte di cassazione in materia di alterazione di stato nei casi di c.d. "gestazione per altri". – 3.2. L'ordine pubblico internazionale, evoluzione interpretativa dei giudici di merito e della Corte di cassazione civile.

1. Premessa.

La progressiva centralità del tema della protezione dei soggetti deboli, anche nell'ambito del nucleo familiare, ha portato ad una sempre maggiore attenzione, sia da parte della giurisprudenza, che del legislatore, alla tutela della famiglia, come luogo di possibile commissione di reati caratterizzati da violenza domestica nei confronti delle donne e di violenza assistita da minori inseriti nel nucleo familiare.

In tal senso è necessario richiamare le previsioni contenute nella Convenzione di Istanbul, recepite in Italia con la ratifica della l. 27 giugno 2013 n. 77. Tale convenzione rappresenta una rilevante previsione internazionale, vincolante giuridicamente, allo scopo di determinare un quadro normativo completo a tutela delle donne contro qualsiasi forma di violenza. Interviene infatti anche nell'ambito della violenza domestica, e dunque proprio in relazione ai reati previsti nel nostro ordinamento a tutela della famiglia, e di quelli che si configurano sostanzialmente come soggetti deboli nell'ambito della stessa, sebbene l'oggetto della tutela della convenzione sia più ampio ed esteso ad altri soggetti, come bambini ed anziani. La violenza contro le donne rappresenta secondo la Convenzione una violazione dei diritti umani ed è una forma di discriminazione. Tale previsione si ricollega ad altri strumenti varati nell'ambito del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite come la Cedaw (Convenzione Onu del 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne) e il suo Protocollo opzionale del 1999, mentre per le Nazioni Unite, occorre ricordare l'istituzione sin dal 2009 del database sulla violenza contro le donne, per consentire un effettivo controllo dei presidi realizzati dai singoli stati allo scopo di evitare e arginare la violenza sulle donne. La Convenzione afferma il principio secondo il quale ogni individuo ha diritto di vivere libero dalla violenza nella sfera pubblica e in quella privata, e ciò comporta un vero e proprio obbligo per gli stati a tutelare questo diritto, in particolare per quanto riguarda le donne, le principali vittime della violenza basata sul genere (normalmente posta in essere dal partner in fase di crisi della relazione affettiva). Ne deriva la necessaria attivazione di forme di prevenzione della violenza contro le donne e della violenza domestica, mediante la protezione delle vittime. La disciplina convenzionale prevede che reati come la violenza

fisica e psicologica, sessuale, stupro, mutilazioni genitali siano da perseguire penalmente, invitando gli stati a predisporre una legislazione adeguata, il più possibile armonica ed omologa, a livello internazionale. Si richiama la particolare rilevanza dello stalking, individuato in relazione al comportamento intenzionale e minaccioso posto in essere nei confronti di un'altra persona, che conseguentemente teme per la propria incolumità. Proprio in applicazione del disposto della Convenzione è stato emanato il d.l. n. 93 del 14 agosto 2013, poi convertito nella l. 15 ottobre 2013 n. 119, al fine di contrastare e prevenire la violenza di genere; ciò mediante previsioni incidenti sul codice penale, introducendo l'art. 61, n. 11-*quinquies* per i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale, nonché per i maltrattamenti in famiglia, da applicare se i fatti sono commessi in danno o in presenza di minori (in modo corrispondente a quanto previsto dalla Convenzione di Istanbul laddove, art. 46 lett. d), si esortano gli Stati firmatari a prevedere, come aggravante dei reati "stabiliti conformemente alla presente Convenzione", la commissione del fatto su un bambino o in presenza di un bambino) e, per il reato di atti persecutori, con la previsione estensiva dell'aggravante originariamente prevista quanto alla relazione intercorrente tra le parti, con la sostituzione della frase "commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato" con le parole "commesso dal coniuge anche separato o divorziato", con la conseguenza che tale previsione potrà ora essere applicata anche nel caso in cui ricorra ancora un legame sia formale che di fatto, proprio per tutelare la parte più debole anche durante i primi momenti in cui si manifesta la crisi del legame familiare e personale; ed ancora con l'innovativa previsione di un'aggravante quando il fatto è commesso con mezzi informatici o telematici e modificando il regime della querela di parte (con riferimento dunque alle più diverse forme del c.d. cyberstalking, con molestie e invasioni continue e violente della sfera personale e intima con comunicazione a distanza, con social network quali Facebook, Twitter e Instagram, ma anche con mezzi più tradizionali come il telefono e le chat telefoniche). Da ricordare che, rispetto alla formulazione originaria del decreto-legge, che qualificava la querela come irrevocabile, il Parlamento ha circoscritto le ipotesi d'irrevocabilità ai casi più gravi, con possibile remissione soltanto in sede processuale.

La legge prevede inoltre una serie di previsioni incidenti sul codice di procedura penale: così in particolare rendendo legittime le intercettazioni anche quando si indaga per atti persecutori, ancora mediante l'allargamento della misura di prevenzione dell'ammonimento del questore anche alle condotte di violenza domestica, oltre all'inserimento di misure relative all'allontanamento – anche d'urgenza – dalla casa familiare e all'arresto obbligatorio in flagranza dell'autore delle violenze. Sempre al fine di realizzare un'efficace tutela delle persone offese nell'ambito di reati commessi con violenza domestica, o in danno di donne e soggetti deboli, è stata prevista anche una serie di specifici obblighi di comunicazione da parte dell'autorità giudiziaria e della polizia giudiziaria alla persona offesa dai reati di atti persecutori e maltrattamenti in ambito familiare, oltre a specifiche modalità protette di assunzione della prova. In particolare è stata prevista: – l'estensione dell'applicabilità della misura dell'allontanamento dalla casa familiare, in deroga ai limiti di pena previsti dall'art. 280 cod. proc. pen., anche ai delitti di lesioni personali volontarie e di minaccia grave ovvero aggravata; – la previsione, ad integrazione dell'art. 299 cod. proc. pen, di specifici doveri di avviso in caso di richiesta di revoca o di sostituzione delle misure di cui agli artt. 282-*bis* e *ter* cod.proc. pen. (allontanamento dalla casa familiare e divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa), nonché in caso di adozione dei provvedimenti di revoca o sostituzione di dette misure; – la previsione dell'arresto obbligatorio in flagranza di reato (art. 380 cod. proc. pen.) sia per il delitto di maltrattamenti, sia per quello di atti persecutori; – la previsione ex art. 282-*bis* cod. proc. pen. dell'allontanamento urgente dalla casa familiare per chi è

colto in flagranza dei delitti di cui all'art. 282-*bis*, comma 6, allontanamento che tuttavia, in correlazione con il disposto di cui all'art. 385 cod. proc. pen. deve essere sottoposto a convalida (questa disposizione richiama di fatto il disposto di cui all'art. 52 della Convenzione, che richiede appunto particolare attenzione per l'eventuale ricorrenza di plurime condotte che integrino i caratteri dei c.d. reati – spia, con conseguente grave pericolo per la vita o integrità fisica del soggetto debole, con particolare riferimento alla finalità di dare priorità alla sicurezza delle vittime o delle persone in pericolo); – la modifica dell'art. 408 cod. proc. pen., con previsione del comma 3-*bis*, che dispone, per il delitto di maltrattamenti, la notifica alla persona offesa dell'avviso della richiesta di archiviazione, con ampliamento del termine di dieci giorni per presentare opposizione alla richiesta di archiviazione (venti giorni); – la previsione ex art. 415-*bis* cod. proc. pen. della notifica anche al difensore della parte offesa dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari quanto al delitto di maltrattamenti; – la previsione del comma 4-*quater* dell'art. 498 cod. proc. pen. che introduce una serie di garanzie protettive all'esame della persona offesa maggiorenne, tenendo eventualmente conto della particolare vulnerabilità per giungere anche all'adozione di modalità protette. E, sempre nell'ottica di una particolare attenzione a questo genere di reati, è stato disposto l'inserimento tra i procedimenti caratterizzati dalla necessità di una trattazione prioritaria dei reati di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, atti persecutori, ed ancora la possibilità di essere ammessi al gratuito patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito.

Non vi è dubbio le previsioni appena richiamate si caratterizzino per il fine di rendere formale ed omogeno il regime giuridico e dunque lo statuto della vittima di violenza domestica, intra-familiare, spesso da definire come vera e propria violenza di genere. In tal senso si deve ricordare la decisione delle Sez. U, n. 10959 del 29/01/2016, P.O. in proc. C., Rv. 265893, con la quale è stato affermato che il reato di cui all'art. 612-*bis* cod. pen. è da ritenere incluso fra quelli per i quali l'art. 408 cod. proc. pen. prevede la notifica obbligatoria alla persona offesa dell'avviso della richiesta di archiviazione, con evidente estensione dunque della portata precettiva della predetta previsione, allo scopo appunto di rendere effettivo l'ampliamento del diritto di partecipazione della parte offesa, con specifica emersione ed attenzione alla finalità della previsione volta a realizzare una concreta tutela avverso la violenza di genere. Viene in particolare, nella decisione predetta, data particolare rilevanza alla valutazione del concetto di violenza alla persona, comprendendovi i delitti caratterizzati da violenza morale e o psicologica nei confronti di vittime nel contesto di relazioni interpersonali (atti persecutori e maltrattamenti), escludendo invece da tale previsione una serie di persone offese vittime non di genere e non attinte da comportamenti offensivi tipici integranti la c.d. violenza domestica.

Nell'ambito di tale premessa deve inoltre essere citata la recente ed importante sentenza della Corte EDU, Sez. 1, del 02/03/2017 (ric. 41237/2014), Talpis c. Italia, che rappresenta evidentemente il primo caso di condanna dello Stato italiano per un comportamento discriminatorio in applicazione delle previsioni della Convenzione di Istanbul sulla violenza di genere, posto in essere nei confronti di donna vittima di maltrattamenti; comportamento discriminatorio consistente nel non essere lo Stato italiano intervenuto in modo adeguato per proteggere la donna e i suoi figli da ripetuti atti di violenza domestica, con ciò di fatto sostenendo indirettamente condotte così violente da giungere al tentato omicidio della moglie e all'omicidio di uno dei figli.

Emerge con la decisione in esame la riscontrata violazione da parte dello Stato italiano delle previsioni di cui agli artt. 2 e 3 della Convenzione. In concreto la ricorrente aveva denunciato più volte comportamenti violenti e caratterizzati da sopraffazione del marito nei confronti suoi e dei figli minori di età; ciò nonostante la ricorrente era stata convocata

e sentita dalla polizia solo a distanza di tempo (circa sette mesi) rispetto al deposito della denuncia, e in quell'occasione aveva cercato di ridimensionare la portata delle sue dichiarazioni, sicché veniva richiesta l'archiviazione per il reato di maltrattamenti, con il rinvio a giudizio per uno dei classici reati spia, ovvero le lesioni personali. Al momento dell'effettiva conoscenza da parte del marito del provvedimento di rinvio a giudizio, questi aveva tentato di uccidere la moglie ed era riuscito effettivamente ad uccidere uno dei figli. A seguito di tali condotte e dei relativi accertamenti si è poi giunti ad una sentenza di condanna all'ergastolo, per omicidio, tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia e porto d'armi. La Corte EDU ha richiamato nella propria decisione le previsioni di cui agli artt. 2 e 3 della Convenzione, con il conseguente obbligo a carico dello Stato di proteggere soggetti deboli, nell'ambito dei quali devono essere necessariamente ricomprese le persone vittime di violenze domestiche e caratterizzate da una relazione parentale.

Evidenzia la decisione come tale obbligo sorga a carico degli stati nel caso in cui sia provata la consapevolezza dell'esposizione a pericolo, con reale e imminente pericolo per la vita, e nonostante ciò non siano state adottate adeguate contromisure di protezione. Richiama ancora la decisione, oltre agli obblighi di protezione, l'obbligo di un'effettiva tutela anche in sede processuale, mediante l'avvio di tempestiva azione processuale. Obblighi questi che possono risultare oggettivamente violati anche nel caso in cui la persona oggetto della violenta azione altrui si sia salvata. Nel caso concreto è stata riscontrata una consistente inadempienza da parte delle autorità italiane, per la protezione della vittima (sentita del tutto intempestivamente e in assenza di qualsivoglia forma di protezione) tanto da poter ritenere di fatto posta così nel nulla la denuncia presentata, consentendo quindi che il marito continuasse a porre in essere comportamenti gravemente violenti, che portavano all'omicidio del figlio e al tentato omicidio della moglie. Viene esclusa qualsiasi forma di giustificazione per lo Stato italiano, con particolare riferimento alla asserita assenza di prove tangibili di pericolo di danno imminente alla vita, pericolo che invece era da ritenere provato anche semplicemente considerando che la sera dell'evento omicidiario le forze di polizia erano intervenute ripetutamente su sollecitazione della ricorrente, anche riscontrando l'evidente stato di ubriachezza del marito.

In tale condizione obiettiva, caratterizzata da prevedibilità ed evitabilità, è stata ritenuta la piena violazione dell'art. 2 della Convenzione EDU. Nello stesso senso è stata affermata poi la violazione dell'art. 3 della Convenzione quanto all'obiettiva realizzazione di maltrattamenti, da individuare in violenze sia di tipo psicologico che fisico, con la conseguente creazione di un indiretto sostegno e clima di impunità favorevole alla ripetizione di atti di violenza, con violazione dell'obbligo, proprio a causa della mancata e celere definizione dell'attività di indagine, sancito anche dalla Convenzione di Istanbul di adottare tutte le misure necessarie ad evitare ritardi ingiustificati nei confronti di forme di violenza non ammesse convenzionalmente (come per i maltrattamenti). Ultima violazione esplicitamente affrontata e contestata dalla Corte EDU alle autorità italiane è quella dell'art. 14, proprio perché la mancata adeguata considerazione di comportamenti con attitudine discriminatoria (come esplicitamente individuata nella Convenzione di Istanbul), verso la vittima in quanto donna, ha portato a sottostimare la gravità delle violenze poste in essere, con implicita approvazione delle stesse, pur non mancando strumenti a disposizione dell'autorità giudiziaria per adempiere agli obblighi di protezione imposti dalla normativa convenzionale (allontanamento dalla casa familiare e avvio tempestivo della azione penale).

2. Gli orientamenti delle sezioni sui reati di cui agli artt. 570 – 572 cod. pen.

Occorre segnalare come le decisioni della Corte si caratterizzino per profili di sostanziale continuità con gli orientamenti consolidati in materia di reati contro la famiglia. In partico-

lare in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, primo elemento indicativo di una negativa alterazione della dinamica familiare, anche in violazione dei provvedimenti disposti in tal senso dal tribunale, è da segnalare Sez. 6, n. 12400 del 12/01/2017, L., Rv. 269728, secondo la quale ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 570, comma secondo, cod. pen., il giudice penale deve accertare, nell'ipotesi di mancata corresponsione da parte del coniuge obbligato al versamento dell'assegno di mantenimento, se per effetto di tale condotta siano venuti in concreto a mancare ai beneficiari i mezzi di sussistenza, nozione in cui rientrano non solo i mezzi per la sopravvivenza vitale (quali il vitto e l'alloggio), ma anche gli strumenti che consentano, in rapporto alle reali capacità economiche e al regime di vita personale del soggetto obbligato, un sia pur contenuto soddisfacimento di altre complementari esigenze della vita quotidiana. In questo caso la Corte ha ritenuto che il giudice di merito non avesse verificato se, a fronte dell'omesso versamento per un periodo contenuto di tempo (quattro mesi) dell'assegno di mantenimento di rilevante ammontare, il coniuge beneficiario non avesse potuto far fronte alle esigenze di vita del figlio, anche in considerazione di quanto in precedenza incamerato e verosimilmente accantonato. Occorre dunque sempre una verifica in concreto e volta a riscontrare la reale consistenza delle condizioni economiche dei soggetti destinatari di tutela nell'ambito della famiglia, soprattutto in relazione alla posizione dei figli e delle loro esigenze. La Corte ha infatti annullato con rinvio la decisione della corte di appello rilevando la mancata assunzione di prova decisiva ed ha affermato come debba essere confermato l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo il quale nel caso in cui si realizzi l'inadempimento dell'obbligo di mantenimento nei confronti del figlio minore opera una presunzione semplice, suscettibile di essere superata ove il minore disponga di redditi patrimoniali. Occorre pur tuttavia, secondo la decisione in esame, sempre tener conto della nozione di penalistica di mancanza dei mezzi di sussistenza, di portata più ampia rispetto alla nozione civilistica di mantenimento (sostanzialmente limitata al vitto e all'alloggio e dunque alle essenziali esigenze di sopravvivenza), comprensiva del soddisfacimento contenuto di altre complementari esigenze di vita quotidiana (abbigliamento, istruzione, trasporti, comunicazioni) e su tale base accertare se a fronte di un contributo di mantenimento molto consistente la mancata corresponsione dello stesso per un periodo di tempo limitato abbia effettivamente inciso sulla possibilità di usufruire di adeguati mezzi di sussistenza. Non rientra nella considerazione della decisione, in relazione alla contestazione elevata, la successiva corresponsione da parte dell'imputato di un importo autoridotto rispetto a quanto stabilito dal giudice civile. La valutazione e portata di una condotta di autoriduzione del contributo previsto risulta invece oggetto di valutazione nella decisione della Sez. 2, n. 24050 del 10/02/2017, P.C., Rv. 270326 secondo la quale ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 570, comma secondo, n. 2, cod. pen., nell'ipotesi di corresponsione parziale dell'assegno stabilito in sede civile per il mantenimento, il giudice penale deve accertare se tale condotta abbia inciso apprezzabilmente sulla disponibilità dei mezzi economici che il soggetto obbligato è tenuto a fornire ai beneficiari, tenendo inoltre conto di tutte le altre circostanze del caso concreto, ivi compresa la oggettiva rilevanza del mutamento di capacità economica intervenuta, in relazione alla persona del debitore, mentre deve escludersi ogni automatica equiparazione dell'inadempimento dell'obbligo stabilito dal giudice civile alla violazione della legge penale. Anche in questo caso emerge dunque la necessità di una valutazione, in sede penale, di tipo diverso rispetto al capo di applicazione del provvedimento civilistico di mantenimento, con considerazione in concreto della situazione del beneficiario del contributo. Nel caso concreto la Corte ha chiarito come la minima portata dell'inadempimento dell'imputato in sede di corresponsione (nell'ordine di poche centinaia

di euro) non potesse ritenersi rilevante quanto alla fattispecie penale contestata, non ricorrendo effettivamente una alterazione del regime di vita del minore, tale da ritenere incisa la possibilità di sussistenza dello stesso.

Un tema di particolare interesse risulta affrontato da due diverse pronunce della Corte quanto alla applicabilità o meno della previsione di cui all'art. 12-*sexies* della legge 1 dicembre 1970 n. 898, richiamato dall'art. 3 della legge 8 febbraio 2006 n. 54 anche alla cessazione del rapporto di convivenza di fatto. In particolare la Sez. 6, n. 2666 del 07/12/2016, B., Rv. 268968 ha affermato che in tema di reati contro la famiglia, il reato di omesso versamento dell'assegno periodico previsto dell'art.12-*sexies* legge 1 dicembre 1970, n. 898 (richiamato dall'art. 3 della legge 8 febbraio 2006 n. 54) è configurabile esclusivamente nel caso di separazione dei genitori coniugati, ovvero di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, mentre, nel caso di violazione degli obblighi di natura economica derivanti dalla cessazione del rapporto di convivenza può configurarsi il solo reato di cui all'art. 570, comma 2, n. 2, cod. pen. In particolare la Corte ha precisato che l'art. 4, comma 2, legge n. 54 del 2006, in base al quale le disposizioni introdotte si applicano anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, fa riferimento ai provvedimenti di natura civile e non anche alle previsioni normative che attengono al diritto penale sostanziale. La predetta pronunzia della Corte ha dunque sancito l'annullamento senza rinvio della decisione di secondo grado perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, considerato che il mero rapporto di convivenza, in applicazione di un criterio interpretativo letterale e sistematico (anche quanto alle modifiche apportate al codice civile agli artt. 155 e seg. e al codice di procedura civile art. 708 e seguenti) non è compreso nella previsione di cui all'art. 3 della legge n. 54 del 2006.

Di segno diverso la decisione della Sez. 6, n. 25267 del 06/04/2017, S. , Rv. 270030, con la quale si è affermato che in tema di reati contro la famiglia, il reato di omesso versamento dell'assegno periodico per il mantenimento, educazione e istruzione dei figli, previsto dell'art.12-*sexies* legge 1 dicembre 1970, n. 898 (richiamato dall'art. 3 della legge 8 febbraio 2006 n. 54), è configurabile non solo nel caso di separazione dei genitori coniugati, ovvero di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, ma anche in quello di violazione degli obblighi di natura economica derivanti dalla cessazione del rapporto di convivenza. Quanto al caso concreto la Corte ha precisato che, alla luce di un'interpretazione sistematica della disciplina sul tema delle unioni civili e della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli, introdotta dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 e dal d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, che ha inserito l'art. 337-*bis* cod. civ., l'art. 4, comma secondo, legge n. 54 del 2006, in base al quale le disposizioni introdotte si applicano anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, deve essere interpretato con riferimento a tutte le disposizioni previste dalla legge citata, comprese quelle che attengono al diritto penale sostanziale, in quanto una diversa soluzione determinerebbe una diversità di trattamento, accordando una più ampia e severa tutela penale ai soli figli di genitori coniugati rispetto a quelli nati fuori dal matrimonio. La decisione in esame si discosta esplicitamente dall'interpretazione esegetica effettuata dalla precedente decisione n. 2666 del 07/012/2016 e richiama la recente disciplina normativa di cui alla legge 20 maggio 2016 n. 76 relativa alla regolamentazione delle unioni civili allo scopo di giungere ad una lettura congiunta ed evolutiva dei diversi interventi legislativi succedutesi nel tempo, che hanno portato alla nuova previsione di cui agli artt. 155 – 155 *sexies* e 337-*bis* cod. civ. per evidenziare come si sia sempre fatto riferimento, oltre che ai figli nati nel matrimonio, anche ai figli nati fuori dal matrimonio, in un'ottica evidentemente perequativa e di pari tutela tra queste due categorie di figli nati dentro o al di fuori del matrimonio tradizionale. Chiarisce la decisione come

non possa essere ritenuta sufficiente, proprio in sede di tutela penale, la copertura delle condotte relative a figli nati fuori dal matrimonio, asseritamente prestata, secondo la prima decisione, dalla previsione di cui all'art. 570 cod. pen., proprio in considerazione delle differenti caratteristiche e presupposti di questo reato (che richiede una prova specifica della ricorrenza dello stato di bisogno, così come l'assenza di adeguati mezzi di sussistenza), del tutto assenti nella previsione di cui all'art. 3 della legge n. 54 del 2006. Elementi interpretativi questi oggettivamente in contrasto con la tendenza perequativa della legge tra le diverse categorie di figli e distonica rispetto ai principi costituzionali di eguaglianza e pari dignità.

Da richiamare, quanto alla definizione e caratteristiche della fattispecie di cui all'art. 12 sexies della l. n. 898 del 1970, ex art. 3 della legge n. 54 del 2006, anche la decisione della Sez. 6 n. 23794 del 15/05/2017, B., Rv. 270223 che ha chiarito che in tema di reati contro la famiglia, la fattispecie di cui all'art. 12-*sexies* della legge n. 898 del 1970, richiamata dalla previsione di cui all'art. 3 della legge n. 54 del 2006, che punisce il mero inadempimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento stabilito dal giudice a favore dei figli (senza limitazione di età) economicamente non autonomi, è reato perseguibile d'ufficio a natura permanente, la cui consumazione termina con l'adempimento integrale dell'obbligo, ovvero con la data di deliberazione della sentenza di primo grado, quando dal giudizio emerga espressamente che l'omissione si è protratta anche dopo l'emissione del decreto di citazione a giudizio. Richiama in tal senso la decisione delle Sez. U, n. 23866 del 31/01/2013, Rv. 255270, e il conseguente orientamento, del tutto costante, secondo il quale il reato si caratterizza per la sua procedibilità d'ufficio e punisce il mero inadempimento dell'obbligo di corresponsione di quanto dovuto a titolo di mantenimento, traendone le necessarie conseguenze quanto alla natura e consumazione dello stesso in relazione alla sua natura permanente, annullando dunque la decisione di appello che aveva parcellizzato la portata della condotta e pronunziato conseguentemente la prescrizione del reato.

In tema di maltrattamenti in famiglia le decisioni della Corte hanno in diversi contesti tratteggiato e puntualizzato gli elementi caratteristici della condotta disciplinata dall'art. 572 cod. pen. al fine di distinguerne portata e offensività rispetto a fattispecie in rapporto di interferenza in diversi casi concreti. In tal senso deve essere richiamata la decisione della Sez. 6 n. 11956 del 13/03/2017, B., Rv. 269654, secondo la quale l'uso sistematico della violenza, quale ordinario trattamento del minore affidato, anche lì dove fosse sostenuto da "animus corrigendi", non può rientrare nell'ambito della fattispecie di abuso dei mezzi di correzione, ma concretizza, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, gli estremi del più grave delitto di maltrattamenti.

In particolare, la Corte ha riqualificato, ai sensi dell'art. 572 cod. pen., la condotta dell'insegnante della scuola materna di ripetuto ricorso alla violenza, sia psicologica che fisica nei confronti dei bambini, per finalità educative, non rilevando in senso contrario il limitato numero di episodi di violenza che ciascun bambino, singolarmente considerato, aveva subito. Questa decisione richiama un consolidato orientamento della Corte (in particolare tra le più recenti, Sez. 6 n. 53425 del 22/10/2014, C. Rv. 262326 e Sez. 6 n. 36564 del 10/05/2012, C., Rv. 253463) che ha ripetutamente affermato e chiarito come l'intento educativo perseguito dal soggetto attivo del reato, con sistematico ricorso ad atti di violenza nei confronti del minore, non integra una linea di discrimine, considerata la portata dirimente del carattere oggettivo della condotta tenuta. In tal senso si è anche evidenziato come la ricorrenza e prova effettiva di comportamenti limitati di violenza e sopraffazione nei confronti di singoli minori frequentanti la scuola materna non esclude l'effettiva ricorrenza del reato di maltrattamenti e dei suoi presupposti integrativi, considerato che tali episodi, seppur limitati

rispetto ai singoli frequentanti, si ripercuotono necessariamente nei confronti degli altri componenti della comunità, per identità di posizione, generando uno stato di disagio psicologico e morale, causativo di abituale e persistente sofferenza.

Sempre in tema di delimitazione portata della condotta sanzionata ex art. 572 cod. pen. la Sez. 5 n. 15299 del 19/12/2016, dep. 2017, P., Rv. 270395, in un caso relativo sempre alla gestione dei minori inseriti in un asilo ha affermato che il reato di sequestro di persona è assorbito in quello di maltrattamenti in famiglia previsto dall'art. 572 cod. pen. soltanto quando le condotte di arbitraria compressione della libertà di movimento della vittima non sono ulteriori ed autonome rispetto a quelle specificatamente maltrattanti ed in applicazione di questo principio ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale per il riesame che aveva escluso il concorso del reato di sequestro di persona con quello di cui all'art. 572 cod. pen., relativamente alle condotte di imbragare o legare su passeggini o seggiolini bambini in tenerissima età nell'ambito di maltrattamenti compiuti in loro danno all'interno di un asilo. La decisione evidenzia come la sistematica collocazione dei bambini in locali bui, legati e così impediti nei movimenti integri pienamente la fattispecie di cui all'art. 605 cod. pen., attesa la finalità della stessa volta a realizzare la tutela della libertà personale, sin dalla nascita, a prescindere dunque dalla autonoma capacità di movimento della vittima. Rileva dunque ogni pregiudizio incidente sulla capacità di movimento della vittima, integrato appunto anche nel caso di trattenimento contro la sua volontà. La decisione chiarisce portata e limiti del concorso, diversa offensività delle fattispecie contestate anche in correlazione con la previsione di cui all'art. 574 cod. pen., e chiarisce come il sequestro di persona possa essere senza alcun dubbio posto in essere anche nei confronti di soggetti passivi con limitate capacità di determinazione e movimento, senza richiedere che la vittima sia costretta a rimanere in luogo diverso da quello ove già liberamente si trovi. Così che ricorre il reato nel caso in cui, nell'ambito di una condotta complessivamente maltrattante in danno dei bambini, gli stessi pur volontariamente presenti all'interno dell'asilo siano costretti a permanere al buio in alcun stanze, legati e costretti nei loro passeggini. Infine rileva la Corte come la qualità e condizione di incapacità, secondo orientamento costante e consolidato, non esclude la tutela di cui all'art. 605 cod. pen. occorrendo tenere ben presente le caratteristiche e i presupposti della fattispecie del sequestro di persona, il dolo generico da non confondere con i motivi dell'agire (contenere il pianto dei bambini per non disturbarne altri).

Sempre in tema di maltrattamenti la Corte ha precisato la rilevanza della condotta in caso d'intervenuta cessazione della convivenza *more uxorio*. In particolare Sez. 6 n. 24498 del 20/04/2017, S., Rv. 270673 ha affermato che in assenza di vincoli nascenti dal coniugio, il delitto di maltrattamenti in famiglia è configurabile, nei confronti di persona non più convivente «more uxorio» con l'agente, a condizione che quest'ultimo conservi con la vittima una stabilità di relazione dipendente dai doveri connessi alla filiazione. Si è quindi precisato che la permanenza del complesso di obblighi verso il figlio implica il permanere in capo ai genitori, che avevano costituito una famiglia di fatto, dei doveri di collaborazione e di reciproco rispetto. La Corte affronta in questa decisione una questione rilevante incentrata sulla ricorrenza di episodi di maltrattamento posti in essere a seguito della cessazione della convivenza. Il tema trova il suo punto di riferimento interpretativo nelle disposizioni che hanno modificato il testo dell'art. 572 cod. pen. a seguito dell'entrata in vigore della legge 1 ottobre 2012, n. 172, con l'emersione di una fondamentale identità di valore tra famiglia di fatto e famiglia derivante dal vincolo matrimoniale, entrambe da considerare come formazione in cui si svolge la personalità dell'individuo ai sensi dell'art. 2 della Cost., con la conseguenza che si debba ritenere la ricorrenza del reato anche nel caso in cui sia cessata la convivenza, e dunque l'unione di

fatto, ma permangano obblighi di necessaria collaborazione, espressione di consolidati legami sorti nell'ambito della comunità familiare. La decisione si pone in senso conforme ad un ormai consolidato orientamento della Corte (tra le molte Sez. 6 n. 33882 del 08/07/2014, C., Rv. 262078) che, sostanzialmente anticipando anche la formulazione della legge 20 maggio 2016, n. 76 riconosce la pari dignità e rilevanza di unioni basate sulla convivenza e la necessità di tutelare il soggetto debole, rappresentato dal figlio della coppia di fatto non più convivente, espressione di per sé dell'importanza e della stabilità della relazione, alla quale conseguono, anche a seguito del distacco, fondamentali obblighi di rispetto, solidarietà ed assistenza, risultando all'evidenza la ricorrenza di un progetto di vita comune. Emerge un momento di rilevante riflessione sull'importanza della famiglia di fatto, in considerazione della stabilità della relazione in ricorrenza di un rapporto di filiazione anche ai sensi del disposto degli artt. 29 e 30 della Costituzione. La Corte è infine intervenuta in tema di decorrenza e ampiezza del termine di prescrizione affermando che al reato di maltrattamenti in famiglia commesso in epoca anteriore alle modifiche apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 non si applica il raddoppio dei termini di prescrizione di cui all'art. 157, comma sesto, cod. pen. (introdotto dalla legge 1 ottobre 2012, n. 172) per la natura sostanziale di tale istituto, che non ne consente una applicazione retroattiva, Sez. 6, n. 31877 del 16/05/2017, B., Rv. 270629. Con una motivazione ampia la decisione ricostruisce il confronto tra le diverse opinioni in ordine alla portata e caratteristiche del regime della prescrizione, con particolare riferimento alla contrapposizione tra sostenitori della tesi della natura sostanziale e natura processuale e alle necessarie inferenze derivanti dalla nota decisione della CGUE C- 105/14 Taricco. In particolare la Corte richiama l'effetto della sentenza Taricco, che ha ritenuto che l'applicazione del termine di prescrizione deteriore a fatti già commessi, ma non ancora giudicati in via definitiva, sia da ritenere compatibile con l'art. 7 CEDU, che si limita a garantire che il soggetto non sia punito per un fatto o con una pena non prevedibili dalla legge al momento della sua commissione centrando la attenzione sulla natura processuale appunto della prescrizione. Richiama tuttavia la Corte l'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 che ha sottoposto alla CGUE in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la questione di interpretazione dell'art. 324, paragrafi 1 e 2 del trattato, con richiamo alla diversa valutazione e considerazione da parte del nostro ordinamento del regime della prescrizione con riferimento al principio di legalità ed all'art. 25 Costituzione (in tal senso anche la nota decisione della Corte costituzionale del 28/05/2014 n. 143 che ha ribadito in modo esplicito la natura sostanziale della prescrizione). In ordine a questo argomento occorre tuttavia tenere conto del recente intervento della CGUE con la sentenza nella causa C-42/17 M.A.S e M.B.; ad esito di un articolato ragionamento il giudice europeo ha concluso, precisando la portata della precedente decisione Taricco, che l'art. 325 TFUE pone a carico degli Stati membri obblighi di risultato che non sono accompagnati da alcuna condizione quanto alla loro attuazione. Spetta quindi ai giudici nazionali competenti dare piena efficacia agli obblighi derivanti dall'art. 325 TFUE, in particolare applicando i principi enunciati nella sentenza Taricco. La Corte, peraltro, osserva che spetta in prima battuta al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 325 TFUE. Tuttavia la Corte rileva che, secondo la Corte costituzionale, ai sensi del diritto italiano, la prescrizione rientra nel diritto sostanziale e resta quindi soggetta al principio di legalità dei reati e delle pene. Emerge dunque una diversa considerazione della natura del regime della prescrizione rispetto al precedente della sentenza Taricco, con riferimento chiaro e diretto al necessario procedimento interpretativo del giudice italiano, comunque nel rispetto del principio di legalità.

3. L'alterazione di stato, nuovi profili interpretativi a seguito delle pronunce della Corte costituzionale.

Nell'affrontare le diverse tematiche che hanno toccato la previsione di cui all'art. 567 cod. pen., occorre certamente richiamare le due pronunce della Corte costituzionale che hanno inciso in epoca recente sulle caratteristiche della previsione in esame. In particolare la sentenza della Corte costituzionale n. 31 del 2012 ha affermato che è costituzionalmente illegittimo l'art. 569 cod. pen., nella parte in cui stabilisce, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. La decisione trae origine dall'ordinanza del Tribunale di Milano con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in procedimento penale che vedeva imputata una madre per aver alterato lo stato civile della figlia neonata nella formazione dell'atto di nascita, mediante false attestazioni consistite nel dichiararla figlia naturale, sapendola legittima in quanto concepita in costanza di matrimonio. È stata dunque rimessa alla valutazione della Corte la portata e contenuto della sanzione accessoria di cui all'art. 569 cod. pen., in considerazione della mancanza assoluta di discrezionalità e possibilità di valutazione del caso concreto da parte del giudice, nella prospettiva di attuare il prevalente interesse del minore, che appunto potrebbe anche non coincidere con l'automatismo previsto dall'art. 569 cod. pen.

Quanto alla previsione di alterazione di stato emerge, secondo l'ordinanza di rimessione, la necessità di considerare una serie di valori costituzionali ex artt. 2, 3, 27, 30 e 31 Cost., che portano alla necessaria considerazione dell'interesse primario del minore a crescere ed essere educato all'interno della propria famiglia naturale, potendo dunque risultare irragionevole, e dunque in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, l'applicazione automatica della pena accessoria della decadenza della potestà genitoriale a seguito di condotte che potrebbero in ipotesi anche essere dettate da una finalità di tutela e protezione del minore, quanto a comportamenti pregiudizievoli posti in essere dall'altro genitore.

La Corte nella propria decisione ha evidenziato come il dettato della norma renda palese che la pena accessoria consegue di diritto alla condanna pronunciata contro il genitore, precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione e bilanciamento dei diversi interessi implicati nel processo. Richiama quindi la portata di una serie di previsioni, anche internazionali (Convenzione sui diritti del fanciullo di New York, Convenzione europea sui diritti del fanciullo), quanto all'interesse del figlio minore a vivere e crescere nell'ambito della propria famiglia; interesse da ritenere del tutto preminente e possibile oggetto di incisione solo a seguito dell'acquisizione di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore. La Corte sottolinea la portata dell'art. 30 Cost., in correlazione con la previsione di cui all'art. 147 cod. civ., quale elemento centrale nel delineare gli elementi costitutivi della potestà genitoriale. La potestà genitoriale dunque si caratterizza per l'obbligo dei genitori di assicurare ai figli un completo percorso educativo, garantendo benessere, salute, crescita anche spirituale del minore secondo le possibilità socio- economiche dei genitori. Rileva dunque la Corte nelle sue conclusioni, sempre tenuto conto dell'interesse preminente del minore, come non si possa ritenere conforme al principio di ragionevolezza, perché in violazione dell'art. 3 della Costituzione, il disposto dell'art. 569 cod. pen. che proprio per il suo automatismo di fatto ignora tale preminente interesse.

Occorre invece che sia possibile una valutazione discrezionale del giudice nel considerare il bilanciamento di interessi tra la posizione del minore, e la sua finalità di tutela, e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle ca-

ratteristiche del fatto criminoso commesso. La violazione del principio di ragionevolezza viene quindi affermata dalla Corte anche in considerazione dei caratteri propri del delitto di cui all'art. 567 cod. pen., che di per sé non si caratterizza per una presunzione assoluta di pregiudizio morale e materiale dell'interesse del minore, sicché non può essere ritenuta in modo automatico l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale.

La sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 21/09/2016 affronta invece, quanto all'art. 567 cod. pen., una diversa questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Varese, relativa al trattamento sanzionatorio, ritenuto eccessivo e sproporzionato, previsto per la condotta di cui al secondo comma della disposizione. Nell'ordinanza di rimessione viene richiamato quale parametro di riferimento l'art. 3 della Costituzione in considerazione del diverso trattamento sanzionatorio previsto per il delitto disciplinato dal primo comma della disposizione, nonché l'art. 27 della Costituzione, poiché una previsione sanzionatoria così elevata, specialmente nel minimo edittale, non consentirebbe al giudice di irrogare sanzioni effettivamente proporzionate al disvalore della condotta, violando così il principio di personalità della responsabilità penale ed anche il principio secondo il quale la pena deve necessariamente tendere alla rieducazione del condannato.

Il giudice remittente articola una serie di considerazioni, anche con riferimento all'art. 8 della Convenzione EDU, ed afferma come una cornice edittale così severa sembrerebbe in contraddizione sia con il reale disvalore della condotta – mutato con l'evolversi delle condizioni normative, tecniche e scientifiche, che hanno evidenziato il rilievo per cui l'atto di nascita non può più essere considerato l'unico strumento per accertare il reale *stutus filiationis* – sia in considerazione delle riforme recenti del diritto di famiglia che consentirebbero la reclamabilità dello status di figlio contrario a quello attribuito dall'atto di nascita, anche nel caso in cui un neonato sia stato iscritto come figlio di ignoti, ovvero in conformità ad altra presunzione di paternità.

La Corte costituzionale ha effettivamente ritenuto la sproporzione della cornice edittale prevista dal secondo comma dell'art. 567 cod. pen. sul piano della ragionevolezza intrinseca in considerazione del reale disvalore della condotta punita. Viene riscontrata quindi una lesione del principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso e quello della finalità rieducativa della pena (art. 3 e 27 della Costituzione). Considera la Corte l'irragionevolezza per eccesso della sanzione che il giudice dovrebbe irrogare anche in relazione al già affermato principio secondo il quale la disposizione dell'art. 567 cod. pen. in sé, a differenza di altre disposizioni criminose in danno di minori, non reca una presunzione assoluta di pregiudizio per i minori. L'irragionevolezza emerge in particolare nel caso in cui di fatto il giudice si trovi a dover necessariamente infliggere una sanzione penale irragionevolmente sproporzionata per eccesso anche ove l'agente abbia agito, seppur scorrettamente commettendo un falso, al fine di attribuire un legame familiare e parentale al minore che altrimenti ne rimarrebbe privo. La Corte ha quindi condotto il proprio argomentare in ordine alla irragionevolezza intrinseca della previsione quanto alla dosimetria della pena mediante una valutazione tra il primo e secondo comma della disposizione, rilevato come le due fattispecie non possano essere considerate del tutto disomogenee, poiché indirizzate a proteggere il medesimo bene giuridico (l'interesse del minore a vedersi riconosciuto un rapporto familiare corrispondente alla propria effettiva ascendenza). In presenza dunque della lesione di un medesimo bene, protetto dall'ordinamento secondo due diverse previsioni, la soluzione deve essere individuata nell'applicazione della medesima cornice sanzionatoria (quella del primo comma) alle diverse previsioni contenute nell'art. 567 cod. pen.

A seguito della decisione della Corte costituzionale in materia di cornice edittale dell'art. 567 cod. pen. sono intervenute due diverse decisioni della Corte di cassazione sul tema.

In particolare Sez. 6, n. 35215 del 19/04/2017, Scorsone, ha chiarito che la richiesta di rideterminazione della pena, tenuto conto della nuova cornice edittale riferibile all'art. 567, comma secondo, cod. pen., deve essere presentata al giudice dell'esecuzione, in applicazione del consolidato principio secondo cui, quando successivamente alla pronuncia di una sentenza irrevocabile di condanna, interviene la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, e quest'ultimo non è stato interamente eseguito, il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena in favore del condannato pur se il provvedimento correttivo da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo avvalersi di poteri penetranti in tema di accertamento e valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali. Sez. 7 n. 41407 del 22/06/2017, Mamutaj, ha affrontato il caso relativo all'intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 567 cod. pen. dopo la pronunzia di sentenza di condanna in appello. Ha evidenziato come la pena nel caso concreto, commisurata nel minimo, con applicazione di due attenuanti, dovrebbe essere rivalutata nell'ambito della nuova cornice edittale, che risulta operante ai sensi dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, non influendo in senso contrario l'inammissibilità dei motivi di ricorso. Afferma infatti la Corte, richiamando la decisione delle Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264207, che nel giudizio di cassazione l'illegalità della pena conseguente a una dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d'ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso, tranne che nel caso di ricorso tardivo. In concreto tuttavia la Corte, rilevato l'intervenuto decorso del termine di prescrizione ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata.

3.1. Gli orientamenti della Corte di cassazione in materia di alterazione di stato nei casi di c.d. "gestazione per altri".

I casi concreti che hanno impegnato sia i giudici di merito, che conseguentemente la Corte di cassazione, in tema di alterazione di stato hanno riguardato principalmente l'accesso da parte di coppie sterili alla c.d. gestazione per altri, normalmente realizzata anche per il tramite di fecondazione eterologa. Si tratta in sostanza del tentativo di queste coppie di giungere a realizzare il proprio progetto familiare tramite la collaborazione di una donna, definita come madre portante, disponibile a tentare di portare avanti una gravidanza realizzata mediante il collocamento in utero di un embrione normalmente composto da un ovocita oggetto di donazione da terza donna e il patrimonio genetico dell'uomo della coppia. Le problematiche conseguenti, eticamente sensibili e caratterizzanti le più approfondite elaborazioni recenti in tema di diritti della persona e bio-diritto, trovano la loro ragione sia nel divieto del ricorso a tale pratica sancito dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004 sanzionato con apposita previsione di delitto, che nelle condotte poste in essere dai coniugi successivamente alla nascita del bambino con gestazione per altri. Infatti, a seguito della nascita del bambino, i paesi nei quali la gestazione per altri è consentita e disciplinata, rilasciano un certificato di nascita nell'ambito del quale risultano genitori il padre, normalmente il soggetto della coppia legato geneticamente al minore, e la c.d. madre sociale. I genitori si recano quindi, secondo le previsioni in materia, con questo certificato presso il consolato e ne chiedono la trascrizione. Proprio da questa richiesta di trascrizione, e dai dubbi in diverse occasioni sollevati dagli ufficiali di stato civile addetti alla trascrizione, sono derivate una serie di contestazioni a carico dei coniugi per il delitto di alterazione

di stato. L'analisi delle sentenze della Corte di cassazione sul punto, sia penale che civile, evidenzia l'emergere di una serie di problematiche rilevanti e sensibili, così come l'inevitabile interferenza con il diritto privato internazionale e con il concetto di ordine pubblico internazionale.

Quanto alla decisione della Corte di cassazione penale occorre considerare innanzi tutto Sez. 6, n. 47136 del 17/09/2014, P., Rv. 260996, che ha affermato che ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 567, comma secondo, cod. pen., è necessaria un'attività materiale di alterazione di stato che costituisca un "quid pluris" rispetto alla mera falsa dichiarazione, e si caratterizzi per l'idoneità a creare una falsa attestazione, con attribuzione al figlio di una diversa discendenza, in conseguenza dell'indicazione di un genitore diverso da quello naturale. In particolare la Corte ha escluso che la condotta di una madre che si era limitata ad omettere l'indicazione del suo stato matrimoniale all'atto della dichiarazione della nascita del figlio potesse configurare il reato di alterazione di stato, dovendo ravvisarsi invece la fattispecie di cui all'art. 495 cod. pen., in quanto la dichiarazione pur se non veritiera, non era idonea ad eliminare il rapporto di filiazione effettivamente sussistente tra detto minore e il marito, in forza di quanto stabilito dall'art. 232, comma 2, cod. civ. In questo caso non ricorreva una ipotesi di gestazione per altri, ma la Corte ha evidenziato come in generale non possa bastare la presentazione di una dichiarazione non veritiera ad integrare il reato, poiché quanto alla discendenza e dunque alla paternità operano presunzioni che non possono essere intaccate da un tale limitato comportamento, seppure non lecito. Ed infatti la condotta pur ritenuta non idonea ad integrare la fattispecie di alterazione di stato, in realtà porta alla diversa ipotesi di cui all'art. 495 cod. pen., essendo stata resa una dichiarazione pacificamente non veritiera. Un ulteriore caso viene affrontato dalla Sez. 6, n. 51662 del 30/10/2014, P., Rv. 261448, che ha analizzato le caratteristiche dell'elemento soggettivo del reato affermando che il delitto di alterazione di stato previsto dall'art. 567, comma secondo, cod. pen., richiede il dolo generico che consiste nella contemporanea presenza nell'agente della consapevolezza della falsità della dichiarazione, della volontà di effettuarla e della previsione dell'evento di attribuire al neonato uno stato civile diverso da quello che gli spetterebbe secondo natura, mentre l'intenzione di favorire il neonato mediante l'attribuzione di un genitore diverso da quello naturale può essere valutata solo per l'eventuale concessione dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 1, cod. pen. Il caso si caratterizzava per l'attribuzione da parte della madre al figlio dello stato di figlio naturale del suo attuale compagno, mentre in realtà era stato concepito con il proprio precedente compagno, con il quale si era quasi immediatamente interrotto il suo legame sentimentale. In questo caso la Corte di cassazione si è limitata a rilevare la sostanziale incongruenza della motivazione della sentenza della Corte di appello nella valutazione delle emergenze dibattimentali, in considerazione del riconosciuto atto di attribuzione di paternità naturale, intenzionale e consapevole, ad altro soggetto rispetto al padre genetico. In sostanza la Corte in questa decisione ha voluto precisare che l'eventuale movente positivo, con attribuzione al minore di un genitore sociale che aveva intenzione di occuparsi effettivamente del minore rispetto al padre naturale, non può incidere sull'effettiva integrazione del delitto, ma può al massimo essere preso in considerazione al fine della concessione della circostanza attenuante di cui all'art. 62 comma primo, n. 1 cod. pen. Sez. 6, n. 8060 del 11/11/2015, L. e altro, Rv. 266167, affronta per la prima volta in modo esplicito il tema della contestazione dell'alterazione di stato in caso di gestazione per altri ed afferma che non integra il reato di alterazione di stato, non ravvisandosi l'induzione in errore dell'ufficiale di stato civile, la trascrizione in Italia di un falso atto di nascita formato all'estero in forza di una richiesta presentata da parte del solo padre biologico del neonato, corredata da documenti che dimostravano che

la madre effettiva del neonato era diversa da quella indicata nell'atto. Dalla motivazione emerge che nel caso concreto dopo la formazione in Ucraina di un falso atto di nascita secondo la prospettazione accusatoria, alla prima richiesta di trascrizione presentata dagli imputati, coniugi, che si dichiaravano genitori del bambino, è seguita una seconda istanza da parte solo del solo padre biologico, con la produzione di documenti che dimostravano chi era la madre effettiva del neonato e il ruolo di madre sociale della moglie dell'imputato. Tale decisione analizza il caso di una gestazione per altri eseguita in Ucraina, con conseguente nascita di un bambino con legami biologici riferibili solo al padre. In primo grado il G.u.p. aveva ritenuto non integrata la condotta contestata per l'innocuità del falso, correlato comunque ad un certificato di nascita formato in coerenza con la *lex loci*, considerato che erano le stesse parti richiedenti la trascrizione a dimostrare, con documentazione allegata, la ricorrenza di genitorialità sociale per la madre. Il reato esaminato secondo la Corte si concreta in un falso ideologico funzionale ad una alterazione dello status di filiazione ascrivibile al neonato, alterazione che viene a realizzarsi ad esito di una registrazione anagrafica resa, grazie al falso, in termini distonici rispetto al naturale rapporto di procreazione. Individua la decisione il bene tutelato dalla disposizione, ovvero il complesso interesse sotteso allo stato di filiazione, di natura complessa e relativo sia alla situazione di fatto derivante dalla procreazione, che alla tutela dei rapporti familiari e genitoriali. Ritiene la Corte che per giungersi effettivamente alla integrazione della condotta di alterazione di stato occorre che la condotta di falso si muova " all'interno della formazione dell'atto di nascita", concretandosi il reato con la registrazione dell'atto stesso. In tal senso si ritiene la registrazione anagrafica momento di fondamentale importanza per giungere ad una concreta valutazione della condotta di falso, poiché completa e definisce il quadro delle situazioni di fatto e di diritto legate alla veridicità della procreazione destinate a delineare lo status filiationis del minore. Tale considerazione deve però nel caso concreto essere valutata anche tenendo conto della disciplina relativa alla trascrizione in Italia degli atti formati all'estero ex art. 15, comma secondo, del d.P.R. n. 396 del 2000. La Corte ritiene nella propria decisione che non rilevi al fine della consumazione del delitto di cui all'art. 567, comma secondo, cod. pen. la formazione di atto di nascita in esito a condotte viziate da falsità ideologica che non esondano i confini dello stato nel quale si sono formate, da valutare al massimo in forma tentata ove si determini una mancata trascrizione dell'atto per fattori sopravvenuti non riferibili agli imputati. Viene inoltre nella decisione particolarmente sottolineato il profilo del rapporto tra ordine pubblico e trascrizione dell'atto di nascita, con valutazione della responsabilità penale basata sulla considerazione che per l'ordinamento italiano lo stato di filiazione trova il proprio presupposto nella coincidenza a monte tra discendenza naturale e emergenza documentale sottesa alla formazione dell'atto di nascita, così che si deve ritenere l'integrazione del reato ogni qual volta la formazione dell'atto di nascita "ogni qualvolta quest'ultima risulti sfalsata in fatto da effetti distonici anche legittimi in forza di quanto previsto dall'ordinamento straniero", poiché la disposizione tutela "non solo le situazioni giuridiche conseguenziali alla iscrizione anagrafica, ma anche quelle in fatto legate alla verità naturale della procreazione". Quanto alla soluzione del caso concreto la Corte ha ritenuto l'eccentricità della situazione di fatto rispetto al principio affermato, poiché con la seconda richiesta di trascrizione presentata dal solo padre biologico del bambino, con documentazione allegata, non si è realizzata una effettiva ed incidente condotta di falso da parte dell'imputato, poiché l'ufficiale dello stato civile si determinava autonomamente alla trascrizione in applicazione di principi ed interpretazioni convenzionali. Non veniva dunque sostanzialmente indotto in errore dalla attestazione degli imputati. In conclusione dunque, secondo questa decisione, si poteva ritenere astrattamente corretta la contestazione

della previsione di cui all'art. 567, comma secondo, cod. pen., ma era da ritenere assente la capacità ingannatoria a causa della concreta emersione del reale legame biologico del minore esclusivamente con il padre.

Una questione analoga risulta affrontata dalla sentenza della Sez. 5, n. 13525 del 10/03/2016, E., Rv. 266672, con una analisi e valutazione dei presupposti giuridici di tale condotta diversa dalla precedente decisione. La Corte in particolare ha affermato che perché possa configurarsi il delitto di cui all'art. 567, comma secondo, cod. pen. la condotta deve comportare una alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto e, pertanto, deve escludersi l'ipotesi delittuosa nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 396 del 2000, in ordine a cittadini italiani nati all'estero, e rese all'autorità consolare secondo le norme stabilite dalla legge del luogo. In concreto la Corte ha escluso la configurabilità del reato nella condotta dei coniugi che avevano richiesto la trascrizione in Italia dell'atto di nascita del proprio minore, nato in Ucraina a seguito di tecniche di maternità surrogata, esibendo in ambasciata il certificato redatto dalle autorità ucraine che li indicava come genitori, a seguito dell'autorizzazione della madre naturale e della "informazione di relazione genetica". Nella motivazione viene preliminarmente affrontata la rilevante questione del se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, occorre che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui è stato commesso (c.d. doppia incriminabilità). Secondo alcune decisioni, specificamente richiamate, tale principio opererebbe esclusivamente ai fini dell'estradizione, mentre in tema di reati commessi all'estero e di rinnovamento del giudizio (art. 7 e seguenti del cod. pen, art. 11 cod. pen.), la qualificazione delle fattispecie penali deve avvenire esclusivamente alla stregua della legge penale italiana, non rilevando il fatto della irrilevanza penale del fatto nello stato in cui la condotta è stata posta in essere; mentre per altre decisioni nel caso di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'art. 7, è condizione imprescindibile ed indispensabile che la condotta sia punibile oltre che dalla legge penale italiana anche dall'ordinamento estero, anche se con nomen iuris diverso.

Nella motivazione si chiarisce come la questione assuma rilevanza nella decisione del caso sottoposto alla Corte ai fini dell'effettivo riscontro della consapevolezza da parte degli imputati della penale perseguibilità della condotta relativa alla gestazione per altri sanzionata dalla l. n. 40 del 2004 e non ritenuta illecita dall'ordinamento ucraino, potendo in concreto ricorrere un errore proprio sulla portata applicativa del disposto dell'art. 9 del cod. pen. Richiamato quindi l'orientamento secondo il quale (Sez. 6, n. 35806 del 05/05/2008, G., Rv. 241254) la condotta prevista dall'art. 567 cod. pen. deve comportare un'alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita, sicché il reato non è configurabile in relazione alle false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di una persona rese quando l'atto di nascita è già formato, la Corte rileva come effettivamente non sia riscontrabile nel caso concreto alcuna alterazione di stato del minore nell'atto di nascita, che invece si caratterizza per la sua perfetta legittimità alla stregua della normativa statale di riferimento. Ciò anche in considerazione della previsione di cui all'art. 15 del d.P.R. n. 396 del 2000, secondo la quale le dichiarazioni di nascita devono essere realizzate, per cittadini italiani nati all'estero, secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, con conseguente invio dell'atto ormai formato alla autorità consolare competente per la trascrizione. Si ritiene dunque una corretta realizzazione dell'atto di nascita, formato legittimamente secondo le previsioni dello stato nel quale si è realizzata la gestazione per altri, con conseguente insussistenza non solo del reato di alterazione di stato, ma anche dei reati di cui all'art. 48 e 476 cod. pen., poiché l'ufficiale dello stato civile si è semplicemente limitato a trascrivere un atto regolarmente formato all'estero, relativo a cittadino italiano.

Un passaggio interpretativo ulteriore si coglie nella Sez. 6, n. 48696 del 11/10/2016, M., che affronta ancora una volta, la condotta relativa ad una gestazione per altri realizzata mediante un procedimento di fecondazione assistita di tipo eterologo. Nel caso concreto i giudici della cognizione avevano assolto gli imputati dalla contestazione ex art. 567 cod. pen. perché il fatto non costituisce reato, sia tenendo conto della ammissibilità della gestazione per altri nell'ordinamento ucraino, che della piena e legittima riferibilità dello status di genitori del minore ad entrambi gli imputati secondo la legge dello stato ucraino, che della conseguente e legittima indicazione nel certificato di nascita della qualità di madre in capo alla c.d. madre sociale. In sostanza è stata ritenuta la piena convinzione che le certificazioni di nascita rilasciate dalle autorità Ucraine fossero del tutto regolari, senza alcuna consapevolezza di commettere una alterazione di stato. La Corte ritiene fondato e condivisibile il ragionamento dei giudici di merito nel considerare la ricorrenza di un ragionevole dubbio da parte degli imputati, che avevano ritenuto di essere legittimati ad avviare le procedure di trascrizione in Italia dei certificati di nascita, rispetto ai quali risultavano entrambi quali genitori, compresa dunque anche la madre sociale. La Corte ha precisato come nell'impostazione originaria del codice penale la norma era volta a tutelare il diritto del minore a vedersi riconosciuta una discendenza secondo natura, fondata dunque sul rapporto di procreazione; e pur tuttavia chiarisce come l'ambito di tutela e i presupposti per tale incriminazione siano progressivamente mutati in correlazione con l'evolversi del concetto di stato di filiazione, non più legato ad una relazione necessariamente biologica, ma pur sempre considerato quale legame giuridico (con particolare riferimento alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ormai ammesso anche in forma eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 10/06/2014). Si richiama dunque in motivazione un concetto di filiazione e discendenza non più legato ad un fatto meramente genetico, ma con connotazioni giuridico – sociali, poiché oltre che al legame biologico tra genitori e figlio viene conferita «dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, in quanto conseguente al ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale (omologa o eterologa)». La decisione della Corte si caratterizza dunque per particolare novità ed evoluzione interpretativa nel momento in cui afferma la necessità di tener conto allo stato di un concetto di genitorialità non solo biologica, ma anche "legale", così come emersa anche dalle decisioni della Corte costituzionale in ordine alle previsioni della legge n. 40 del 2004, dove si è evidenziata una nozione di famiglia formata da figli anche indipendentemente dal dato genetico, come già dimostrato dalla disciplina in materia di adozione, sicché il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa.

Ed è allora proprio partendo dalle valutazioni della Corte costituzionale e dall'evoluzione del contesto socio – culturale in tema di filiazione che si afferma in motivazione come non possa essere ritenuta la ricorrenza del reato di alterazione di stato nella richiesta di registrazione dell'atto di nascita di un figlio nato a seguito di pratiche di procreazione assistita, seppure in mancanza di un rapporto di discendenza strettamente genetico con il minore, tanto che si ritiene figlio della coppia anche il nato con donazione di gamete sia maschile che femminile, rappresentando per lo Stato italiano unica condizione legittimante per lo stato di filiazione l'intervenuto impianto dell'embrione nell'utero della donna che partorirà. Infatti secondo la disciplina italiana il ruolo di madre viene sostanzialmente riconosciuto solo a colei che effettivamente partorisca il neonato. Quanto alla maternità surrogata viene ricordata la previsione ostativa di cui alla legge n. 40 del 2004, ma si evidenzia anche come tale pratica sia consentita e disciplinata formalmente in molti stati europei e non. Per la prima volta una decisione della Corte di cassazione penale esamina la portata

del concetto di ordine pubblico internazionale, anche in considerazione delle diverse decisioni sia della Corte di cassazione civile, che della Corte EDU (per le c.d. sentenze gemelle del 26 giugno 2014 Mennesson c.Francia e Labassee c. Francia), e richiamata la disciplina relativa all'inoltro dell'atto di nascita di un minore nato all'estero ai registri dello stato civile (ex art. 15 del d.P.R. n. 396 del 2000) in relazione alla legittimità della gestazione per altri in Ucraina (purché il 50% del patrimonio genetico del minore sia da riferire ad uno dei due genitori committenti) afferma come il certificato di nascita di un bambino nato in Ucraina a seguito di gestazione per altri " deve ritenersi perfettamente legittimo secondo la lex loci". Ne consegue a parere della Corte che la presentazione di tale certificato di nascita per la trascrizione non rappresenti in alcun modo una falsa certificazione o attestazione, perché appunto legittima secondo la legge del luogo in cui si è realizzata la gestazione per altri. Tali certificati dunque a parere della Corte non costituiscono il frutto di un'attività decettiva, né possono essere ritenuti ideologicamente falsi in quanto validamente formati secondo la legge locale. Il rilascio del certificato non ha dunque richiesto alcun artificio o raggiro, considerato che secondo la legge ucraina la madre sociale è da ritenersi a pieno titolo madre del minore per il quale si richiede la trascrizione dell'atto di nascita. Afferma quindi in conclusione la Corte, superando la soluzione dei giudici della cognizione, che non ricorrendo alcuna falsità si deve ritenere non integrata la materialità del reato di alterazione di stato. Le argomentazioni della Corte in questo caso si presentano più ampie e consapevoli dell'intenso dibattito, articolatosi anche in sede civile, in ordine alla valutazione della autorità amministrative circa la trascrivibilità o meno del certificato di nascita, legittimo, nel registro dello stato civile.

Sul tema della gestazione per altri, e della conseguente alterazione di stato quale ipotesi di delitto contestata ai genitori committenti, occorre anche ricordare infine un caso particolarmente interessante e noto, il c.d. caso Paradiso Campanelli. Su tale caso si è pronunciata la Grande Chambre della Corte EDU in data 24/01/2017, adita dal Governo italiano a seguito della decisione della Corte EDU, seconda sezione del 27/01/2015. In prima istanza la Corte aveva ritenuto la ricorrenza di una violazione convenzionale ex art. 8 CEDU a carico dello Stato italiano per aver allontanato il bambino dai genitori committenti e per aver così violato la vita familiare de facto ricorrente tra Paradiso e Campanelli e il minore nato in Russia a seguito di gestazione per altri, si noti bene in questo caso in assenza di qualsiasi legame genetico con i due committenti. La Grand Chambre interviene sul ricorso del Governo italiano attenendosi ad una soluzione incentrata in modo ristretto sulla soluzione del caso concreto, evitando qualsiasi affermazione di carattere generale sull'insieme di complesse questioni che si possono considerare parte della situazione esaminata. Non viene dunque affrontata né la questione relativa alla trascrizione di certificato di nascita straniero legittimamente formatosi all'estero, né la questione del riconoscimento della filiazione di minore nato all'estero da maternità surrogata, né ancora il tema della legittimità di tale pratica. In sostanza l'interpretazione della Grand Chambre si è incentrata sul non ritenere ricorrente l'esistenza di una vita familiare a causa del minimo periodo di convivenza che aveva caratterizzato il rapporto tra la Paradiso e il Campanelli e il minore nato da maternità surrogata, valorizzando l'assenza di qualsiasi legame genetico tra genitori e minore. Si sottolinea inoltre nella decisione come la reazione, ritenuta tempestiva, delle autorità italiane è stata in realtà determinata proprio dalla condotta posta in essere dai ricorrenti per avere fatto ricorso ad una tecnica vietata nell'ordinamento italiano. Si è dunque affermata l'inesistenza di una vita familiare da tutelare nel caso concreto, senza tuttavia entrare nel merito circa l'eventuale illegalità del fatto che dava origine a tale convivenza.

In sostanza la Grande Chambre, analizzando la portata dell'art. 8, par. 2, della CEDU, in correlazione con l'art. 5 della Convenzione dell'Aja, ha ritenuto corretta la condotta delle autorità di italiane, secondo le quali nel caso in esame doveva essere applicata la disciplina della filiazione ai sensi della legge nazionale del bambino al momento della nascita, a prescindere dalla legittimità del certificato di nascita rilasciato dalle autorità russe, così che si doveva ritenere sconosciuta la nazionalità del bambino non essendo noti i donatori del materiale genetico, con conseguente dichiarazione dello stato di abbandono del minore e collocazione dello stesso in struttura protetta. Dunque la Grande Chambre ha ritenuto che l'intervento dello Stato italiano conseguisse ad un bisogno imperante derivante dal sostanziale stato di abbandono del minore, senza affermare alcunché in ordine al complesso contesto nel quale maturava la condotta dei ricorrenti. L'elemento centrale della valutazione sia della Corte EDU che delle autorità italiane è rappresentato nel caso in esame dalla assenza di qualsiasi legame genetico tra i ricorrenti e il bambino, con conseguente violazione della normativa italiana in tema di adozione e procreazione medicalmente assistita. La Grande Chambre richiama l'effettivo coinvolgimento nella decisione di questioni eticamente sensibili, rispetto alle quali gli Stati godono di margine ampio di apprezzamento e discrezionalità, ma chiarisce come questa decisione non possa essere assimilata, in presenza di consistenti differenze, ai casi esaminati dalle c.d. sentenze gemelle, dove si era ritenuta la violazione della previsione dell'art. 8 CEDU nel comportamento delle autorità francesi che avevano impedito e rifiutato la trascrizione del certificato di nascita di un minore nato da maternità surrogata, ma in presenza di un legame genetico con il padre, e dunque di una legittima forma di filiazione. Nel caso Paradiso – Campanelli la decisione inoltre considera come elemento aggiuntivo, al fine di ritenere corretto il comportamento delle autorità italiane, la circostanza che entrambi i genitori committenti avessero superato il limite di età consentito ai fini dell'adozione. In conclusione la legittimità del comportamento delle autorità italiane viene affermata in considerazione di una articolata valutazione e bilanciamento di interessi in considerazione del primario interesse di protezione del minore.

3.2. L'ordine pubblico internazionale, evoluzione interpretativa dei giudici di merito e della Corte di cassazione civile.

La particolarità delle questioni affrontate richiede, per completezza, una considerazione comparativa delle decisioni della giurisprudenza civile sia di merito che di legittimità su di una serie di questioni attinenti all'ordine pubblico internazionale che certamente possono essere di supporto per completare la considerazione delle decisioni della Corte di cassazione penale in tema di alterazione di stato. Infatti tra i delitti previsti e disciplinati dalla legge n. 40 del 2004 particolari problemi interpretativi sono riferibili alla surrogazione di maternità o alla c.d. gestazione per altri. Questo argomento coinvolge diverse visioni e prospettive a carattere bioetico ed in particolare una riflessione volta ad arginare qualsiasi forma di sfruttamento del corpo della donna. In generale si è ritenuto esteso il divieto di surrogazione di maternità a qualunque forma di fecondazione nel caso di gestazione per altri (sia in vivo che in vitro), quindi anche nel caso in cui si voglia impiantare l'embrione della coppia in utero di donna portante. Tale divieto comprende come destinatari della sanzione tutti i soggetti coinvolti, la coppia committente, la donna gestante e la struttura medica ospedaliera. Dunque nel disciplinare tali delitti emerge come la finalità del legislatore sia da individuare nella tutela della dignità dell'essere umano (in considerazione della c.d. irripetibilità del genoma). Una delle prime pronunce da segnalare, in materia di surrogazione di maternità, riferibile ad epoca precedente all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 è la sentenza del Tribunale di Monza del 27.10.1989, che ha rappresentato il primo caso

giurisprudenziale di gestazione per altri. In particolare, a seguito della sottoscrizione di un contratto di surrogazione e della corresponsione del corrispettivo pattuito, la madre gestante rifiutava di consegnare il bambino ai committenti. In mancanza di un'esplicita disciplina, il Tribunale – in applicazione delle regole generali in materia di diritto di famiglia, secondo le quali la nascita trova il suo presupposto nell'effettiva ricorrenza di un rapporto sessuale tra un uomo e una donna e considerato il disposto di cui agli art. 2 e 30 della Cost. – ha affermato l'infungibilità dei doveri morali ed economici dei genitori di sangue, con conseguente diritto del minore di vivere appunto solo in questa famiglia, senza alcun diritto per una eventuale famiglia sostitutiva. La sentenza afferma anche come non si possa ritenere la ricorrenza di un diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generico diritto della persona, così come di un diritto alla genitorialità, anche perché un contratto quale quello di surrogazione di maternità dovrebbe essere considerato realizzato in evidente violazione dell'art. 5 cod. civ. Caratterizzata da particolare innovatività nell'approccio interpretativo è certamente l'ordinanza del Tribunale di Roma del 17.2.2000, secondo la quale il negozio atipico di maternità surrogata a titolo gratuito – in quanto diretto a realizzare un interesse (l'aspirazione della coppia infeconda alla realizzazione come genitori) meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e non in contrasto con la disciplina relativa agli status familiari, né con il divieto di atti di disposizione del proprio corpo – è pienamente lecito. Richiama il Tribunale l'opportunità di inserire il processo interpretativo e le forme di tutela in un'ottica che concepisce la società come organismo in continua evoluzione. In conclusione si rileva come le funzioni tradizionalmente svolte da una sola donna possano essere svolte anche da donne diverse, la madre genetica che mette a disposizione l'ovocita e la madre gestante che accoglie l'embrione, intaccando dunque il principio della certezza della derivazione materna. Nell'ambito di tale sequenza dunque la riferibilità del concetto di maternità trova una sua fondamentale soluzione nel concetto di maternità responsabile, nell'ambito di un più ampio progetto familiare. Sul tema della surrogazione di maternità anche Corte di Appello di Bari del 25.2.2009 che ha ammesso il riconoscimento nell'ambito del nostro ordinamento del "parental order" emesso dal giudice inglese relativamente alla richiesta inoltrata da genitori di minori nati per surrogazione di maternità. Dalla motivazione della sentenza emerge chiaramente che ai fini del riconoscimento nello Stato Italiano dei "parental order" resi nel Regno Unito in forza dei quali è riconosciuta ad una donna la maternità c.d. surrogata su un bambino, deve farsi riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale; a tal fine, il solo fatto che la legislazione italiana vieta, oggi (ma non all'epoca in cui i minori sono nati), la tecnica della maternità surrogata, ed il sol fatto che essa è ispirata al principio (tra l'altro, tendenziale, e, in taluni casi, derogabile), della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale", non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese e quella greca) che prevedono deroghe a tale principio. Inoltre, ai fini del riconoscimento, o del mancato riconoscimento, dei provvedimenti giurisdizionali stranieri citati, deve aversi prioritario riguardo all'interesse superiore del minore (art. 3 della legge 27 maggio 1991, n. 176, di ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, in New York 20 novembre 1989), costituente anch'esso parametro di valutazione della contrarietà o meno all'ordine pubblico internazionale, principio ribadito in ambito comunitario, con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere nella materia dei rapporti tra i genitori e i figli, dall'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003, che espressamente stabilisce che la valutazione della "non contrarietà all'ordine pubblico" debba essere effettuata "tenendo conto dell'interesse superiore del figlio". La Corte richiama in modo approfondito impostazioni e interpretazioni in ordine alla portata, liceità e consistenza del contratto di gestazione

per altri, evidenziando una prima teoria – secondo la quale dovrebbe sempre prevalere il rapporto di parentela derivante dal parto del bambino, a prescindere da chi abbia fornito il materiale genetico, in considerazione della ritenuta maggiore intensità del rapporto che si instaura tra la madre e il nascituro durante la gestazione in applicazione del disposto di cui all'art. 269 cod. civ. – contrastata da altre e più recenti impostazioni secondo la quale l'interpretazione e valutazione deve tenere conto dell'evoluzione tecnica e scientifica, che ha portato alla emersione e al riconoscimento del concetto di genitorialità sociale, con necessaria considerazione e valutazione prioritaria dell'interesse del minore. Richiama nelle proprie conclusioni la disciplina ex art. 33 della l. 31 maggio 1995 n. 218 in correlazione con il concetto di ordine pubblico internazionale, da interpretarsi in relazione al prevalente interesse del minore.

Sez. 6-1, n. 15234/2013, Rv. 627113-01, affronta il concetto di ordine pubblico, richiamando la previsione di cui all'art. 33 della l. 31 maggio 1995 n. 218, e dunque il necessario riferirsi nell'ambito di tali valutazioni ai provvedimenti accertativi ed alle statuizioni giurisdizionali dello stato estero di nascita, senza possibilità per il giudice italiano di sovrapporre a quegli accertamenti fonti di informazione estranee o nazionali. In senso del tutto opposto alle interpretazioni e considerazioni che precedono si è invece pronunziata Cass. civ. n. 24001/2014, Rv. 633634-01, secondo la quale l'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004 ha escluso la conformità all'ordine pubblico del contratto di surrogazione di maternità, in ragione della tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante e considerato che, nell'interesse superiore del minore, l'ordinamento giuridico affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato esclusivamente all'istituto dell'adozione e non al mero accordo tra le parti. Tuttavia occorre considerare come il caso affrontato dalla Corte si presentasse alquanto particolare non ricorrendo alcun tipo di legame genetico tra il minore e i committenti ed essendo stati dichiarati i committenti più volte inidonei all'adozione. La sentenza richiama in motivazione la decisione della CEDU, quinta sezione, del 26.6.2014 (Mennenson/ Francia) e la motivazione gemella (Labassee/ Francia). Con queste decisioni la Corte europea ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 della Convenzione, diritto al rispetto della vita privata e familiare, nel caso di rifiuto delle autorità nazionali di riconoscere valore legale alla relazione tra un padre e i suoi figli biologici, nati all'estero a seguito di accordo per surrogazione di maternità. Anche in questo caso le autorità francesi, nonostante la legittimità e regolarità della pratica di surrogazione negli Stati Uniti, avevano rifiutato di procedere alla trascrizione degli atti di nascita nel registro dello stato civile, rilevando una contrarietà all'ordine pubblico. La violazione dell'art. 8 è stata riferita in particolare non tanto al diritto alla vita privata dei ricorrenti, ma bensì in relazione al diritto dei minori, venendo in rilievo una serie di obblighi negativi, ricadenti in capo ai diversi stati ex art. 8 della Convenzione. I minori sostanzialmente si troverebbero in una situazione d'incertezza giuridica a causa del mancato riconoscimento del loro status di figli della coppia committente la surrogazione di maternità, mentre si deve sempre considerare che la cittadinanza è un importante elemento che definisce l'identità di ciascuna persona. Ugualmente la Corte richiama la circostanza che una tale ingerenza da parte dello Stato, consistente nel mancato riconoscimento e trascrizione dell'atto di nascita, inciderebbe irrimediabilmente su diritti successori dei minori, modificando il diritto degli stessi alla definizione della loro rispettiva identità, ivi compresi i rapporti di parentela. Questo insieme di considerazioni assume poi ancor maggiore pregnanza nel caso in cui uno dei due committenti sia anche legato biologicamente ai minori. La Corte di appello di Milano, con decreto del 28.12.2016, ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita formato in California, relativo a due minori nati tramite gestazione per altri con parto gemellare mediante uso

di donatrice per i due ovociti fecondati rispettivamente dai due diversi padri, regolarmente conviventi tra loro. Anche in questo caso la Corte di appello, richiamando principi già espressi a livello europeo, ha chiarito come l'eventuale ricorso alla maternità surrogata non può incidere su diritti fondamentali del minore all'identità personale e sociale, proteggendo così il suo superiore interesse ad un corretto collocamento nel progetto genitoriale inizialmente intrapreso dai due padri. Cass. Sez. 1, n. 19599 del 30/09/2016, Rv. 641310 – 01, con una motivazione ampia e diffusa, ha confermato l'ordine di trascrizione dell'atto di nascita relativo a due madri unite all'estero in matrimonio omosessuale (minore partorito da una delle due donne a seguito di ovodonazione da parte della moglie) ed ha evidenziato un concetto di ordine pubblico a carattere più ampio, ed integrato evidentemente a livello euro-unitario, secondo un giudizio che non deve risolversi in una verifica mera della conformità dell'atto al diritto interno, ma bensì deve giungere ad un controllo di compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, come complesso di principi derivanti da esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla carta costituzionale, dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Emerge dunque un nuovo e contrapposto concetto di ordine pubblico rispetto alle precedenti pronunzie della Corte, secondo un concetto qualificato da consistenti interazioni tra diversi ordinamenti giuridici e livelli di tutela. Dunque non più ordine pubblico inteso come limite in senso prettamente difensivo, ma quale metodo di interazione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale sulla base di principi condivisi, che non necessariamente debbono essere formalizzati in norme interne. Il principio di diritto enunciato nella sentenza chiarisce dunque come il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità predetta, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a norme interne, bensì se esso contrasti o meno con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Anche in questo caso si richiama la particolare rilevanza della protezione del superiore interesse del minore (ad essere figlio di entrambe le madri, in applicazione del principio ex art. 24 della Carta dei diritti UE che afferma la ricorrenza di un diritto a mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori a prescindere dal loro sesso o orientamento sessuale). Si afferma dunque l'irrilevanza del modo in cui il minore sia venuto al mondo, rispetto all'esigenza di tutelare il minore stesso quanto alla certezza dei rapporti giuridici che lo riguardano e alla piena protezione della sua identità personale e sociale. Lo status di figlio dunque permane, e così il diritto alla conservazione dello stesso inalterato, a prescindere dall'eventuale condotta illecita posta in essere da terzi, che ha determinato la nascita del minore. Emerge dunque una sostanziale irrilevanza della modalità di nascita rispetto alla possibile trascrizione dell'atto di nascita conseguente a surrogazione di maternità lecitamente praticata in altro stato.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 10959 del 29/01/2016, P.O. in proc. C., Rv. 265893
Sez. 6, n. 12400 del 12/01/2017, L., Rv. 269728
Sez. 2, n. 24050 del 10/02/2017, P.C., Rv. 270326
Sez. 6, n. 2666 del 07/12/2016, B., Rv. 268968
Sez. 6, n. 25267 del 06/04/2017, S., Rv. 270030
Sez. 6, n. 23794 del 15/05/2017, B., Rv. 270223
Sez. U, n. 23866 del 31/01/2013, Rv. 255270
Sez. 6, n. 11956 del 13/03/2017, B., Rv. 269654
Sez. 6, n. 53425 del 22/10/2014, C. Rv. 262326
Sez. 6, n. 36564 del 10/05/2012, C., Rv. 253463
Sez. 5, n. 15299 del 19/12/2016, dep. 2017, P., Rv. 270395
Sez. 6, n. 24498 del 20/04/2017, S., Rv. 270673
Sez. 6, n. 33882 del 08/07/2014, C., Rv. 262078

Sentenze della Corte EDU

Corte edu, del 02/03/2017, Talpis c. Italia

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DELL'ESERCENTE LA PROFESSIONE SANITARIA DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE "GELLI-BIANCO"

(Paola Proto Pisani)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema dell'interpretazione e dell'ambito applicativo dell'art. 590-*sexies*, comma secondo, cod. pen. – 3. Le decisioni in contrasto: l'interpretazione quale nuova regola di parametrazione della colpa in ambito sanitario che non configura una fattispecie di esonero o di limitazione di responsabilità. – 4. (*Segue*). La tesi contraria: l'interpretazione che ritiene configurabile una causa di non punibilità operante nel solo caso di imperizia e indipendentemente dal grado della colpa. – 5. I punti essenziali del contrasto. – 6. La decisione delle Sezioni Unite: l'informazione provvisoria.

1. Premessa.

In tema di responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria l'art. 6, comma 1, della legge 8 marzo 2017, n. 24, recante «*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*», ha introdotto nel codice penale l'art. 590-*sexies*, che prevede:

«*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Il comma 2 del medesimo art. 6 ha abrogato l'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, che prevedeva: «*L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.*».

La legge n. 24 del 2017 reca una complessa riforma in materia sanitaria, che non si limita alla disciplina della responsabilità penale dell'esercente la professioni sanitaria, ma comprende anche una articolata disciplina della responsabilità civile (artt. 7 e ss.), nonché l'introduzione di misure di *risk management* (artt. da 1 a 4), e l'istituzione di un sistema di accreditamento istituzionale delle linee guida (art. 5).

2. Il problema dell'interpretazione e dell'ambito applicativo dell'art. 590-*sexies*, comma secondo, cod. pen.

L'introduzione dell'art. 590-*sexies* cod. pen. pone evidenti problemi interpretativi dovuti al tenore del testo della disposizione che, come rilevato dalla Corte, «*suscita alti dubbi interpretativi a prima vista irresolubili, subito messi in luce dai numerosi studiosi che si sono cimentati con la riforma: si mostrano, in effetti, incongruenze interne, tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo*» (**Sez. 4, n. 28187 del 20/4/2017, Tarabori, Rv. 270213–270214**). La non punibilità dell'agente che rispetta le

raccomandazioni previste dalle linee guida accreditate ai sensi di legge, nel caso in cui esse «*risultino adeguate alle specificità del caso concreto*», sembra, almeno a prima vista, ovvia, non comprendendosi quale spazio rimanga per la configurabilità di una colpa nel caso in cui l'agente rispetti le raccomandazioni previste da linee guida pertinenti, attualizzandole in concreto in un modo che risulti adeguato rispetto alle contingenze del caso specifico.

D'altra parte la novella, a differenza dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, non contiene alcun riferimento al grado della colpa, quale discrimine della rilevanza penale della condotta.

La scelta del significato da attribuire alla disposizione in questione incide notevolmente sulla soluzione delle questioni di diritto intertemporale, stante l'intervenuta abrogazione della limitazione della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria prevista dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012: in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017 si pone, infatti, la questione dell'individuazione della disposizione più favorevole, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2 cod. pen.

Occorre ricordare – a fini di chiarezza in ordine non solo alla questione di diritto intertemporale ma anche alle interpretazioni che sono state offerte della novella – che anche l'abrogato art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012 presentava un'apparente contraddizione prevedendo un terapeuta che, contemporaneamente, rispettasse le linee guida e tuttavia fosse in colpa. Tale illogicità era stata superata dalla Corte (Sez. 4, n. 16237 del 29/1/2013, Cantore, non mass. sul punto, confermata dalla giurisprudenza successiva) sulla base del rilievo che le linee guida danno direttive solo di massima che vanno in concreto applicate senza automatismi ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico, o addirittura disattese. Di conseguenza era stato ritenuto possibile che fosse in colpa il terapeuta rispettoso delle linee guida tanto per errore nella scelta quanto per errore nell'esecuzione delle raccomandazioni previste dalle linee guida, cioè il professionista:

- che, "nel concreto farsi del trattamento" commettesse un errore nell'adattamento delle direttive di massima alle evenienze e peculiarità dello specifico caso clinico;
- o che applicasse le linee guida a un caso in cui dovessero essere disattese, in ragione delle specificità del caso concreto (ad esempio nelle situazioni di comorbilità).

La giurisprudenza della Corte (Sez. 4, n. 16237 del 29/1/2013, Cantore, non mass. sul punto, confermata anche sotto tale profilo dalla giurisprudenza successiva) aveva anche elaborato criteri idonei a guidare il giudizio nella valutazione della gravità della colpa, ritenendola configurabile, quando:

- «l'*erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente*»;
- «*il terapeuta si attenga allo standard generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti fattori di rischio o le contingenze che giustifichino la necessità di discostarsi radicalmente dalla routine. In tale situazione potrà parlarsi di colpa grave solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente*».

Nell'ambito della giurisprudenza della IV sezione penale fino all'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017 era rimasto, invece, ancora aperto il problema relativo all'applicabilità o meno della norma di cui all'art. 3 del d.l. n. 158 del 2012, oltre che alle condotte imperite, anche a quelle negligenti ed imprudenti e, conseguentemente, quello dell'esatta portata degli effetti parzialmente abrogativi ad essa connessi. Alcune pronunce, infatti, ritenevano operan-

te l'esonero da responsabilità per colpa lieve soltanto per l'imperizia, sulla base della considerazione che le linee guida conterrebbero soltanto regole di perizia (Sez. 4, n. 16944 del 20/03/2015, Rota, 263389; Sez. 4, n. 7346 dell'08/07/2014, Sozzi, Rv. 262243; Sez. 3, n. 5460 del 04/12/2013, Grassini, Rv. 258846; Sez. 4, n. 11493 del 24/01/2013, Pagano, Rv. 254756; Sez. 4, n. 26996 del 27/04/2015, Caldarazzo, Rv. 263826). Secondo altre pronunce l'esonero di responsabilità per colpa lieve di cui alla "legge Balduzzi" si estendeva, invece, anche alla negligenza e all'imprudenza, sia perché contenuto delle linee guida possono essere anche regole che afferiscono al parametro della diligenza, come nel caso di professioni sanitarie diverse da quella medica, sia perché la norma abrogata non conteneva alcun richiamo al canone della perizia, sia per l'«*intrinseca opinabilità nella stessa distinzione dei tre profili di colpa generica, della diligenza, prudenza e perizia*», (Sez. 4, n. 23283 dell'11/05/2016, Denegri, Rv. 266903; Sez. 4, n. 45527 dell'01/01/2015, Cerracchio, Rv. 264897; Sez. 4, n. 47289 del 09/10/2014, Stefanetti, Rv. 260739-260740; Sez. 4, n. 2168 dell'08/07/2014, Anelli, Rv. 261764).

Quanto ai profili di costituzionalità della norma si ricorda che il Tribunale di Milano, con ordinanza del 21/03/2013 (in G.U. del 05/06/2013, n. 23) aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, sotto il duplice profilo dell'indeterminatezza e dell'irragionevole ampiezza della sua sfera di applicazione: la violazione del principio di tassatività veniva prospettata in ragione dell'indeterminatezza dell'area della non punibilità dovuta non soltanto all'omessa definizione normativa del concetto di colpa lieve, ma anche alla genericità del rinvio operato dalla norma alle linee guida, senza precisazione delle relative fonti, modalità di produzione e procedure di diffusione, rendendo, così, indeterminata l'area della non punibilità; mentre l'irragionevole ampiezza dell'esonero veniva, tra l'altro, ritenuta sussistente per la sua possibile applicazione a qualunque reato colposo, anche diverso dai reati contro la persona (quali, ad esempio, quelli in materia di sicurezza sul lavoro).

Come è noto la questione era stata dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 295 del 2013 per l'insufficiente descrizione, da parte del giudice *a quo*, della fattispecie concreta, e quindi per l'insufficiente motivazione circa la rilevanza della questione. In tale ordinanza, in via incidentale, la Consulta – con riferimento alla mancata precisazione se nel giudizio *a quo* fosse sorta questione in ordine al fatto che gli imputati si fossero attenuti a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica proprie del contesto di riferimento, così che potesse venire effettivamente in discussione l'applicabilità della norma censurata – aveva rilevato «*che, al riguardo, occorre anche considerare come, nelle prime pronunce emesse in argomento, la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto – in accordo con la dottrina maggioritaria – che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia: non, dunque, quando all'esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente*».

La questione della legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012 era stata successivamente valutata dalla Corte di cassazione (Sez. 4, n. 12478 del 19/11/2015, Barberi, Rv. 267814) sotto il profilo della possibile irragionevolezza della disparità di trattamento della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria rispetto alla responsabilità penale di professionisti diversi. Tale irragionevolezza era stata esclusa dalla Corte valorizzando:

- l'applicabilità ai professionisti diversi da quelli esercenti professioni sanitarie della disciplina emergente dal combinato disposto degli art. 43 cod. pen. e 2236 cod. civ., secondo l'orientamento ermeneutico affermatosi nella giurisprudenza di legittimità che

ritiene che l'art. 2236 cod. civ., pur non essendo direttamente applicabile in campo penale, può essere utilizzato dal giudice, in ragione del criterio di razionalità del giudizio che esprime, quale regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito per imperizia, quando il caso specifico imponga la soluzione di problemi di particolare difficoltà di carattere tecnico-scientifico o ricorra una situazione di emergenza (Sez. 4, n. 4391 del 22/11/2011, Di Lella, Rv. 251941; Sez. 4, n. 16328 del 05/04/2011, Montalto, Rv. 251960; Sez. 4, n. 39592 del 21/06/2007, Buggè, Rv. 237875);

- i diversi presupposti di applicabilità delle due diverse limitazioni di responsabilità: il rispetto delle linee guida a prescindere dalle speciali difficoltà del caso, per quella di cui all'art. 3 del d.l. n. 158 del 2012; la speciale difficoltà del caso, nell'ipotesi di inosservanza delle regole dell'arte, per quella di cui all'art. 2236 cod. civ.

Così delimitati gli ambiti di operatività delle due discipline, ad avviso della Corte, lo statuto della colpa professionale risultava connotato da un complesso equilibrio nel quale non era ravvisabile alcun indice concreto di irragionevolezza del differente trattamento riservato agli esercenti la professione sanitaria.

La nuova disciplina della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria introdotta dalla legge n. 24 del 2017 a differenza dell'art. 3 del d.l. n. 158 del 2012:

- limita espressamente alla sola colpa per imperizia la "non punibilità" dell'agente che abbia rispettato le linee guida, così prendendo posizione in ordine alla questione che, con riferimento alla disciplina abrogata, era rimasta aperta nell'ambito della giurisprudenza della Quarta sezione della Corte;
- limita ai reati di omicidio e lesioni colposi l'applicabilità della fattispecie di "non punibilità" prevista dal secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen., così da superare, sotto tale profilo, le censure di irragionevolezza mosse dal Tribunale di Milano all'ampiezza dell'esonero di responsabilità previsto dall'art. 3 del d.l. n. 158 del 2012;
- richiama il rispetto di linee guida di cui è individuata la fonte e disciplinata la procedura di accreditamento istituzionale (art. 5 della legge n. 24 del 2017), così superando le censure di indeterminatezza mosse dal Tribunale di Milano nei confronti dell'abrogata fattispecie di esonero di responsabilità.

La nuova disciplina pone, invece, diversi problemi sul piano dell'interpretazione e della tenuta costituzionale della norma, in ragione, in primo luogo, del mancato richiamo da parte del secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen. – a differenza dell'art. 3 del d.l. n. 158 del 2012 – di una gradazione della colpa a cui sia ancorata la fattispecie di "non punibilità": il tenore letterale della disposizione è, infatti, tale da indurre a ritenere che tale fattispecie possa includere anche ipotesi di imperizia grave, con i conseguenti problemi di costituzionalità evidenziati dalla giurisprudenza della Corte.

D'altra parte per integrare la fattispecie di "non punibilità" prevista dalla novella, non è sufficiente – a differenza di quanto previsto dall'abrogata "legge Balduzzi" – il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida (o, in mancanza di queste, delle buone pratiche clinico-assistenziali), ma anche che tali raccomandazioni «*risultino adeguate alle specificità del caso concreto*»: con la conseguenza che appare difficilmente configurabile un ambito applicativo della norma, cioè un'ipotesi di imperizia in caso di rispetto di linee guida adeguate alle specificità del caso concreto. Tale difficoltà emerge soprattutto avuto riguardo all'interpretazione della Corte che era riuscita a ricavare un ambito applicativo dell'art. 3 del d.l. n. 158 del 2012 proprio sulla base del rilievo che poteva essere in colpa il professionista rispettoso delle linee guida perché queste contengono direttive solo di massima che devono essere adeguate alle specificità di ciascun caso clinico, per cui l'errore – non punibile se dovuto a colpa lieve – poteva profilarsi sia nella fase dell'adattamento/

adeguamento delle linee guida al caso concreto, sia nella fase della scelta di seguire linee guida in un caso in cui le contingenze peculiari imponevano di disattenderle.

3. Le decisioni in contrasto: l'interpretazione quale nuova regola di parametrazione della colpa in ambito sanitario che non configura una fattispecie di esonero o di limitazione di responsabilità.

Secondo una prima interpretazione (**Sez. 4, n. 28187 del 20/4/2017, Tarabori, Rv. 270213-270214**) la previgente disciplina di cui all'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, era più favorevole perché aveva escluso la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve in contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, mentre quella sopravvenuta ha eliminato la distinzione tra colpa lieve e colpa grave ai fini dell'attribuzione dell'addebito, dettando, al contempo, una nuova articolata disciplina di accreditamento istituzionale delle linee guida (art. 5 della legge 24 del 2017) che costituiscono il parametro per la valutazione della colpa per imperizia in tutte le sue manifestazioni.

In tale pronuncia la Corte ha offerto, quindi, un'interpretazione del secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen., inteso quale «*nuova regola di parametrazione della colpa in ambito sanitario*» che ha, al contempo, eliminato la distinzione, contenuta nella previgente disciplina, tra colpa lieve e colpa grave ai fini dell'attribuzione dell'addebito, e, quindi, l'esclusione della rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve in contesti regolati da linee guida e da buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, che era stata introdotta dall'art. 3 del d.l. n. 158 del 2012.

La sentenza dopo aver ripercorso gli snodi concettuali che hanno attraversato l'elaborazione giurisprudenziale rispetto al tema della responsabilità penale del medico, nell'esaminare l'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, che ha introdotto l'art. 590-*sexies* cod. pen., evidenzia in primo luogo la contraddittorietà intrinseca contenuta nella disposizione di cui al secondo comma del citato articolo del codice penale, che prevede che «*qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia*» non è punibile l'agente che abbia rispettato le linee guida adeguate al caso concreto, cioè l'agente che non è in colpa per imperizia.

Ai fini del superamento di tale contraddizione sul piano dell'interpretazione, e dell'individuazione della *ratio* della novella, la Corte rigetta l'interpretazione che esclude la punibilità del sanitario che, pur avendo applicato le linee guida, abbia cagionato un evento lesivo per imperizia, quando le linee guida siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata, facendo l'esempio del chirurgo che imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un'arteria con effetto letale.

Tale interpretazione, infatti, viene ritenuta in contrasto con il principio della causalità nella colpa, espressione del principio costituzionale di colpevolezza, che esclude che la colpevolezza si estenda a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione di una prescrizione, e che la limita ai risultati che la regola mira a prevenire, e che, in definitiva «*non consente l'utilizzazione di direttive non pertinenti rispetto alla causazione dell'evento, non solo per affermare la responsabilità colpevole, ma anche per escluderla*».

In proposito la Corte – ribadendo gli approdi cui era giunta sotto la vigenza della "legge Balduzzi" (Sez. 4, n. 16237 del/01/2013, Cantore, non mass. sul punto; Sez. 4, n. 23283 dell'11/05/2016, Denegri, non mass. sul punto) – rileva che le linee guida:

- avendo di regola contenuto orientativo, perché propongono soltanto direttive, istruzioni di massima, orientamenti che vanno in concreto applicati senza automatismi, ma rapportandoli alle peculiari specificità di ciascun caso clinico (a differenza dei pro-

tocolli e delle *check list* che sono maggiormente rigidi e prescrittivi) – non danno, di solito, luogo a norme cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica, bensì rilevano nell'ambito delle istanze di determinatezza che permeano la sfera del diritto penale;
- d'altra parte non esauriscono la disciplina dell'*ars medica*: vi sono aspetti della medicina non regolati dalle linee guida, in relazione ai quali, quindi, il rispetto delle relative direttive è irrilevante nell'ambito del giudizio di colpevolezza.

L'ipotesi interpretativa prospettata viene, inoltre, scartata perché implicherebbe un totale esonero di responsabilità, privo di riscontri in altre esperienze nazionali, che rischia di vulnerare l'art. 32 Cost, depotenziando radicalmente la tutela della salute, e perché stabilirebbe uno statuto normativo irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili.

Sul punto la Corte, dopo aver ricordato che le incriminazioni di cui si discute costituiscono un primario, riconosciuto strumento di protezione dei beni della vita e della salute, riconosce che «*l'ambito terapeutico è un contesto che giustifica, nell'ambito della normazione e dell'interpretazione, un peculiare governo del giudizio di responsabilità, anche in chiave limitativa*», come testimoniato dall'art. 2236 cod. civ., dalla sentenza della Corte costituzionale n. 166 del 1973, dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, e, da ultimo, dall'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189.

E rileva che l'esigenza di scoraggiare la cosiddetta medicina difensiva è stata sottolineata dalla sentenza della Consulta appena citata, secondo cui dagli artt. 589, 42 e 43 cod. pen. e dall'art. 2236 cod. civ. è ricavabile una particolare disciplina in tema di responsabilità degli esercenti professioni intellettuali, finalizzata a fronteggiare due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore d'ingiuste rappresaglie in caso d'insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso. Evidenzia, tuttavia che «*tale particolare regime, che implica esenzione o limitazione di responsabilità, però, è stato ritenuto applicabile ai soli casi in cui la prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e riguarda l'ambito della perizia e non quello della diligenza e della prudenza. Considerato che la deroga alla disciplina generale della responsabilità per colpa ha un'adeguata ragion d'essere ed è contenuta entro il circoscritto tema della perizia, la Corte ha ritenuto che non vi sia lesione del principio d'eguaglianza. Per contro la soluzione interpretativa sin qui esaminata, implicando un radicale esonero da responsabilità, è priva di riscontri in altre esperienze nazionali. Essa rischierebbe di vulnerare l'art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse dichiarate finalità della legge, di protezione del diritto alla salute*».

Nell'interpretazione del secondo comma dell'art. 590-*sexies* viene, allora, valorizzato il dato sistematico per cui la legge, perseguendo la finalità della "sicurezza delle cure", assicura all'istituzione sanitaria il governo dell'attività medica, costruendo un sistema istituzionale, pubblicistico, di regolazione dell'attività sanitaria, che ne garantisca lo svolgimento in modo uniforme, aggiornato, appropriato, conforme ad evidenze scientifiche controllate: in tale quadro il professionista, che è tenuto ad attenersi alle raccomandazioni previste dalle linee guida codificate ed istituzionalizzate (art. 5 della legge 24 del 2017), ha la legittima pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli.

Il "*virtuoso impulso innovatore*" della riforma viene, quindi, ritenuto focalizzato sulla selezione e codificazione di raccomandazioni volte a regolare l'esercizio dell'*ars medica*, e ad ancorare il giudizio di responsabilità a regole precostituite, con indubbio vantaggio in termini di determinatezza delle regole e prevedibilità dei giudizi.

Pertanto, in tale pronuncia, la Corte ritiene che il secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen. sia volto a superare i problemi posti dalla configurazione della colpa in ambito sanitario («*figurazione vuota e umbratile, dalla forte impronta normativa, bisognosa di etero integrazione*»), determinando una «*nuova regola di parametrazione della colpa*» (nonostante l'uso dell'espressione atecnica dell'esclusione della punibilità) che àncora il giudizio di responsabilità penale a «*costituti regolativi precostituiti*».

Viene così tradotta in chiave operativa l'istanza di determinatezza, chiarezza, prevedibilità emersa nella materia della responsabilità medica, nell'intento di superare le incertezze manifestatesi dopo l'introduzione della legge n. 189 del 2012 a proposito dei criteri per l'individuazione delle direttive scientificamente qualificate, e stornare il pericolo di linee guida interessate o non scientificamente provate.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della norma, la Corte ritiene che il secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen. si applichi soltanto a eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida «*appropriate al caso concreto*» – quando cioè non vi siano ragioni, dovute solitamente alla comorbilità, di discostarsene radicalmente – e che siano «*pertinenti alla fattispecie concreta*», cioè che siano state attualizzate in forme corrette, avuto riguardo alle contingenze del caso concreto.

La pronuncia ritiene, inoltre, che l'innovazione prevista dal secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen. vale solo per le situazioni astrattamente riferibili alla sfera dell'imperizia (a differenza dell'art. 3 del d.l. n. 158 del 2012, ritenuto da alcune pronunce applicabile anche ad aree della colpa diverse da quella dell'imperizia: cfr. Sez. 4, n. 23283 dell'11/5/2016, De Negri, Rv. 266904).

L'art. 590-*sexies* cod. pen. non viene, invece, in rilievo (e l'imperizia rileva quindi sul piano penale in applicazione della disciplina generale prevista dagli artt. 43, 589 e 590 cod. pen.): a) negli ambiti non governati da linee guida; b) quando le linee guida non sono appropriate al caso concreto, e devono essere disattese; c) quando le linee guida siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata, cioè in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti e appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo.

La sentenza, quindi, esclude che la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen. contenga una limitazione di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria connessa alla gradazione della colpa, a differenza dell'abrogato art. 3, comma 1, d.l. n. 158 del 2012.

L'abrogazione dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012 implica la reviviscenza della previgente, più severa, normativa che non consentiva distinzioni connesse al grado della colpa, in quanto la novella del 2017 non contiene alcun riferimento alla gravità della colpa. Con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 2 cod. pen. il nuovo regime si applica solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma, e che, per i fatti anteriori, può trovare applicazione, quando pertinente, la normativa del 2012, che appare più favorevole con riguardo alla limitazione di responsabilità ai soli casi di colpa grave.

Si segnala che la Corte nella pronuncia in esame ha cura di precisare anche:

- che il parametro delle linee guida non può esaurire del tutto i parametri di valutazione, «*ben potendo il terapeuta invocare in qualche caso particolare, quale metro di giudizio anche raccomandazioni, approdi scientifici che, sebbene non formalizzati nei modi previsti dalla legge, risultino di elevata qualificazione nella comunità scientifica, magari per effetto di studi non ancora recepiti dal sistema normativo di evidenza pubblica delle linee guida di cui al richiamato art. 5. Si tratta di principio consolidato*

nella scienza penalistica: le prescrizioni cautelari ufficiali possono essere affiancate da regole non codificate ma di maggiore efficienza nella prospettiva della ottimale gestione del rischio»;

- che il legislatore ha stornato il pericolo di stallo nell'applicazione della novella, ponendo in campo, in via residuale, le buone pratiche clinico-assistenziali, perseguendo, peraltro, anche in questo campo, un progetto di emersione, codificazione e monitoraggio delle buone pratiche attraverso l'istituzione di un Osservatorio nazionale (art. 3).

La sentenza si chiude con un richiamo al recente orientamento della Corte che ritiene che la disciplina di cui all'art. 2236 cod. civ., sebbene non direttamente applicabile in ambito penale, sia comunque espressione di un principio di razionalità applicabile, come regola di esperienza, a cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà.

La Corte conclude, quindi, riconoscendo perdurante attualità a tale giurisprudenza, ed esprimendo l'auspicio che continui ad orientare il giudizio «*in una guisa che tenga conto delle riconosciute peculiarità delle professioni sanitarie*».

Avuto riguardo alla informazione provvisoria della decisione adottata dalle Sezioni Unite appare opportuno fin da ora segnalare che la sentenza in rassegna affronta il problema della costituzionalità della nuova disciplina avuto riguardo soltanto all'esclusione di responsabilità per colpa grave da imperizia, non contenendo la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen. alcun riferimento al grado della colpa, e non anche con riferimento all'esclusione di responsabilità per colpa lieve, che non sembra, secondo tale pronuncia, sollevare analoghi problemi di costituzionalità.

Ai medesimi fini, occorre inoltre evidenziare che la pronuncia in esame:

- da un lato, nel delineare l'ambito di applicabilità della novella, lo circoscrive a eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida che siano non soltanto "appropriate al caso concreto" – quando cioè non vi siano ragioni, dovute solitamente alla comorbilità, di discostarsene radicalmente – ma anche "pertinenti alla fattispecie concreta", cioè che siano state attualizzate in forme corrette, avuto riguardo alle contingenze del caso concreto (punto 8 della motivazione);
- mentre, dall'altro lato, nell'affrontare i problemi di diritto intertemporale, delinea gli ambiti in cui la nuova disciplina non trova applicazione in quelli non governati da linee guida, o governati linee guida non appropriate al caso concreto che devono essere, quindi, disattese, o governati da linee guida che siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata, cioè «*in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti e appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo*», senza richiamare espressamente, tra tali ambiti, quelli governati da linee guida che «*non sono state attualizzate in forme corrette, nello sviluppo della relazione terapeutica, avuto riguardo alle contingenze del caso concreto*» (punto 11 della motivazione).

4. *(Segue)*. La tesi contraria: l'interpretazione che ritiene configurabile una causa di non punibilità operante nel solo caso di imperizia e indipendentemente dal grado della colpa.

Secondo un'altra interpretazione espressa in una più recente sentenza (**Sez. 4, n. 50078, del 19/10/2017, Cavazza, Rv. 270985**), invece, la nuova disciplina è più favorevole rispetto all'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, avendo previsto una causa di esclusione della punibilità dell'esercente la professione sanitaria «*operante, ricorrendo le con-*

dizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida, o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali adeguate alle specificità del caso) nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa».

Nel caso all'esame della Corte la sentenza di primo grado, confermata in appello, aveva riconosciuto la responsabilità di un chirurgo, per il reato di cui all'art. 589 cod. pen. per avere causato alla vittima, nel corso dell'esecuzione di un intervento di *lifting* di un sopracciglio, una diminuzione di sensibilità della zona interessata, ravvisando la colpa nella grave imperizia nell'esecuzione dell'intervento, e non nella scelta dello stesso, ed escludendo l'applicabilità dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, sul rilievo della gravità della colpa.

Anche nella pronuncia in rassegna la Corte, affronta:

- il tema dell'ambito della rilevanza penale, alla luce della recente novella, dell'imperizia dell'esercente la professione sanitaria;
- e il problema dell'individuazione della disciplina più favorevole tra quella dettata dall'art. 3, comma 1, della "legge Balduzzi", e quella introdotta dall'art. 6 della legge n. 24 del 2017.

Il ragionamento della Corte muove dall'individuazione di quelli che ritiene gli unici punti chiari della novella:

- l'abrogazione dell'esclusione della responsabilità penale per colpa lieve prevista dalla c.d. "legge Balduzzi";
- la limitazione dell'innovazione prevista dalla novella alle sole situazioni astrattamente riconducibili all'imperizia, e il conseguente superamento in senso restrittivo del dibattito apertosi in sede di legittimità sull'applicabilità della limitazione di responsabilità di cui all'art. 3 del d.l. n. 158 del 2012 non solo nelle ipotesi di imperizia ma anche nei casi di negligenza ed imprudenza.

Quindi la Corte, avuto riguardo alla lettera della legge, osserva che essa, innovando rispetto alla legge Balduzzi, «*non attribuisce più alcun rilievo al grado della colpa, così che, nella prospettiva del novum normativo, alla colpa grave non potrebbe più attribuirsi un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell'ambito di operatività della causa di non punibilità*».

Tale tesi, secondo la pronuncia in esame, trova conforto nella finalità della legge che ha «*esplicitamente inteso favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile*».

In tale prospettiva la nuova disposizione configura, quindi, una causa di non punibilità – come tale collocata al di fuori dell'area di operatività del principio di colpevolezza – la cui *ratio* è da individuarsi nella «*scelta del legislatore di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie, mandandolo esente da punizione per una mera valutazione di opportunità politico criminale, al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva*».

Tale causa di non punibilità, pur se limitata alla sola imperizia, la comprende sia nella forma della colpa lieve che in quella della colpa grave. Ciò in quanto il legislatore, innovando rispetto alla "legge Balduzzi" che escludeva la responsabilità solo per colpa lieve, non attribuisce più alcun rilievo al grado della colpa.

Quanto alla difficoltà di conciliare la "colpa grave", con la sussistenza delle condizioni previste per l'impunità del sanitario – cioè con il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida, e, soprattutto, con un giudizio positivo di adeguatezza delle linee guida al caso concreto – la Corte delinea l'ambito applicativo della causa di non punibilità prevista dalla norma con riferimento al caso del medico che, seguendo linee guida adeguate e pertinenti, pur tuttavia sia incorso in una "imperita" applicazione di queste, nella fase "esecutiva" dell'applicazione.

Al riguardo precisa che l'imperizia, per essere non punibile, non deve essersi verificata nel momento della scelta della linea guida, «*giacchè non potrebbe dirsi in tal caso di essersi in presenza della linea guida adeguata al caso di specie*».

In questa prospettiva l'unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell'imperizia sanitaria viene individuata nell'assecondamento di linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto.

Infine, in ordine alla previsione, in relazione alla colpa per imperizia nell'esercizio della professione sanitaria, di un trattamento diverso e più favorevole rispetto alla colpa per negligenza o per imprudenza, ritiene trattarsi di «*una scelta del legislatore – che si presume consapevole*», ed esprime perplessità in ordine alla compatibilità di tale scelta con l'art. 3 della Costituzione, senza approfondire però la questione, per difetto di rilevanza nel caso di specie.

Secondo questa interpretazione, quindi, la novella del 2017 prevede la non punibilità dell'imperizia, anche grave, con la conseguenza che, sotto tale profilo, deve ritenersi norma più favorevole rispetto all'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, che aveva depenalizzato solo la colpa lieve.

La legge Balduzzi può, invece, configurarsi come norma più favorevole per i reati coinvolgenti profili di colpa diversi dall'imperizia, e cioè di negligenza e imprudenza qualificati da colpa lieve.

La sentenza in rassegna, in relazione all'interpretazione accolta, non si confronta in alcun modo con i problemi di costituzionalità evidenziati nella motivazione della sentenza Tarabori.

5. I punti essenziali del contrasto.

Entrambe le interpretazioni offerte dalla Corte di cassazione si fondano sulla lettera della disposizione, che richiama espressamente la sola imperizia e non contiene alcun riferimento al grado della colpa: entrambe ritengono limitato l'ambito applicativo della novella alla sola colpa per imperizia e negano rilevanza al grado della colpa al fine di ritenere integrata o meno la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 590-sexies cod. pen..

Le due tesi si distinguono, sul piano dell'interpretazione letterale, per il diverso significato che attribuiscono al requisito richiesto dalla norma con la locuzione «*sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate al caso concreto*».

La sentenza Tarabori, infatti, attribuisce tale requisito sia alla scelta delle raccomandazioni, che all'attuazione delle stesse, mentre la sentenza Cavazza limita tale requisito alla scelta.

Da tale diversa interpretazione letterale discende la conseguenza opposta a cui giungono le sentenze, della rilevanza penale o meno dell'imperizia, anche grave, nella fase esecutiva, e della stessa configurabilità o meno di una limitazione o di un esonero di responsabilità penale.

Conseguentemente diverse sono le conclusioni in ordine all'individuazione della disciplina più favorevole tra quella introdotta dalla novella e quella di cui all'abrogato art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012.

Sul piano dell'individuazione della *ratio* della norma le due interpretazioni si distinguono in quanto:

- la sentenza Tarabori la individua nella mera esigenza di tipizzazione – determinatezza del giudizio sulla colpa, in ciò ravvisando il *novum* legislativo che, attraverso il sistema di accreditamento istituzionale delle linee guida, ha posto rimedio all'incertezza nell'individuazione delle linee guida che dovevano guidare l'operato del medico e, quindi, il giudizio sulla sua colpevolezza;

- la sentenza Cavazza la individua nell'esigenza di ridurre, rispetto al passato, gli spazi della responsabilità del medico, "*ferma restando la responsabilità civile*", al fine di restituirgli serenità operativa "*così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva*".

Le tesi sostenute nelle due sentenze divergono, inoltre, anche in ordine all'individuazione dell'ambito di rilevanza penale dell'imperizia, che per la sentenza Cavazza è limitato al solo caso di scelta di linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto, mentre per la sentenza Tarabori è molto più ampio, comprendendo, oltre al caso di linee guida non appropriate al caso concreto, anche le ipotesi di linee guida estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata, (cioè di condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti e appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo), nonchè tutti gli ambiti non governati da linee guida.

Diverso, infine, è l'inquadramento dogmatico della fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen., quale regola sulla configurazione della colpa in ambito sanitario secondo l'interpretazione offerta nella sentenza Tarabori e, invece, causa di non punibilità, secondo l'opzione ermeneutica fatta propria dalla sentenza Cavazza.

Le tesi contrapposte presentano diversi punti di forza e di debolezza.

L'interpretazione offerta dalla sentenza Tarabori, infatti, se da un lato non sembra esporsi a censure di costituzionalità, dall'altro lato però attribuisce un significato molto riduttivo al secondo comma dell'art. 590-*sexies* cod. pen. – quale norma che si limita a operare sul piano dell'individuazione dei parametri alla cui stregua valutare la colpevolezza dell'esercente la professione sanitaria, e che non contiene una fattispecie di limitazione e/o esonero di responsabilità – che si pone in radicale discontinuità, sotto tale profilo, rispetto all'abrogato art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012.

L'opzione ermeneutica prescelta dalla sentenza Cavazza, invece, pur ponendosi in linea di continuità con la "legge Balduzzi" – attribuendo alla novella il significato di una fattispecie di esonero di responsabilità, sempre ancorata al rispetto delle linee guida ma più ampia di quella prevista dalla disposizione abrogata, in quanto estesa anche alla colpa grave – pone i problemi di costituzionalità evidenziati dalla sentenza Tarabori, e cioè quello della ragionevolezza di una esclusione di responsabilità per colpa grave operante in favore dei soli professionisti dell'ambito sanitario, e della compatibilità con l'art. 32 Cost.

6. La decisione delle Sezioni Unite: l'informazione provvisoria.

Il contrasto è stato rimesso alle Sezioni Unite, con provvedimento in data 13 novembre 2017 del Primo Presidente, ai sensi dell'art. 610, comma 2, cod. proc. pen.

La questione controversa rimessa al Supremo consesso è stata così formulata : «*Quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni, l'ambito applicativo della previsione di "non punibilità" prevista dall'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24, anche con riguardo alla precedente disciplina della materia, dettata dall'art. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189*».

Le Sezioni Unite si sono pronunciate con sentenza in data 21/12/2017, imp. Mariotti.

Di tale decisione è ad oggi nota la sola informazione provvisoria, del seguente tenore:

«*L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:*

a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia: 1) nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione dell'atto medico quando il caso concreto non è rego-

lato dalle raccomandazioni delle linee-guida o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali; 2) nell'ipotesi di errore rimproverabile nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche che non risultino adeguate alla specificità del caso concreto, fermo restando l'obbligo del medico di disapplicarle quando la specificità del caso renda necessario lo scostamento da esse;

c) se l'evento si è verificato per colpa (soltanto "grave") da imperizia nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione, quando il medico, in detta fase, abbia comunque scelto e rispettato le linee-guida o, in mancanza, le buone pratiche che risultano adeguate o adattate al caso concreto, tenuto conto altresì del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico.»

Dall'informazione provvisoria emerge, quindi, che il Supremo consesso non ha completamente aderito a nessuna delle due interpretazioni che si sono contrapposte nella giurisprudenza della IV sezione, individuando – a differenza della tesi sostenuta nella sentenza Tarabori – un ambito di esenzione da responsabilità dell'esercente la professione sanitaria che – a differenza della tesi fatta propria dalla sentenza Cavazza – è circoscritto alla sola colpa lieve da imperizia, e non comprende anche la colpa grave da imperizia.

Quanto all'ambito della permanente rilevanza penale dell'imperizia anche lieve, a seguito della novella, le Sezioni Unite, conformemente alla tesi della sentenza Tarabori, vi riconducono sia le ipotesi di errore nella scelta di applicare linee guida non adeguate alle specificità del caso concreto, cioè i casi in cui vi siano ragioni di discostarsi da esse, sia le ipotesi di errori commessi in ambiti non governati da linee guida. In base all'informazione provvisoria sembra, invece, che non sia compresa tra le ipotesi di rilevanza penale dell'imperizia anche lieve quella dell'errore commesso nell'adattamento delle linee guida al caso concreto.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 4, n. 39592 del 21/06/2007, Buggè, Rv. 237875
Sez. 4, n. 4391 del 22/11/2011, Di Lella, Rv. 251941
Sez. 4, n. 16328 del 05/04/2011, Montalto, Rv. 251960
Sez. 4, n. 11493 del 24/01/2013, Pagano, Rv. 254756
Sez. 4, n. 16237 del 29/1/2013, Cantore, Rv. 255105
Sez. 3, n. 5460 del 04/12/2013, Grassini, Rv. 258846
Sez. 4, n. 2168 dell'08/07/ 2014, Anelli, Rv. 261764
Sez. 4, n. 7346 dell'08/07/2014, Sozzi, Rv. 262243
Sez. 4, n. 47289 del 09/10/2014, Stefanetti, Rv. 260739-260740
Sez. 4, n. 45527dell'01/01/2015, Cerracchio, Rv. 264897
Sez. 4, n. 16944 del 20/03/2015, Rota, Rv. 263389
Sez. 4, n. 26996 del 27/04/2015, Caldarazzo, Rv. 263826
Sez. 4, n. 12478 del 19/11/2015, Barberi, Rv. 267814
Sez. 4, n. 23283 dell'11/5/2016, De Negri, Rv. 266904
Sez. 4, n. 28187 del 20/4/2017, Tarabori, Rv. 270213- 270214
Sez. 4, n. 50078, del 19/10/2017, Cavazza, Rv. 270985
Sez. U, del 21/12/2017, Mariotti

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., ord. n. 295 del 2013

CAPITOLO III

DISASTRI COLPOSI. LA PRONUNCIA RELATIVA AL NAUFRAGIO DELLA NAVE COSTA CONCORDIA

(Francesca Costantini)

SOMMARIO: 1. La fattispecie esaminata. – 2. I profili soggettivi della condotta: la colpa cosciente. – 3. La causalità della colpa. – 4. Le condotte di abbandono.

1. La fattispecie esaminata.

La Quarta Sezione della Corte di cassazione, con la sentenza n. 35585 del 12/05/2017, Schettino, Rv. 270777 – 83, ha esaminato la nota vicenda relativa al naufragio della nave "Costa Concordia", occorso il 13 gennaio 2012 al largo dell'isola del Giglio, al quale è conseguito il decesso di 32 persone ed il ferimento di 193 passeggeri. Venivano addebitati al comandante della nave e ad alcuni membri dell'equipaggio i delitti di naufragio aggravato ai sensi dell'art. 61 n. 3 cod. pen., omicidio colposo plurimo e lesioni personali colpose. Al solo comandante veniva poi contestato il delitto di abbandono di nave o di aeromobile in pericolo, previsto dall'art. 1097 cod. nav., nonché il reato di abbandono di persone minori o incapaci, ex art. 591 cod. pen. commesso in danno dei passeggeri. Il giudizio aveva avuto ad oggetto, in particolare, sia l'accertamento delle condotte che avevano determinato l'impatto cui era conseguita l'apertura di una falla di grandi dimensioni sullo scafo della nave e il suo progressivo affondamento sulla fiancata destra, sia la verifica delle modalità con cui erano state gestite le operazioni volte al salvataggio delle oltre 4.000 persone presenti a bordo della nave. La pronuncia ha, dunque, affrontato le varie questioni giuridiche postesi in ordine a tali distinti aspetti riguardanti da un lato la causazione colposa del naufragio della nave da crociera e dall'altro la gestione dell'emergenza cui erano conseguiti i delitti colposi di omicidio e lesioni personali.

2. I profili soggettivi della condotta: la colpa cosciente.

La Corte ha, in primo luogo, esaminato la questione riguardante l'aggravante della colpa con previsione (art. 61 n. 3 cod. pen.) riconosciuta dalle pronunce di merito con riferimento alla fase della navigazione fino al momento dell'impatto con il fondale e del conseguente naufragio ed esclusa con riferimento alla fase successiva e, più specificamente, ai decessi e alle lesioni conseguenti alle modalità di gestione dell'emergenza da parte dell'imputato. Dopo aver ripercorso l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in relazione alle diverse teorie che si sono susseguite in ordine alla individuazione dei criteri distintivi tra colpa cosciente e dolo eventuale, la S.C. ha richiamato in termini adesivi il noto arresto delle Sezioni Unite n. 38343 del 24/4/2014, Espenhahn, Rv. 261104, che ha individuato in modo chiaro l'essenza della colpa cosciente marcando una netta linea di confine con il dolo eventuale. La Quarta sezione ha dunque concluso nel senso tracciato dalle Supremo consesso per cui, sebbene accomunati dalla "previsione dell'evento", il dolo eventuale e la colpa cosciente sono figure che si pongono su piani ben distinti della soggettività giuridica: nel dolo eventuale l'agente pone in essere la condotta antidoverosa voluta, non solo nella consapevolezza del rischio della realizzazione di un evento concretamente rientrante nella prevedibilità, ma accetta l'evento medesimo quale ulteriore esito della sua azione od

omissione; nella colpa cosciente invece l'autore si rappresenta solo l'astratta previsione di un evento, tra gli esiti possibili della sua condotta attiva od omissiva, ma ne sottostima fino ad escluderle le probabilità di verificazione. Nella colpa cosciente non è sufficiente la prevedibilità, ma è necessaria la previsione dell'evento – ossia la prova che l'agente si sia in concreto rappresentato l'evento quale possibile/probabile conseguenza della sua condotta, pur nel convincimento di evitarlo. Poste tali premesse il collegio ha ritenuto che la pronuncia impugnata ha fatto buon governo degli enunciati principi giurisprudenziali, ravvisando in un'ipotesi delittuosa (omicidi e lesioni) la colpa semplice e nell'altra (naufragio) la colpa con previsione. Con riferimento al primo aspetto infatti con un giudizio ritenuto logicamente e giuridicamente corretto i giudici di merito non hanno ravvisato nella condotta dell'imputato elementi di natura sintomatica da cui dedurre in maniera certa che l'evento fosse stato da lui effettivamente previsto, dovendosi escludere che il *quid pluris* connotante la colpa cosciente potesse essere costituito dalla sola gravità delle violazioni compiute, e che potessero in tal senso assumere rilievo la gravità della falla e il carattere catastrofico delle prime informazioni, le dimensioni della nave ed il numero dei passeggeri nonché le numerosissime inosservanze delle procedure poste a tutela della vita e della salute delle persone a bordo. Tali elementi, sebbene idonei a dimostrare che un agente modello avrebbe previsto il pericolo di decessi o lesioni, in ragione di quella situazione astratta complessiva (rappresentazione astratta dell'evento), non dimostravano che l'imputato, in concreto, si fosse effettivamente rappresentato quella situazione.

Per altro verso, sono stati esclusi profili di contraddittorietà della decisione impugnata nella parte in cui l'aggravante in esame è stata ritenuta con specifico riferimento al reato di naufragio colposo, in quanto il comandante della nave, pur consapevole della presenza di bassi fondali e di scogli in prossimità dell'isola del Giglio, aveva ordinato di modificare la rotta programmata per transitare a distanza ravvicinata dalla costa e fino all'ultimo non aveva receduto da tale decisione, confidando nelle proprie capacità marinaresche e ritenendo di essere in grado di evitare il concretizzarsi del rischio di impatto.

3. La causalità della colpa.

In relazione al tema della causalità della colpa, da intendersi come introduzione, da parte del soggetto agente, del fattore di rischio poi concretizzatosi con l'evento, posta in essere attraverso la violazione delle regole di cautela tese a prevenire e a rendere evitabile il prodursi di quel rischio, la Corte ha considerato i due distinti ma interconnessi profili che avevano formato oggetto di disamina da parte dei giudici di merito: quello del verificarsi dell'evento quale conseguenza della violazione delle regole cautelari finalizzate ad evitarlo; e quello della pluralità di soggetti tenuti ad osservare tali regole, e che le avrebbero disattese.

Sotto il primo profilo, molte erano state le specifiche regole cautelari violate dall'imputato avendo egli disatteso la rotta sommariamente pianificata assieme all'ufficiale cartografo, messo in atto una manovra spericolata, tenuto una rotta e una velocità del tutto inadeguate, per finalità essenzialmente legate al c.d. "saluto" ravvicinato alla costa, con la conseguente ingovernabilità della nave che aveva reso vano il tardivo tentativo di correggerne la direzione per evitare l'impatto con i fondali rocciosi. Il naufragio aveva dunque trovato specifico presupposto proprio nella violazione di plurime regole cautelari che rendevano colposa la condotta causalmente rilevante, essendosi verificato proprio a causa di quell'inosservanza. Il rispetto di tali regole cautelari infatti, espressamente codificate ed enunciate in specifici disciplinari riguardanti la navigazione e la condotta in mare dei natanti, mediante il c.d. comportamento alternativo diligente, avrebbe avuto certamente una portata salvifica

con efficacia impeditiva dell'evento naufragio. La Corte ha pertanto ritenuto corretta la ricostruzione operata dai giudici di merito e la conseguente configurabilità della responsabilità colposa dell'imputato.

Sotto l'ulteriore e diverso profilo della pluralità di soggetti tenuti al rispetto delle regole cautelari che nella specie furono violate, la Corte, ribadendo un principio già affermato in altre pronunce della stessa sezione, ha precisato che quando – come nel caso esaminato – fra i diversi garanti intercorre un rapporto gerarchico, il titolare della posizione di garanzia gerarchicamente sovraordinato non deve fare quanto è tenuto a fare il garante subordinato, ma deve scrupolosamente accertare se il subordinato è stato effettivamente garante, ossia se ha effettivamente posto in essere la condotta di protezione a lui richiesta in quel momento (Sez. 4, n. 38810 del 19/04/2005, Di Dio, Rv. 232415; Sez. 4, n. 45369 del 25/11/2010, Osella e altro, Rv. 249072). Con specifico riguardo poi alla posizione di sovraordinazione del comandante di nave rispetto agli altri soggetti, ne ha rammentato il ruolo di autorità egemone attribuitogli dall'ordinamento della navigazione, tale non certo da conculcare le sfere di competenza di figure, anche subordinate, che abbiano competenze tecnico-scientifiche peculiari, ma da implicare una interazione, in determinate contingenze, con le valutazioni e le iniziative di tali diverse figure professionali. Nella specie quindi non era dubitabile la posizione sovraordinata dell'imputato rispetto agli altri soggetti indicati come responsabili ai fini della manovra, nonché le plurime condotte colpose non solo omissive ma anche commissive a lui direttamente riconducibili e dalle quali dipese il verificarsi del naufragio.

4. Le condotte di abbandono.

Dopo aver analizzato i profili soggettivi delle condotte attribuite all'imputato con riferimento al reato di naufragio, la Corte ha approfondito la tematica relativa ai reati di cui agli artt. 591 cod. pen. e 1097 cod. nav. essendo altresì contestato al comandante della nave Costa Concordia di non aver lasciato per ultimo l'imbarcazione durante la fase del naufragio e di avere abbandonato in una situazione di grave pericolo sia i passeggeri che i membri dell'equipaggio. Nella pronuncia risulta esaminato, in particolare, il significato da attribuire alla condotta di abbandono imputabile al comandante di nave sotto tre distinti profili riguardanti:

- la nozione di abbandono in termini generali;
- la condotta di abbandono della nave in pericolo rapportata ai doveri e alla posizione di garanzia del comandante;
- i rapporti intercorrenti tra i reati di abbandono della nave in pericolo e abbandono di persone incapaci.

Quanto al primo profilo, in assenza di precedenti specifici sul punto, in ordine al reato di cui all'art. 1097 cod. nav., il collegio ha preso in considerazione gli arresti giurisprudenziali ed i contributi di dottrina relativi al diverso reato di abbandono di persone minori o incapaci, previsto dall'art. 591 cod. pen., osservando come la condotta delineata dalla norma possa consistere in qualsivoglia azione od omissione che comporti il distacco o l'allontanamento del soggetto attivo dal luogo, dalla persona o dalla cosa abbandonate e sottoposte alla sua cura e alle sue funzioni di garanzia, in modo tale da non esercitarvi il controllo, la cura, la custodia, o comunque da non svolgere le attività doverose nell'ambito del rapporto intercorrente fra il detto soggetto attivo e la cosa, la persona o il luogo abbandonati. Rilevata, inoltre, la natura permanente dei reati di abbandono la Corte ha nondimeno considerato che essa è, però, collegata non alla definitività dell'abbandono, ma al fatto che la condotta si protragga per il tempo dell'abbandono medesimo e che persista la coscienza e volontà di abbandonare, da parte del soggetto attivo. La nozione di abbandono è dunque

configurabile anche nel caso in cui l'abbandono non sia assoluto e definitivo, ma soltanto relativo e temporaneo, sempreché dalla condizione di abbandono consegua l'impossibilità per le vittime di fronteggiare la necessità di assistenza emergente dalla situazione concreta.

Quanto al secondo profilo, attinente alla correlazione fra la condotta di abbandono *ex* art. 1097 cod. nav. e i doveri (e la posizione di garanzia) del comandante, la Suprema corte ha individuato la fonte della posizione di garanzia che grava sul comandante di nave nell'ordinamento della navigazione marittima di cui al codice della navigazione, in base al quale egli ha l'obbligo di sovraintendere a tutte le funzioni che attengono alla salvaguardia della incolumità collettiva delle persone imbarcate e della nave, ivi comprese le operazioni di salvataggio dei passeggeri e di evacuazione (si richiamano in particolare gli artt. da 292 a 315 del codice della navigazione nonché le ulteriori disposizioni di cui agli artt. 186 e ss., e l'art. 409, riguardante la responsabilità del vettore per i danni alle persone in caso di sinistri durante la navigazione). La Corte ha dunque affermato il principio secondo cui "in tema di reato di abbandono della nave in pericolo (art. 1097 cod. nav.), l'obbligo del comandante di abbandonare la nave per ultimo e di mantenere il comando nel pericolo, previsto dall'art. 303, comma secondo, cod. nav., gli impone di restare a bordo dell'unità in pericolo per coordinare tutte le procedure finalizzate al salvataggio dei passeggeri e dell'equipaggio fino a quando l'esercizio del comando abbia una concreta utilità". La norma in esame esige quindi che il comandante della nave, quale primo garante della nave e delle persone e delle cose imbarcate, resti a bordo dell'unità in pericolo per coordinare tutte le procedure finalizzate al salvataggio dei passeggeri e dell'equipaggio, essendo l'effettività della posizione di garanzia da lui ricoperta a giustificare il dovere impostogli dalla disposizione in esame. Alla luce di tale principio è stata conseguentemente ritenuta esente da censure la sentenza di merito che aveva affermato la responsabilità del comandante della nave che si era allontanato dalla plancia dei comandi senza strumenti di comunicazione e aveva abbandonato definitivamente l'unità navale che stava progressivamente affondando, nonostante la segnalata presenza di passeggeri ancora a bordo.

Quanto infine all'ultimo profilo, concernente i rapporti tra il delitto di cui all'art. 591 cod. pen. e quello di cui all'art. 1097 cod. nav., la Corte ha ritenuto che le due fattispecie possano concorrere fra loro e che non sia configurabile alcun concorso apparente di norme, né alcun rapporto di specialità tra le due disposizioni incriminatrici. Il reato di abbandono di persone minori o incapaci, invero, a differenza dell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 1097 cod. nav., che punisce la condotta del comandante che non scenda per ultimo dalla nave che versi già in condizioni di pericolo, richiede che la situazione di pericolo, anche meramente potenziale, per la vita o l'incolumità del soggetto passivo sia diretta conseguenza della violazione di uno specifico dovere giuridico di cura o di custodia, che incombe su determinate persone o categorie di persone e presenta una differente oggettività giuridica, costituita dal valore etico-sociale della sicurezza della singola persona fisica abbandonata contro determinate situazioni di pericolo, a fronte della incolumità collettiva delle persone a bordo e della salvezza della nave tutelate dalla seconda fattispecie. Ne discende, conclusivamente, la correttezza e la condivisibilità delle decisioni di merito che avevano affermato la responsabilità dell'imputato essendosi accertato che egli aveva abbandonato la nave nella consapevolezza che a bordo vi erano ancora persone presenti essendosi allontanato dalla plancia senza neppure prendere con sé una radio con cui comunicare con il resto dell'equipaggio ed avendo quindi egli voluto, quanto meno in termini di dolo eventuale, abbandonare la nave e le persone a bordo della stessa.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 4, n. 38810 del 19/04/2005, Di Dio, Rv. 232415
Sez. 4, n. 45369 del 25/11/2010, Osella e altro, Rv. 249072
Sez. U, n. 38343 del 24/4/2014, Espenhahn, Rv. 261104
Sez. 4, n. 35585 del 12/05/2017, Schettino, Rv. 270777-83

CAPITOLO IV

ACCESSO ABUSIVO AD UN SISTEMA INFORMATICO O TELEMATICO *EX* ART. 615-*TER* COD. PEN. E SVIAMENTO DI POTERE

(Paolo Bernazzani)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Mantenimento abusivo all'interno di un sistema informatico e sviamento di potere (le Sezioni Unite "Savarese"). – 3. Il quadro giurisprudenziale di riferimento: i principi affermati dalle Sezioni Unite "Casani". – 4. (Segue). Il contrasto maturato fra le successive pronunce di legittimità e l'ordinanza di rimessione. – 5. I fondamentali passaggi argomentativi della nuova decisione delle Sezioni Unite: "operazioni ontologicamente estranee" e abuso del pubblico funzionario. – 6. Considerazioni finali.

1. Premessa.

È noto come, nel solco di una crescente sensibilità verso le esigenze di tutela reclamate da beni giuridici emergenti di tipo "immateriale", quali, in generale, i dati informatici, il legislatore nazionale, sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 13 settembre 1989 n. R (89) 9 sulla criminalità informatica, abbia emanato la legge 23 dicembre 1993, n. 547, recante "Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica", con la quale si è proceduto ad un organico intervento di riforma del sistema penale, non limitandosi alla riformulazione di fattispecie penali già esistenti, in modo da estenderne l'ambito applicativo ai sistemi informatici e telematici (art. 392 cod. pen.), ovvero ai dati, alle informazioni ed ai programmi in essi contenuti o ad essi pertinenti (artt. 420 e 621 cod. pen.), o, ancora, ai documenti informatici, alla corrispondenza, alle comunicazioni ed alle conversazioni informatiche o telematiche ed a qualunque altra trasmissione a distanza di suoni, immagini od altri dati (artt. 491-*bis*, 616, 623-*bis* cod. pen.), ma, altresì, introducendo nuove ipotesi criminose (artt. 615-*ter*,-*quater* e *quinquies*, 617-*quater*, *quinquies* e *sexies*, 635-*bis*, 640-*ter* cod. pen.).

Se l'intervento normativo del 1993 è stato successivamente rielaborato ed integrato dalla legge 18 marzo 2008, n. 48, che ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, un ruolo di particolare rilievo va, allora come oggi, riconosciuto alla fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico di cui all'art. 615-*ter* cod. pen.; rilievo confermato dalla costante attenzione che l'elaborazione giurisprudenziale ha riservato a tale disposizione. Essa, collocata nella sezione IV del capo III del titolo XII del codice penale, dedicata ai reati contro l'inviolabilità del domicilio, sanziona, al primo comma, il comportamento di chiunque «abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo». Il secondo comma prevede, fra l'altro: «la pena è della reclusione da uno a cinque anni: 1) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di operatore del sistema (…)».

2. Mantenimento abusivo all'interno di un sistema informatico e sviamento di potere (le Sezioni Unite "Savarese").

In *subiecta materia* si è, in particolare, registrato un recentissimo ed importante intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Sez. U, n. 41210 del 18/05/2017, Savarese, Rv. 271061). La decisione è così massimata:

*Integra il delitto previsto dall'art. 615-*ter*, secondo comma, n. 1, cod. pen. la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso, acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee rispetto a quelle per le quali la facoltà di accesso gli è attribuita. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto immune da censure la condanna di un funzionario di cancelleria, il quale, sebbene legittimato ad accedere al Registro informatizzato delle notizie di reato – c.d. Re.Ge. – conformemente alle disposizioni organizzative della Procura della Repubblica presso cui prestava servizio, aveva preso visione dei dati relativi ad un procedimento penale per ragioni estranee allo svolgimento delle proprie funzioni, in tal modo realizzando un'ipotesi di sviamento di potere)».*

La decisione in esame si inserisce nella complessa e dibattuta questione relativa alla possibilità di sussumere nella fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico di cui alla norma incriminatrice citata le condotte, variamente configurate, poste in essere da soggetti abilitati (c.d. insider), che utilizzano un sistema informatico al quale hanno diritto di accedere senza limiti espressi, ovvero nell'osservanza delle relative prescrizioni, per ragioni estranee rispetto a quelle per le quali gli stessi sono autorizzati. In particolare, il tema controverso concerne l'ipotesi del soggetto che rivesta la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio e che, pur formalmente autorizzato all'accesso al sistema, abbia acquisito dati e notizie con abuso dei poteri o in violazione del complesso di doveri sullo stesso incombenti.

In tale prospettiva, la Suprema Corte, nella sua più alta espressione, non poteva non confrontarsi espressamente con il precedente e fondamentale intervento nomofilattico operato da Sez. U, n. 4694 del 27/10/2011, dep. 2012, Casani, Rv. 251269/251272, interagendo con i fondamentali passaggi argomentativi che avevano ispirato il relativo *dictum*.

3. Il quadro giurisprudenziale di riferimento: i principi affermati dalle Sezioni Unite "Casani".

È opportuno, a tal proposito, ricordare che il contrasto ermeneutico che aveva portato alla rimessione della questione alle Sezioni Unite nel 2011 concerneva, in particolare, la possibilità di configurare il delitto *de quo* nel caso in cui un soggetto, legittimamente abilitato e ammesso ad utilizzare un sistema informatico o telematico, avesse agito per finalità diverse da quelle consentite ed, in ipotesi, illecite; era necessario, quindi, stabilire se, in tal caso, la permanenza nel sistema informatico avesse oltrepassato i limiti e le condizioni prefissate dall'avente diritto e, quindi, fosse avvenuta contro la volontà del titolare dello *ius excludendi*.

Per delineare, in rapida sintesi, il panorama giurisprudenziale che si stagliava sullo sfondo dell'intervento nomofilattico rappresentato dalla sentenza Casani, va detto che l'orientamento di legittimità favorevole a ritenere integrata in casi consimili la fattispecie in esame, risalente a Sez. 5, n. 12732 del 07/11/2000, Zara, Rv. 217743, valorizzava l'articolata struttura delle condotte tipizzate dalla norma incriminatrice, che contempla non soltanto la condotta di accesso abusivo ad un sistema informatico da parte del soggetto (il cosiddetto

"*hacker*") *ab origine* privo di abilitazione ad accedere al sistema protetto, ma anche quella di chi vi si mantenga contro la volontà espressa o tacita di colui che abbia il diritto di escluderlo: ipotesi, quest'ultima, nella quale l'orientamento in esame ricomprendeva proprio la condotta posta in essere da colui che, pur legittimato all'accesso ad un sistema, continuasse a servirsi di esso oltre i limiti prefissati dal titolare. Si riteneva, inoltre, coerente con detta impostazione il secondo comma dell'art. 615-*ter* cod. pen., che censura la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che si traduca in un abuso dei poteri o in una violazione dei doveri loro spettanti: ipotesi, per l'appunto, integrata in caso di accesso per scopi non istituzionali.

Un diverso e contrastante orientamento, espresso da altre decisioni (cfr., ad es. Sez. 5, n. 2534 del 20/12/2007, Migliazzo, Rv 239105; Sez. 5, n. 26797 del 29/05/2008, Scimia, Rv 240497; Sez. 5 n. 40078 del 25/06/2009, Genchi, Rv 244749) aveva, invece, escluso che il reato di cui all'art. 615-*ter* cod. pen. fosse integrato dalla condotta del soggetto il quale, avendo titolo per accedere al sistema, se ne fosse avvalso per finalità estranee a quelle di ufficio e finanche illecite, ferma restando la sua responsabilità per i diversi titoli di reato eventualmente configurabili nell'ipotesi in cui le predette finalità avessero trovato realizzazione.

Con la citata decisione del 2011, riguardante una fattispecie relativa all'accesso ed al mantenimento all'interno di un sistema e di una banca dati di rilevanza pubblicistica, le Sezioni Unite avevano, dunque, affermato che «*Integra il delitto previsto dall'art. 615* ter *cod. pen. colui che, pur essendo abilitato, acceda o si mantenga in un sistema informatico o telematico protetto, violando le condizioni e i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso, rimanendo invece irrilevanti, ai fini della sussistenza del reato, gli scopi e le finalità che abbiano soggettivamente motivato l'ingresso nel sistema*».

La Corte, nella motivazione della sentenza Casani, aveva, innanzitutto, chiarito che le condotte descritte dall'art. 615-*ter* cod. pen. sono punite a titolo di dolo generico e consistono: a) nell'introdursi abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza – da intendersi come l'avere accesso alla conoscenza di dati o di informazioni contenute nel sistema – effettuato sia "da lontano" (attività tipica dell'*hacker*), che "da vicino" (da persona, cioè, che si trova a diretto contatto dell'elaboratore); b) nel mantenersi nel sistema contro la volontà, espressa o tacita, di chi ha il diritto di esclusione – da intendersi come il persistere nella già avvenuta introduzione, inizialmente autorizzata o casuale, continuando ad accedere alla conoscenza dei dati nonostante il divieto, anche tacito, del titolare del sistema (l'ipotesi classica è quella in cui l'accesso di un soggetto sia autorizzato per il compimento di determinate operazioni e per un tempo limitato ed il soggetto medesimo, compiuta l'operazione espressamente consentita, si intrattenga nel sistema per la presa di conoscenza, non autorizzata, di altri dati).

In tale quadro interpretativo, le Sezioni Unite, valorizzando il dato costituito dall'esistenza di un titolo abilitativo legittimante l'accesso e la permanenza nel sistema, avevano osservato che «la questione di diritto controversa non deve essere riguardata sotto il profilo delle *finalità* perseguite da colui che accede o si mantiene nel sistema, in quanto la volontà del titolare del diritto di escluderlo si connette soltanto al *dato oggettivo* della permanenza (per così dire "fisica") dell'agente in esso. Ciò significa che la volontà contraria dell'avente diritto deve essere verificata solo con riferimento al risultato immediato della condotta posta in essere, non già ai fatti successivi. Rilevante deve ritenersi, perciò, il *profilo oggettivo* dell'accesso e del trattenimento nel sistema informatico da parte di un soggetto che sostanzialmente non può ritenersi autorizzato ad accedervi ed a permanervi sia allorquando

violi i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema (nozione specificata, da parte della dottrina, con riferimento alla violazione delle prescrizioni contenute in disposizioni organizzative interne, in prassi aziendali o in clausole di contratti individuali di lavoro), sia allorquando ponga in essere *operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui egli è incaricato ed in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito*. In questi casi è proprio il titolo legittimante l'accesso e la permanenza nel sistema che risulta violato: il soggetto agente opera illegittimamente, in quanto il titolare del sistema medesimo lo ha ammesso solo a ben determinate condizioni, in assenza o attraverso la violazione delle quali le operazioni compiute non possono ritenersi assentite dall'autorizzazione ricevuta. Il dissenso tacito del *dominus loci* non viene desunto dalla finalità (quale che sia) che anima la condotta dell'agente, bensì dall'oggettiva violazione delle disposizioni del titolare in ordine all'uso del sistema. Irrilevanti devono considerarsi gli eventuali fatti successivi: questi, se seguiranno, saranno frutto di nuovi atti volitivi e pertanto, se illeciti, saranno sanzionati con riguardo ad altro titolo di reato (rientrando, ad esempio, nelle previsioni di cui agli artt. 326, 618, 621 e 622 cod. pen.). Ne deriva che, nei casi in cui l'agente compia sul sistema un'operazione pienamente assentita dall'autorizzazione ricevuta, ed agisca nei limiti di questa, il reato di cui all'art. 615-*ter* cod. pen. non è configurabile, a prescindere dallo scopo eventualmente perseguito; sicché qualora l'attività autorizzata consista anche nella acquisizione di dati informatici, e l'operatore la esegua nei limiti e nelle forme consentiti dal titolare dello *ius excludendi*, il delitto in esame non può essere individuato anche se degli stessi dati egli si dovesse poi servire per finalità illecite».

Dunque, secondo le Sezioni Unite, il giudizio circa l'esistenza del dissenso del *dominus loci* deve assumere come parametro la sussistenza o meno di un'obiettiva violazione, da parte dell'agente, delle prescrizioni impartite dal *dominus* stesso circa l'uso del sistema e non può essere espresso unicamente sulla base della direzione finalistica della condotta, soggettivamente intesa. A tale riguardo, la sentenza Casani richiama espressamente le disposizioni che regolano l'accesso al sistema e che stabiliscono per quali attività e per quanto tempo la permanenza si può protrarre, «mentre devono ritenersi irrilevanti, ai fini della configurazione della fattispecie, eventuali disposizioni sull'impiego successivo dei dati».

4. *(Segue)*. Il contrasto maturato fra le successive pronunce di legittimità e l'ordinanza di rimessione.

Muovendosi nel perimetro di siffatte coordinate sistematico-interpretative, la Quinta Sezione della Corte, con l'ordinanza di rimessione che ha fornito l'occasione per il nuovo intervento delle Sezioni Unite (Sez. 5, n. 12264 del 25/01/2017), ha ritenuto necessaria una rimeditazione, in chiave eminentemente critica, degli approdi ermeneutici raggiunti dalla sentenza "Casani".

Per la Sezione rimettente, in particolare, la giurisprudenza formatasi in epoca successiva alla citata sentenza aveva reso manifesta l'esigenza di fornire ulteriori precisazioni e specificazioni, in funzione marcatamente estensiva, della portata del principio di diritto espresso nel 2011 dalle Sezioni Unite; ciò, in particolare, nel senso di ritenere idonea ad integrare la tipicità della fattispecie incriminatrice anche la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che si traduca in un abuso o sviamento dei poteri conferitigli.

In tale ottica, il caso oggetto di giudizio dal quale è scaturita la rimessione alle Sezioni Unite è senza dubbio paradigmatico: l'ordinanza in esame ha opportunamente posto in evidenza che l'imputata ricorrente poteva legittimamente accedere al Registro informatizzato delle notizie di reato – c.d. Re.Ge. – in virtù delle funzioni svolte in qualità di cancelliere in servizio presso una Procura della Repubblica, «a tanto legittimata da disposizioni interne

che rendevano possibile l'accesso al sistema stesso da parte di tutti i soggetti abilitati in maniera indifferenziata, con la possibilità, per il personale amministrativo, ed in particolare per i cancellieri, di accedere non solo ai procedimenti assegnati al pubblico ministero presso la cui segreteria prestavano servizio, ma anche ed indistintamente a tutti procedimenti iscritti, per ragioni di carattere organizzativo». Altrettanto rilevante appare la circostanza che la ricorrente non avesse posto in essere una condotta "abusiva", nel senso di utilizzare *password* scadute, ovvero chiavi di accesso assegnate ad altri funzionari, né avesse simulato la ricerca attraverso procedimenti inesistenti, o altri analoghi espedienti.

In tale contesto, ad avviso della Quinta sezione, un elemento di assoluta pregnanza, nella prospettiva di annettere comunque un profilo di disvalore penale alla condotta in esame doveva individuarsi nel fatto che il mantenimento all'interno del sistema Re.Ge. era comunque avvenuto in violazione di norme di livello primario, quali le disposizioni concernenti il vincolo di fedeltà cui sono tenuti indistintamente tutti i pubblici dipendenti e quelle che presidiano il corretto funzionamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, apparendo evidente che l'operazione svolta dell'imputata non era stata certamente eseguita in esecuzione di una incombenza del proprio ufficio.

Seguendo tale itinerario ermeneutico, l'ordinanza in esame ha evidenziato il contrasto manifestatosi con le sentenze, entrambe della Quinta Sezione, la n. 22024 del 24/04/2013, Carnevale, Rv. 255387 e la n. 44390 del 20/06/2014, Mecca, Rv. 260763, che, seppure fondate sulla espressa adesione all'identica premessa costituita dal *decisum* di Sez. U, Casani, avevano fornito risposte antitetiche circa la possibilità di ravvisare l'abusività dell'accesso nella violazione dei principi che presiedono allo svolgimento dell'attività amministrativa, quali sinteticamente enunciate dall'art. 1 legge 7 agosto 1990, n. 241.

Nella prima decisione citata, avente ad oggetto la condotta di un pubblico dipendente, impiegato della Agenzia delle entrate, che aveva effettuato interrogazioni al sistema centrale dell'anagrafe tributaria sulla posizione di contribuenti non rientranti, in ragione del loro domicilio fiscale, nella competenza del proprio ufficio, è stato affermato che, nel caso in cui l'agente sia un pubblico dipendente, «non può non trovare applicazione il principio di cui alla l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 1, in base al quale "l'attività amministrativa persegue fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario" (…)». Di qui, la «ontologica incompatibilità» dell'utilizzo del sistema informatico in quanto fuoriuscente dalla *ratio* del conferimento del relativo potere.

Nella seconda delle decisioni da ultimo citate è stata, all'opposto, esclusa la possibilità di identificare il carattere di abusività della condotta di accesso al sistema o di mantenimento al suo interno nella violazione delle predette regole di imparzialità e trasparenza che presiedono allo svolgimento dell'attività amministrativa, come enunciate dall'art. 1 della L. n. 241 del 1990, se non a prezzo di frustrare la *ratio* della stessa norma incriminatrice come interpretata dalle Sezioni Unite, dilatando inammissibilmente la nozione di "accesso abusivo" oltre i limiti imposti dalla necessità di tutelare i diritti del titolare del sistema.

Per tale complesso di motivi, dunque, il collegio della Quinta sezione ha ravvisato l'opportunità di rimettere alle Sezioni Unite la soluzione del quesito «*se il delitto previsto dall'art. 615*-ter*, comma* 2*, n. 1 cod. pen., sia integrato anche dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, pur formalmente autorizzato all'accesso ad un sistema informatico o telematico, ponga in essere una condotta che concreti uno sviamento di potere, in quanto mirante al raggiungimento di un fine non istituzionale, e se,*

*quindi, detta condotta, pur in assenza di violazione di specifiche disposizioni regolamentari ed organizzative, possa integrare l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri previsti dall'art. 615-*ter*, comma secondo, n. 1, cod. pen.».*

5. I fondamentali passaggi argomentativi della nuova decisione delle Sezioni Unite: "operazioni ontologicamente estranee" e abuso del pubblico funzionario.

Riconoscendo come lo spunto fornito dalla vicenda processuale dovesse indurre a puntualizzare alcuni dei passaggi della precedente decisione delle Sezioni Unite, Casani, la Corte, coerentemente con l'autorevole precedente, ha ribadito che quella prevista dal secondo comma, n. 1, dell'art. 615-*ter* cod. pen. configura una circostanza aggravante esclusivamente soggettiva, che tipicizza la condotta punibile in quanto posta in essere da soggetti quali il pubblico ufficiale e l'incaricato di un pubblico servizio (accanto alle figure dell'investigatore privato e dell'operatore del sistema).

In tale ottica, merita di essere posto in evidenza come la Corte ritenga espressamente che, per tali soggetti, il reato sia sempre aggravato, «proprio perché la circostanza è inscindibilmente collegata a quella qualità soggettiva ed in tutti i casi la configurata aggravante comporta un abuso, che ben può connotarsi delle caratteristiche dell'esecuzione di "operazioni ontologicamente estranee" rispetto a quelle consentite».

In altri termini, sembra di intendere che, secondo la sentenza Savarese, la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio i quali, dotati di credenziali di accesso al sistema in uso presso l'ufficio di appartenenza, vi accedano o vi si trattengano in violazione dei doveri o con abuso dei poteri inerenti alla funzione o al servizio, integra di per sé, sempre ed indefettibilmente, sia la fattispecie incriminatrice base (sotto il profilo delle «*operazioni ontologicamente estranee rispetto a quelle consentite*» di cui parlava la sentenza "Casani") sia la predetta circostanza aggravante, perché l'abuso della qualità soggettiva rende più agevole la realizzazione della condotta tipica e qualifica quest'ultima come comportamento di speciale gravita, meritando, quindi il più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dal secondo comma dell'art. 615-*ter* cod. pen.

In tale passaggio argomentativo si colloca il nucleo essenziale della decisione in esame: secondo il Supremo Collegio, invero, non vi è ragione di circoscrivere l'ambito applicativo della norma incriminatrice alla sola violazione da parte del soggetto qualificato delle disposizioni dettate dal titolare del sistema in ordine alle modalità di accesso o di trattenimento e di utilizzo del sistema.

L'abuso del pubblico ufficiale, si afferma, non è ravvisabile unicamente nell'ipotesi di violazione delle norme che espressamente ne disciplinano l'azione, poste dai titolari del sistema, ma anche nell'ipotesi in cui l'accesso o il mantenimento nel sistema informatico sia bensì avvenuto utilizzando credenziali proprie e senza alcuna violazione degli ulteriori espressi divieti in ordine all'accesso ai dati; e tuttavia, rappresenti uno sviamento di potere, un uso del potere, cioè, in violazione dei doveri di fedeltà che devono indirizzare l'azione del pubblico funzionario nell'assolvimento degli specifici compiti di natura pubblicistica a lui demandati.

In tal senso, le Sezioni Unite aderiscono senza riserve all'interpretazione proposta da Sez. 5, n. 22024/13, Carnevale, già segnalata dalla Sezione rimettente, incentrata sul principio di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 1990, in base al quale «l'attività amministrativa persegue fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

Al fine di chiarire la portata del principio enunciato, le Sezioni Unite si soffermano particolarmente sulla nozione di c.d. sviamento di potere. Tale nozione rappresenta una delle tipiche manifestazioni della più generale categoria del vizio di eccesso di potere e ricorre quando l'atto amministrativo non persegue un interesse pubblico, ma una finalità diversa da quella che gli assegna in astratto la legge sul procedimento amministrativo o le altre norme che ne disciplinano l'attività del pubblico funzionario.

Le Sezioni Unite sottolineano come la giurisprudenza di legittimità si sia da tempo orientata verso la riconducibilità dello sviamento di potere nell'alveo delle nozioni di abusività della condotta e di violazione dei doveri di ufficio, come si evince con evidenza dalla giurisprudenza sul reato di abuso di ufficio: fra tutte, viene richiamata Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, Rossi, dep. 2012, Rv. 251498, secondo la quale «*ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere* è *attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione*».

La Corte compie, quindi, un *excursus* sulle principali norme che delineano lo *status* della persona dotata di funzioni pubbliche. Vengono in rilievo, in particolare, gli artt. 54, 97 e 98 Cost., che rappresentano la matrice dei principi enunciati dalla legge sul procedimento amministrativo, nonché le disposizioni del Testo Unico sul pubblico impiego e del Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, che rappresentano l'ulteriore specificazione di questi ultimi; tale articolato sistema normativo rende evidente che i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio sono tenuti ad agire per il perseguimento delle finalità istituzionali in vista delle quali il rapporto funzionale è instaurato, traducendosi in abuso della funzione, sotto il profilo dell'eccesso e dello sviamento di potere la condotta che si ponga in contrasto con le predette finalità istituzionali.

Ciò vale, indubbiamente, anche in riferimento alla gestione dei registri di cancelleria. Le disposizioni relative alla gestione ed all'utilizzo dei registri informatizzati dell'amministrazione della giustizia, e, fra questi, il programma Re.Ge. (Registro delle notizie di reato mod. 21), con le conseguenti problematiche di tenuta e sicurezza dei dati, fanno emergere il dovere per i pubblici dipendenti che debbono operare su tali registri di osservare sia le disposizioni di accesso, secondo i diversi profili configurabili, sia le disposizioni del capo dell'ufficio sulla gestione dei registri, sia, ancora, il dovere, imposto dallo statuto personale del pubblico funzionario, di accedere, trattenersi ed operare sul (e nel) sistema esclusivamente per compiere attività che siano in diretta connessione con l'assolvimento della propria funzione.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che l'accesso ad un sistema informatico per ragioni estranee a quelle di ufficio si traduce per il pubblico ufficiale in una condotta abusiva, ponendosi in un rapporto di «ontologica incompatibilità» con la funzione svolta.

Per converso, il pubblico dipendente, addetto a mansioni d'ordine, al quale non siano attribuibili le qualifiche di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, che violi le disposizioni del titolare del sistema ed abbia accesso al medesimo al di fuori delle sue mansioni, commette in ogni caso, a prescindere dalle finalità perseguite, il reato di cui al primo comma dell'art. 615-*ter* cod. pen.

6. Considerazioni finali.

Una riflessione complessiva sugli spunti problematici evocati dalle questioni sottoposte all'esame della Corte e sugli approdi decisori cui la stessa è pervenuta ispira alcune brevi considerazioni conclusive.

L'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, in occasione della sentenza Casani del 2011, aveva posto l'accento sull'esigenza di "oggettivizzare" la nozione di abusività dell'accesso o del mantenimento in un sistema informatico o telematico, disancorandola dal riferimento a profili finalistici e dalle proiezioni soggettive della condotta – fra l'altro di non agevole dimostrazione sul piano processuale – e l'aveva ricostruita alla stregua del parametro della sussistenza di un'obiettiva violazione, da parte dell'agente, delle prescrizioni impartite dal *dominus* stesso circa l'uso del sistema. Tale impostazione in sede di tipicità del fatto reato, ricollegando il requisito della contraria volontà del titolare del sistema alla violazione di norme prescrittive dallo stesso stabilite per delimitare i confini dell'accesso e della permanenza consentiti, si armonizza bene con l'interesse giuridico alla *riservatezza informatica* tutelato dalla norma, intesa quale "spazio virtuale" sul quale il titolare può esercitare un controllo ed un godimento esclusivo e, mediatamente, nell'integrità e sicurezza dei dati e dei programmi informatici che in tale spazio vengono gestiti.

La sentenza "Casani" aveva individuato, peraltro, una seconda ipotesi di accesso o permanenza abusiva, richiamando la nozione di operazioni di natura «ontologicamente diversa» da quelle autorizzate, il cui esatto ambito, peraltro, non era ulteriormente precisato.

Già nei primi commenti alla decisione in esame si era annotato che, plausibilmente, tale formula poteva essere riferita ai casi, trattati anche dalla giurisprudenza, in cui il soggetto fosse stato autorizzato ad introdursi nel sistema per interventi ben definiti, ad esempio di installazione di singoli programmi, di manutenzione o di riparazione, ed effettuasse, invece, operazioni totalmente eterogenee rispetto a quelle autorizzate, come la consultazione o la memorizzazione su supporto esterno di dati archiviati.

Tuttavia, si riconosceva come l'ampiezza semantica ed applicativa dell'espressione fosse tale da aprire potenzialmente una breccia notevole nella nozione oggettiva dell'abusività, nel senso di far dipendere la natura lecita o meno dell'operazione, ancora una volta, dalla sua direzione finalistica, ossia dallo scopo perseguito con l'accesso o il trattenimento nel sistema, con ciò riducendo grandemente la portata applicativa dell'approccio "oggettivistico" alla nozione di "abusività" che pure la Corte aveva mostrato di adottare.

È proprio in tale contesto che si pone la questione decisa dalla Corte, ossia se, e sotto quale profilo, possieda rilevanza non soltanto la violazione di specifiche disposizioni organizzative, variamente denominate, ma anche la trasgressione degli obblighi generali di rango legislativo di fedeltà e di riservatezza del pubblico dipendente, di imparzialità, trasparenza, buon andamento della pubblica amministrazione e simili.

La risposta affermativa fornita dalle Sezioni Unite rende evidente che nemmeno il rispetto di tutte le specifiche norme "interne" in punto di accesso, permanenza ed utilizzazione del sistema può escludere l'integrazione del reato, con effetti largamente espansivi dell'area della punibilità: invero, nel caso sottoposto a giudizio le sentenze di merito, pur nella divaricazione degli esiti decisori, avevano affermato come non sussistesse alcun dubbio che l'imputata potesse legittimamente accedere al sistema informatico Re.Ge., in virtù delle funzioni svolte e delle disposizioni interne che rendevano possibile l'accesso a tutti i dati contenuti nel sistema stesso da parte di tutti i soggetti abilitati, in maniera indifferenziata; parimenti, non risultavano violazioni riferibili alle concrete modalità operative adottate.

E tuttavia, ricorreva una forma di utilizzo del sistema informatico solo "formalmente" corretta ma, in realtà, piegata a finalità conoscitive estranee alle funzioni pubbliche esercitate ed alla stessa *ratio* dell'autorizzazione all'accesso e, come tale, integrante il vizio dello sviamento di potere, in quanto non esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione. Condotta che la Corte ha affermato non fuoriuscire dall'ambito della tipicità della fattispecie.

Tale conclusione viene raggiunta, innanzitutto, facendo leva sul contenuto dell'aggravante soggettiva prevista dal secondo comma, n. 1, dell'art. 615-*ter* cod. pen., destinata a scattare quando il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio.

Qui la Corte afferma, in sostanza, che, allorquando il reato venga commesso da uno dei predetti soggetti qualificati, il reato è sempre aggravato, perché, da un lato, la relativa circostanza è inscindibilmente collegata alla qualità soggettiva rivestita e, dall'altro, la realizzazione della condotta tipica della fattispecie base da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio comporta necessariamente l'integrazione dell'abuso dei poteri o della violazione dei doveri, che ben possono assumere le caratteristiche dell'esecuzione di «operazioni ontologicamente estranee» rispetto a quelle consentite.

Questo è lo snodo fondamentale della decisione. L'abuso dei poteri e/o la violazione dei doveri da parte dei soggetti qualificati vengono, per così dire, "portati dentro" la fattispecie base, nel senso che essi accompagnano ed informano di sé la stessa condotta tipica, riguardata sotto il profilo delle «operazioni ontologicamente estranee rispetto a quelle consentite», che non risulta realizzabile – e nemmeno ipotizzabile – senza passare attraverso una forma di sviamento di potere.

Essi, dunque, non sono più solo ed esclusivamente elementi accidentali del reato, che si aggiungono ad una fattispecie base già completa nei suoi elementi essenziali, alla quale apportano una nota di ulteriore disvalore che giustifica un più severo trattamento sanzionatorio, ma divengono una sorta di nota modale che qualifica la condotta, con la conseguenza che il fatto posto in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, nelle condizioni sopra descritte, integra di per sé, sempre ed indefettibilmente, sia la fattispecie incriminatrice base sia la circostanza aggravante.

La decisione, sotto questo profilo, tuttavia, non sembra soffermarsi ad analizzare il "perché" nel concetto di abuso di cui all'art. 615-*ter* cod. pen., e precisamente nella nozione di «operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui il soggetto pubblico è incaricato ed in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito» debba rientrare anche l'ipotesi di sviamento di potere, confrontandosi criticamente con le opzioni ricostruttive divergenti sostenute tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza.

Sul piano sistematico, in particolare, si può sostenere che l'abuso dei poteri e/o la violazione dei doveri incombenti sui soggetti qualificati che integrano l'aggravante in parola debbano essere, in realtà, tenuti distinti dall'abusività dell'accesso o del mantenimento nel sistema informatico.

I primi, infatti, si identificano con la strumentalizzazione delle funzioni connaturate all'ufficio o al servizio per svolgere attività non consentite o non istituzionali, che possono produrre un vantaggio o un danno ingiusto, ed il parametro oggettivo di riferimento può essere senza dubbio costituito dalla violazione di leggi o regolamenti.

Diversa appare, invece, la nozione di abusività insita nell'accesso o nel mantenimento *invito domino* in un sistema informatico, il cui parametro oggettivo di riferimento è costituito dal contenuto dell'autorizzazione e dalle specifiche regole interne inerenti alle modalità di accesso o di mantenimento nel sistema.

Tale parametro oggettivo può anche non corrispondere al primo, nel senso che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio potrebbero abusare delle loro funzioni od attribuzioni senza per questo necessariamente violare le regole relative all'accesso o al mantenimento in un sistema informatico, e viceversa.

Pertanto, il (solo) fatto che il legislatore abbia previsto la condotta abusiva del soggetto pubblico quale circostanza aggravante, non sembra rendere obbligata la conclusione che analoghe forme di abuso facciano parte della tipicità della fattispecie base, nel senso di integrare il fatto-reato anche in mancanza della violazione di specifiche disposizioni in materia di accesso.

Sotto un secondo, per quanto connesso, profilo, la soluzione al quesito sottoposto al nuovo esame delle Sezioni Unite è legata alla descritta accezione semantica riconosciuta alla descritta categoria delle «operazioni di natura ontologicamente diversa».

In tale prospettiva, se non è dubbio, in linea astratta, che tale locuzione possa essere intesa come comprensiva delle ipotesi di sviamento di potere come sopra delineate, non sembra potersi disconoscere, al tempo stesso, che in tal modo un elemento estraneo alla fattispecie e di natura puramente subiettiva, quale è la finalità che muove il soggetto, torna ad essere valorizzato, quantomeno come elemento "sintomatico" rivelatore dello sviamento di potere, nonostante le stesse Sezioni Unite, in occasione della precedente sentenza "Casani", ne avessero sottolineato l'irrilevanza. E ciò, ovviamente, si verifica anche nell'ipotesi in cui ad una finalità "non istituzionale" al momento della presa di conoscenza di un dato da parte del soggetto formalmente autorizzato non segua alcuna ulteriore condotta (rivelazione a terzi, utilizzo illecito, ecc.), al di là della punibilità di quest'ultima ad altro titolo.

Proprio in tal senso, è da segnalare che l'effetto di un'interpretazione del concetto di «abusività» non focalizzato soltanto sul complesso delle disposizioni impartite dal *dominus loci,* ma, in modo assai più ampio, sulla violazione delle regole di imparzialità e trasparenza che reggono l'azione amministrativa, si risolve nel dilatare considerevolmente l'ambito applicativo della fattispecie di cui all'art.615-*ter* cod. pen., per di più in un quadro di sistema in cui, a dimostrazione dell'assenza di vuoti di tutela, restano comunque configurabili altri titoli di reato qualora uno scopo penalmente illecito sia stato effettivamente conseguito, come nel caso di rivelazione o utilizzazione di segreto d'ufficio o di trattamento abusivo di dati personali.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 41210 del 18/05/2017, Savarese, Rv. 271061
Sez. U, n. 4694 del 27/10/2011, dep. 2012, Casani, Rv. 251269/251272
Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, dep. 2012, Rossi, Rv. 251498
Sez. 5, n. 12732 del 07/11/2000, Zara, Rv. 217743
Sez. 5, n. 2534 del 20/12/2007, Migliazzo, Rv 239105
Sez. 5, n. 26797 del 29/05/2008, Scimia, Rv 240497
Sez. 5, n. 40078 del 25/06/2009, Genchi, Rv 244749
Sez. 5, n. 22024 del 24/04/2013, Carnevale, Rv. 255387
Sez. 5, n. 44390 del 20/06/2014, Mecca, Rv. 260763

CAPITOLO V

FURTO IN ABITAZIONE: NOZIONE DI PRIVATA DIMORA

(Giuseppe Marra)

SOMMARIO: 1. Il contrasto giurisprudenziale. – 2. I principi espressi nel 2006 dalle Sezioni Unite "Prisco" e dalla giurisprudenza costituzionale. – 3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 31345/2017 "D'Amico".

1. Il contrasto giurisprudenziale.

La questione relativa alla nozione di privata dimora, importante sia nell'ambito del diritto sostanziale che in quello processuale, oggetto di un contrasto giurisprudenziale che si trascinava da anni è stata infine rimessa alla valutazione delle Sezioni Unite da parte della Quinta Sezione con riguardo ad una sentenza di condanna per furto ex art. 624-*bis* cod. pen. commesso all'interno di un ristorante in orario notturno. L'ordinanza di rimessione ha accentrato l'attenzione sull'applicabilità del delitto di cui all'art. 624-*bis* cod. pen. nelle ipotesi di furto commesso mediante introduzione in esercizi commerciali, studi professionali, stabilimenti industriali e, in generale, in luoghi di lavoro, soprattutto nei casi in cui il reato sia commesso nelle ore di chiusura al pubblico del suddetto luogo, ed in particolare quando non vi sia la presenza di persone dedite a svolgere comunque qualche attività o mansione malgrado la chiusura al pubblico. Il Collegio ha evidenziato che la nozione di "privata dimora", che trova applicazione in forza dei richiami operati in numerose norme sia sostanziali (nelle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 614, 615, 615-*bis*, 624-*bis*, 628, comma 3, n. 3-*bis*, nonché nella scriminante di cui all'art. 52, comma 2, cod. pen.) sia processuali (art. 266, comma 2, cod. proc. pen.), è stata oggetto di interpretazioni a volte estensive ed a volte restrittive che non sono riconducibili ad unitarietà, malgrado tutti gli interpreti siano concordi nel punto di partenza, ossia che la nozione di "privata dimora" è più ampia del concetto di "abitazione" comprendendo ogni altro luogo, che pur non essendo destinato a casa di abitazione, venga usato, anche in modo transitorio e contingente, per lo svolgimento di attività della vita privata come quella di studio, di lavoro, di riposo, di svago, rientranti nella larga accezione di " libertà domestica".

Con riguardo specificamente ai luoghi di lavoro, rilevato che certamente l'attività lavorativa rientra tra le attività qualificanti la vita privata di ognuno, è risultato incerto nella giurisprudenza sia di legittimità sia di merito il riconoscimento della qualità di luogo di "privata dimora" per gli esercizi commerciali (negozi, filiali, punti vendita, uffici) aperti al pubblico, in considerazione della circostanza che la presenza degli utenti/consumatori impedisce di fatto che lo svolgimento dell'attività lavorativa avvenga assicurando agli addetti la loro *privacy*. Da questa categoria più generale si è soliti distinguere: 1) i locali degli esercizi aperti al pubblico che sono però riservati al personale dipendente e l'accesso vietato agli estranei; 2) gli stabilimenti industriali o magazzini, in cui non è previsto un accesso indiscriminato da parte di terzi, ma esso viene limitato ai fornitori, spedizionieri…; 3) gli studi professionali, in cui l'acceso da parte degli esterni avviene di regola a seguito di appuntamento, ed in cui una parte significativa dell'attività lavorativa (es. quella di studio) si svolge in piena riservatezza.

Con riguardo sempre agli esercizi commerciali aperti al pubblico la questione dell'applicabilità degli artt. 624-*bis* e 628, comma 3, n. 3-*bis*, cod. pen. va affrontata anche nei casi in cui il furto/rapina avvenga in danno degli utenti, occasionalmente presenti in quel luogo per

svolgere atti sempre attinenti alla vita privata di ognuno, quali possono essere il compiere degli acquisiti o effettuare operazioni commerciali in senso lato (es. operazioni in banca o negli uffici postali). In quest'ambito assume rilievo definire quale debba essere l'intensità del rapporto persona – luogo, in considerazione della occasionalità della presenza della persona offesa, per affermare che il reato è stato commesso in un luogo di privata dimora.

Infine il problema si sposta con riguardo alle condotte illecite compiute in orario di chiusura degli esercizi commerciali e stabilimenti industriali, in cui, soprattutto nelle ore notturne, di regola non si svolgono attività lavorative e non vi è la presenza di alcuno. Si rileva che in questi casi assume rilievo il luogo in sé, come luogo destinato allo svolgimento dell'attività lavorativa del titolare, piuttosto che la verifica delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, se in maniera riservata o meno, dato che al momento di realizzazione del reato può non svolgersi affatto.

Appare evidente che il contrasto giurisprudenziale, sussistente su ciascuna delle tre questioni evidenziate, si sviluppa su dei profili diversi a seconda non solo della destinazione dei luoghi, ma anche della diversità delle attività lavorative che ivi si svolgono, delle circostanze temporali o del rapporto delle persone offese con i luoghi.

Secondo l'orientamento interpretativo ritenuto prevalente per "luogo di privata dimora" poteva intendersi pure ogni luogo destinato all'esplicazione di attività culturali, professionali e politiche ovvero nel quale le persone si trattengano per compiere, anche in modo transitorio e contingente, atti della vita privata. In ossequio a questo orientamento si è così ritenuto ravvisabile il delitto ex art. 624-*bis*, cod. pen. nella condotta di chi, per commettere un furto, si introduca all'interno di una farmacia durante l'orario di apertura (Sez. 4, n. 37908 del 25/06/2009, Apprezzo, Rv. 244980), nel ripostiglio di un esercizio commerciale (Sez. 5, n. 22725 del 05/05/2010, Dunca, Rv. 247969), all'interno di un bar (Sez. 5, n. 30957 del 02/07/2010, Cirlincione, Rv. 247765) o di uno studio odontoiatrico (Sez. 5, n. 10187 del 15/02/2011, Gelasio, Rv. 249850) e di altri esercizi commerciali (nella specie un supermercato, Sez. 2, n. 24761 del 12/05/2015, Porcu, Rv. 264384), di un cantiere edile (Sez. 5, n. 2768 del 1/10/2014, Baldassin, Rv. 262677), dei locali di un'agenzia di una banca, in orario apertura al pubblico (Sez. 2, n. 28045 del 5/04/2012, Foglia, Rv. 253413).

Un secondo orientamento ha invece ritenuto criterio discretivo la considerazione della pubblica accessibilità del luogo, reputata incompatibile con la nozione di privata dimora (si veda Sez. 2, n. 30419 del 16/03/2016, Favano, Rv. 267411; Sez. 2, n. 20200 del 21/04/2016, Ademaj, Rv. 266759; Sez. 2, n. 53010 del 11/11/2016, Porcu; Sezione 2, n. 23981 del 20/05/2016, Matera, Rv. 267204; Sez. 6, n. 18200 del 8/5/2012, Padolecchia, Rv. 252647; Sez. 2, n. 39134 del 28/9/2012, biscotti, Rv. 253451).

In forza di tale opzione interpretativa è stato escluso, in linea generale, che gli esercizi commerciali aperti al pubblico potessero essere considerati luoghi tutelati a norma dell'art. 624-*bis*, cod. pen., giacché essi possono essere frequentati da un pubblico di avventori in numero non determinabile e che si avvicendano quali clienti, senza alcuna selezione da parte del titolare dello "*ius excludendi alios*". Tale principio verrebbe però derogato con riguardo ai locali annessi o retrostanti in cui l'accesso al pubblico è inibito senza previa autorizzazione del titolare, in quanto il divieto di accesso consente di attribuire all'ambiente le caratteristiche di privata dimora.

2. I principi espressi nel 2006 dalle Sezioni Unite "Prisco" e dalla giurisprudenza costituzionale.

Tuttavia l'approfondimento di maggior rilievo nella giurisprudenza della Suprema Corte in ordine alla nozione di domicilio si rinviene certamente nella sentenza delle Sez. U,

n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234269, che però ha affrontato il tema sotto altro profilo, quello processuale della necessità o meno di provvedimenti autorizzatori dell'A.G. per consentire videoriprese nella fase delle indagini in luoghi in cui è garantita l'intimità e la riservatezza, ma non rientranti nel tradizionale ambito domiciliare (nel caso di specie riguardava videoriprese effettuate nei camerini – c.d. privè – di un locale notturno).

In estrema sintesi le Sezione Unite "Prisco" hanno enucleato dei principi che potevano trovare applicazione anche in alcuni casi dubbi di applicazione dell'art. 624-*bis*, cod. pen.. In particolare laddove si è affermato che i momenti della vita personale che si svolgono in un determinato luogo non possono essere connotati dall'assoluta occasionalità, essendo invece necessario il requisito della "stabilità", anche se intesa in senso relativo, del rapporto persona/luogo, valorizzando il carattere tendenzialmente esclusivo del godimento dell'ambiente medesimo (lo *ius excludendi alios*). Solo in quei casi il luogo assumerebbe, ai fini della sua tutela, autonomia rispetto alla tutela soggettiva della *privacy* della persona; ne conseguiva, ad avviso delle S.U, che la presenza o meno del titolare o del legittimo detentore del luogo non assumeva rilevanza ai fini dell'attribuzione della natura di privata dimora (es. nel caso di furto nell'abitazione momentaneamente non occupata). In generale, la Suprema Corte ha però indicato la necessità di non estendere il concetto di domicilio o di luogo di privata dimora fino al punto da farlo coincidere con qualunque ambiente che tende a garantire intimità e riservatezza.

Va poi ricordato che anche la Corte costituzionale ha affrontato il tema dell'ambito della tutela domiciliare. In particolare si segnala la sentenza n. 135 del 2002, in cui la Consulta ha affermato che: «nel sistema delle libertà fondamentali, difatti, la libertà domiciliare si presenta strettamente collegata alla libertà personale, come emerge dalla stessa contiguità dei precetti costituzionali che sanciscono l'una e l'altra (artt. 13 e 14 Cost.), nonché dalla circostanza che le garanzie previste nel secondo comma dell'art. 14, Cost., in rapporto alle limitazioni dell'inviolabilità del domicilio, riproducono espressamente quelle stabilite per la tutela della libertà personale. Il domicilio viene cioè in rilievo, nel panorama dei diritti fondamentali di libertà, come proiezione spaziale della persona, nella prospettiva di preservare da interferenze esterne comportamenti tenuti in un determinato ambiente: prospettiva che vale, per altro verso, ad accomunare la libertà in parola a quella di comunicazione (art. 15 Cost.), quali espressioni salienti di un più ampio diritto alla riservatezza della persona". La suddetta sentenza ha però precisato che: "Sebbene, infatti, come già accennato, libertà di domicilio e libertà di comunicazione rientrino entrambe in una comune e più ampia prospettiva di tutela della vita privata – tanto da essere oggetto di previsione congiunta ad opera dei citati artt. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; nonché, da ultimo, ad opera dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – esse restano significativamente differenziate sul piano dei contenuti. La libertà di domicilio ha una valenza essenzialmente negativa, concretandosi nel diritto di preservare da interferenze esterne, pubbliche o private, determinati luoghi in cui si svolge la vita intima di ciascun individuo. La libertà di comunicazione, per converso – pur presentando anch'essa un fondamentale profilo negativo, di esclusione dei soggetti non legittimati alla percezione del messaggio informativo – ha un contenuto qualificante positivo, quale momento di contatto fra due o più persone finalizzato alla trasmissione di dati significanti». La suddetta precisazione appare peraltro coerente con la tendenza della giurisprudenza volta ad ampliare il concetto di domicilio in funzione della tutela penale prevista dagli artt. 614, 615-*bis*, 624-*bis*, 628, comma 3, n. 3-*bis*, cod. pen., mentre tende a circoscriverlo quando l'ambito domiciliare rappresenta un limite allo svolgimento delle indagini, come puntualmente osservato anche

dalla sentenza S.U, n. 26795/2006 – Prisco, di cui sopra. Al pari di particolare importanza, al fine di ricavare principi generali utili alla presente Rassegna, è la sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 2008. Essa ha affermato, pur con riguardo alle videoregistrazioni a fini investigativi, che «…affinché scatti la protezione dell'art. 14 Cost., non basta che un certo comportamento venga tenuto in luoghi di privata dimora; ma occorre, altresì, che esso avvenga in condizioni tali da renderlo tendenzialmente non visibile ai terzi. Per contro, se l'azione – pur svolgendosi in luoghi di privata dimora – può essere liberamente osservata dagli estranei, senza ricorrere a particolari accorgimenti (paradigmatico il caso di chi si ponga su un balcone prospiciente la pubblica via), il titolare del domicilio non può evidentemente accampare una pretesa alla riservatezza…». Tali considerazioni, seppure espresse nell'ambito di un giudizio riguardante la legittimità costituzionale dell'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., certamente ben si attagliano in termini generali a quelle attività della vita privata che si svolgono in luoghi aperti al pubblico, in cui la sfera di riservatezza della persona è tendenzialmente esclusa dalla presenza di terzi (a puro titolo di esempio si può fare riferimento all'attività lavorativa di coloro che sono addetti alle casse dei supermercati o agli sportelli delle banche o degli uffici postali negli orari di apertura al pubblico).

3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 31345/2017 "D'Amico".

Prendendo numerosi spunti dalla sentenza S.U. – Prisco nonché dalle pronunce della Corte costituzionale su menzionate, le Sezioni U, n. 31345 del 23/03/2017, D'Amico, Rv. 270076, hanno affermato in massima il seguente principio: " *Ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 624-bis cod. pen., rientrano nella nozione di privata dimora esclusivamente i luoghi nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare, compresi quelli destinati ad attività lavorativa o professionale. (Nella specie la Corte ha escluso l'ipotesi prevista dall'art. 624-bis cod. pen. in relazione ad un furto commesso all'interno di un ristorante in orario di chiusura).*"

La Suprema Corte ha premesso che è indiscutibile che nei luoghi di lavoro il soggetto compia atti della vita privata. Ma ciò non è sufficiente, come invece ha ritenuto l'indirizzo interpretativo maggioritario, per affermare che tali luoghi rientrino nella nozione di privata dimora e che, per i reati di furto in essi commessi, trovi applicazione la norma rubricata come furto in abitazione (con conseguente tutela rafforzata in termini di trattamento sanzionatorio). I luoghi di lavoro, generalmente, sono accessibili ad una pluralità di soggetti anche senza il preventivo consenso dell'avente diritto: ad essi è quindi estraneo ogni carattere di riservatezza, essendo esposti, per definizione, alla "intrusione" altrui. Si pensi agli esercizi commerciali o agli studi professionali o agli stabilimenti industriali accessibili a un numero indeterminato di persone, che possono pertanto prendere contatto (e non solo visivo) con il luogo senza alcun filtro o controllo. L'attività privata svolta in detti luoghi avviene a contatto con un numero indeterminato di altri soggetti e, talvolta, in rapporto con gli stessi. Con riferimento ad essi è, pertanto, fuor di luogo parlare di riservatezza o di necessità di tutela della sfera privata dell'individuo. Ha quindi affermato che: *" L"orientamento che interpreta estensivamente la nozione di privata dimora si pone, quindi, in contrasto con la lettera e la ratio della norma* " e consequenzialmente ha delineato la nozione di privata dimora sulla base dei seguenti, " *..indefettibili elementi: a) utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (riposo, svago, alimentazione, studio, attività professionale e di lavoro in genere), in modo riservato ed al riparo da intrusioni esterne; b) durata apprezzabile del rapporto tra il luogo e la persona, in modo che tale rapporto sia caratterizzato da una certa stabilità e non da mera occasionalità; c) non accessibilità del*

luogo, da parte di terzi, senza il consenso del titolare..", confermando l'orientamento che ha interpretato la disciplina dettata dall'art. 624-*bis* cod. pen. come estensibile ai luoghi di lavoro soltanto se essi abbiano le caratteristiche proprie dell'abitazione (accertamento questo riservato ai giudici di merito). La Sezioni Unite hanno quindi concluso affermando che: " *Potrà, quindi, essere riconosciuto il carattere di privata dimora ai luoghi di lavoro se in essi, o in parte di essi, il soggetto compia atti della vita privata in modo riservato e precludendo l'accesso a terzi (ad esempio, retrobottega, bagni privati o spogliatoi, area riservata di uno studio professionale o di uno stabilimento).*". La Cassazione ha quindi escluso che il furto nel ristorante di notte potesse configurare la fattispecie di cui all'art. 624-*bis* cod. pen., ed ha annullato con rinvio ad altra Corte di Appello per la rideterminazione della pena.

Numerose sentenze successive hanno applicato i principi sopra esposti. Di interesse appare la sentenza Sez. 5, n. 51113 del 19/10/2017, Capizzano che riguardava un caso obiettivamente dubbio, anche alla luce della sentenza D'Amico, di un furto commesso accedendo illecitamente nel corridoio di una scuola (da parte di soggetto estraneo), ove era posizionato un apparecchio di distribuzione automatica di bevande e prodotti alimentari, che veniva manomesso per sottrarre le somme di denaro ivi contenute. La Corte ha escluso la configurabilità dell'art. 624-*bis* cod. pen., malgrado il luogo non fosse accessibile a soggetti non autorizzati, sostenendo che: «È evidente che il corridoio dell'istituto scolastico ove si trovava il distributore scassinato non configura un luogo di privata dimora nella nozione così illustrata, facendo difetto i requisiti sopra commentati (quelli espressi dalle Sez. U "D'Amico" n.d.r.): il luogo, ammesso che possa dirsi inaccessibile, da parte di terzi, senza il consenso del titolare, non è utilizzato per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (riposo, svago, alimentazione, studio, attività professionale e di lavoro in genere), in modo riservato ed al riparo da intrusioni esterne e soprattutto manca una durata apprezzabile del rapporto che lega fra loro il luogo e la persona, in modo da caratterizzarlo in termini di una certa stabilità e non di mera occasionalità». La sentenza nella specie ha dato massimo rilievo al profilo della mancanza di un rapporto persona – luogo caratterizzato da stabilità, attribuendo invece minor rilievo al fatto che l'accesso ai locali della scuola fosse riservato solo alle persone autorizzate.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 31345 del 23/03/2017, D'Amico, Rv. 270076
Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234269
Sez. 4, n. 37908 del 25/06/2009, Apprezzo, Rv. 244980
Sez. 5, n. 22725 del 05/05/2010, Dunca, Rv. 247969
Sez. 5, n. 30957 del 02/07/2010, Cirlincione, Rv. 247765
Sez. 5, n. 10187 del 15/02/2011, Gelasio, Rv. 249850
Sez. 2, n. 28045 del 5/04/2012, Foglia, Rv. 253413
Sez. 6, n. 18200 del 8/5/2012, Padolecchia, Rv. 252647
Sez. 2, n. 39134 del 28/9/2012, biscotti, Rv. 253451
Sez. 5, n. 2768 del 1/10/2014, Baldassin, Rv. 262677
Sez. 2, n. 24761 del 12/05/2015, Porcu, Rv. 264384
Sez. 2, n. 30419 del 16/03/ 2016, Favano, Rv. 267411
Sez. 2, n. 20200 del 21/04/2016, Ademaj, Rv. 266759
Sez. 2, n. 53010 del 11/11/2016, Porcu
Sez. 2, n. 23981 del 20/05/2016, Matera, Rv. 267204
Sez. 5, n. 51113 del 19/10/2017, Capizzano

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 135 del 2002
Corte cost., sent. n. 149 del 2008

CAPITOLO VI

FURTO CON DESTREZZA: LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE E LE PRONUNCE SUCCESSIVE

(Andrea Antonio Salemme)

SOMMARIO: 1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite e gli orientamenti in contrasto. – 2. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite n. 34090/2017 "Quarticelli". – 2.1. Cenni agli argomenti addotti dalle Sezioni Unite a sostegno della propria decisione. – 2.2. L'ipotesi di causazione dello stato di disattenzione della vittima da parte dell'agente. – 3. Lo stato della giurisprudenza di legittimità e di merito dopo la sentenza delle Sezioni Unite.

1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite e gli orientamenti in contrasto.

Con un'articolata ordinanza, Sez. 4, n. 7697 del 21/12/2016, dep. 2017, Quarticelli, rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del procedimento alle Sezioni Unite in ordine alla questione controversa se, nel delitto di furto, la circostanza aggravante della destrezza, prevista dall'art. 625, comma 1, n. 4, cod. pen., fosse configurabile anche quando l'agente si limiti ad approfittare di una situazione di temporanea distrazione della persona offesa.

Invero, su tale questione, a causa del silenzio della legge in punto di definizione della destrezza, si registravano due orientamenti contrapposti.

Il primo sosteneva che, ad integrare la destrezza, fosse sufficiente il mero approfittarsi, da parte dell'agente, «di una condizione contingentemente favorevole, o di una frazione di tempo in cui la parte offesa ha momentaneamente sospeso la vigilanza sul bene, essendo impegnata a curare attività di vita o di lavoro nello stesso luogo di detenzione della cosa o in luogo immediatamente prossimo»: così, da ultimo, Sez. 5, n. 3807 del 16/06/2016, Pagano, Rv. 268993, in un caso in cui l'imputato si era appropriato del registratore di cassa di una pizzeria, approfittando dell'assenza dei titolari dell'esercizio, impegnati a cambiarsi d'abito nel retro del locale. In precedenza, affermavano l'identico principio, per limitarsi alle pronunce più significative, Sez. 5, n. 20954 del 18/02/2015, Marcelli, Rv. 265291, in un caso in cui l'imputato aveva sottratto una bicicletta, approfittando di un'occasionale telefonata che aveva distratto il venditore; Sez. 5, n. 7314 del 17/12/2014, H., Rv. 262745, in un caso in cui l'imputato si era impossessato di valigie in danno di un viaggiatore addormentato con accortezza tale da evitare che lo stesso si svegliasse; nonché Sez. 6, n. 23108 del 07/06/2012, Antenucci, Rv. 252886, in un caso in cui l'imputato aveva prelevato il portafogli di un medico, contenuto in una borsa lasciata momentaneamente incustodita, per essere il professionista (più che distratto, in realtà) impegnato in attività di cura.

Il fondamento dell'orientamento in parola muoveva dalla constatazione che, non essendo necessaria, per aversi l'aggravante, una condotta eccezionale o fuori dal comune, capace cioè di impedire al derubato di avere contezza della sottrazione, l'elemento di differenziazione rispetto alla fattispecie-base del furto ben poteva essere integrato anche dalla semplice sorpresa del medesimo in un momento di distrazione, «tale da attenuare la "logica" attenzione della parte lesa nel mantenere il dominio ed il possesso sulla cosa» (Sez. 2, n. 7416 del 28/01/1977, Iorio, Rv. 136169).

A tale orientamento se ne contrapponeva un altro, secondo cui la distrazione della persona offesa impediva in radice l'emersione di una condotta qualificabile come destra, ossia abile, scaltra, studiata. Tale orientamento consta compiutamente ribadito, di recente, da Sez. 4, n. 22164 del 22/04/2016, Redaelli, Rv. 267308, la quale – nel ritenere non configurabile l'aggravante in relazione alla condotta dell'imputato che aveva sottratto una vettura, approfittando del momentaneo allontanamento del conducente, sceso dal veicolo per chiudere un cancello – sosteneva che «non sussiste l'aggravante della destrezza quando l'agente approfitti di una situazione di temporanea distrazione della persona offesa o di una frazione di tempo in cui questa ha momentaneamente sospeso la vigilanza sul bene, allontanandosi dalla cosa di poco e per poco tempo, in quanto in tal caso la condotta non è caratterizzata da una particolare abilità nell'eludere il controllo della vittima, ma dalla semplice capacità di cogliere un'opportunità in assenza di controllo da parte di quest'ultima». Sulla stessa linea, escludevano l'aggravante, tra le altre, Sez. 5, n. 534 del 14/10/2016, Bevilacqua, Rv. 268899, a proposito della sottrazione di un telefono cellulare momentaneamente abbandonato dalla vittima, e Sez. 4, n. 46977 del 10/11/2015, Cammareri, Rv. 265051, a proposito della sottrazione di un marsupio che la persona offesa, impegnata nell'attività di pesca, aveva nascosto nei pressi di uno scoglio.

Le pronunce che aderivano all'orientamento di cui si tratta sottolineavano come la condizione pur temporanea del derubato di disattenzione o distacco dalla cosa in realtà dovesse considerarsi come un mero difetto di vigilanza, il quale, favorendo "in limine" «la semplice temerarietà di cogliere un'opportunità favorevole in assenza di controlli» (Sez. 5, n. 12473 del 18/02/2014, Rapposelli, Rv. 259877; Sez. 5, n. 11079 del 22/12/2009, Bonucci, Rv. 246888), appare "ex se" incompatibile con la destrezza, giacché «ciò che caratterizza [quest'ultima] è [proprio] la particolare abilità di cui si avvale l'autore del furto per sorprendere l'attenzione riposta dalla persona offesa nella custodia della cosa» (Sez. 4, n. 14992 del 17/02/2009, Scalise, Rv. 243207).

2. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite n. 34090/2017 "Quarticelli".

Sez. U, n. 34090 del 27/04/2017, Quarticelli, Rv. 270088 risolvono il contrasto affermando che, «la circostanza aggravante della destrezza, di cui all'art. 625, comma 1, n. 4), cod. pen., sussiste soltanto qualora l'agente abbia posto in essere – prima o durante l'impossessamento del bene mobile altrui – una condotta caratterizzata da particolari abilità, astuzia o avvedutezza ed idonea a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla "res", non essendo invece sufficiente che egli si limiti ad approfittare di situazioni, cui non abbia dato causa, di disattenzione o momentaneo allontanamento del detentore medesimo».

Aderiscono dunque le Sezioni Unite al secondo dei due orientamenti in contrasto esaminati al paragrafo precedente, di guisa che la destrezza non può consistere nella mera capacità dell'agente di – per così dire – "cogliere l'attimo" della distrazione della persona offesa, ancorché detta capacità si concretizzi, all'esito di uno studio della situazione di fatto, come scelta del momento più propizio per passare dall'azione all'atto. Occorre invece che la condotta manifesti di per sé stessa, sia nella fase di svolgimento dell'azione furtiva, sia però anche antecedentemente, «abilità, astuzia o avvedutezza» definite particolari, e quindi, ancorché non straordinarie, comunque non ordinarie, tali da integrare un'obiettiva idoneità a «sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla "res"». Talché detta sorveglianza – dovendo essere per l'appunto sorpresa o comunque attenuata od elusa – deve di necessità sussistere come sostrato su cui va ad incedere la condotta destra, la quale, conseguentemente, deve essere esclusa "a priori" qualora una sorveglianza (non meramente logica, nell'accezione di Sez. 2, n. 7416 del 1977, cit., ma) concreta ed attuale, non si dà.

2.1. Cenni agli argomenti addotti dalle Sezioni Unite a sostegno della propria decisione.

Ritengono le Sezioni Unite di aderire al secondo orientamento in contrasto sulla base di considerazioni di ordine prevalentemente sistematico-teleologico: ciò che non desta stupore, sol che si consideri l'impossibilità di ricorrere al criterio di interpretazione letterale per la già ricordata assenza di una definizione legislativa di destrezza.

L'argomento di maggior rilievo si concentra sulla necessità di distinguere la fattispecie del furto aggravato dalla destrezza dalla fattispecie-base. Invero – secondo le Sezioni Unite – «il mero prelievo di un oggetto dal luogo ove si trova […] attuato in un momento di altrui disattenzione, che offre l'occasione favorevole all'apprensione per la possibilità di avvicinamento e di asportazione nella mancata e diretta percezione da parte del possessore, non in grado di interdire l'azione perché altrimenti impegnato o assente, non integra la fattispecie circostanziata in esame perché non richiede nulla di più e di diverso da quanto necessario per consumare il furto. In tali situazioni, per conseguire l'appropriativo[,] l'agente non deve fare ricorso a particolare abilità, né intesa quale agilità o rapidità motoria né [intesa] quale sforzo psichico nell'applicazione di astuzia o avvedutezza nello studio dei luoghi e del derubato e nel distoglierne il controllo sulla cosa» (par. 5.1., pp. 9 e 10). In buona sostanza, la destrezza assurge ad elemento specializzante della normale condotta furtiva, il cui "proprium" va ricercato in una «particolare capacità operativa, superiore a quella da impiegare per perpetrare il furto, nel distogliere o allentare la vigilanza sui propri beni, esercitata dal detentore» (par. 5.1., p. 10).

È per tale ragione che, in definitiva, la destrezza consiste in particolari – ossia speciali, ancorché non straordinarie – abilità, astuzia o avvedutezza dell'agente, ossia in qualificazioni del suo agire che si aggiungono alla condotta furtiva in sé e per sé considerata, siccome idonee a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla cosa.

Ulteriormente sottolineano le Sezioni Unite che la descrizione della destrezza come speciale abilità – fisica o psichica – dell'agente trova riscontro nell'interpretazione "anche" dell'aggravante di cui si tratta in conformità al principio di offensività. Più precisamente, vale la medesima affermazione già espressa in passato dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza n. 40354 del 18/07/2013, Sciuscio, Rv. 255974, a proposito dell'aggravante (affine) del mezzo fraudolento, di cui all'art. 625, comma 1, n. 2, cod. pen.: l'aggravante, della destrezza come del mezzo fraudolento, per il fatto di essere prevista in funzione di un trattamento sanzionatorio deteriore (cui si sommano la procedibilità d'ufficio e l'esclusione dell'applicabilità della disciplina sulla non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* cod. pen.), deve trovare radicamento in un «grado più inteso di capacità appropriativa, rivelata dalle specifiche modalità dell'azione di aggressione dell'altrui patrimonio» (par. 5.3, p. 11).

Sotto altro profilo, le Sezioni Unite traggono conferma delle conclusioni ermeneutiche raggiunte dall'autonoma previsione di aggravamento del furto commesso in danno di viaggiatori, ai sensi dell'art. 625, comma 1, n. 6, cod. pen. Invero, la valorizzazione in un'apposita ipotesi circostanziale di situazioni di per sé favorenti la distrazione della persona offesa induce a ritenere che, in generale, lo stato di disattenzione della vittima di furto già è annoverabile tra gli elementi strutturali della fattispecie tipica.

2.2. L'ipotesi di causazione dello stato di disattenzione della vittima da parte dell'agente.

Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite e riassunto nella massima riprodotta (par. 2.1) fa salvo il caso in cui sia stato l'agente, od un suo complice, a cagionare lo stato di disattenzione della vittima. La ragione di tale salvezza sta in ciò che, in tal caso, avendosi approfittamento, non già di una condizione di per sé afferente alla vittima, ma di una

condizione artatamente fatta insorgere nella stessa proprio per commettere il furto in suo danno, ricorrono gli estremi della destrezza. In altri termini, sebbene la sorveglianza della vittima sulla "res" non sussista nel momento in sé del compimento dell'azione furtiva, rileva che sussistesse in precedenza e che, proprio al fine di vincerla, l'agente abbia ingenerato nella vittima una disattenzione atta a provocarne una soluzione di continuità: è tale intervento dell'agente anteriormente al momento topico dell'ablazione a colorare di destrezza l'azione furtiva, senza peraltro che siffatta conclusione provochi tensioni con il principio di offensività, dal momento che la condotta, cui il predicato di destrezza accede, deve essere valutata nel suo complesso e non parcellizzata in segmenti che, decontestualizzandola, impediscono di coglierne il reale disvalore.

Vale soltanto la pena di aggiungere che, "in parte qua", l'avviso delle Sezioni Unite aderisce ad un orientamento ricevuto. Viene in linea di conto soprattutto Sez. 5, n. 640 del 30/10/2013, dep. 2014, Rainart, Rv. 257948, la quale afferma bensì che, «ai fini della configurabilità dell'aggravante della destrezza è sufficiente che si approfitti di uno stato di tempo e di luogo tali da attenuare la normale attenzione della parte lesa nel mantenere il controllo ovvero la vigilanza sulla cosa, rientrando nel concetto di destrezza qualsiasi modalità della azione furtiva idonea a non destare la suddetta attenzione», tuttavia ciò fa in un caso in cui, gli imputati, approfittando della disattenzione, appositamente provocata, del titolare di una gioielleria, si erano impossessati di alcuni gioielli, allontanandosi subito dopo con un espediente. Identiche considerazioni valgono per un altro precedente in termini, Sez. 5, n. 44018 del 10/10/2005, Rv. 232811, Fazio, che, medesimamente, in linea di principio accede alla tesi della sufficienza di un semplice approfittamento delle condizioni di tempo e di luogo, tuttavia ne fa applicazione in una fattispecie nella quale due soggetti erano entrati assieme in un negozio e, chiesto un articolo, avevano seguito il commesso nel magazzino, distraendolo al momento del passaggio nel luogo ove era situato l'oggetto poi sottratto.

3. Lo stato della giurisprudenza di legittimità e di merito dopo la sentenza delle Sezioni Unite.

Una ricostruzione della giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza delle Sezioni Unite consente di rilevare come la pronuncia del Massimo Consesso abbia dispiegato una tendenziale capacità nomofilattica, con il risultato di significativamente ridurre l'area di operatività dell'aggravante della destrezza, pur con il permanere di qualche non irrilevante incertezza.

Principiando dalle pronunce che, nel merito, riconoscono la sussistenza dell'aggravante, viene in linea di conto Sez. 5, n. 44918 del 28/04/2017, I.K., la quale, sebbene, per questione di tempo, non citi la sentenza delle Sezioni Unite, al "dictum" delle stesse si uniforma. Invero, richiamato l'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite, ritiene corretta la contestazione dell'aggravante in relazione ad un furto commesso ai danni di una donna che, mentre stava percorrendo in bicicletta il lungomare di una località turistica, veniva raggiunta dall'imputato a bordo di uno "scooter", che, nel tentativo di sganciare la borsa che ella teneva nel cestello anteriore legata al manubrio, la faceva cadere a terra. Osserva il Collegio – nell'evocare Sez. 5, n. 44976 del 09/06/2016, El Mekaou – che «la disposizione di cui all'art. 625, comma 1, n. 4, [cod. pen.], considera il furto aggravato perché commesso 'con destrezza', ma non offre indicazioni esplicite, sicché a tale carenza deve supplirsi con l'interpretazione del concetto in questione, implicante la spiccata rapidità di azione nell'impossessamento della cosa mobile altrui», soggiungendo che «nella fattispecie in esame ricorre proprio tale situazione, ossia una condotta caratterizzata da particolari abilità, astuzia o avvedutezza, idonea a sorprendere la p.o. […]. La circostanza, poi, che l'imputato,

nell'effettuare lo sganciamento della borsa dal manubrio, abbia provocato anche l'oscillamento della bici e quindi la caduta della donna, non implica l'assenza di abilità, perché essa va verificata al momento dell'azione, laddove la caduta si colloca su un piano successivo e diverso, non interferendo con l'impossessamento della borsa e con la rapidità nell'azione delittuosa» (parr. 1 e 1.2, p. 2).

Sul terreno delle caratteristiche, più che della consumazione del furto in sé e per sé, della globale condotta furtiva si muove Sez. 2, n. 46583 del 05/10/2017, E.M., la quale identifica la destrezza nello «stratagemma che impediva alle persone offese di accorgersi dello spossessamento dei beni» (par. 3, p. 2).

Sul versante, invece, delle pronunce che escludono la sussistenza dell'aggravante, pienamente conforme all'insegnamento delle Sezioni Unite appare Sez. 4, n. 41997 del 19/07/2017, K.H., chiamata a decidere della condotta di un soggetto impossessatosi dei beni contenuti in due borse lasciate momentaneamente incustodite dalle rispettive proprietarie nel corso di una festa. Il Collegio, infatti, sul fondamento del principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite, ritiene che nella specie non ricorrano gli estremi dell'aggravante, rilevando che, «se il furto si realizza a fronte della distrazione del detentore, o dell'abbandono incustodito del bene, anche se per un breve lasso di tempo, che non siano preordinati e cagionati dall'autore, né accompagnati da altre modalità insidiose e abili che ne divergono l'attenzione dalla cosa, il fatto manifesta la sola ordinaria modalità furtiva, inidonea a ledere più intensamente e gravemente il bene tutelato ed è privo dell'ulteriore disvalore preteso per realizzare la circostanza aggravante e per giustificare punizione più seria» (par. 3, p. 5).

Apparentemente sulla medesima china pare collocarsi Sez. 5, n. 51892 del 14/11/2017, S.M., intervenuta a proposito del furto delle chiavi dell'autovettura della persona offesa, momentaneamente allontanatasi dalla propria postazione di lavoro. Rileva il Collegio che la Corte territoriale, nel ritenere integrata l'aggravante, non aveva fatto buon governo del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, avendo fatto riferimento, «per un verso, ad elementi, quali la richiesta di informazioni, il rapido gesto della sottrazione e l'immediato allontanamento dell'imputato[,] che non denotano particolari abilità, astuzia o avvedutezza ovvero attitudine a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla 'res'; per altro verso, [al]l'approfittamento del momentaneo distacco del titolare della 'res' dalla stessa, il che, come affermato dalle Sezioni Unite, non integra la fattispecie circostanziale, che, pertanto, deve essere esclusa" (par. 3, p. 4). Tenuto presente che la mancanza di ulteriori dettagli impedisce una compiuta ricostruzione del fatto, in prospettiva teorica, l'elemento di maggior rilievo sta in ciò che, ad avviso della sentenza di cui si tratta, la richiesta di informazioni, pur accompagnata dalla rapidità dello sviluppo dell'azione, non è sufficiente ad integrare il "quid pluris" che la destrezza esige rispetto al furto in sé e per sé. Ciò, sempre in svolgimento di considerazioni meramente astratte, rileva ai fini della verifica di tenuta dell'enunciato delle Sezioni Unite, secondo cui la determinazione nella persona offesa di una condizione di distacco dalla "res", in quanto funzionale all'impossessamento avuto di mira, integra di per sé l'aggravante.

Rispetto alla frazione di condotta susseguente all'impossessamento, dichiara di uniformarsi alle Sezioni Unite – che, tuttavia, come visto (par. 2.1), si concentrano solo sulle frazioni di condotta precedente e contemporanea all'impossessamento – Sez. 4, n. 51730 del 26/10/2017, F.M., per la quale «il semplice occultamento della merce in una borsa propria, quando la manovra non venga compiuta con una particolare abilità, non può integrare l['aggravante della destrezza], piuttosto identificandosi con l'azione materiale necessaria per la consumazione del reato Né è corretta l'argomentazione dei giudici di primo grado, e richiamata dalla Corte territoriale, secondo cui la sottrazione repentina delle monete, at-

traverso l'occultamento nella borsa, sarebbe avvenuta approfittando della distrazione della vittima, in quanto il mero approfittamento del calo di attenzione della parte lesa, secondo quanto chiarito dalle Sezioni Unite, non integra l'aggravante in parola».

Conclude la disamina Sez. 5, n. 48767 del 22/09/2017, S.P., particolarmente meritevole di nota in quanto – pervenendo alla conclusione per cui non integra l'aggravante della destrezza il gesto repentino con cui l'agente, approfittando della momentanea distrazione della persona offesa nella custodia della propria borsa, le sottrae denaro e carte di credito – afferma avere le Sezioni Unite «precisato come la suddetta aggravante sia configurabile esclusivamente nel caso in cui sia stato lo stesso agente con il proprio comportamento caratterizzato da particolare abilità, astuzia o avvedutezza a creare la situazione idonea a sorprendere, eludere o attenuare la sorveglianza sul bene. In applicazione di tale principio deve dunque escludersi che nel caso di specie ricorra la contestata aggravante».

Dal punto di vista della giurisprudenza di merito, non constano edite pronunce che si confrontano con l'insegnamento delle Sezioni Unite, anche per il difetto di iniziative della difesa pur in ipotesi astrattamente suscettibili di venire decise in applicazione dello stesso (il riferimento è a App. Roma, Sez. 3, del 09/11/2017, C.S.A., che conferma l'impugnata sentenza di primo, recante condanna dell'imputato tra l'altro per furto aggravato dalla destrezza in relazione all'impossessamento di una borsa custodita all'interno di un'autovettura che il proprietario aveva momentaneamente lasciato parcheggiata sulla pubblica via, non avendo la difesa spiegato appello per contestare la ricorrenza dell'aggravante).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 5, n. 51892 del 14/11/2017, S.M.
Sez. 4, n. 51730 del 26/10/2017, F.M.
Sez. 2, n. 46583 del 05/10/2017, E.M.
Sez. 5, n. 48767 del 22/09/2017, S.P.
Sez. 4, n. 41997 del 19/07/2017, K.H.
Sez. 5, n. 44918 del 28/04/2017, I.K.
Sez. U, n. 34090 del 27/04/2017, Rv. 270088, Quarticelli
Sez. 4, n. 7697 del 21/12/2016, dep. 2017, Quarticelli
Sez. 5, n. 534 del 14/10/2016, Bevilacqua, Rv. 268899
Sez. 5, n. 3807 del 16/06/2016, Pagano, Rv. 268993
Sez. 5, n. 44976 del 09/06/2016, El Mekaou
Sez. 4, n. 22164 del 22/04/2016, Redaelli, Rv. 267308
Sez. 4, n. 46977 del 10/11/2015, Cammareri, Rv. 265051
Sez. 5, n. 20954 del 18/02/2015, Marcelli, Rv. 265291
Sez. 5, n. 7314 del 17/12/2014, H., Rv. 262745
Sez. 5, n. 12473 del 18/02/2014, Rapposelli, Rv. 259877
Sez. 5, n. 640 del 30/10/2013, dep. 2014, Rainart, Rv. 257948
Sez. U, n. 40354 del 18/07/2013, Sciuscio, Rv. 255974
Sez. 6, n. 23108 del 07/06/2012, Antenucci, Rv. 252886
Sez. 5, n. 11079 del 22/12/2009, Bonucci, Rv. 246888
Sez. 4, n. 14992 del 17/02/2009, Scalise, Rv. 243207
Sez. 5, n. 44018 del 10/10/2005, Rv. 232811, Fazio
Sez. 2, n. 7416 del 28/01/1977, Iorio, Rv. 136169

SEZIONE IV

CRIMINALITÀ DEL PROFITTO

CAPITOLO I

I REATI DI BANCAROTTA

(Matilde Brancaccio e Angelo Napolitano)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura della sentenza dichiarativa di fallimento: verso la nuova definizione giurisprudenziale di condizione obiettiva di punibilità. – 2.1. La nuova configurazione ed il suo bisogno di consolidamento. – 3. La giurisprudenza sulla struttura dei reati di bancarotta. – 3.1. L'elemento oggettivo e le possibili condotte di reato. – 3.2. Questioni relative al concorso tra reati. – 3.3. Un argomento specifico: bancarotta fraudolenta patrimoniale, rapporti infragruppo e vantaggi compensativi. – 4. L'elemento soggettivo.

1. Premessa.

I reati collegati al fallimento di società e imprese stanno conquistando ambiti di interesse sempre più ampi nella giurisprudenza di legittimità.

Sulla scia della risistemazione operata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 22474 del 31/3/2016, Passarelli, Rv. 266802-266805 (la cui questione controversa riguardava il reato di falso in bilancio, ma che è intervenuta anche su alcuni temi fondamentali in materia di bancarotta), la Quinta Sezione della Corte di cassazione – che, tra le Sezioni semplici, è quella cui è assegnata la materia per competenza tabellare, fatti salvi i rinvii da annullamento – ha disegnato nel 2017 un percorso nomofilattico volto a definire, tra l'altro, con maggior chiarezza, gli elementi costitutivi del reato di bancarotta, in molte delle sue più rilevanti fenomenologie criminali, nonché ad adeguare l'interpretazione normativa al continuo mutare della realtà socio-economica.

Tra le questioni generali, merita anzitutto un approfondimento quella relativa alla natura della sentenza di fallimento: per la prima volta la Suprema Corte ha adottato l'opzione interpretativa, molto sostenuta dalle maggiori voci dottrinarie in materia, secondo cui la dichiarazione giudiziale di fallimento costituisce una condizione obiettiva di punibilità e non – come era invece per la giurisprudenza più risalente e tradizionale – un elemento costitutivo del reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare, sebbene con caratteristiche tali da farlo ritenere estraneo al fuoco del dolo e causalmente non collegato alla condotta distrattiva e di reato.

La tesi, per quanto non ancora univocamente affermata, sembra farsi strada seguendo l'eco anche delle stesse Sezioni Unite Passarelli, che sul punto hanno dato alcune utili indicazioni.

L'impostazione risulta coerente, peraltro, con le oramai consolidate affermazioni, ribadite anche nel 2017, circa l'insindacabilità della sentenza di fallimento da parte del giudice penale.

Precise prese di posizione sono intervenute anche in merito alla natura di reato di pericolo concreto della bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare.

Condotta e dolo della fattispecie di bancarotta sono state, poi, al centro di un'ampia elaborazione della giurisprudenza di legittimità nel 2017.

Sotto il primo profilo, si sono analizzate questioni del tutto inedite, quali i rapporti tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione e la costituzione di un Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE), con una pregevole capacità – dimostrata dalla Suprema Corte – di comprendere fenomeni economici nuovi ed ancora poco esplorati, nei quali il piano giuridico e quello economico si intersecano fortemente; si è approfondita, altresì, in relazione al reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, l'analisi dei rapporti tra società appartenenti ad uno stesso gruppo economico, riservando particolare attenzione alla peculiare figura dei vantaggi compensativi.

Quanto all'elemento soggettivo, la Corte di cassazione ha saputo far chiarezza dei caratteri del suo atteggiarsi, avuto riguardo ad alcune delle tipologie di bancarotta maggiormente frequenti nella pratica: si sono registrati, così, significativi arresti in tema di bancarotta fraudolenta documentale, di bancarotta fraudolenta patrimoniale propria ed impropria per operazioni dolose.

2. La natura della sentenza dichiarativa di fallimento: verso la nuova definizione giurisprudenziale di condizione obiettiva di punibilità.

Una novità significativa nel panorama interpretativo di legittimità del 2017 è rappresentata dalle sentenze che affermano la natura di condizione obiettiva di punibilità della sentenza di fallimento rispetto al reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare.

Due pronunce, caratterizzate da notevole approfondimento motivazionale, hanno optato per tale affermazione, da essa traendo alcune importanti conseguenze in tema di prescrizione.

Sez. 5, n. 13910 del 8/2/2017, Santoro, Rv. 269388-269389 ha per prima sostenuto che, in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare, la dichiarazione di fallimento, ponendosi come evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, costituisce una condizione obiettiva di punibilità, che circoscrive l'area di illiceità penale alle sole ipotesi nelle quali, alle condotte del debitore, di per sè offensive degli interessi dei creditori, segua la dichiarazione di fallimento.

Dalla natura di condizione obiettiva di punibilità della dichiarazione di fallimento deriva che il luogo e il tempo della commissione del reato, ai fini della determinazione della competenza territoriale, dei tempi di prescrizione e del calcolo del termine di efficacia dell'amnistia o dell'indulto, coincidono con quelli della sentenza di fallimento.

In motivazione, la Corte ha precisato, altresì, che la natura di condizione obiettiva di punibilità comporta l'insindacabilità della sentenza di fallimento, anche sotto il profilo delle eventuali modifiche migliorative della disciplina del fallimento ai sensi dell'art. 2 cod. pen., nonché, richiamando la sentenza n. 1085 del 1988 Corte cost., il suo sottrarsi alla regola della rimproverabilità ex art. 27, comma primo, Cost.. I giudici costituzionali, in detta sentenza, hanno affermato che soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto – come sono le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l'area del penalmente rilevante, condizionano, appunto, quest'ultima o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi – si sottraggono alla regola della rimproverabilità ex art. 27, primo comma, Cost. (peraltro, in una ulteriore sentenza – la n. 301 del 2005 – i giudici delle leggi hanno optato per una sostanziale neutralità della scelta di catalogare la sentenza di fallimento per i reati di bancarotta fraudolenta quale condizione obiettiva di punibilità ovvero elemento della fattispecie di reato).

Infine, si è anche richiamato l'argomento dell'intenzione legislativa, che, guardando al dato storico, ricorre proprio nel senso dell'inquadramento della pronuncia di fallimento come condizione obiettiva di punibilità (si cita la Relazione del Guardasigilli al r.d. 267 del 194, § 48).

La sentenza si confronta apertamente con quello che ammette essere stato sinora il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale, invece, la sentenza dichiarativa di fallimento rientra tra gli elementi integranti la fattispecie di reato, enunciato anzitutto da Sez. U, n. 2 del 25/01/1958, Mezzo, Rv. 098004, nella quale si legge che, a differenza delle condizioni obiettive di reato, che presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce una *condizione di esistenza del reato* o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronuncia (successivamente alla citata sentenza delle Sezioni Unite, conformi, tra le altre: Sez. 1, n. 2988 del 2/7/1991, Bianchi, Rv. 187893; Sez. 5, n. 7583 del 6/5/1999, Grossi, Rv. 213646; Sez. 5, n. 46182 del 12/10/2004, Rossi, Rv. 231167; Sez. 1, n. 1825 del 6/11/2006, dep. 2007, Iacobucci, Rv. 235793; Sez. 5, n. 43076 del 18/10/2007, Rizzo, Rv. 237547; Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, in motivazione; Sez. U, n. 21039 del 27/01/2011, Loy, in motivazione; nonché, Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi; Sez. 5, n. 32031 del 07/05/2014, Daccò; Sez. 5, n. 15613 del 05/12/2014, dep. 2015, Geronzi: per tutte, in motivazione).

È noto che la questione può influenzare il problema relativo alla necessità o meno che la dichiarazione di fallimento sia collegata da nesso psicologico alla condotta del soggetto agente e che, nonostante la giurisprudenza maggioritaria successiva alle Sezioni Unite Mezzo abbia tratto dalla qualificazione della sentenza di fallimento come elemento costitutivo improprio del reato la conseguenza che essa non rappresenta l'evento del reato di cui all'art. 216 I. fall. e non deve necessariamente essere assistita dall'atteggiamento psichico dell'autore (Sez. 5, n. 15850 del 26/06/1990, Bordoni, Rv. 185883, né da un nesso eziologico con la condotta (v., tra le tante, Sez. 5, n. 36088 del 27/09/2006, Corsatto, Rv. 235481; Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi, Rv. 261942), tuttavia tale impostazione aveva dato luogo anche ad una affermazione contraria, foriera di consistenti conseguenze sul piano delle ragioni di impugnazione (Sez 5, n. 47502 del 24/9/2012, Corvetta, Rv. 253493, secondo cui il fallimento costituisce evento-elemento essenziale del reato di bancarotta e deve essere, pertanto, assistito da nesso causale con la condotta distruttiva e da nesso psicologico doloso).

È altrettanto noto che le affermazioni della sentenza Corvetta sono rimaste decisamente isolate nella giurisprudenza di legittimità e smentite da una pletora di sentenze successive, che hanno ribadito la natura di reato di pericolo caratterizzato da dolo generico del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, per la cui sussistenza, pertanto, non è necessario che l'agente abbia consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né che abbia agito allo scopo di recare pregiudizio ai creditori (tra le tante, Sez. 5, n. 3229 del 14/12/2012, dep. 2013, Rossetto, Rv. 253932; Sez. 5, n. 21846 del 13/02/2014, Bergamaschi, Rv. 260407; Sez. 5, n. 51715 del 5/11/2014, Rebuffo, Rv. 261739), declinando la sentenza di fallimento come *condizione di esistenza del reato* (espressione tratta dalla stessa pronuncia Sez. U Mezzo) o *elemento costitutivo improprio*, e cioè quasi un *tertium genus* rispetto alla condizione obiettiva di punibilità ed all'evento (elemento costitutivo) del reato (per tale prospettazione, cfr. tra le altre Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi; Sez. 5, n. 32031 del 07/05/2014, Daccò, Rv. 261988, in motivazione; Sez. 5, n. 15613 del 05/12/2014, Geronzi, Rv. 263805, in motivazione).

Proprio dall'esigenza di fare definitiva chiarezza sulle conseguenze della scelta di catalogare la sentenza dichiarativa di fallimento nell'una o nell'altra categoria dogmatica nasce probabilmente la svolta della Suprema Corte nel senso di preferire quella opzione che sembra offrire più coerenza sistematica alle affermazioni circa tali conseguenze, oltre che, come detto, appare essere anche quella maggiormente adottata dalla dottrina in materia di bancarotta fraudolenta.

La pronuncia Santoro del 2017, peraltro, si richiama anche ad alcune delle ragioni motivazionali della recente sentenza delle Sezioni Unite Passarelli del 2016, cit., le quali hanno egualmente escluso la necessità di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività (sicché, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, i fatti di distrazione assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza: cfr. Rv. 266804); nonché hanno con chiarezza ribadito che l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte (cfr. Rv. 266805).

Si mette in risalto, altresì, come, con la sentenza Passarelli, le Sezioni Unite abbiano significativamente aggiunto a tali affermazioni anche la considerazione secondo cui la condotta di bancarotta fraudolenta patrimoniale *si perfeziona con la distrazione, mentre la punibilità della stessa è subordinata alla dichiarazione di fallimento, che, ovviamente, consistendo in una pronunzia giudiziaria, si pone come evento successivo (in caso, appunto, di bancarotta distrattiva pre-fallimentare) e comunque esterno alla condotta stessa*.

Tale ultima presa di posizione fonda la convinzione della pronuncia Santoro circa il fatto che siano state proprio le Sezioni Unite, nella sentenza citata, ad assegnare alla dichiarazione di fallimento la configurazione di condizione obiettiva di punibilità, pur non qualificandola espressamente in tal modo, né stabilendo uno specifico principio di diritto in tal senso; si ritengono, così, superati sia gli approdi della risalente sentenza Sez. U Mezzo cit., sia anche una più recente affermazione contenuta in Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, Rv. 243587, che, aderendo alla giurisprudenza sino ad allora stratificatasi, ha confermato la natura di elemento costitutivo del reato (e non di condizione obiettiva di punibilità) della dichiarazione di fallimento.

La critica alle ragioni di inquadramento della sentenza di fallimento nel novero degli elementi costitutivi della fattispecie, per quanto lo si voglia indicare come elemento "improprio", fa leva su un semplice ma quanto mai suggestivo argomento: la difficoltà di ipotizzare che rientri tra gli elementi di un reato un provvedimento giudiziale quale è, appunto, la dichiarazione di fallimento; inoltre, l'impostazione tradizionale che si intende superare stride con il principio di personalità della responsabilità penale, non potendo il fallimento in quanto tale essere oggetto di rimprovero per l'agente del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Deve, infine, notarsi come la sentenza Sez. 5 n. 13910 del 2017 in esame, svolte tali considerazioni sistematiche, abbia tenuto a precisare che l'oggetto della sua ricostruzione è riferito e limitato all'ipotesi della bancarotta fraudolenta prefallimentare, richiamando Sez. U, n. 21039 del 27/1/2011, Loy, Rv. 249665 che ha chiarito la disomogeneità delle differenti tipologie di fattispecie di bancarotta individuate dal legislatore.

Successivamente alla sentenza n. 13910 del 2017, cit. è intervenuta una nuova, recentissima pronuncia che ha ribadito la preferenza per l'opzione che configura la dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità.

Sez. 5, n. 53184 del 12/10/2017, Fontana ha, infatti, aderito alle ragioni motivazionali della citata sentenza n. 13910 del 2017, Santoro, ricostruendo, altresì, la più recente, successiva, elaborazione della giurisprudenza della Corte di cassazione sui temi della riferibilità soggettiva delle condotte di bancarotta fraudolenta prefallimentare e sulla compatibilità degli approdi raggiunti con la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione estrinseca di punibilità (si citano, in particolare, Sez. 5, n. 38396 del 23/6/2017, Sgaramella, Rv. 270763, che afferma in motivazione la sostanziale ininfluenza della qualificazione della sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibililtà piuttosto che come elemento costitutivo del reato ai fini della necessità di una puntuale indagine sulla imputabilità soggettiva del pericolo concreto per il ceto creditorio, in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale; Sez. 5, n. 17819 del 24/3/2017, Palitta, Rv. 269562).

Si è, altresì, sottolineato, ribadendo una delle argomentazioni della sentenza Santoro cit., che già Sez. U, Passarelli, cit., pur non facendo riferimento *apertis verbis* alla condizione obiettiva di punibilità, ha rilevato che la dichiarazione di fallimento costituisce "un evento successivo" alla distrazione "e comunque esterno alla condotta stessa", al cui verificarsi è subordinata la punibilità della distrazione.

Si è aggiunto, peraltro, che solo tale qualificazione rende più coerente il sistema nel suo complesso, atteso che necessariamente la condizione estrinseca di punibilità si pone al di fuori della sfera di ricaduta degli elementi costitutivi del reato nel fuoco del dolo, il che appare di gran lunga più aderente ai principi generali in tema di imputazione soggettiva; in caso contrario, infatti, si dovrebbe ripercorrere l'inutilmente defatigante *iter* costituito dai tentativi, mai coerentemente e pienamente realizzati, di conciliare la qualificazione della sentenza di fallimento come elemento costitutivo del reato con la sua anomala estraneità ed indifferenza rispetto all'elemento soggettivo del reato stesso, atteso che pacificamente oggetto del dolo non può che essere il fatto costitutivo del delitto in tutte le sue componenti, rispetto alle quali deve sussistere la coscienza e volontà del soggetto agente; non comprendendosi come detta coscienza e volontà possa investire un fatto – la sentenza dichiarativa di fallimento emessa dall'Autorità giudiziaria – del tutto estraneo alla sfera volitiva del soggetto, seppure suscettibile di rientrare nella sua sfera conoscitiva, peraltro come evenienza possibile del tutto avulsa dalla sfera di influenza dell'agente in senso deterministico.

Si richiamano, infine, anche le già esaminate argomentazioni della sentenza n. 301 del 2005 della Corte costituzionale, secondo cui la possibile divaricazione temporale tra momento di realizzazione della condotta materiale dei reati di bancarotta e loro momento consumativo è situazione consequenziale alla scelta discrezionale del legislatore di configurare la sentenza di fallimento (o di accertamento dello stato di insolvenza dell'impresa) come elemento costitutivo del reato (secondo la prevalente giurisprudenza sino ad allora vagliata dal giudice delle leggi), o come condizione obiettiva del reato, ovvero come condizione per la produzione dell'evento costituito dalla lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma penale (secondo quelle che la Corte chiama le "diverse impostazioni della dottrina"); con ciò dimostrandosi sostanziale indifferenza rispetto a detta scelta.

2.1. La nuova configurazione ed il suo bisogno di consolidamento.

Non c'è dubbio che costruire la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità in modo consapevole e argomentato costituisce un importante approdo della giurisprudenza di legittimità nel 2017.

Tuttavia, l'opzione non è ancora del tutto condivisa se una pronuncia, sempre del 2017, benché nell'ambito di una motivazione riferita al tema specifico della prescrizione del reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare, ha sembrato nuovamente ribadire, pur se solo incidentalmente, la tradizionale preferenza per l'inquadramento della sentenza di fallimento nel novero degli elementi costitutivi impropri del reato.

Sez. 5, n. 45288 del 11/5/2017, Gianesini, Rv. 271114, infatti, ribadendo il principio consolidato secondo cui il termine di prescrizione del reato di bancarotta prefallimentare decorre dal momento in cui interviene la sentenza dichiarativa di fallimento e non dal momento di consumazione delle singole condotte distrattive precedenti a tale declaratoria, in motivazione, ha precisato che tale il criterio è valido sia nel caso in cui la sentenza di fallimento venga qualificata elemento costitutivo improprio della fattispecie penale, sia qualora la si ritenga condizione obiettiva di punibilità, dimostrandosi di preferire la prima delle due qualificazioni.

In particolare, come premessa alla sostanziale, ritenuta ininfluenza ai fini della decisione da assumersi in tema di prescrizione, si è sinteticamente argomentata la presa di posizione a favore della natura di elemento costitutivo improprio della dichiarazione di fallimento, sostenendo che quest'ultima assume il ruolo di una pronuncia giurisdizionale necessaria a connotare di lesività i comportamenti tipizzati dalle norme di riferimento, ciò in linea con le affermazioni della citata Sez. 5, n. 46182 del 12/10/2004, Rossi, Rv. 231167.

Al di là di tale pronuncia, deve segnalarsi come, sempre nel 2017, in riferimento alla questione in esame, un'altra sentenza (Sez. 5, n. 38396 del 2017, Sgaramella, cit.), pur prendendo atto dei due distinti orientamenti sulla natura dogmatica della sentenza dichiarativa di fallimento emersi recentemente, in particolare con la sentenza Santoro del 2017 ed il richiamo alle affermazioni di Sez. U Passarelli, non ha ritenuto di prendere posizione a favore dell'uno o dell'altro, per la sostanziale irrilevanza, si comprende, ai propri fini decisionali.

E difatti, la pronuncia, ha sentito unicamente il bisogno di avvertire che la proposta, nuova configurazione della sentenza dichiarativa di fallimento in termini di condizione obiettiva di punibilità (opzione che si definisce chiaramente in contrasto con l'orientamento consolidato e tradizionale che la riconduce, con diversi accenti, nel novero degli elementi costitutivi del reato) non può "sterilizzare" l'esigenza di una indagine sulla imputabilità soggettiva del pericolo concreto per la massa dei creditori, non potendosi comunque negare rilevanza all'indagine sulle implicazioni soggettive della qualificazione della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare come reato di pericolo concreto (da ultimo segnalata da Sez. 5, n. 17819 del 2017, Palitta, cit.), con i corrispondenti oneri motivazionali del giudice di merito in proposito.

È evidente come la nuova configurazione di condizione obiettiva di punibilità della sentenza dichiarativa di fallimento necessiti, pertanto, di essere via via confermata dalla giurisprudenza di legittimità, chiamata a valutarne le continue, possibili ricadute concrete sulle specifiche ipotesi sottoposte al giudizio ed a disegnarne gli spazi interpretativi che ne costituiranno la sua struttura.

La necessità di attendere l'evoluzione fisiologica del percorso interpretativo della Suprema Corte non priva di rilievo la constatazione che, in ogni caso, la nuova configurazione proposta per la sentenza dichiarativa di fallimento, quale condizione obiettiva di punibilità esterna alla fattispecie di reato, rappresenti una svolta significativa nel percorso giurisprudenziale nella complessa materia dei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Si impone, tuttavia, sin d'ora, una considerazione: per quel che concerne l'anno 2017, la diversa qualificazione giuridica della sentenza di fallimento non ha prodotto discrasie negli esiti interpretativi della giurisprudenza consolidata in materia di bancarotta fraudolenta

(quanto ai temi, particolarmente frequenti nella casistica, dell'esclusione del nesso causale tra condotta distrattiva e fallimento, del dolo di fattispecie, delle conseguenze in tema di prescrizione, amnistia e indulto), anzi, piuttosto, ne ha rafforzato le argomentazioni fondanti.

3. La giurisprudenza sulla struttura dei reati di bancarotta.

Il panorama delle sentenze rilevanti rese sul tema della struttura dei reati di bancarotta nell'anno 2017 mostra una notevole vivacità di elaborazione, sia con riferimento all'elemento oggettivo del reato – nell'ambito del quale, accanto a questioni già dibattute, che sono state oggetto di ulteriori approfondimenti, si affacciano nuove fattispecie concrete di reato, legate allo specifico atteggiarsi di una realtà economico-giuridica in continua evoluzione –, sia all'elemento soggettivo in relazione alle differenti tipologie di reato.

È stato possibile, pertanto, individuare diverse tracce giurisprudenziali, aggregabili secondo percorsi interpretativi omogenei, che appare opportuno distinguere tenendo a mente, da un lato, le questioni che attengono alla condotta (in alcune tra le più frequenti ed interessanti ipotesi di bancarotta, ovvero più nuove), all'oggetto dei diversi reati ed al concorso tra fattispecie; dall'altro, quelle afferenti al dolo ed all'elemento soggettivo del reato, in particolare di quello di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

In linea di continuità, peraltro, con quanto affermato sul tema della natura della sentenza dichiarativa di fallimento, converrà anteporre, all'analisi delle sentenze rese in relazione agli elementi strutturali di fattispecie, la trattazione della giurisprudenza che, anche nel 2017, ha ribadito la insindacabilità nel merito della pronuncia di fallimento da parte del giudice penale.

E difatti, come noto, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte (Sez. U, n. 19601 del 28/2/2008, Niccoli, Rv. 239398; Sez. 5, n. 9279 del 8/1/2009, Carottini, Rv. 243160; Sez. 5, n. 40404 del 8/5/2009, Melucci, Rv. 245427), il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex artt. 216 e seguenti l. fall. (R.D. 16 marzo 1942, n. 267) non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell'impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore, ciò tanto con riferimento al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza quanto con riferimento ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore. Nel 2017, Sez. 5, n. 10033 del 19/1/2017, Ioghà, Rv. 269454 ha affermato, con riferimento al caso sottopostole, che il giudice penale, investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex artt. 216 e seguenti R.D. 16 marzo 1942, n. 267, non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento per eventuali errori commessi nel procedimento che ha portato alla sua emanazione, impugnabili solo attraverso il reclamo dinanzi alla Corte d'Appello (nella specie, la Corte ha ritenuto insindacabili i vizi addotti con ricorso e riferiti alla mancata notifica dell'istanza di fallimento all'amministratore della società fallita, nonchè alla pronuncia della sentenza di fallimento da parte di giudice incompetente).

Coerente con tale impostazione appare l'orientamento pure declinato da una recente sentenza (Sez. 5, n. 48203 del 10/7/2017, Meluzio, Rv. 271274), secondo cui la sospensione del processo penale per bancarotta, disposta a norma dell'art. 479 cod. proc. pen. in attesa dell'esito del giudizio d'impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, non è idonea a sospendere il corso della prescrizione a norma dell'art. 159, comma 1, n. 2, cod. pen., in quanto quest'ultima disposizione si riferirebbe solo ai casi di c.d. "sospensione impropria", in seguito alla quale il processo prosegue davanti ad un altro giudice (come la Corte costituzionale o la Corte di Giustizia dell'Unione europea) cui sia stata deferita la decisione di una specifica questione pregiudiziale.

3.1. L'elemento oggettivo e le possibili condotte di reato.

Attiene alla sfera dell'elemento oggettivo del reato il tema della sua natura dogmatica, condizionata dalla natura della sua condotta.

In particolare, deve segnalarsi una importante pronuncia del 2017 – Sez. 5, n. 17819 del 24/3/2017, Palitta, Rv. 269562 – in cui si è affermato che la bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare ha natura di reato di pericolo concreto, in cui la condotta distrattiva deve risultare idonea a mettere in pericolo la consistenza del patrimonio sociale in relazione alle aspettative di soddisfacimento delle ragioni creditorie, e tale pericolo deve persistere fino all'epoca immediatamente precedente l'apertura della procedura fallimentare.

La verificazione di un danno patrimoniale ai creditori, dunque, non rientra tra gli elementi strutturali della bancarotta, bastando che il fatto sia in grado di mettere in pericolo la consistenza della garanzia generica dei creditori.

La pronuncia Palitta compie un'ampia ricostruzione della giurisprudenza di legittimità in tema di oggettività del reato di bancarotta e lega le proprie affermazioni sulla natura di reato di pericolo della bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare ai principi giurisprudenziali in tema di c.d. "bancarotta riparata" che, seguiti da una ampia e coesa giurisprudenza, negano che resti integrato il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale nel caso in cui la somma sottratta dalle casse sociali, riportata da relativa annotazione contabile, sia incontrovertibilmente riversata nella sua integralità – dai soci che l'avevano prelevata – nelle casse della società prima della dichiarazione di fallimento; infatti, ancorché il delitto di bancarotta abbia natura di reato di pericolo, per l'individuazione del relativo momento consumativo deve aversi riguardo alla dichiarazione giudiziale di fallimento e non già all'atto antidoveroso, con la conseguenza che la valutazione del pregiudizio ai creditori deve essere valutata al momento di tale dichiarazione e non a quello della storica commissione della condotta (Sez. 5, n. 7212 del 26/01/2006, Arcari, Rv. 233604; conformi, tra le altre, Sez. 5, n. 39043 del 21/09/2007, Spitoni, Rv. 238212; Sez. 5, n. 8402 del 03/02/2011, Cannavale, Rv. 249721 ; Sez. 5, n. 28514 del 23/04/2013, Grazioli Gauthier, Rv. 255576 ; Sez. 5, n. 52077 del 04/11/2014, Lelli, Rv. 261347; Sez. 5, n. 4790 del 20/10/2015, dep. 2016, Budola, Rv. 266025).

Secondo il ragionamento della sentenza Palitta, la casistica sottostante a tali pronunce rende evidente, come sottolineato da autorevole dottrina, che la bancarotta riparata è il sintomo che la offensività della condotta è limitata ai fatti che creano un pericolo concreto e dunque attiene non alla sfera della punibilità, ma alla sfera dell'elemento oggettivo del reato, facendo dunque venire meno non la punibilità ma la esistenza stessa del fatto tipico.

Tale giurisprudenza, che pure rimane condivisibilmente ancorata alla configurazione della bancarotta prefallimentare come reato di pericolo, giunge, attraverso la constatazione che il pregiudizio ai creditori deve sussistere al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento – che infatti è anche il momento consumativo della fattispecie –, al rilievo che il detto pericolo va valutato "in concreto", quando cioè possa affermarsi che la diminuzione della consistenza patrimoniale comporta uno squilibrio tra attività e passività.

Ed è proprio sotto tale angolo prospettico, dunque, che si apprezzano gli orientamenti di legittimità che ammettono la figura della c.d. bancarotta riparata, che elimina dal fatto di bancarotta qualsiasi tipicità offensiva nel caso in cui l'agente neutralizzi il pericolo cagionato con la sua condotta distrattiva mediante un'azione di segno contrario, volta a reintegrare la perdita di consistenza del patrimonio sociale prima che si verifichi il fallimento.

Quanto alla tipologia delle condotte distrattive, si ritiene di segnalare, tra le molte emesse, alcune sentenze massimate di maggior interesse.

- Dal punto di vista della novità dei temi trattati, deve porsi in risalto la pronuncia Sez. 5, n. 35591 del 2076/2017, Fagioli, Rv. 270808 con cui si è affermato che nella nozione di distrazione rientrano anche le condotte che, pur non determinando una fuoriuscita fisica o giuridica di risorse e ricchezza dall'azienda, determinano tuttavia un vincolo per il patrimonio dell'impresa fallita, creando obbligazioni pertinenti alla destinazione di un bene o comunque idonee a riflettersi sul patrimonio nella sua globalità. Su questo presupposto la Corte ha stabilito che configura il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione il conferimento, da parte dell'amministratore, di beni della società fallita in un Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE) – a prescindere dall'avvenuta iscrizione di quest'ultimo ai sensi del Regolamento CEE n. 25/7/2137 del 1985 e dal conseguente acquisto della capacità giuridica da parte dell'ente – in quanto il vincolo impresso ai beni mediante il contratto di costituzione del GEIE comporta il sorgere di un'obbligazione a carico del patrimonio della fallita nei confronti degli altri soci fondatori, in grado di determinare un pericolo per gli interessi dei creditori preesistenti.
- Accedendo ad una concezione di patrimonio sociale volta a ricomprendervi non solo i beni appartenenti alla società, ma anche quelli concessi ad essa in *leasing*, la Corte, con la sentenza Sez. 5, n. 50081 del 14/9/2017, Zazzini, sulla scia di una giurisprudenza costante (cfr. tra le molte, Sez. 5, n. 44350 del 17/6/2016, Guerri, Rv. 268469 e Sez. 5, ord. n. 9427 del 3/11/2011, Cannarozzo, Rv. 251995, nonché, prima ancora, Sez. 5, n. 33380 del 18/7/2008, Bottamedi, Rv. 241397), ha confermato che anche in relazione a tali beni, in possesso della fallita, è configurabile il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, costituendo essi parte del patrimonio sociale.
- Con riferimento all'oggetto materiale del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, si è escluso che possa costituire oggetto di distrazione l'avviamento commerciale dell'azienda ove questo venga identificato con fattori aziendali inidonei a rappresentare una posta attiva di bilancio; si è, altresì, escluso, che lo sviamento dei fornitori ad altra azienda possa integrare il reato, dal momento che i rapporti con i fornitori costituiscono un debito per l'azienda (Sez. 5, n. 31677 del 4/4/2017, Amato, Rv. 270866).

Si è, invece, affermato che anche la percezione di utili non dichiarati ("in nero") configura una condotta di bancarotta fraudolenta patrimoniale, in quanto, sebbene di regola essi siano di spettanza dei soci e non della società, la loro distribuzione occulta, senza la prededuzione dell'onere tributario, dà luogo ad una manomissione della ricchezza sociale in quanto i soci ricevono più di quello che a loro spetterebbe (Sez. 5, n. 14522 del 14/11/2016, dep. 2017, Signori, Rv. 269593).

Merita una segnalazione particolare la giurisprudenza in tema di *bancarotta* e *compensi degli amministratori*.

Con riferimento alla condotta dell'amministratore di società di capitali che prelevi somme dalla cassa sociale per pagarsi i compensi professionali, nel 2017 si è dato seguito all'orientamento secondo cui si configura il reato di bancarotta preferenziale e non quello di bancarotta per distrazione nel caso in cui i prelievi fatti in assenza di una previsione statutaria o, in alternativa, di una delibera assembleare di determinazione dei compensi siano sostanzialmente in linea con i compensi spettanti agli amministratori di società simili a quella dichiarata fallita e congrui rispetto al lavoro prestato in base a parametri vari quali l'orario di lavoro osservato, i risultati raggiunti, i compensi eventualmente corrisposti a precedenti amministratori (Sez. 5, n. 17792 del 23/2/2017, Rossi, Rv. 269639). Di contro, la stessa sentenza ha chiarito che risponde del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione e non di quello di bancarotta preferenziale, l'amministratore che, in assenza di delibera assembleare

che stabilisca la misura dei suoi compensi, prelevi somme in pagamento dei crediti verso la società in dissesto, la cui congruità non sia fondata su dati ed elementi di confronto (quali quelli poc'anzi esposti) che ne consentano un'adeguata e oggettiva valutazione.

La pronuncia si iscrive nell'ambito dell'opzione conforme in precedenza già affermata da numerose sentenze (*cfr.* Sez. 5, n. 48017 del 10/7/2015, Fenili, Rv. 266311; Sez. 5, n. 5186 del 2/10/2013, dep. 2014, Giamundo, Rv. 260196; Sez. 5, n. 21570 del 16/4/2010, Di Carlo, Rv. 247964), alla quale si contrappone altra impostazione, più rigorosa, secondo cui, invece, in ogni caso, configura bancarotta per distrazione la condotta dell'amministratore che prelevi somme dalle casse sociali, a titolo di pagamento di competenze, ancorché su delibera del consiglio di amministrazione, in quanto la previsione di cui all'art. 2389 cod. civ. stabilisce che la misura del compenso degli amministratori di società di capitali, qualora non sia stabilita nello statuto, sia determinata con delibera assembleare (Sez. 5, n. 50836 del 3/11/2016, Barbato, Rv. 268433; Sez. 5, n. 11405 del 12/6/2014, Clerici, Rv. 263056; Sez. 5, n. 46959 del 27/10/2009, Gandolfi, Rv. 245399).

Altra pronuncia importante ha riguardato il reato di bancarotta fraudolenta documentale.

Ha costituito, infatti, a lungo orientamento costante della giurisprudenza di legittimità quello secondo cui, ai fini della configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta documentale, devono ritenersi condotte equivalenti la distruzione, l'occultamento o la mancata consegna al curatore della documentazione e l'omessa o irregolare o incompleta tenuta delle scritture contabili. Pertanto, per la sussistenza del reato è sufficiente l'accertamento di una di esse e la presenza in capo all'imprenditore dello scopo di recare pregiudizio ai creditori e di rendere impossibile la ricostruzione del movimento degli affari (Sez. 5, n. 8369 del 27/9/2013, dep. 2014, Azzarello, Rv. 259038; Sez. 5, n. 9435 del 12/6/1984, Kranaver, Rv. 166406). Secondo giurisprudenza risalente, infatti, non ha rilievo che la formula letterale della norma, con il riferimento alla "tenuta" dei libri contabili in guisa da non rendere possibile la ricostruzione della contabilità, alluda ad un'azione positiva di tenuta irregolare, poiché detta ipotesi è da estendersi necessariamente a quella di omessa tenuta, al pari della totale distruzione o della sottrazione, essendo evidente che, in presenza del fine di recare pregiudizio ai creditori, la tenuta irregolare impone l'accertamento della effettiva impossibilità di ricostruzione delle operazioni dell'impresa, laddove la omessa tenuta (e ovviamente a maggior ragione la distruzione o la sottrazione) importa di per sé, oggettivamente, quella impossibilità (cfr. Sez. 5, n. 6967 del 11/5/1981, Cristofari, Rv. 149775).

Invece, il recente orientamento espresso nel 2017 dalla sentenza Sez. 5, n. 18634 del 1/2/2017, Autunno, Rv. 269904, più attento all'oggettività giuridica dei differenti contenuti normativi della disposizione di cui all'art. 216, comma primo, lett. b) l. fall., continua ad equiparare "occultamento delle scritture contabili" e loro "omessa tenuta", ma afferma, contrariamente a quanto tradizionalmente sostenuto, una netta distinzione tra la diade "occultamento-omessa tenuta" delle scritture contabili e la fraudolenta tenuta di tali scritture, che integra una fattispecie autonoma ed alternativa in seno all'art. 216, comma primo, lett. b), l. fall.

Ciò perché l'occultamento delle scritture contabili (per la cui sussistenza è necessario il dolo specifico di recare pregiudizio ai creditori), consistendo nella fisica sottrazione delle stesse alla disponibilità degli organi fallimentari, anche sotto forma della loro omessa tenuta, costituisce una fattispecie autonoma ed alternativa – in seno all'art. 216, comma primo, lett. b), l. fall. - rispetto alla fraudolenta tenuta di tali scritture (quest'ultima integra un'ipotesi di reato a dolo generico), che presuppone un accertamento condotto su libri contabili effettivamente rinvenuti ed esaminati dai predetti organi. Nella specie, la Corte ha censurato la sentenza impugnata che, a fronte di una contestazione di occultamento "ovvero" di ir-

regolare tenuta delle scritture contabili, pur ritenendo consumato il primo, ne aveva motivato la sussistenza attraverso una "fusione" con la seconda, trasformandola in evento della condotta di occultamento e sostituendo il dolo generico sufficiente ad integrare la stessa a quello specifico necessario per l'occultamento.

Infine, altre interessanti pronunce hanno toccato il tema delle circostanze della rilevante gravità e della speciale tenuità di cui all'art. 219 l. fall.

Sez. 5, n. 42750 del 16/5/2017, Gaiba, Rv. 271013, infatti, ha precisato che, in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, è configurabile l'aggravante di cui all'art. 219, comma 2, n. 1, legge fall., anche nel caso di più condotte distrattive compiute in continuità temporale ed aventi ad oggetto lo stesso bene, nella specie, somme di denaro; ciò nel solco del consolidato, e in questa sede ribadito, principio secondo cui, nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica, dando luogo ad un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., disposizione che pertanto non prevede, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta per i reati fallimentari una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art. 81 cod. pen. (Sez. U, n. 21039 del 27/1/2011, Loy, Rv. 249665).

Sez. 5, n. 48203 del 10/7/2017, Meluzio, Rv. 271273 ha affermato che la circostanza aggravante del "danno patrimoniale di rilevante gravità" di cui all'art. 219, comma 1, legge fall. si configura solo se ad un fatto di bancarotta di rilevante gravità, quanto al valore dei beni sottratti all'esecuzione concorsuale, corrisponda un danno patrimoniale per i creditori che, complessivamente considerato, sia di entità altrettanto grave.

3.2. Questioni relative al concorso tra reati.

Alcune interessanti questioni si sono poste nell'ambito dei rapporti tra le diverse fattispecie di bancarotta tra loro oppure tra loro e altri, differenti figure di reato.

Con riferimento al rapporto tra il reato di bancarotta fraudolenta, patrimoniale e documentale, e quello di bancarotta impropria di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, l. fall., la Corte, nella sentenza Sez. 5, n. 533 del 14/10/2016, dep. 2017, Zaccaria, Rv. 269019, ha ribadito che le due fattispecie hanno ambiti diversi.

La prima postula il compimento di atti di distrazione o dissipazione di beni societari ovvero di occultamento, distruzione o tenuta di libri e scritture contabili in modo da non consentire la ricostruzione delle vicende societarie, atti tali da creare pericolo per le ragioni creditorie, a prescindere dalla circostanza che abbiano prodotto il fallimento, essendo sufficiente che questo sia effettivamente intervenuto.

La bancarotta impropria ex art. 223, comma secondo, n. 2, l. fall., invece, concerne condotte dolose che non costituiscono distrazione o dissipazione di attività – né si risolvono in un pregiudizio per le verifiche concernenti il patrimonio sociale da operarsi tramite le scritture contabili – ma che devono porsi in nesso eziologico con il fallimento. Ne consegue che, in relazione ai suddetti reati, mentre è da escludere il concorso formale è, invece, possibile il concorso materiale qualora, oltre ad azioni ricomprese nello specifico schema della bancarotta ex art. 216, si siano verificati differenti ed autonomi comportamenti dolosi i quali – concretandosi in abuso o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per l'andamento economico finanziario della società – siano stati causa del fallimento.

Altri interessanti affermazioni si ritrovano con riferimento al rapporto tra la bancarotta impropria distrattiva ed il reato di malversazione a danno dello Stato, ex art. 316-*bis* cod. pen.

Si è sostenuto, infatti, che non si può parlare di assorbimento tra le due condotte, le quali concorrono materialmente, rappresentando due segmenti di una progressione criminosa che vede l'agente, in un primo momento, appropriarsi delle somme di provenienza erariale mediante l'incameramento delle stesse nel patrimonio sociale e la conseguente omessa sottrazione al vincolo di destinazione su di esse impresse con l'atto di erogazione, ed in un secondo momento distrarre i fondi anche dalla garanzia generica dei creditori (Sez. 5, n. 49992 del 17/7/2017, Vanacore). La Corte legge, in tali condotte, dapprima una "deviazione" delle risorse erariali dalla destinazione pubblica loro propria, quindi una "distrazione" di esse anche dalla ulteriore destinazione "privata" di soddisfacimento delle garanzie dei creditori: sebbene, dunque, nel patrimonio sociale vi siano risorse distratte dalle finalità pubblicistiche in ragione delle quali erano state concesse, la loro sottrazione alle aspettative di soddisfacimento dei creditori integra comunque il reato di bancarotta fraudolenta.

Questo arresto, invero, è coerente con l'orientamento di legittimità (Sez. 5, n. 24051 del 15/5/2014, Lorenzini, Rv. 260141 e Sez. 5, n. 5235 del 8/2/1982, Bernabo, Rv. 153858), secondo il quale il reato di bancarotta fraudolenta non è escluso dal fatto che i beni distratti appartenenti al patrimonio sociale siano di provenienza delittuosa, in quanto ai fini della sua configurazione deve aversi riguardo alla consistenza del patrimonio sociale a prescindere dalle modalità della sua formazione.

Altro problema che si è posto è quello del concorso dei reati di bancarotta fraudolenta documentale e patrimoniale con i reati tributari previsti negli articoli 10 e 11 del d.lgs. n. 74/2000.

Sez. 5, n. 35591 del 20/6/2017, Fagioli, Rv. 270810, dopo aver ribadito che l'unico criterio valido per distinguere il concorso apparente di norme dal concorso di reati è quello strutturale fondato sul principio di specialità in astratto, di cui all'art. 15 cod. pen., ha ammesso il concorso del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11 d.lgs. n. 74/2000) con quello di bancarotta fraudolenta patrimoniale, in quanto le due fattispecie astratte si pongono tra di loro in un rapporto di specialità reciproca: la bancarotta si pone quale *lex specialis* con riferimento al novero dei soggetti attivi, visto che, mentre il reato tributario può essere commesso da tutti i contribuenti, quello di bancarotta può essere commesso solo da imprenditori; il reato tributario, dal suo canto, si pone quale *lex specialis* rispetto alla bancarotta per quanto riguarda l'elemento soggettivo: il primo, infatti, è caratterizzato dal dolo specifico (*"…al fine di sottrarsi al pagamento…"*), mentre la bancarotta fraudolenta patrimoniale è un reato a dolo generico.

Ad identica soluzione, e dunque all'ammissione del concorso di reati in base al rapporto di specialità reciproca tra le fattispecie astratte, la Corte è pervenuta con riferimento al rapporto tra bancarotta fraudolenta documentale e il reato di occultamento o distruzione di documenti contabili, di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 74/2000 (Sez. 5, n. 35591 del 2017, cit., Rv. 270811).

In particolare, è interessante notare che la Corte, nel fornire soluzione positiva alla questione dell'ammissibilità del concorso di reati tra la bancarotta fraudolenta documentale e il reato tributario di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 74/2000, ha precisato che la clausola di riserva contenuta nella norma penale tributaria (*"salvo che il fatto costituisca più grave reato…"*) ha l'effetto di escludere il concorso di reati solo quando le fattispecie incriminatrici che vengono in rilievo tutelano lo stesso bene giuridico.

Ne consegue che, tutelando la norma di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 74/2000 e quella sulla bancarotta fraudolenta documentale differenti beni giuridici (il corretto e completo assolvimento degli obblighi tributari in un caso e la tutela delle ragioni creditorie in caso di li-

quidazione concorsuale nell'altro), ed essendo le rispettive fattispecie regolate da differenti oggetti del dolo specifico, nonché da divergenti effetti lesivi delle condotte di reato, i due reati concorrono.

Sempre in tema di concorso di reati e concorso apparente di norme, la Corte di cassazione nel 2017 – Sez. 5, n. 14846 del 28/2/2017, Ilacqua, Rv. 270022 – ha avuto modo di consolidare l'orientamento più moderno della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la fattispecie di bancarotta semplice documentale, di cui all'art. 217, comma secondo, l. fall., nella forma dell'omessa tenuta, assorbe in sé il disvalore oggettivo del reato di omesso deposito delle scritture contabili obbligatorie di cui agli artt. 220 e 16, n. 3, l. fall., in quanto, una volta accertato l'inadempimento del presupposto obbligo di tenere la contabilità, l'obbligo di deposito delle scritture contabili è inesigibile, in quanto avrebbe un oggetto impossibile (cfr. Sez. 5, n. 2809 del 12/11/2014, dep. 2015, Ronchese, Rv. 262589; Sez. 5, n. 49789 del 25/6/2013, Cinquepalmi, Rv. 257829, che espressamente ammette il concorso, invece, ove la bancarotta documentale non consista nella sottrazione, distruzione ovvero nella mancata tenuta delle scritture contabili, ma nella tenuta irregolare o incompleta delle stesse ovvero in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari; Sez. 5, n. 13550 del 17/2/2011, D.F., Rv. 250211; Sez. 5, n. 42260 del 8/6/2006, Di Meo, Rv. 235360; Sez. 5, n. 5504 del 5/12/2005, Rv. 233756).

Tuttavia, la Corte ha specificato che l'inesigibilità non riguarda il distinto obbligo di deposito del bilancio, in quanto quest'ultimo è propriamente una "comunicazione sociale" ed è, pertanto, distinta dalle scritture contabili sulla base delle quali esso è redatto.

Sempre in tema di rapporti tra i fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale ed altri reati, deve segnalarsi un'interessante pronuncia (Sez. 5, n. 572 del 16/11/2016, dep. 2017, Spendolini, Rv. 268600), dettata in un'ipotesi abbastanza peculiare, secondo cui i delitti di ricettazione e riciclaggio riguardanti il provento del reato di bancarotta fraudolenta sono configurabili anche nell'ipotesi di condotte distrattive compiute prima della dichiarazione di fallimento, in tutti i casi in cui tali condotte erano "ab origine" qualificabili come appropriazione indebita ai sensi dell'art. 646 cod. pen., per effetto del rapporto di progressione criminosa esistente fra le fattispecie che comporta l'assorbimento di tale ultimo delitto in quello di cui all'art. 216 L.F. quando il soggetto, a danno della quale l'agente ha realizzato la condotta appropriativa, venga dichiarato fallito.

3.3. Un argomento specifico: bancarotta fraudolenta patrimoniale, rapporti infragruppo e vantaggi compensativi.

Costituisce affermazione ricorrente oramai nella giurisprudenza di legittimità più recente quella secondo cui, in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, qualora il fatto si riferisca a rapporti fra società appartenenti al medesimo gruppo, il reato deve ritenersi insussistente se, operando una valutazione "ex ante", i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi e siano tali da rendere il fatto incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società, tenendo mente al saldo finale positivo dell'operazione infragruppo (cfr., tra le molte, Sez. 5, n. 30333 del 12/1/2016, Falciola, Rv. 267883; Sez. 5, n. 44963 del 27/9/2012, Bozzano, Rv. 254519; Sez. 5, n. 48518 del 6/10/2011, Plebani, Rv. 251536). È il tema dei c. *vantaggi compensativi*, che si ammette, a determinate condizioni, possano far venire meno l'offensività della condotta.

D'altra parte, infatti, è stato pure affermato che, per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo invocando il maturarsi di *vantaggi compensativi*, non è sufficiente allegare la mera partecipazione al gruppo, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la

società controllante, dovendo invece l'interessato dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata (*ex multis,* Sez. 5, n. 46689 del 30/6/2016, Coatti, Rv. 268675; Sez. 5, n. 29036 del 9/5/2012, Cecchi Gori, Rv. 253031).

Su tali basi, nel 2017, la Suprema Corte, con la sentenza Sez. 5, n. 16206 del 2/3/2017, Magno, Rv. 269702, ha confermato il principio secondo cui, in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, la natura distrattiva di un'operazione infra-gruppo può essere esclusa in presenza di vantaggi compensativi che riequilibrino gli effetti immediatamente negativi per la società fallita e neutralizzino gli svantaggi per i creditori sociali, censurando la sentenza impugnata che aveva affermato la natura distrattiva del trasferimento di risorse dalla società fallita ad altre società del gruppo, senza considerare la prospettazione da parte dell'imputato di un evidente vantaggio compensativo per i creditori della fallita conseguente a tale operazione. Nel caso di specie, infatti, si trattava di società debitrice solidale con le società del gruppo verso i medesimi creditori, cosicché il fallimento di una di esse avrebbe comportato l'attivazione della responsabilità solidale della società fallita con l'aggravio di pesantissimi interessi di cui avrebbero subito gli effetti negativi gli stessi creditori individuali della società. La Corte, peraltro, ha anche avuto modo di precisare che non è necessario che gli auspicati vantaggi compensativi si realizzino, al fine di escludere la configurazione del reato di bancarotta patrimoniale; è sufficiente che siano ragionevolmente prevedibili *ex ante*.

Si è, inoltre, ravvisata la bancarotta fraudolenta patrimoniale nella concessione di un pegno su titoli da parte di una società per un debito della controllante a favore di una banca (Sez. 5, n. 30212 del 11/4/2017, Donati, Rv. 270872).

Nel percorso argomentativo seguito, si è precisato che, da un punto di vista giuridico, il collegamento societario ha natura meramente economica e non è idoneo a scalfire l'autonomia della personalità giuridica delle singole società.

Di conseguenza, il trasferimento di risorse da parte di una società in difficoltà economica a favore di un'altra società dello stesso gruppo, anch'essa in difficoltà, senza una "contropartita" che bilanci il trasferimento (c.d. vantaggio compensativo), configura il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Sempre con riferimento al gruppo di società, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che, proprio perché esso non dà vita ad un unitario centro imprenditoriale dotato di una sua propria soggettività, ma costituisce un fenomeno meramente economico, la commissione di più fatti di bancarotta sul patrimonio di tutte le società appartenenti al gruppo, successivamente fallite, ricade sotto l'applicazione dell'istituto della continuazione ex art. 81, comma 2, cod. pen., e non sotto la speciale norma di cui all'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall., sicché è corretta l'irrogazione di un aumento di pena per ogni fatto di bancarotta, ulteriore rispetto a quello più grave punito con la pena base, compiuto ai danni delle diverse società (Sez. 5, n. 6904 del 4/11/2016, dep. 2017, Gandolfi, Rv. 269107).

Sempre in tema di rilevanza dell'organizzazione societaria sui reati di bancarotta, la Corte di Cassazione ha stabilito che, nell'ipotesi di fusione di società per incorporazione, l'amministratore della società incorporante risponde dei fatti di bancarotta della società incorporata, in quanto detta fusione è frutto della scelta degli organi societari delle società partecipanti, tenuti a valutare il complesso dell'operazione anche sotto l'aspetto del rischio derivante dalle condizioni finanziarie negative della società incorporata e la possibilità della società incorporante di farvi fronte per evitare la verificazione dello stato di dissesto: Sez. 5, n. 6904 del 2017, cit., Rv. 269106.

4. L'elemento soggettivo.

Con riferimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, Sez. 5, n. 38396 del 23/6/2017, Sgaramella, Rv. 270763 ha ribadito che, a parte il fatto commesso mediante esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, per il quale è richiesta la sussistenza del dolo specifico rappresentato dallo scopo di recare pregiudizio ai creditori, il reato è caratterizzato dal dolo generico, per integrare il quale non si richiede la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevolezza e la volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte (conforme, tra le molte, da ultimo, anche Sez. U, n. 22474 del 31/3/2016, Passarelli, Rv. 266805).

La novità della sentenza del 2017 in esame risiede principalmente in un'osservazione di tipo processuale, secondo cui la prova dell'elemento soggettivo è collegata all'emersione degli stessi "*indici di fraudolenza*" che connotano l'elemento materiale del reato, rinvenibili, secondo l'esemplificazione della pronuncia, nella disamina del fatto distrattivo o dissipativo alla luce della condizione finanziaria e patrimoniale dell'impresa e della congiuntura economica in cui la condotta pericolosa per le ragioni del ceto creditorio si è realizzata; nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'imprenditore o dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte nei fatti depauperativi; nella "distanza" del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a qualsiasi canone di ragionevolezza imprenditoriale, pur nel rispetto del principio dell'insindacabilità dell'opportunità delle scelte gestorie dell'imprenditore.

Sono importanti anche le affermazioni svolte per porre in relazione elemento soggettivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e natura di pericolo concreto della fattispecie delittuosa.

In tale ottica, il dolo generico del reato consiste nella rappresentazione dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che, in termini di probabilità, la condotta è in grado di determinare, ossia nella pericolosità della condotta stessa, intesa come consapevolezza della sua dannosità rispetto agli interessi del ceto creditorio; detta consapevolezza, inoltre, non può essere separata dalla intrinseca fraudolenza della condotta distrattiva, senza che ciò evochi la categoria del dolo specifico, atteso che la coscienza e volontà di compiere atti di distrazione non richiede affatto il fine specifico di arrecare pregiudizio ai creditori, pur dovendosi verificare comunque che il soggetto agente si prefiguri una situazione di pericolo concreto in tal senso.

Con riferimento, poi, all'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria da operazioni dolose (art. 223, comma 2, n. 2, l. fall.), Sez. 5, n. 15281 del 8/11/2016, dep. 2016, Bottiglieri, Rv. 270046, ritenendo che le operazioni dolose di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, l. fall. possono consistere nel mancato versamento dei contributi previdenziali con carattere di sistematicità, ha ribadito la tradizionale qualificazione della fattispecie come una ipotesi eccezionale di reato "a sfondo preterintenzionale" (cfr. Sez. 5, n. 17690 del 18/02/2010, Cassa Di Risparmio Di Rieti S.p.a., Rv. 247315; si vedano anche Sez. 5, n. 38728 del 03/04/2014, Rampino, Rv. 262207; Sez. 5, n. 2905 del 16/12/1998, Carrino G, Rv. 212613).

Si è riaffermato, pertanto, che l'elemento soggettivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria non comprende la previsione ed accettazione del fallimento, ma solo la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alla finalità dell'impresa e di compiere atti che cagionino, o possano cagionare, danno ai creditori (Sez. 5, n. 35093 del 04/06/2014, P.G. in proc. Sistro, Rv. 261446).

Infine, in relazione al reato di bancarotta fraudolenta documentale, si rammenterà come si sia avuto già modo di precisare che detto reato, previsto dall'art. 216, comma 1, n. 2, l. fall., si configura come una norma alternativa mista, che contempla due diverse tipologie di condotte: da un lato, la sottrazione, la distruzione e la falsificazione dei libri o delle altre scritture contabili; dall'altro, la condotta di irregolare tenuta delle scritture contabili in modo da rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.

Ebbene, rispetto al dolo, nel 2017, la già citata, rilevante sentenza Sez. 5, n. 18634 del 1/2/2017, Autunno, Rv. 269904 ha chiarito che, per la prima tipologia di condotte (la sottrazione, la distruzione e la falsificazione), è richiesto il dolo specifico dello scopo di procurare all'agente o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori; viceversa, per la condotta di irregolare tenuta in modo da rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, è sufficiente la sussistenza del dolo generico.

D'altro canto, il dolo specifico è necessario anche nel caso in cui la condotta di omessa tenuta delle scritture contabili venga configurata come bancarotta fraudolenta documentale e non come bancarotta semplice documentale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 22474 del 31/3/2016, Passarelli, Rv. 266802-266805
Sez. 5, n. 13910 del 8/2/2017, Santoro, Rv. 269388-269389
Sez. U, n. 2 del 25/01/1958, Mezzo, Rv. 098004
Sez. 1, n. 2988 del 2/7/1991, Bianchi, Rv. 187893
Sez. 5, n. 7583 del 6/5/1999, Grossi, Rv. 213646
Sez. 5, n. 46182 del 12/10/2004, Rossi, Rv. 231167
Sez. 1, n. 1825 del 6/11/2006, dep. 2007, Iacobucci, Rv. 235793
Sez. 5, n. 43076 del 18/10/2007, Rizzo, Rv. 237547
Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, Rv. 243585-87
Sez. U, n. 21039 del 27/01/2011, Loy, Rv. 249665-70
Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi, Rv. 261936-43
Sez. 5, n. 32031 del 07/05/2014, Daccò, Rv. 261988
Sez. 5, n. 15613 del 05/12/2014, dep. 2015, Geronzi, Rv. 263800-05
Sez. 5, n. 15850 del 26/06/1990, Bordoni, Rv. 185883
Sez. 5, n. 36088 del 27/09/2006, Corsatto, Rv. 235481
Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi, Rv. 261942
Sez 5, n. 47502 del 24/9/2012, Corvetta, Rv. 253493
Sez. 5, n. 3229 del 14/12/2012, dep. 2013, Rossetto, Rv. 253932
Sez. 5, n. 21846 del 13/02/2014, Bergamaschi, Rv. 260407
Sez. 5, n. 51715 del 5/11/2014, Rebuffo, Rv. 261739
Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, Rv. 243587
Sez. 5, n. 53184 del 12/10/2017, Fontana
Sez. 5, n. 38396 del 23/6/2017, Sgaramella, Rv. 270763
Sez. 5, n. 17819 del 24/3/2017, Palitta, Rv. 269562
Sez. 5, n. 45288 del 11/5/2017, Gianesini, Rv. 271114
Sez. U, n. 19601 del 28/2/2008, Niccoli, Rv. 239398
Sez. 5, n. 9279 del 8/1/2009, Carottini, Rv. 243160
Sez. 5, n. 40404 del 8/5/2009, Melucci, Rv. 245427
Sez. 5, n. 10033 del 19/1/2017, Ioghà, Rv. 269454
Sez. 5, n. 48203 del 10/7/2017, Meluzio, Rv. 271274
Sez. 5, n. 7212 del 26/01/2006, Arcari, Rv. 233604
Sez. 5, n. 39043 del 21/09/2007, Spitoni, Rv. 238212
Sez. 5, n. 8402 del 03/02/2011, Cannavale, Rv. 249721
Sez. 5, n. 28514 del 23/04/2013, Grazioli Gauthier, Rv. 255576
Sez. 5, n. 52077 del 04/11/2014, Lelli, Rv. 261347
Sez. 5, n. 4790 del 20/10/2015, dep. 2016, Budola, Rv. 266025
Sez. 5, n. 35591 del 2076/2017, Fagioli, Rv. 270808
Sez. 5, n. 50081 del 14/9/2017, Zazzini
Sez. 5, n. 44350 del 17/6/2016, Guerri, Rv. 268469
Sez. 5, ord. n. 9427 del 3/11/2011, Cannarozzo, Rv. 251995
Sez. 5, n. 33380 del 18/7/2008, Bottamedi, Rv. 241397

Sez. 5, n. 31677 del 4/4/2017, Amato, Rv. 270866
Sez. 5, n. 14522 del 14/11/2016, dep. 2017, Signori, Rv. 269593
Sez. 5, n. 17792 del 23/2/2017, Rossi, Rv. 269639
Sez. 5, n. 48017 del 10/7/2015, Fenili, Rv. 266311
Sez. 5, n. 5186 del 2/10/2013, dep. 2014, Giamundo, Rv. 260196
Sez. 5, n. 21570 del 16/4/2010, Di Carlo, Rv. 247964
Sez. 5, n. 50836 del 3/11/2016, Barbato, Rv. 268433
Sez. 5, n. 11405 del 12/6/2014, Clerici, Rv. 263056
Sez. 5, n. 46959 del 27/10/2009, Gandolfi, Rv. 245399
Sez. 5, n. 8369 del 27/9/2013, dep. 2014, Azzarello, Rv. 259038
Sez. 5, n. 9435 del 12/6/1984, Kranaver, Rv. 166406
Sez. 5, n. 6967 del 11/5/1981, Cristofari, Rv. 149775
Sez. 5, n. 18634 del 1/2/2017, Autunno, Rv. 269904
Sez. 5, n. 42750 del 16/5/2017, Gaiba, Rv. 271013
Sez. 5, n. 48203 del 10/7/2017, Meluzio, Rv. 271273
Sez. 5, n. 533 del 14/10/2016, dep. 2017, Zaccaria, Rv. 269019
Sez. 5, n. 49992 del 17/7/2017, Vanacore
Sez. 5, n. 24051 del 15/5/2014, Lorenzini, Rv. 260141
Sez. 5, n. 5235 del 8/2/1982, Bernabo, Rv. 153858
Sez. 5, n. 14846 del 28/2/2017, Ilacqua, Rv. 270022
Sez. 5, n. 2809 del 12/11/2014, dep. 2015, Ronchese, Rv. 262589
Sez. 5, n. 49789 del 25/6/2013, Cinquepalmi, Rv. 257829
Sez. 5, n. 13550 del 17/2/2011, D.F., Rv. 250211
Sez. 5, n. 42260 del 8/6/2006, Di Meo, Rv. 235360
Sez. 5, n. 5504 del 5/12/2005, Rv. 233756
Sez. 5, n. 572 del 16/11/2016, dep. 2017, Spendolini, Rv. 268600
Sez. 5, n. 30333 del 12/1/2016, Falciola, Rv. 267883
Sez. 5, n. 44963 del 27/9/2012, Bozzano, Rv. 254519
Sez. 5, n. 48518 del 6/10/2011, Plebani, Rv. 251536
Sez. 5, n. 46689 del 30/6/2016, Coatti, Rv. 268675
Sez. 5, n. 29036 del 9/5/2012, Cecchi Gori, Rv. 253031
Sez. 5, n. 16206 del 2/3/2017, Magno, Rv. 269702
Sez. 5, n. 30212 del 11/4/2017, Donati, Rv. 270872
Sez. 5, n. 6904 del 4/11/2016, dep. 2017, Gandolfi, Rv. 269107
Sez. 5, n. 15281 del 8/11/2016, dep. 2016, Bottiglieri, Rv. 270046
Sez. 5, n. 17690 del 18/02/2010, Cassa Di Risparmio Di Rieti S.p.a., Rv. 247315
Sez. 5, n. 38728 del 03/04/2014, Rampino, Rv. 262207
Sez. 5, n. 2905 del 16/12/1998, Carrino G, Rv. 212613
Sez. 5, n. 35093 del 04/06/2014, P.G. in proc. Sistro, Rv. 261446

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 1085 del 1988
Corte cost., sent. n. 301 del 2005

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

(Paolo Di Geronimo)

SOMMARIO: 1. L'ambito soggettivo di applicazione. – 2. Le dinamiche cautelari. – 3. La partecipazione dell'ente al processo. – 4. *Simultaneus processus* e competenza determinata per connessione. – 5. Utilizzabilità delle intercettazioni svolte a carico degli imputati del reato presupposto. – 6. Prescrizione del reato ed esigenze di accertamento nel giudizio a carico dell'ente. – 7. Reati presupposto ed interesse all'impugnazione. – 8. Vicende modificative e contestazione dell'illecito.

1. L'ambito soggettivo di applicazione.

Le tematiche relative alla responsabilità da reato degli enti, *ex* d.lgs. 8 giugno 2001, n.231, sono state oggetto, nel corso del corrente anno, di interessati pronunce riguardanti sia le problematiche cautelari e della rappresentanza degli enti in giudizio, sia questioni di altra natura, quali, in particolare, i rapporti tra il processo penale e quello a carico degli enti, nonché l'individuazione dei soggetti giuridici nei cui confronti è configurabile la responsabilità in esame.

Con specifico riferimento a quest'ultimo aspetto, va segnalata la sentenza resa da Sez. 6, n. 49056 del 25/07/2017, Loviro s.r.l., che ha affrontato la questione dell'applicabilità del d.lgs. n. 231 del 2001 alle società unipersonali.

Sottolinea la Corte, come l'art.1 del d.lgs. n. 231 del 2001, nell'individuare i destinatari della responsabilità, fa genericamente riferimento agli enti, sintagma che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto non riconducibili alla persona fisica (Sez. 6, n. 30085 del 16/05/2012, Vinci, Rv. 252995; Sez. 6, n. 18941 del 03/03/2004, Soc. Ribera, Rv. 228833), indipendentemente dal conseguimento o meno della personalità giuridica e dallo scopo lucrativo o meno perseguito dagli stessi, come evidenzia in modo inequivoco la specificazione contenuta all'art. 1, comma 2, ove ci si riferisce agli «enti forniti di personalità giuridica ed alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica».

Se, pertanto, il presupposto indefettibile per l'applicazione del diritto sanzionatorio degli enti è l'esistenza di un «soggetto di diritto metaindividuale» (Sez. 6, n. 18941 del 03/03/2004, Soc. Ribera, Rv. 228833), quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, è certamente ascrivibile al novero dei destinatari del d.lgs. n. 231 del 2001 anche la società unipersonale, in quanto soggetto di diritto distinto dalla persona fisica che ne detiene le quote.

È bene precisare che nel caso di società unipersonale si è in presenza di una figura giuridica ben distinta dalla impresa individuale che, a differenza della prima, non prevede alcuna scissione giuridica tra imprenditore e l'attività svolta, con la conseguente inapplicabilità della disciplina sulla responsabilità degli enti.

Proprio per tale ragione, la Corte aveva in precedenza affermato che «La disciplina prevista dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni, anche prive di personalità giuridica, non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli enti collettivi» (Sez. 6, n. 18941 del 03/03/2004, Soc. Ribera, Rv. 228833).

2. Le dinamiche cautelari.

Con sentenza resa da Sez. 6, n. 25761 del 9/2/2017, Vescovi, Rv. 270437, la Corte si è occupata di un interessante aspetto concernente la tematica cautelare che, nonostante i plurimi interventi in materia, non era stato ancora sottoposto all'attenzione della cassazione.

Come noto, il sistema cautelare previsto dalla normativa in esame contempla plurime possibilità per il destinatario della misura di adottare condotte riparatorie, volte sia ad eliminare le conseguenze dannose dell'illecito, che ad improntare la gestione a principi di legalità.

Nella fattispecie esaminata dalla Suprema Corte, si verteva in un'ipotesi in cui era stata disposta la sospensione della misura cautelare per consentire all'ente di provvedere all'adempimento delle prescrizioni previste dall'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001.

A seguito della scadenza del termine, il g.i.p. riteneva inadeguate le condotte riparatorie poste in essere dalla società, sicchè ripristinava la misura cautelare interdittiva ai sensi dell'art. 49, comma 3, d.lgs. cit., anziché concedere un termine di proroga per consentire alla società indagata di completare il programma riparatorio. Secondo l'impostazione difensiva il g.i.p., a fronte della richiesta in tal senso formulata, avrebbe dovuto prorogare il termine, rispondendo tale soluzione ad un'interpretazione costituzionalmente orientata. Si sostiene che a fronte di una condotta riparatoria posta in essere, sia pur in modo ritenuto non esaustivo, la proroga del termine consentirebbe alla società di proseguire nell'adempimento, recependo le necessarie integrazioni, eventualmente indicate dallo stesso giudice.

La Corte ha risolto la questione in merito alla prorogabilità o meno del termine assegnato in occasione della sospensione della misura cautelare partendo dal dato letterale e sottolineando come l'art. 49 d.lgs. n. 231 del 2001 non contempli espressamente la prorogabilità del termine, senza che ciò possa costituire un elemento dirimente per escludere tale facoltà.

Si è affermato, pertanto, che nella procedura di sospensione delle misure cautelari – funzionale a recuperare l'ente alla legalità attraverso la tardiva adozione di un modello organizzativo virtuoso, in grado di ridurre il rischio di commissione dei reati della stessa specie di quello per cui si procede, non è prevista la possibilità per il giudice di concedere una proroga del termine entro cui la società indagata deve porre in essere gli adempimenti di cui all'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001; questo non vuol dire che il giudice non possa concedere una proroga, ma solo che la mancata concessione di un ulteriore termine non può considerarsi una violazione di legge.

Ne consegue che la scelta di prorogare il termine iniziale rientra nella discrezionalità del giudice e può essere legata ad una valutazione fattuale sui tempi necessari alla società per realizzare ovvero per completare le condotte riparatorie, ma si tratta in ogni caso di una scelta insindacabile, anche perché non espressamente prevista, sebbene non possa ritenersi esclusa

Restando in materia cautelare, si segnala la pronuncia resa da Sez. 6, n. 15578 del 29/03/2017, Vescovi s.p.a., intervenuta in merito all'individuazione del momento in cui diviene efficace l'ordinanza cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione.

La questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte concerneva l'esatta interpretazione dell'art. 84 d.lgs. n. 231 del 2001; tale norma prevede che il provvedimento che applica le misure cautelari interdittive va comunicato, a cura della cancelleria del giudice che lo ha adottato, alle autorità che esercitano il controllo o la vigilanza sull'ente.

Nel caso di specie, il provvedimento cautelare era stato comunicato all'Autorità nazionale anti corruzione ed alla Camera di Commercio.

La Cassazione ha ritenuto che tali comunicazioni erano state correttamente effettuate alle suddette autorità, atteso che entrambe svolgono – sia pur a diversi fini – un'attività di controllo sull'ente destinatario della misura cautelare, tuttavia, erroneamente era stata attribuita a tale comunicazione efficacia costitutiva, ancorando all'adempimento formale anche l'inizio del decorso del termine del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione.

Si è rilevato, infatti, che la soluzione adottata dal giudice di merito non è coerente con il disposto di cui agli artt. 48 e 51, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001 che prevedono la decorrenza della misura cautelare dalla data di notifica dell'ordinanza cautelare all'ente, analogamente a quanto previsto per la esecuzione della sanzioni interdittive. La disciplina della misura cautelare appare simmetrica a quella codicistica, per le misure interdittive applicate alle persone fisiche, secondo le precisazioni contenute nella Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231 del 2001. Per maggiore chiarezza, ai fini della esecuzione delle sanzioni interdittive, la richiamata Relazione ribadiva che «la notificazione dell'estratto, nel quale sono indicate le sanzioni interdittive applicate e il loro specifico oggetto, è sufficiente per dare esecuzione alle sanzioni interdittive. Infatti, da un lato, il rappresentante dell'ente, venuto a conoscenza dell'interdizione, sarà passibile in caso di violazione del divieto contenuto in sentenza, delle sanzione penale prevista dall'art. 23. Dall'altro lato, l'iscrizione della sanzione nell'anagrafe nazionale consentirà alle pubbliche amministrazioni ed enti incaricati di pubblico servizio, che debbano avere rapporti con l'ente, di accertarsi della eventuale interdizione. La riforma precisa, infine, il termine iniziale di decorrenza delle sanzioni interdittive (rilevante anche ai fini della sussistenza del reato di violazione delle sanzioni interdittive). Più precisamente, si ha riguardo alla data di notificazione dell'ordinanza».

Da quanto osservato, ne consegue che l'obbligo di comunicazione dei provvedimenti cautelari alle autorità di controllo o di vigilanza, prescritto dall'art. 84 d.lgs. n. 231 del 2001, non ha effetto costitutivo, ma di mera pubblicità-notizia, funzionale all'esercizio di poteri di controllo, salvo restando che ai fini dell'efficacia dell'ordinanza interdittiva cautelare è sufficiente che questa sia stata notificata all'ente, efficacia che rinviene adeguata sanzione – in caso di violazione – nel disposto di cui al richiamato art. 23, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, che estende la sanzione ivi prevista anche alla trasgressione degli obblighi o ai divieti inerenti alla misura.

3. La partecipazione dell'ente al processo.

Le problematiche concernenti le modalità di partecipazione dell'ente al processo sono state in gran parte risolte a seguito della pronuncia resa da Sez. U, n. 33041 del 28/5/2015, Gabrielloni, Rv. 264310, la quale ha chiarito che il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 D.lgs. n. 231 del 2001. Le Sezioni Unite, inoltre, hanno anche precisato che la partecipazione attiva dell'ente al procedimento che lo riguarda è subordinata alla sua previa costituzione, formalità individuata dall'art. 39 D.lgs. n. 231 del 2001 quale mezzo di esternazione della volontà diverso e più articolato di quelli dell'imputato persona fisica, in quanto corrispondente alla struttura complessa di tale figura soggettiva ed idoneo a rendere quanto prima ostensibile l'eventuale conflitto di interessi derivante dall'essere il legale rappresentante indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

Tali principi sono stati ribaditi dalla giurisprudenza successiva senza che siano emersi profili di difformità; piuttosto è da segnalare come le regole individuate da Sez. U Gabrielloni siano alla base di ulteriori evoluzioni.

Se in passato le questioni esaminate concernevano essenzialmente l'ammissibilità delle impugnazioni cautelari proposte da difensori non validamente nominati, sulla base di atti di costituzione difformi rispetto al parametro indicato dall'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001, una recente sentenza ha esaminato la questione inerente la legittimità o meno dell'intero procedimento che si sia svolto nei confronti di un ente che non aveva provveduto ad una valida costituzione e nomina del difensore di fiducia.

La tematica è stata affrontata da Sez. 6, n. 35219 del 28/4/2017, Re, Rv. 270857, la quale ha affermato che «In tema di responsabilità da reato degli enti, la nomina del difensore di fiducia dell'ente da parte del rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto, in violazione del divieto previsto dall'art. 39, d.lgs. n. 231 del 2001, comporta l'inefficacia di tutte le attività svolte dal rappresentante legale incompatibile all'interno del procedimento che riguarda l'ente».

Più in particolare, si è affermato che se il rappresentante dell'ente che versi nella condizione descritta dal su citato art. 39, comma 1, ciò nonostante procede alla nomina del difensore di fiducia dell'ente indagato, l'atto sarebbe, per definizione legislativa, sospetto di essere produttivo di effetti potenzialmente dannosi sul piano delle scelte strategiche della difesa dell'ente che potrebbero trovarsi in rotta di collisione con divergenti strategie della difesa del legale rappresentante indagato.

Ma l'incompatibilità prevista dall'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001, proprio perché prevista a tutela dell'ente, comporta che il giudice investito dell'atto propulsivo della difesa illegittimamente officiata non potrebbe esimersi dal sindacare tale condizione sotto il profilo della ammissibilità.

L'inosservanza del divieto di cui all'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001 produce, quindi, necessariamente conseguenze sul piano processuale, in quanto tutte le attività svolte dal rappresentante "incompatibile" all'interno del procedimento penale che riguarda l'ente devono essere considerate inefficaci (Sez. 6, n. 41398 del 19/06/2009, Caporello, Rv. 244407). Soluzione, questa, la cui riprova emerge dall'art. 43, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, che individua l'unica eccezione al divieto di rappresentanza, in quanto riconosce espressamente l'efficacia delle notifiche eseguite mediante la consegna al legale rappresentante "anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo".

Quanto detto comporta che, a fronte della nomina del difensore da parte del legale rappresentante indagato, il giudice non può rimanere inerte, bensì ha il dovere di rilevare l'incompatibilità ex art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001 dando atto che l'incompatibilità inficia anche l'atto di costituzione dell'ente.

L'ulteriore conseguenza è che l'ente, non essendosi validamente costituito mediante la nomina di un difensore da parte di soggetto che abbia la rappresentanza dell'ente e non versi in condizione di incompatibilità, dovrà essere considerato come contumace, dal che discenderà l'obbligo per il giudice di provvedere alla nomina di un difensore d'ufficio.

Ove tale sequenza procedimentale non venga rispettata, si determinerà l'invalidità dell'intero procedimento svoltosi senza che all'ente, solo apparentemente assistito in giudizio, sia stata garantita la difesa d'ufficio.

4. *Simultaneus processus* e competenza determinata per connessione.

La diretta dipendenza dell'illecito dell'ente dalla commissione di un reato presupposto, ha indotto il legislatore a prevedere, quale regola generale, il principio del *simultaneus processus* prescritto dall'art. 36 d.lgs. 231/01.

In considerazione della comunanza di un nucleo centrale – il fatto di reato – la disciplina processuale dettata per il sottosistema sanzionatorio penale-amministrativo degli enti

richiede necessariamente omogeneità di procedure, da ciò la scelta di attribuire la cognizione dell'illecito amministrativo al giudice penale, nonché la tendenziale congiunta trattazione dei procedimenti riguardanti fatti giuridicamente distinti.

Quanto detto comporta che di norma il giudizio nei confronti dell'imputato e dell'ente è unico, ma al contempo possono sussistere fatti e fasi processuali rispetto alle quali l'autonomia delle due forme di responsabilità potrebbe determinare un'attenuazione della tendenziale unitarietà dell'accertamento.

Tali aspetti che, finora, non avevano dato luogo a dubbi interpretativi, sono stati recentemente portati all'attenzione della cassazione; nella fattispecie sottoposta all'esame della Suprema Corte si è sollevato il dubbio che l'attrazione del processo a carico dell'ente dinanzi al giudice penale competente per i reati contestati alla persona fisica possa incidere negativamente sul principio costituzionale del giudice naturale predeterminato per legge.

La questione è sorta nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto il reato di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di una pluralità di reati fine, alcuni dei quali costituivano anche i reati presupposto della responsabilità dell'ente. Ciò ha determinato una asimmetria, atteso che l'imputazione contestata alle persone fisiche era evidentemente più estesa rispetto alla contestazione rivolta all'ente, circostanza che di per sé non sarebbe stata ostativa alla pacifica applicazione dell'art. 36 d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema si è posto, tuttavia, perché la competenza territoriale è stata determinata in applicazione delle regole sulla connessione, ex art. 16 cod. proc. pen., con attribuzione della cognizione di tutti i reati al giudice competente per la più grave fattispecie associativa che, però, non rientrava tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente.

In buona sostanza, se si fosse dovuto far riferimento al riparto di competenza territoriale fondato esclusivamente sull'individuazione del giudice competente per il reato presupposto, ne sarebbe dovuta conseguire la separazione del procedimento a carico dell'ente. La tesi dei ricorrenti era, infatti, che le regole della competenza per connessione fossero applicabili solo ed esclusivamente nei confronti degli imputati persone fisiche e non avrebbero legittimato l'attrazione della competenza per l'illecito amministrativo.

La tesi non è stata condivisa da Sez. 6, n. 41768 del 13/9/2017, Fitto, Rv. 271284, che, operando una complessiva ricognizione dei principi in tema di *simultaneus processus* ed in ordine ai criteri di riparto della competenza territoriale, ha valorizzato la necessaria unitarietà del procedimento a carico delle persone fisiche e dell'ente.

La Corte è partita dal dato normativo contenuto all'art. 36 d.lgs. n. 231 del 2001, lì dove stabilisce che la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono, affermando che la suddetta norma fa un complessivo rinvio alla disciplina della competenza prevista in ambito penale e, quindi, anche alle ipotesi di competenza determinata per connessione, senza che sia prevista alcuna deroga per tale fattispecie.

Di conseguenza, il giudice penale competente a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente è il medesimo giudice competente per i reati dai quali gli stessi dipendono, anche se la competenza in relazione a questi ultimi discende dai principi in tema di connessione.

Osserva la Corte come la competenza disciplinata dall'art. 36 d.lgs. n. 231 del 2001 è frutto di un'attribuzione "derivata" senza alcun adattamento da quella prevista per i reati presupposto, in quanto l'illecito dell'ente, integrando una fattispecie complessa che presuppone l'accertamento del fatto di reato, necessariamente impone un'interpretazione delle regole in tema di *simultaneus processus* che agevolino il mantenimento dell'unitarietà del giudizio piuttosto che la sua separazione.

Né a conclusioni diverse può giungersi valorizzando il dettato dell'art. 38 d.lgs. n. 231 del 2001 che prevede la separazione dei procedimenti in casi limitati quali la sospensione del procedimento a carico dell'imputato ex art. 71 cod. proc. pen., la definizione del giudizio penale con un rito alternativo, ovvero quando l'osservanza delle disposizioni processuali lo rende necessario.

Quest'ultima previsione concerne le ipotesi in cui, per problematiche di natura processuale, si realizzi uno sfasamento necessario tra i due procedimenti, ma non può certamente ricomprendere anche le vicende attinenti alle modifiche della competenza derivanti dalla connessione. Sottolinea la Corte come il legislatore distingua nettamente tra la disciplina della competenza e quella della riunione o separazione dei procedimenti: la disciplina in tema di competenza, infatti, ha ad oggetto l'individuazione del giudice, inteso come ufficio giudiziario, cui spetta la cognizione del procedimento; la disciplina in tema di riunione e separazione, invece, è diretta a regolare la possibile trattazione unitaria di distinti procedimenti «pendenti nello stesso stato e grado davanti al medesimo giudice», e, pertanto, già rientranti tutti nella competenza del medesimo giudice-ufficio giudiziario.

5. Utilizzabilità delle intercettazioni svolte a carico degli imputati del reato presupposto.

Unitarietà ed autonomia del procedimento penale e di quello amministrativo sono gli aspetti esaminati da Sez. 6, n. 41768 del 13/9/2017, Fitto, Rv. 271286 anche in materia di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche disposte a carico dell'imputato persona fisica, prima ancora che fosse iscritto l'illecito amministrativo dell'ente.

Ove si ritenesse che il procedimento penale e quello a carico dell'ente siano formalmente e sostanzialmente "diversi", ne conseguirebbe l'applicabilità dell'art. 270 cod.proc. pen. ed i conseguenti limiti all'utilizzabilità a carico dell'ente delle intercettazioni svolti in ambito penale.

Tale soluzione non è stata recepita dalla Cassazione che, invece, ha valorizzato i profili che accomunano e rendono tra di loro interdipendenti l'illecito penale e quello amministrativo, per poi utilizzare tale presupposto nell'ambito dei principi elaborati in ordine alla nozione di "stesso procedimento" sulla cui base verificare l'applicabilità o meno del disposto dell'art. 270 cod. proc. pen.

In linea generale, sussiste un consolidato orientamento secondo cui i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per uno dei reati rientranti tra quelli indicati nell'art. 266 cod. proc. pen. sono utilizzabili anche relativamente ad altri reati che emergano dall'attività di captazione, ancorché per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite, purché tra il contenuto dell'originaria notizia di reato alla base dell'autorizzazione e quello dei reati per cui si procede separatamente vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, cosicché il relativo procedimento possa ritenersi non diverso rispetto al primo, ai sensi dell'art. 270, comma primo, cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 45535 del 16/3/2016, Damiani De Paula, Rv. 268453).

Applicando tale principio ai rapporti tra reato presupposto ed illecito ascrivibile all'ente, risulta innegabile l'esistenza di quella stretta connessione oggettiva e probatoria a fronte della quale la cassazione riconosce l'identità del procedimento, anche nelle ipotesi in cui formalmente i procedimenti siano stati separati od, addirittura, non siano mai stati riuniti.

In conclusione, può affermarsi che per il semplice fatto che l'illecito amministrativo presuppone necessariamente la commissione di uno dei reati previsti dal legislatore quale presupposto della responsabilità dell'ente, non potrà in alcun caso trovare applicazione il limite all'utilizzo delle intercettazioni telefoniche previsto dall'art. 270 cod. proc. pen. che, viceversa, presuppone la diversità delle fattispecie oggetto di accertamento. Rispetto

all'ontologico rapporto di dipendenza dell'illecito dell'ente dal reato della persona fisica, le vicende processuali concernenti la riunione e separazione dei procedimenti attengono allo svolgimento dell'iter procedimentale, ma non incidono sulla diversa problematica dell'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche, rispetto alle quali rileva unicamente il fatto che le due forme di illecito non sono suscettibili, per loro natura, di porsi in rapporto di diversità.

6. Prescrizione del reato ed esigenze di accertamento nel giudizio a carico dell'ente.

Uno dei casi in cui l'unitarietà dell'accertamento delle due forme di responsabilità in esame viene meno è sicuramente rappresentata dall'eventualità che per il reato intervenga la prescrizione, senza che analoga fattispecie estintiva maturi anche per l'illecito dell'ente. Si tratta di un'eventualità ricorrente, posto che il d.lgs. n. 231 del 2001 ha previsto per l'illecito dell'ente che la prescrizione si interrompe per effetto della contestazione dell'illecito e non decorre fino al passaggio in giudicato della sentenza, in tal modo adottando un modello improntato sul sistema civilistico della prescrizione, anziché su quello valevole in ambito penale.

Tale rilevante differenza del regime giuridico della prescrizione ha dato luogo a plurime questioni, prima fra tutte quella relativa al dubbio circa la legittimità costituzionale di una simile differenziazione, tanto più ove si consideri che l'illecito dell'ente ed il reato penale sottostanno ad una disciplina tendenzialmente volta ad avvicinare le due forme di responsabilità. Il dubbio di costituzionalità è stato escluso a più riprese dalla Cassazione, essendosi giudicata manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 d.lgs. n. 231 del 2001, per asserito contrasto con gli artt. 3, 24, comma secondo, e 111 Cost., in relazione alla presunta irragionevolezza della disciplina della prescrizione prevista per gli illeciti commessi dall'ente-imputato rispetto a quella prevista per gli imputati-persone fisiche, atteso che la diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità *ex delicto* di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale, giustificano il regime derogatorio della disciplina della prescrizione (in tal senso Sez. 6, n. 28229 del 7/7/2016, Bonomelli, Rv. 267047 ed in senso conforme anche Sez. 6, n. 41768 del 13/9/2017, Fitto, cit.).

A fronte della riconosciuta possibilità che il reato risulti prescritto nel corso dell'accertamento dell'illecito dell'ente, si è posto il problema dell'interferenza del riconoscimento della causa estintiva del reato che, non implicando un compiuto accertamento in ordine alla sussistenza del reato ed alla colpevolezza dell'imputato, evidentemente non fornisce quel dato conoscitivo che è il presupposto per l'affermazione della responsabilità dell'ente.

Tale problematica è stata affrontata da Sez. 6, n. 41768 del 13/9/2017, Fitto, cit. che ha chiarito come la pronuncia della sentenza di prescrizione nei confronti degli imputati persone fisiche da un lato non produce alcun pregiudizio per l'ente, dall'altro non esonera l'accusa dal dimostrare puntualmente l'esistenza del reato presupposto. In buona sostanza, a fronte dell'intervenuta prescrizione del reato, il giudizio in ordine alla responsabilità dell'ente deve ugualmente mirare alla pienezza dell'accertamento della sussistenza – nella componente oggettiva e soggettiva – del reato, con la conseguenza che all'ente va riconosciuta la possibilità di chiedere l'ammissione e produrre prove utili ad escludere o a far ragionevolmente dubitare della sussistenza del fatto di reato quale imprescindibile componente della «fattispecie complessa» da cui discende la responsabilità amministrativa.

Al contempo, per quanto concerne lo standard probatorio richiesto per l'affermazione della responsabilità dell'ente, dovrà necessariamente richiedersi un grado di certezza identico a quello necessario per la pronuncia della sentenza penale di condanna nei confronti dell'imputato, a nulla rilevando che nel giudizio penale l'intervenuta prescrizione rende non più necessario l'accertamento della responsabilità "oltre ogni ragionevole dubbio".

Quanto detto comporta che al verificarsi della fattispecie estintiva del reato, l'autonomia della responsabilità dell'ente determina da un lato la prosecuzione del giudizio a carico di quest'ultimo, ma al contempo impone ugualmente l'applicazione della regola di giudizio contenuta negli artt. 530 e 533 cod. proc. pen., con la conseguenza che l'accertamento in merito alla sussistenza del reato, pur non occorrendo più ai fini penalistici, rimane necessaria dovendosi verificare, in termini di certezza, la sussistenza del reato presupposto della responsabilità dell'ente.

7. Reati presupposto ed interesse all'impugnazione.

Le interrelazioni tra la prescrizione del reato e la perdurante necessità di accertarne la commissione in ordine alla responsabilità dell'ente, sono alla base di interessanti precisazioni in merito all'individuazione dell'interesse a proporre impugnazione.

Tale problematica è stata esaminata Sez. 6, n. 41768 del 13/9/2017, Fitto, cit. con riferimento tanto alla posizione del pubblico ministero che dell'imputato, pervenendo a conclusioni necessariamente divergenti.

In primo luogo si è posta la questione di stabilire se, a fronte di una sentenza di assoluzione nel merito e della sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione, il pubblico ministero abbia o meno l'interesse ad impugnare, al fine di ottenere il riconoscimento della sussistenza del fatto di reato, pur se da ciò non potrà in alcun caso conseguire la condanna dell'imputato, dovendo applicarsi la causa estintiva del reato.

La giurisprudenza formatasi con riferimento all'imputato persona fisica, giudica inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal P.M. avverso una sentenza del giudice di appello di assoluzione con formula "perché il fatto non sussiste" quando, successivamente a tale pronuncia, il reato si estingue per decorso del termine di prescrizione (Sez. 4, n. 23178 del 15/3/2016, P.G. in proc. Tremonti, Rv. 267940). Tale principio, tuttavia, non è stato sempre affermato in termini assoluti essendosi ritenuto che il ricorso del P.M. risulterebbe ammissibile, anche a fronte dell'intervenuta prescrizione, nel caso in cui emerga un interesse concreto del pubblico ministero all'accertamento del fatto (Sez. 5, n. 30939 del 24/6/2010, P.G. in proc. Mangiafico, Rv. 247971).

Valorizzando tale orientamento, Sez. 6, n. 41768 del 13/9/2017, Fitto, cit. ha ritenuto che qualora l'assoluzione concerna il reato presupposto della responsabilità dell'ente, il pubblico ministero vanta un interesse specifico e concreto alla riforma della sentenza assolutoria pur quando ne consegua il riconoscimento dell'intervenuta prescrizione, atteso che la causa estintiva non preclude l'accertamento della responsabilità dell'ente. Il rapporto di necessaria derivazione dell'illecito amministrativo dalla sussistenza di un fatto reato, determina il riconoscimento dell'interesse all'impugnazione da parte del pubblico ministero anche in ipotesi nelle quali ordinariamente tale interesse non sussiste.

Viceversa, ove passasse in giudicato la sentenza assolutoria con la formula "perché il fatto non sussiste", con conseguente esclusione della del reato presupposto, risulterebbe pregiudicato anche il procedimento a carico dell'ente.

Il problema si è posto specularmente anche in relazione alla verifica dell'interesse a proporre l'impugnazione da parte dell'imputato nei cui confronti sia stata pronunciata la sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, in relazione a reato costituente il presupposto della responsabilità amministrativa. Si è ipotizzato, infatti, che l'interesse dell'imputato andrebbe ravvisato non tanto nell'esigenza di ottenere una assoluzione nel merito e, quindi, con formula più favorevole, bensì nel fatto che l'assoluzione, a differenza della prescrizione, potrebbe riverberare effetti favorevoli anche nel giudizio a carico dell'ente.

La questione è stata risolta da Sez. 6, n. 41768 del 13/9/2017, Fitto, cit. nel senso di escludere l'esistenza dell'interesse all'impugnazione da parte dell'imputato, sottolineando come questi non può vantare alcun interesse personale e giuridicamente rilevante rispetto ad una decisione favorevole in capo ad un soggetto giuridico distinto, qual è l'ente.

L'imputato autore del reato presupposto, anche quando sia rappresentante legale e socio della persona giuridica, non è legittimato, né ha interesse ad impugnare il capo della sentenza relativo all'affermazione di responsabilità amministrativa dell'ente, per effetto della limitazione soggettiva a proporre impugnazione prevista dall'art. 71 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 nonché, contestualmente, del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione. Peraltro, un interesse legittimante l'impugnazione non può essere neppure desunto dalle eventuali conseguenze economiche indirette o riflesse che l'imputato potrà subire in considerazione della posizione di socio o di amministratore a seguito dell'irrogazione delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231 del 2001.

La diversificazione delle statuizioni nei confronti dell'imputato e della persona giuridica che possono derivare dalla pronuncia di prescrizione del reato alla quale si contrapponga la condanna dell'ente non è incompatibile con il sistema delle impugnazioni delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001. È pur vero che la disciplina dettata all'art. 72 d.lgs. n. 231 del 2001, contemplando il principio dell'estensione dell'impugnazione, mira a prevenire il contrasto tra giudicati, ma tale eventualità non si verifica nel caso di declaratoria di intervenuta prescrizione del reato presupposto.

A ben vedere, infatti, l'affermazione della prescrizione del reato non preclude l'accertamento incidentale finalizzato alla verifica dell'esistenza del presupposto della responsabilità dell'ente, posto che la prescrizione non implica la formazione di un giudicato sostanziale di natura extra-penale sull'esistenza del fatto.

In conclusione, l'accertamento della prescrizione del reato da un lato non inibisce l'accertamento dell'illecito dell'ente, dall'altro non limita in alcun modo l'oggetto del giudizio nè diminuisce lo standard probatorio richiesto per giungersi alla condanna dell'ente, sicchè appare corretto ritenere che, a fronte della sopravvenienza della causa estintiva del reato, si determini una necessaria scissione del procedimento che si riverbera anche sull'interesse ad impugnare.

8. Vicende modificative e contestazione dell'illecito.

Un ultimo aspetto esaminato da Sez. 6, n. 41768 del 13/9/2017, Fitto, cit., meritevole di segnalazione, riguarda la modalità di contestazione dell'illecito all'ente, nel caso in cui intervengano vicende modificative in corso di procedimento.

La fattispecie demandata all'esame della Corte riguardava un caso in cui l'imputazione era stata originariamente formulata nei confronti dell'ente individuato quale responsabile degli illeciti, nelle more del procedimento era intervenuta la fusione per incorporazione dell'ente e, quindi, il soggetto indicato nell'imputazione era diverso da quello risultante all'esito della trasformazione.

La Cassazione ha escluso la sussistenza della dedotta nullità dell'imputazione, ritenendo che ai fini della compiuta descrizione dell'addebito è valida la contestazione dell'imputazione formulata con riferimento alla società originariamente responsabile dell'illecito, non occorrendo anche l'indicazione dell'ente risultante dalla trasformazione, fusione, incorporazione o scissione.

A tale conclusione la Corte è giunta sottolineando come l'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001 prevede che nel caso di vicende modificative intervenute in corso di giudizio, la sentenza deve essere pronunciata nei confronti egli enti risultanti dalla trasformazione,

fusione o scissione; in ogni caso, al comma 2, si prevede che la sentenza pronunciata nei confronti dell'ente originariamente responsabile ha effetto anche nei confronti dell'ente risultante all'esito della vicenda modificativa, in tal modo ipotizzando necessariamente che l'imputazione sia rimasta immutata anche a seguito della trasformazione dell'ente.

La funzione dell'individuazione dell'autore dell'illecito nel capo di imputazione assolve all'esigenza di fornire una corretta descrizione del fatto con la conseguente ascrizione di responsabilità; le modifiche societarie che dovessero riguardare l'autore dell'illecito individuato nell'imputazione non ingenerano alcun tipo di incertezza rispetto al fatto illecito oggetto di accertamento, sicchè deve escludersi qualsivoglia ipotesi di nullità.

All'esito della vicenda modificativa, invero, l'unica esigenza che si pone è quella di garantire all'ente che subentra nella responsabilità per l'illecito amministrativo di poter partecipare al procedimento. Tale esigenza è stata colta dalla Cassazione che, infatti, ha precisato che nei confronti dell'ente risultante dalla trasformazione, fusione o scissione rileva unicamente la corretta instaurazione del contraddittorio, attraverso la regolare citazione a giudizio contenente le ragioni da cui inferire il titolo di responsabilità.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 18941 del 03/03/2004, Soc. Ribera, Rv. 228833
Sez. 6, n. 41398 del 19/06/2009, Caporello, Rv. 244407
Sez. 5, n. 30939 del 24/6/2010, P.G. in proc. Mangiafico, Rv. 247971
Sez. 6, n. 30085 del 16/05/2012, Vinci, Rv. 252995
Sez. U, n. 33041 del 28/5/2015, Gabrielloni, Rv. 264310
Sez. 5, n. 45535 del 16/3/2016, Damiani De Paula, Rv. 268453
Sez. 4, n. 23178 del 15/3/2016, P.G. in proc.Tremonti, Rv. 267940
Sez. 6, n. 28229 del 7/7/2016, Bonomelli, Rv. 267047
Sez. 6, n. 25761 del 9/2/2017, Vescovi, Rv. 270437
Sez. 6, n. 15578 del 29/03/2017, Vescovi s.p.a.
Sez. 6, n. 35219 del 28/4/2017, Re, Rv. 270857
Sez. 6, n. 49056 del 25/07/2017, P.G. in proc. Loviro s.r.l.
Sez. 6, n. 41768 del 13/9/2017, Fitto, Rv. 271278-89

CAPITOLO III

I REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI E FIGURE AFFINI

(Paolo Di Geronimo)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I criteri distintivi tra le due ipotesi di turbativa. – 3. Il bene giuridico tutelato. – 4. L'ambito oggettivo di applicabilità dell'art. 353-*bis* cod. pen. - 5. Il concorso con altre fattispecie di reato.

1. Premessa.

In tema di reati contro la pubblica amministrazione, un ruolo specifico è assegnato a quelle fattispecie penali che mirano a garantire la correttezza dei rapporti di natura contrattuale che si instaurano a seguito dell'indizione di forme di scelta del contraente improntante ai parametri di imparzialità nella selezione tra i concorrenti.

Nell'impostazione codicistica originaria, tale funzione era assolta essenzialmente dal reato di turbata libertà degli incanti, previsto dall'art. 353 cod. pen., in relazione al quale si è formata una ampia giurisprudenza di legittimità, improntata alla massima estensione dell'ipotesi delittuosa.

A seguito dell'introduzione dell'art. 353-*bis* cod. pen. - per effetto dell'art. 10 l. 13 agosto 2010, n. 136 – il quadro normativo è significativamente mutato, essendosi prevista una fattispecie che esordisce con la clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato", per poi descrivere condotte che per definizione si pongono a monte di quelle già costituenti reato ex art. 353 cod. pen..

In buona sostanza, il legislatore ha inteso allargare l'area dell'illecito penale relativamente non solo alla fase di "gara" vera e propria, ma anche a quelle fasi propedeutiche alla scelta del contraente, di per sé idonee a predeterminare l'esito della gara, senza che sia neppure necessario un intervento illecito nella fase di svolgimento della procedura di scelta del contraente.

Nel compiere tale operazione estensiva dell'area del penalmente rilevante, il legislatore ha previsto per il nuovo reato il medesimo trattamento sanzionatorio dell'art. 353 cod. pen., sicché entrambi gli illeciti sono puniti con la pena da sei mesi a cinque anni di reclusione, oltre alla pena pecuniaria. Tale scelta è significativa della valutazione compiuta dal legislatore che, evidentemente, ha attribuito ai reati di turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente la medesima gravità, sul presupposto che il condizionamento del regolare svolgimento della procedura di aggiudicazione può assurgere allo stesso grado di offensività, sia che intervenga prima che dopo la fase di gara vera e propria.

A fronte della *ratio*, ampiamente condivisibile, sottesa all'introduzione dell'art. 353-*bis* cod. pen., l'elaborazione giurisprudenziale si è dovuta confrontare con la non sempre agevole ricostruzione dei rapporti tra la nuova norma incriminatrice e la tradizionale figura della turbativa d'asta. Si è resa necessaria l'esatta delimitazione delle condotte integranti alternativamente l'una piuttosto che l'altra fattispecie di reato, operazione non sempre agevole stante l'evidente contiguità dei fatti sanzionati.

Nel corso del corrente anno sono intervenute alcune rilevanti pronunce della Sesta sezione che hanno fornito utili indicazioni ermeneutiche, procedendo in primo luogo ad individuare l'ambito applicativo dell'art. 353 cod. pen., per poi ritagliare le condotte che, prima dell'introduzione del reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, ricadevano al di fuori del perimetro del penalmente illecito.

Tale approfondimento ha consentito anche di vagliare l'aspetto relativo al bene giuridico tutelato, nonché ai rapporti delle figure delittuose in esame con i più gravi reati di natura corruttiva che, nella pratica, sovente si accompagnano alla turbativa, realizzando quella convergente volontà del privato e del pubblico amministratore tesa a perseguire non già l'interesse pubblicistico sotteso alla scelta del contraente, bensì l'interesse del privato ad aggiudicarsi contratti con la pubblica amministrazione.

2. I criteri distintivi tra le due ipotesi di turbativa.

Il reato di turbata libertà degli incanti integra una tipica fattispecie a condotta multipla, potendo realizzarsi nel caso di impedimento o di mera turbativa della gara, mediante violenza, minaccia, promesse o dazioni indebite, collusioni o mezzi fraudolenti di altro genere; inoltre, la fattispecie si realizza anche nel caso in cui l'azione illecita sia rivolta esclusivamente nei confronti dei potenziali concorrenti determinandone l'allontanamento e, quindi, eliminando il profilo concorrenziale che costituisce un presupposto per l'ottenimento del risultato maggiormente conveniente, quale frutto della contrapposizione tra i diversi offerenti.

Nell'ambito della complessa struttura del reato, Sez. 6, n. 653 del 14/10/2016, dep. 2017, Venturini, Rv. 269525, si è occupata della distinzione rispetto al reato di cui all'art. 353-*bis*, cod. pen., con specifico riguardo alla qualificazione delle condotte di "turbamento" che si realizzino prima della indizione della gara.

In particolare, si è posto l'interrogativo se l'adozione del bando di gara possa o meno costituire l'elemento temporale di discrimine tra le due fattispecie di reato in esame; si era prospettato, infatti, che le condotte illecite volte a condizionare l'esito della gara poste in essere pima del bando andrebbero ricondotte nell'art. 353-*bis* cod. pen., mentre quelle successive verrebbero attratte alla tradizionale figura della turbata libertà degli incanti. Posto che i due reati sono puniti con la medesima pena, l'esatta delimitazione dei rispettivi ambiti applicativi è rilevante non solo per la corretta qualificazione giuridica del fatto, ma soprattutto ai fini dell'individuazione della norma incriminatrice applicabile *ratione temporis* alle fattispecie commesse prima dell'entrata in vigore dell'art. 353-*bis* cod. pen.

Nell'esaminare tale problematica, la citata sentenza ha preso spunto dalla natura di reato di pericolo dell'illecito previsto dall'art. 353 cod. pen., precisando come non necessariamente dalla condotta debba conseguire l'effettivo turbamento dell'esito della gara pubblica.

Il reato, infatti, richiede l'indizione – anche in epoca successiva rispetto alla turbativa – di una gara, termine con il quale si fa generico riferimento alle più disparate forme di selezione del contraente conosciute in ambito amministrativo, sicchè è necessario che un bando di gara o, comunque, un atto ad esso equipollente sia stato adottato. In mancanza di tale atto presupposto, infatti, verrebbe a mancare il comportamento idoneo a provocare la lesione del principio della libera concorrenza che la norma penale intende tutelare a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione.

In tal senso, del resto, si è espressa concordemente la giurisprudenza, affermando che il reato di turbata libertà degli incanti – a differenza della fattispecie prevista dall'art. 353-*bis* cod. pen. - non è configurabile, neanche nella forma del tentativo, prima che la procedura di gara abbia avuto inizio (e cioè prima della pubblicazione del relativo bando), dovendosi ritenere carente in tale situazione il presupposto oggettivo per la realizzazione delle condotte previste dalla norma incriminatrice (Sez. 5, n. 25091 del 16/06/2016, Annese, Rv. 267324).

Ne consegue che l'indizione della gara non costituisce il presupposto storico della condotta materiale (ovvero l'antecedente della stessa) del reato di cui all'art. 353 cod. pen., quanto piuttosto il presupposto per l'esistenza stessa del reato, venendo meno, in mancan-

za della gara, l'offensività del comportamento dell'agente. L'apertura della gara quindi è un elemento costitutivo del reato e si colloca, per tutti i casi riferibili a condotte realizzate solo prima di essa, quale ultimo atto che perfeziona il delitto di cui all'art. 353 cod. pen.

L'affermazione è dirimente nel senso che le condotte volte a turbare l'esito del procedimento di scelta del contraente, pur se poste in essere prima ancora dell'indizione della gara, rientrano nella fattispecie di turbativa d'asta di cui all'art. 353 cod. pen. qualora successivamente la gara venga effettivamente indetta e, pertanto, non confluiscono nella nuova ipotesi di reato introdotta all'art. 353-*bis* cod. pen.

Aggiunge la Corte che sarebbe privo di logicità sottrarre dall'area di applicazione dall'art. 353 cod. pen. proprio quelle condotte, che minando la regolarità della gara, fin dalla fase precoce della individuazione dei relativi requisiti per la partecipazione, determinino un'evidente compressione del bene protetto dalla norma.

In tal modo, viene sostanzialmente ribadita l'elaborazione giurisprudenziale che, prima dell'introduzione dell'art. 353-*bis* cod. pen., aveva ritenuto indifferente il momento dell'*iter* procedimentale in cui la turbativa veniva a realizzarsi, avendo rilievo soltanto l'offensività del comportamento posto in essere rispetto al bene tutelato dalla norma penale (Sez. 6, n. 9845 del 16/04/1991, Sciuto, Rv. 188415; Sez. 6, n. 4293 del 19/01/2000, Virgili, Rv. 220515; Sez. 6, n. 25705 del 21/03/2003, Salamone, Rv. 225934; Sez. 6, n. 4185 del 13/01/2005, Cadeddu, Rv. 230906). Secondo questo orientamento, quindi, ben poteva la turbativa verificarsi anche nella procedura che precede la gara (Sez. 6, n. 25705 del 21/03/2003, Salamone, Rv. 225934; Sez. 6, n. 15506 del 08/04/2008, Graziano) attraverso condotte volte ad influenzarne o alterarne il risultato (Sez. 6, n. 11984 del 24/10/1997, Todini, Rv. 209491).

Sulla base di tale impostazione, si è escluso che la distinzione tra la turbativa d'asta e la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente possa fondarsi sull'avvenuta adozione o meno del bando di gara. La Cassazione, infatti, ha affermato che «In tema di turbata libertà degli incanti, la turbativa illecita di cui all'art. 353 cod. pen. può essere realizzata anche nella procedura che precede la indizione della gara, purché essa abbia idoneità ad alternarne il risultato finale. (Fattispecie relativa a comportamenti strumentali a minare la regolarità delle gare, fin dalle fasi finalizzate alla individuazione dei relativi requisiti per la partecipazione)» (Sez. 6, n. 653 del 14/10/2016, dep. 2017, Venturini, Rv. 269525).

In motivazione, si è precisato come l'art. 353-*bis* cod. pen. ha la chiara funzione di anticipare la tutela penale in quelle situazioni in cui il turbamento, manifestatosi con l'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando (o di atto equipollente) della gara, non determini alcuna lesione, neppure potenziale, alla gara stessa e resti pertanto al di fuori del perimetro dell'area di applicazione dell'art. 353 cod. pen.: il che si verifica solo qualora la gara non sia, per qualsiasi causa, indetta o il bando non si presenti in concreto influenzato dai comportamenti contestati a produrre la turbativa della gara.

Peraltro, tale soluzione trova conforto anche in una precedente sentenza conforme, secondo cui «In tema di turbata libertà degli incanti, integrano il reato previsto dall'art. 353 cod. pen. i comportamenti manipolatori che incidono sulla formazione di un bando di gara poi adottato, non rilevando che essi siano stati commessi prima dell'art. 353-*bis* cod. pen., atteso che in quest'ultima fattispecie incriminarice rientrano, invece, le condotte manipolatorie del procedimento non seguite dalla emissione del bando e quelle di manipolazione dell'*iter* procedurale che non abbiano, tuttavia, influenzato la legittimità del bando poi adottato» (Sez. 6, n. 6259 del 27/01/2016 , Bellinazzo, Rv. 266313).

A conclusioni simili è giunta anche Sez. 6, n. 13431 del 16/02/2017, Imperadore, Rv. 269384, che esaminando i rapporti tra l'art. 353 e 353-*bis* cod. pen., ha distinto a seconda del momento di operatività della tutela apprestata dalle due disposizioni, che, nell'un

caso (art. 353 cod. pen.) richiede l'esistenza di una gara, comunque denominata; laddove, nell'altro caso (art. 353-*bis* cod. pen.), esso viene anticipato nel tempo – quando un bando (o altro atto equivalente) non sia stato adottato, anche ove la relativa procedura sia stata avviata senza essere però approdata al suo esito finale – nella consapevolezza che gli interessi meritevoli di tutela possono essere lesi non solo da condotte successive ad un bando il cui contenuto sia stato determinato nel pieno rispetto della legalità, ma anche da comportamenti precedenti, in grado di avere influenza sulla formazione di detto contenuto.

3. Il bene giuridico tutelato.

La giurisprudenza esaminata si segnala anche in riferimento all'individuazione del bene giuridico tutelato dalle norme in questione, in relazione al quale le posizioni non sono esattamente conformi.

Secondo, Sez. 6, n. 653 del 14/10/2016, dep. 2017, Venturini, Rv. 269525, gli artt. 353 e 353-*bis* cod. pen. non tutelano lo stesso bene giuridico e ciò spiegherebbe anche la ragione dell'identico trattamento sanzionatorio.

Per giungere a tale conclusione si è sostenuto che la clausola di riserva (e il trattamento sanzionatorio equiparato a quello previsto dall'art. 353 cod. pen.) fa comprendere la scelta del legislatore di aver voluto sanzionare nell'ambito della nuova fattispecie solo quelle condotte che, pur caratterizzate da connotati di concreta e allarmante pericolosità per l'attività della P.A., non siano riconducibili nel perimetro dell'art. 353 cod. pen. e in concreto in nessuna delle fattispecie previste a tutela della attività della P.A. (si pensi all'esempio indicato dalla dottrina del pubblico ufficiale, percettore di utilità, che al di fuori di qualsiasi intesa corruttiva, ma a seguito di blandizie ricevute, raccomandi agli uffici competenti di concepire la sequenza di gara in guisa da favorire il suo "protetto") ovvero in quelle punite in modo meno grave.

La sentenza in esame, ribadisce pertanto che il reato di turbativa d'asta tutela la libertà di iniziativa economica, attraverso la quale si realizza 'interesse della P.A. alla individuazione del contraente più competente alle condizioni economiche migliori.

Il reato di cui all'art. 353-*bis* cod. pen., invece, è caratterizzato da una duplice offensività: la fattispecie si configura, per un verso, come reato a consumazione anticipata in cui non ha rilevanza l'accertamento in concreto della pericolosità della condotta rispetto al bene giuridico della libertà di concorrenza, avendo il legislatore, secondo regole di esperienza, ritenuto di punire determinati comportamenti, tassativamente indicati e connotati da notevole allarme sociale (e spesso connessi a fenomeni di tipo mafioso, come dimostra la stessa legge che ha introdotto la nuova fattispecie, dedicata ad interventi contro la criminalità organizzata), volti a condizionare la scelta del contraente da parte della P.A.; sotto altro verso, la stessa fattispecie mira a salvaguardare, in modo specifico (ancorché residuale), lo speciale procedimento amministrativo formativo del bando di gara (e quindi il buon andamento della pubblica amministrazione) da situazioni di pericolo normativamente tipizzate (violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o mezzi fraudolenti).

Per completezza, è opportuno segnalare anche Sez. 6, n. 28266 del 10/05/2017, Barbieri, Rv. 270321, che con specifico riferimento al solo reato di cui all'art. 353 cod. pen., ha affermato che «Nel delitto di turbata libertà degli incanti unico soggetto passivo titolare dell'interesse protetto è la P.A., atteso che il bene giuridico tutelato va individuato nel solo interesse di quest'ultima al regolare svolgimento delle procedure di gara secondo regole concorrenziali, con la conseguenza che il privato che assume di essere danneggiato dal reato non è legittimato a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione». Secondo tale impostazione, pertanto, la turbativa d'asta mira esclusivamente a tutelare l'interesse alla

corretta ed imparziale scelta del contraente, sicchè la tutela della libertà di iniziativa economica risulterebbe tutelata in via meramente indiretta e mediata, in quanto presupposto per il corretto svolgimento dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Con specifico riguardo ai rapporti tra le due fattispecie di turbativa in esame, propende per l'identità del bene giuridico tutelato Sez. 6, n. 13431 del 16/02/2017, Imperadore, Rv. 269384, che evidenziando la collocazione sistematica dell'art. 353-*bis* cod. pen., ha sottolineato come quest'ultima fattispecie incriminatrice tutela il medesimo bene giuridico oggetto della fattispecie di cui all'art. 353 cod. pen., poiché anche in questo caso la norma è diretta a colpire i comportamenti che, incidendo illecitamente sulla libera dialettica economica, mettono a repentaglio l'interesse della P.A. di poter contrarre con il miglior offerente.

4. L'ambito oggettivo di applicabilità dell'art. 353-*bis* cod. pen..

Al fine di circoscrivere ulteriormente i rispettivi ambiti di applicabilità della turbata libertà degli incanti e della turbativa nella scelta del contraente, vanno segnalate le considerazioni svolte da Sez. 6, n. 13431 del 16/02/2017, Imperadore, Rv. 269384, secondo la quale «Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-*bis* cod. pen., è configurabile in relazione ad ogni atto che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, rientrando nella nozione di "atto equipollente" del bando di gara anche la deliberazione a contrarre, qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, ma l'affidamento diretto ad un determinato soggetto».

In motivazione, la Corte ha precisato che l'art. 353-*bis* cod. pen. non circoscrive affatto il novero delle procedure tutelate, laddove l'art. 353 le indica specificamente nei pubblici incanti e nelle licitazioni private (ferma restando la consolidata interpretazione, nel senso della sufficienza della presenza di una gara, comunque denominata). Il reato previsto dall'art. 353-*bis* cod. pen., stando alla lettera della norma, si riferisce al «contenuto del bando o di altro atto equipollente», dovendosi intendere per tale ogni atto che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, venendo così in considerazione, sulla scorta di un'interpretazione di segno ampio, pienamente conforme alla *ratio legis*, anche la deliberazione a contrarre qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, bensì l'affidamento diretto ad un determinato soggetto economico. Pertanto, nella nozione di "atto equipollente" di cui alla norma in esame, rientra qualunque provvedimento alternativo al bando di gara, adottato per la scelta del contraente, ivi inclusi, pertanto, quelli statuenti l'affidamento diretto (in senso conforme si era già espressa Sez. 6, n. 1 del 02/12/2014, dep. 2015, Pedrotti, Rv. 262917).

5. Il concorso con altre fattispecie di reato.

Le ipotesi di reato attinenti al procedimento di scelta ed all'aggiudicazione del contraente nei contratti con la pubblica amministrazione pone necessariamente il problema dell'eventuale concorso con le fattispecie corruttive.

È intuitivo come l'agevolazione di un privato da parte del pubblico agente, da un lato risponde all'interesse del primo ad essere indebitamente avvantaggiato rispetto ai concorrenti, dall'altro vi si contrappone l'interesse del secondo ad ottenere una qualche forma di remunerazione per la violazione del principio di imparzialità e legalità nell'azione amministrativa.

La giurisprudenza, anche con recenti pronunce, ha costantemente riconosciuto la possibilità del concorso del reato di cui all'art. 353 cod. pen. con quello di corruzione previsto dall'art. 319 cod. pen.

Secondo Sez. 6, n. 17586 del 28/02/2017, Pastore, Rv. 269830, «È configurabile il concorso formale tra il reato di corruzione e quello di turbata libertà degli incanti atteso che tali fattispecie criminose tutelano differenti beni giuridici: il primo protegge l'interesse dell'Amministrazione alla fedeltà e all'onestà dei funzionari e, dunque, i principi di corretto funzionamento, buon andamento e imparzialità nell'amministrazione della cosa pubblica; il secondo protegge la libertà di partecipazione alla gara e la regolarità formale e sostanziale del suo svolgimento».

In motivazione, la Corte ha precisato che la norma incriminatrice di cui all'art. 319 cod. pen. non esaurisce l'intero disvalore del fatto e non assorbe in sé anche il profilo relativo alla turbata libertà della gara. L'opzione interpretativa secondo cui la dazione di un'utilità illecita per l'attività materiale di turbativa integrerebbe unicamente il reato di cui all'art. 353 cod. pen., trascura, da un lato, che anche il compimento di atti materiali può essere oggetto del patto corruttivo e, dall'altro, che è presente nel sistema un significativo riferimento normativo a supporto della soluzione favorevole al concorso di reati.

L'art. 319-*bis* cod. pen., infatti, prevede una aggravante speciale per il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio se il fatto «ha per oggetto [...] la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene [...]». In considerazione di questo dato, non può non rilevarsi la scarsa plausibilità, da un punto di vista della coerenza del sistema, di un'opzione ermeneutica per effetto della quale il legislatore prevedrebbe una pena più severa per la specifica ipotesi di corruzione avente ad oggetto la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione a cui il pubblico ufficiale appartiene, e, però, per l'ipotesi in cui l'illecita dazione costituisca il compenso al pubblico agente per interferire o aver interferito nella procedura relativa a quelli che tra questi contratti sono preceduti da una gara pubblica, e che, generalmente, sono di maggior importanza economica, ritaglierebbe una sotto-fattispecie sottoposta alla di gran lunga più lieve disciplina sanzionatoria di cui all'art. 353 cod. pen.

Non risultano pronunce che abbiano espressamente esaminato la tematica del concorso tra il reato di corruzione e quello di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

Invero, se si ritiene che l'illecito di cui all'art. 353-*bis* cod. pen. tutela il medesimo bene giuridico del reato di turbativa d'asta e che le due fattispecie sono sostanzialmente complementari tra di loro, non dovrebbero sussistere fondate obiezioni per escludere che il principio affermato dalla citata sentenza sia estensibile anche al concorso tra i reati di cui all'art. 353-*bis* e 319 cod. pen.

Tuttavia, tale soluzione non pare favorevolmente recepita da Sez. 6, n. 653 del 14/10/2016, dep. 2017, Venturini, Rv. 269525, che pur non essendo chiamata a pronunciarsi su tale aspetto, ha ritenuto che la clausola di riserva apposta all'art. 353-*bis* cod. pen. determinerebbe l'esclusione della possibilità del concorso tra tale reato ed ulteriore fattispecie di reati contro la pubblica amministrazione. A titolo di esempio, la Corte ha indicato il caso del pubblico ufficiale, percettore di utilità, che al di fuori di qualsiasi intesa «corruttiva», ma a seguito di blandizie ricevute, raccomandi agli uffici competenti di concepire la sequenza di gara in modo da favorire il suo "protetto". Seguendo l'impostazione della citata pronuncia, in siffatta situazione sarebbe configurabile la fattispecie residuale prevista dall'art. 353-*bis* cod. pen., in quanto mancherebbe l'accordo corruttivo che costituisce il presupposto per il più grave reato di cui all'art. 319 cod. pen. che, invece, ove configurabile sarebbe destinato ad assorbire il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, in quanto ipotesi meno grave.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 9845 del 16/04/1991, Sciuto, Rv. 188415
Sez. 6, n. 11984 del 24/10/1997, Todini, Rv. 209491
Sez. 6, n. 4293 del 19/01/2000, Virgili, Rv. 220515
Sez. 6, n. 25705 del 21/03/2003, Salamone, Rv. 225934
Sez. 6, n. 4185 del 13/01/2005, Cadeddu, Rv. 230906
Sez. 6, n. 15506 del 08/04/2008, Graziano
Sez. 6, n. 1 del 02/12/2014, dep. 2015, Pedrotti, Rv. 262917
Sez. 6, n. 6259 del 27/01/2016 , Bellinazzo, Rv. 266313
Sez. 5, n. 25091 del 16/06/2016, Annese, Rv. 267324
Sez. 6, n. 653 del 14/10/2016, dep. 2017, Venturini, Rv. 269525
Sez. 6, n. 13431 del 16/02/2017, Imperadore, Rv. 269384
Sez. 6, n. 17586 del 28/02/2017, Pastore, Rv. 269830
Sez. 6, n. 28266 del 10/05/2017, Barbieri, Rv. 270321

CAPITOLO IV

GIUDICE PENALE ED ATTO AMMINISTRATIVO

(Maria Cristina Amoroso)

SOMMARIO: 1. Premessa: il rapporto tra il giudice penale e l'atto amministrativo. – 2. La disapplicazione dell'atto amministrativo nei reati edilizi. – 2.1. Le Sezioni Unite "Giordano". – 2.2. Le Sezioni Unite "Borgia". – 2.3. Il dibattito giurisprudenziale: Il filone minoritario. – 2.4. (Segue). Il filone maggioritario. – 2.5. Le pronunce di legittimità del 2017. – 3. Giudice penale e giudicato amministrativo. – 3.1 Le pronunce di legittimità del 2017. – 4. I limiti del sindacato penale sui vizi amministrativi. L'abuso d'ufficio. – 4.1. Le pronunce di legittimità del 2017. – 5. I provvedimenti amministrativi di pubblica sicurezza presupposto della fattispecie penale. – 5.1. Il Daspo.

1. Premessa: il rapporto tra il giudice penale e l'atto amministrativo.

La tematica del rapporto tra giudice penale ed atto amministrativo è stata, ed è, una delle questioni maggiormente dibattute in dottrina ed in giurisprudenza, non solo per l'oggettiva complessità di tratteggiare in maniera immutabile un rapporto che risente dell'influenza dei due diversi ordinamenti, amministrativo e penale, ma anche per la delicatezza di individuare confini rispettosi dei principi costituzionalmente garantiti della separazione dei poteri e della effettività della tutela giurisdizionale.

La cognizione del giudice penale sull'atto amministrativo è un'evenienza tutt'altro che rara: spesso le fattispecie penali richiamano, in via esplicita o implicita, atti amministrativi che contribuiscono a delineare il precetto sanzionato, esprimendo la regola di condotta materiale del reato (si pensi all'art. 650 cod. pen.) o costituiscono il presupposto positivo o negativo della condotta incriminata.

Accade, inoltre, di frequente, che il legislatore subordini la tipicità della fattispecie alla violazione di un provvedimento amministrativo avente funzione restrittiva o specificativa della condotta vietata; o che preveda, quale antecedente logico giuridico della condotta, l'assenza di un provvedimento amministrativo.

Non mancano ipotesi in cui l'atto della pubblica amministrazione, pur non esprimendo la regola di condotta, concorre a descriverne le modalità – si pensi ai casi del peculato (art. 314 cod. pen.), della concussione (art. 317 cod. pen.), della corruzione (artt. 318 e 319 cod. pen.), e dell'abuso di ufficio (art. 323 cod. pen.); e casi in cui l'atto amministrativo costituisce causa estintiva del reato (si pensi alla intervenuta concessione edilizia in sanatoria o al condono) o condizione di procedibilità (si pensi all'autorizzazione a procedere del Ministro della Giustizia).

La frequente interferenza tra provvedimento dell'amministrazione e fattispecie penale ha reso, quindi, ineludibile una meditata analisi del percorso della giurisprudenza di legittimità in merito ai poteri del giudice penale in relazione all'atto amministrativo, che ha portato a risultati interpretativi consolidati su molti dei temi esplorati.

Pietre miliari di questo percorso sono le decisioni delle Sezione Unite "Giordano" e "Borgia", cui fanno costante riferimento le decisioni contemporanee, a testimonianza della straordinaria attualità di ricostruzioni rese ormai più di vent'anni fa.

Le due sentenze hanno tracciato le fondamentali linee guida di interpretazione del rapporto tra giudice penale ed atto amministrativo, delineando lo stato dell'attuale panorama giurisprudenziale, ed anche, per certi versi, determinandone le criticità poiché, come verrà chiarito, tali decisioni erano, in parte, confliggenti.

La presente rassegna avrà, quindi, come *incipit* l'analisi della giurisprudenza elaborata in relazione ai reati edilizi, non solo perché questo è stato l'ambito in cui sono intervenute le due decisioni delle Sezioni Unite citate, ma anche perché è il settore in cui ancora si registrano minoritari – ma persistenti – filoni interpretativi che si contrappongono a quelli maggioritari; proseguirà, poi, descrivendo come è stato ricostruito il rapporto tra giudice penale ed atto amministrativo nel reato d'abuso d'ufficio e verificando quale sia il *quantum* di potere esercitabile dal giudice penale rispetto ai provvedimenti amministrativi di pubblica sicurezza incidenti sulla libertà personale assunti a presupposto della condotta incriminata.

2. La disapplicazione dell'atto amministrativo nei reati edilizi.

Il tema dei rapporti tra giudice penale ed atto amministrativo è stato storicamente analizzato facendo ricorso alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo (Legge 20 marzo 1865, n. 2248) che, come noto, nel tratteggiare il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e autorità amministrativa, individuava i limiti esterni ed interni dei poteri di cognizione del giudice ordinario.

Per lungo tempo si è sostenuto che le previsioni degli articoli 4 e 5 dell'allegato E della L.A.C., unitamente all'art. 1, attribuissero al giudice penale il potere-dovere di neutralizzare (*tamquam non esset*) gli effetti prodotti dell'atto illegittimo, sia pure limitatamente alla singola vicenda che era chiamato a dirimere (c.d. *cognitio incidenter tantum*).

Tali articoli, in particolare, stabilivano che in caso di controversie avente ad oggetto "un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, e in ogni altro caso in cui, ai sensi dell'art. 2, la cognizione generale" spettava al giudice ordinario, questi aveva il compito di "applicare gli atti amministrativi solo se conformi alle leggi".

La lettura solo apparentemente lineare delle norme in questione diede vita ad un serrato dibattito sui limiti della citata disapplicazione, in cui si svilupparono in dottrina differenti opinioni: da un lato vi era chi riteneva che tale potere fosse esercitabile nella sola ipotesi in cui l'agire amministrativo avesse inciso su diritti soggettivi, dall'altro si sosteneva che tale potere avesse portata generalizzata e che, pertanto, fosse esercitabile anche nel caso di coinvolgimento di interessi legittimi.

Non vi fu concordia neanche sull'individuazione della tipologia dei vizi che potevano essere conosciuti dal giudice penale: fermo restando la insindacabilità del merito del provvedimento amministrativo, coloro che ritennero possibile il solo sindacato nelle ipotesi di violazione di legge ed incompetenza e, *a fortiori,* nel caso di nullità dell'atto, si contrapposero ai sostenitori di un potere più ampio esteso anche al vizio di eccesso di potere.

L'entrata in vigore del codice penale del 1930 e della Carta Costituzionale, complicarono ulteriormente il quadro di riferimento, e provocarono ripensamenti nelle posizioni precedentemente elaborate.

La previsione dell'art. 650 del codice penale – che imponeva al giudice il controllo sulla legalità dell'ordine dell'autorità – e il principio di legalità della giurisdizione contenuto nell'art. 101, comma 2, della Carta Costituzionale, fornirono nuove argomentazioni a sostegno dell'esistenza di un generale potere di disapplicazione del giudice penale; mentre gli articoli 25, che affermava il principio di legalità dell'azione penale in tutte le sue articolazioni – prima fra tutte quella relativa alla tassatività della fattispecie penale – e 27 della Costituzione, in tema di responsabilità penale personale, ispirarono riflessioni di segno esattamente opposto.

L'introduzione del principio contenuto nell'art. 113 della Costituzione fece apparire limitativa della pienezza della tutela giurisdizionale assicurata al cittadino la scelta di circoscrivere la sindacabilità del giudice penale al solo caso di violazione di legge.

Le incertezze interpretative descritte influirono sulla giurisprudenza di legittimità, che era costretta ad affrontare la tematica soprattutto in relazione a procedimenti aventi ad oggetto questioni legate all'applicazione della normativa penale urbanistica.

Sin dai tempi della vigenza dell'art. 17 della legge n. 10 del 1977, confluito successivamente dapprima nell'art. 20 della legge 28 febbraio 1985 n. 47 e poi nell'attuale art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, che sanzionava la condotta di chi edificava senza concessione edilizia, nel silenzio della norma, la giurisprudenza fu chiamata a stabilire se fosse possibile equiparare la condotta di realizzazione di opere edilizie in mancanza della concessione edilizia (oggi permesso di costruire) a quella di realizzazione di opere in presenza di una concessione illegittima.

Negli anni "ottanta" il dubbio interpretativo, risolto in senso positivo dalla giurisprudenza pretorile, venne risolto dai giudici di legittimità con soluzioni non sempre coincidenti.

Per un primo gruppo di pronunce, gli articoli 3 e 4 della legge 2248 del 1865, all. e), consentivano al giudice di disapplicare la concessione amministrativa illegittima, con la conseguenza di ritenere configurabile il reato di cui all'art. 17, lettera b), legge n. 10 del 1977. Nell'ambito di tale filone si svilupparono due sub orientamenti: in alcune decisioni si escluse che il costruttore potesse invocare la buona fede sulla illegittimità dell'atto, trattandosi di un caso di ignoranza inammissibile (Sez. 3, n. 7459 del 31/05/1983, Zanotti, Rv. 160201; Sez. 3, n. 2806 del 02/02/1983, Zavagnin, Rv. 158214; Sez. 6, n. 10539 del 26/05/1982, De Carli, Rv. 156010; Sez. 3, n. 14453 del 03/07/1978, Caroli, Rv. 140409); in altre si ritenne che per potersi ravvisare la penale responsabilità del costruttore occorreva provare o la consapevolezza della palese illegittimità del provvedimento o la collusione di costui con l'autorità comunale. (Sez. 3, n. 1750 del 13/01/1984, Zingaro, Rv. 162840; Sez. 3, n. 9054 del 15/06/1983, Dalli Cani, Rv. 160924).

Per un secondo gruppo di pronunce, invece, lo specifico riferimento contenuto nell'art. 17 alla costruzione effettuata "in assenza della concessione" impediva di ritenere configurabile il reato nel caso di costruzioni realizzate in presenza di una concessione, seppur illegittima, in quanto al giudice penale spettava solo il controllo sull'esistenza dell'atto sulla base della esteriorità e della sua provenienza dall'organo legittimato ad emetterlo; nelle decisioni si precisava che si sarebbero potuti equiparare alla mancanza di concessione solo i casi in cui il titolo fosse stato emesso da un organo assolutamente privo del potere di provvedere, e qualora fosse il frutto di un accordo illecito. (Sez. 3, n. 3103 del 31/3/1986, Ainora; Sez. 3, n. 576 del 13/03/1985, Meraviglia, Rv. 168423).

2.1. Le Sezioni Unite "Giordano".

Per dirimere il contrato intervennero le Sezioni Unite (Sez. U, n. 3 del 31/1/1987, Giordano, Rv. 175115).

Il Supremo Consesso negò l'esistenza di un generale potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice penale per esigenze di diritto oggettivo, ritenendo che il legislatore avesse rigorosamente limitato il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi, ed alla specifica condizione che si trattasse di accertamento incidentale, non influente sugli effetti che l'atto medesimo era capace di produrre all'esterno del giudizio; escluse la disapplicazione per quegli atti amministrativi che, lungi dal comportare la lesione di un diritto soggettivo, rimuovevano, invece, un ostacolo al loro libero esercizio (nulla-osta, autorizzazioni) o addirittura li costituivano (concessioni), in quanto ciò avrebbe determinato l'estensione al diritto oggettivo di una regola dettata unicamente a tutela dei diritti soggettivi, e – in violazione

del principio della divisione dei poteri – l'attribuzione al giudice penale di un potere di controllo e d'ingerenza esterna sull'attività amministrativa che dalla legge è, invece, demandata in esclusiva ad altro potere dello Stato.

La delimitazione del potere di disapplicazione tuttavia non portò la Corte ad escludere del tutto che il giudice penale potesse sindacare l'illegittimità dell'atto amministrativo:nella sentenza veniva, infatti, affermato che la potestà del giudice penale, non potesse essere mai essere esclusa ove l'atto fosse stato emesso in carenza dei presupposti (oggettivi o soggettivi) legittimanti l'esercizio del potere da parte del soggetto pubblico, o quando l'atto stesso non fosse "riferibile alla sfera del lecito giuridico", perchè "frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che lo rilascia o del soggetto privato che lo consegue".

Le Sezioni Unite, inoltre, chiarirono che era ammessa la disapplicazione nei casi in cui tale potere trovava fondamento e giustificazione o in una esplicita previsione legislativa (come nel caso dell'art. 650 cod. pen.) ovvero, nell'ambito dell'interpretazione ermeneutica della norma penale, qualora l'illegittimità dell'atto amministrativo si presentasse, essa stessa, come elemento essenziale della fattispecie criminosa.

Alla luce di quest'ultima precisazione la Corte, procedette alla verifica di se, nel caso dell'art. 17, lett. b), della legge n. 10 del 1977, l'illegittimità dell'atto amministrativo fosse elemento essenziale della condotta, fornendo una risposta al quesito strettamente legata alla percezione che, in quel particolare momento storico, si aveva del bene giuridico tutelato dai reati edilizi.

La Suprema Corte, infatti, non si discostò dall'opinione diffusa e condivisa – rinvenibile anche in un eloquente inciso della decisione della Corte costituzionale n. 47 del 1979 – per la quale la disposizione in oggetto rispondeva al fondamentale interesse pubblico di sottoporre l'attività edilizia al controllo preventivo della pubblica amministrazione e, alla luce di tale considerazione, escluse che, nel caso del reato in esame, il giudice potesse conoscere dell'illegittimità dell'atto.

A prescindere dalla soluzione data al caso concreto, la sentenza "Giordano" ebbe il pregio di analizzare sistematicamente la varietà di forme in cui poteva manifestarsi il rapporto tra giudice penale ed atto amministrativo in base all'influenza che, sul caso specifico, avrebbero esercitato le variabili indicate (la presenza di interessi legittimi e di diritti soggettivi, la nullità/illiceità, la carenza di potere dell'atto, la previsione esplicita del potere di disapplicazione da parte del legislatore, la strutturazione della fattispecie penale in relazione al bene giuridico protetto).

L'entrata in vigore della legge n. 47 del 1985, costituì, in questo panorama, uno snodo fondamentale.

Con essa il legislatore approntò nuove modalità di tutela del territorio, introducendo la rilevanza penale delle condotte descritte nelle lettere a) b) e c) dell'art. 20 – che sostituì il previgente art. 17 della legge 77 n. 10 – prevedendo, nella specifica disposizione dell'art. 6, la responsabilità del titolare della concessione, del committente, del costruttore, e dei direttori dei lavori, per le opere realizzate in violazione, non solo di quanto stabilito nella concessione, ma anche della normativa urbanistica, e delle previsioni del piano tutela.

Le modifiche citate, e l'analisi dello spirito complessivo della legge, indussero a ritenere che il bene giuridico tutelato dai nuovi precetti penali fosse, non più il controllo da parte della pubblica amministrazione sull'operato del privato, ma la tutela del territorio.

Su di un altro fronte, non meno rilevante, la Corte costituzionale con ordinanza n. 288 del 1990, nel ribadire quanto sostenuto nella decisione "Giordano" in merito alla possibilità per il giudice penale di disapplicare il provvedimento amministrativo solo nei casi di lesione di diritti soggettivi o di illiceità penale, precisò che "l'illiceità penale di una conces-

sione non deriva soltanto dalla collusione (tra richiedente ed autorità amministrativa), ma da qualsiasi violazione della legge penale che abbia a viziare il momento formativo della volontà della Pubblica Amministrazione".

Dopo tali avvenimenti la giurisprudenza di legittimità ricominciò ad essere oscillante.

Una parte di essa ritenne che in caso di concessione edilizia illegittima il giudice penale non potesse disapplicare la concessione ed equiparare i lavori a quelli eseguiti in assenza di concessione ed integranti, pertanto, il reato di cui all'art. 20 lett. b) legge 28 febbraio 1985 n. 47, ma che, tuttavia, le opere eseguite in base a concessione edilizia illegittima – per l'obbligo di conformità alle norme urbanistiche introdotto con l'art. 6 della legge n. 47 – potessero integrare il reato di cui alla lett. a) della stessa legge; si specificò che in tal caso, per la presunzione di legittimità degli atti amministrativi e per la esigenza di certezza dei rapporti giuridici che da essi derivano, quando la violazione della norma urbanistica, derivante da legge, da regolamento o da strumento urbanistico, non era "grossolana" o "macroscopica" doveva escludersi l'elemento soggettivo della contravvenzione di cui all'art. 20 lettera a) (Sez. 3, n. 5230 del 10/3/1993, Tessarolo, Rv. 195249; Sez. 3, n. 1129 del 24/06/1992, Palmieri. Rv. 194792).

Un'altra parte della giurisprudenza iniziò ad affermare la necessità del superamento del meccanismo processuale degli articoli 4 e 5 LAC a favore del diverso criterio sostanziale della verifica della conformità delle opere alla normativa di settore, ritenendo che anche nei casi di mera illegittimità era possibile ritenere integrato il reato edilizio (Sez. 3, n. 12091 del 22/12/1992, De Nuccio, Rv. 192633 in cui si sostenne che il giudice, che verifichi la necessità della concessione edilizia per la realizzazione dell'opera sottoposta al suo esame e la insufficienza della semplice autorizzazione non esercita alcun sindacato sull'attività della P.A ma esercita il dovere istituzionale di reprimere i reati, ma anche Sez. 3, n. 13691 del 18/10/1990, Di Felice, Rv. 185527; Sez. 3, n. 2766, del 9/1/1989, Bisceglia).

2.2. Le Sezioni Unite "Borgia".

Le oscillazioni delle Sezioni della Corte resero non più rinviabile un ulteriore intervento delle Sezioni Unite: nella sentenza n. 11635 del 12/11/1993, Borgia, Rv. 195359 la Corte sostenne che al giudice penale non è affidato alcun sindacato sull'atto amministrativo, ma che questi, nell'esercizio della potestà penale, è semplicemente tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguita) e, fattispecie legale (identificata dalle disposizioni legislative statali e regionali in materia urbanistico-edilizia, dalle previsioni degli strumenti urbanistici e dalle prescrizioni del regolamento edilizio).

Mutata la impostazione ermeneutica e preso definitivamente atto che l'oggetto della tutela penale apprestata dall'art. 20 della legge n. 47 del 1985 (oggi art. 44 del T.U. n. 380 del 2001) non era più – come nella legge n. 1150 del 1942 – il bene strumentale del controllo e della disciplina degli usi del territorio, bensì la salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio medesimo", il Supremo Consesso affermò che nell'ipotesi di realizzazione di opere di trasformazione del territorio in violazione dell'anzidetto parametro di legalità urbanistica ed edilizia, il giudice non deve concludere per la mancanza di illiceità penale solo perché sia stato rilasciato il permesso di costruire: questo, infatti, "nel suo contenuto, nonché per le caratteristiche strutturali e formali dell'atto, non è idoneo a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera *realizzanda* senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici... Né il limite al potere di accertamento penale del giudice può essere posto evocando l'enunciato dell'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E), in quanto tale potere non è volto ad incidere sulla sfera dei poteri riservati alla Pubblica Amministrazione, e quindi ad esercitare un'indebita ingerenza, ma trova

fondamento e giustificazione in una esplicita previsione normativa, la quale postula la potestà del giudice di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata".

Sulla scia della decisione "Borgia" le Sezioni semplici affermarono che sebbene la stessa avesse avuto ad oggetto una fattispecie inquadrabile nella previsione dell'art. 20, lett. a), i principi in essa affermati avevano valore e portata generale in relazione a tutte e tre le fattispecie previste dall'art. 44, della legge 380 del 2001 che, *medio tempore,* aveva sostituito la legge 47 del 1985, alla luce del medesimo interesse sostanziale dell'integrità del territorio (in particolare Sez. 3, n. 1756 del 12/5/1995, Di Pasquale, Rv. 202077).

Nel 2001 le Sezioni Unite ribadirono, anche in relazione al reato di lottizzazione abusiva – ritenuto reato a consumazione alternativa – che l'attività svolta dal giudice in presenza di un titolo abilitativo edilizio illegittimo consisteva nel valutare la sussistenza dell'elemento normativo della fattispecie, e non nel disapplicare l'atto amministrativo o effettuare comunque valutazioni proprie della pubblica amministrazione (Sez. U, n. 5115 del 28/11/2001 dep. 2002, Salvini, Rv. 220708).

2.3. Il dibattito giurisprudenziale: Il filone minoritario.

Le due prospettive fornite dalle Sezioni Unite e la loro inconciliabilità hanno dato vita a due distinti filoni.

Per un filone – minoritario ma mai sopito – la mera illegittimità dell'atto non era idonea ad integrare i reati più gravi previsti dall'art. 20 della legge n. 47 del 1987, e successivamente dall'art. 44, lett. b) e c) del d.P.R. 380 del 2001; per contestare tali reati era necessario che l'atto fosse privo di uno dei suoi requisiti essenziali (forma, volontà, contenuto) ovvero che fosse proveniente da organo assolutamente privo del potere di adottarlo o che risultasse frutto dell'attività criminosa del soggetto titolare del potere; solo in tali casi era possibile disapplicare l'atto amministrativo ed equiparare la concessione illegittima a quella inesistente (Sez. 3, n. 11988 del 28/10/1997, Controzzi, Rv. 209194; Sez. 3, n. 2906 del 28/11/1997, dep. 1998, Bortoluzzi Rv. 210460, in cui si è ritenuto che nei casi di illegittimità dell'atto fosse configurabile il solo reato previsto all'art. 20 lett. a) – punibile solo in caso di illegittimità macroscopica, essendo tale vizio incompatibile con una non consapevolezza dell'autore del reato e che nei casi di atto privo di uno dei suoi requisiti essenziali – forma, volontà, contenuto – ovvero proveniente da organo assolutamente privo del potere di adottarlo o nel caso in cui fosse frutto di attività criminosa del soggetto titolare del potere era possibile disapplicare l'atto amministrativo presupposto e configurare il più grave reato di cui alla lettera b) Sez. 6, n. 2378 del 27/06/1995, Barillaro, Rv. 202581 e Sez. 3, n. 3459 del 23/12/1994 dep. 1995, De Nobili, Rv. 201225).

Simili argomentazioni sono contenute nella decisione della Terza Sezione della Cassazione resa in relazione ai reati previsti dalle lett. a) e b) del d.P.R. 380 del 2001 (Sez. 3, n. 7423 del 18/12/2014, dep. 2015, Cervino, Rv. 263916, richiamata anche da Sez. 3, n. 52861 del 14/07/2016, Gnudi).

Nella decisione "Cervino" i giudici della terza Sezione, nel prendere in esame le censure di costituzionalità ipotizzate dal ricorrente per asserito contrasto con l'art. 3, comma 1, 25, comma 2 e 27, comma 1, Cost. delle previsioni delle lettere b) e c) dell'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001 – se interpretate nel senso di ritenere equiparabile la concessione illegittima alla concessione mancante – hanno ritenuto infondata la questione alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata che ha, di fatto, richiamato l'orientamento minoritario per il quale i reati edilizi che abbiano per presupposto la mancanza di un titolo abilitativo possono essere configurabili solo in casi di illiceità della concessione.

Dello stesso tenore è l'iter motivazionale nella pronuncia Sez. 4, n. 38824 del 17/09/2008, Raso, Rv. 241064, in cui, ribadendo i principi della sentenza "Giordano", sebbene in un ambito diverso da quello dei reati edilizi, si afferma che il giudice penale non ha il potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi che non comportino una lesione dei diritti soggettivi, a meno che tale potere non trovi fondamento in una esplicita previsione legislativa, ovvero qualora la legalità dell'atto amministrativo si presenti, essa stessa, come elemento essenziale della fattispecie criminosa (i giudici dovevano decidere in relazione all'individuazione della responsabilità dell'avvenuto crollo di una galleria e del fabbricato adiacente cui seguiva un esplosione ed un incendio, e valutare la richiesta della parte civile che invocava la disapplicazione della concessione con la quale i lavori di costruzione della galleria erano stati sub affidati dal responsabile civile ad un imputato che era stato assolto; in questo caso quindi, la richiesta di disapplicazione dell'atto era finalizzata a far ritenere inesistente la delega per potersi avvalere, civilmente, sul delegante).

2.4. *(Segue)*. Il filone maggioritario.

Un altro orientamento, invero maggioritario, ha ribadito che qualora la legalità dell'atto amministrativo si presenti, essa stessa, come elemento essenziale della fattispecie criminosa non era necessario parlare di disapplicazione e che in presenza di concessione edilizia illegittima era sufficiente valutare la sussistenza dell'elemento normativo della fattispecie, posto che la conformità della costruzione e della concessione ai parametri di legalità urbanistica ed edilizia era elemento costitutivo dei reati contemplati dalla relativa normativa. (Sez. 3, n. 36366 del 16/6/2015, Faiola, Rv. 265034; Sez. 3, n. 47402 del 21/10/2014, Chisci, Rv. 260972; Sez. F, n. 33600 del 23/08/2012, Lo Vullo, Rv. 253426; Sez. 3, n. 28545 del 16/2/2012, Cinti; Sez. 3, n. 35391 del 14/7/2010, Di Domenico; Sez. 3, n. 34809 del 2/7/2009, Giombini, n.m;, Sez. 3, n. 14504 del 20/1/2009, Sansebastiano, Rv. 243474; Sez. 3, n. 41620 del 2/10/2007, Emelino, Rv. 237995; Sez. 3, n. 21487 del 16/5/2016, Troudi Abdelwaheb, contenente una dettagliata ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza sul tema).

Per la giurisprudenza maggioritaria la "macroscopica illegittimità" del provvedimento amministrativo, lungi dall'essere condizione essenziale per la configurabilità di un'ipotesi di reato d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ex art. 44, a prescindere da eventuali collusioni dolose con organi dell'amministrazione, poteva al più costituire un significativo indice di riscontro dell'elemento soggettivo della contravvenzione contestata anche riguardo all'apprezzamento della colpa, in quanto spettava in ogni caso al giudice del merito la individuazione, in concreto, di eventuali situazioni di buonafede e di affidamento incolpevole (Sez. 3, n. 21487 del 21/3/2006, Tantillo, Rv. 234469).

Anche in relazione ai rilasciati provvedimenti amministrativi di sanatoria o condono si è ribadita l'inconferenza dell'istituto della disapplicazione e si è sostenuto che nel valutarli il giudice esercita il doveroso sindacato della legittimità del fatto estintivo, incidente sulla fattispecie tipica penale (Sez. 3 n. 9145 del 1/7/2015, Manna, Rv. 266763; Sez. 3, n. 27948 del 10/6/2009, Sabbatini; Sez. 3, n. 12869 del 5/2/2009, Fulginiti; Sez. 3, n. 26144 del 22/04/2008, Papa, Rv. 240728; Sez. 3, n. 23080 del 16/04/2008, Proietti).

2.5. Le pronunce di legittimità del 2017.

Nel 2017 la giurisprudenza si è assestata a favore dell'approccio "sostanzialista", sebbene non siano mancate voci contrarie in cui si è fatto nuovamente ricorso all'istituto della disapplicazione.

Le decisioni in tema di reati urbanistici, ribadiscono la possibilità per il giudice penale di sindacare non solo l'atto illecito ma anche quello illegittimo o quello la cui "emanazione dell'atto medesimo sia espressamente vietata in mancanza delle condizioni previste dalla legge o nel caso di mancato rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere" senza che ciò comporti la necessità di ricorrere all'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo (Sez. 3, n. 53388 del 08/06/2017, Veloccia; Sez. 3, n. 33051 del 10/05/2017, Puglisi Rv. 270644; Sez. 4, n. 24977 del 16/02/2017, Surra).

Tale impostazione, trova conferma anche in relazione al controllo che il giudice penale è chiamato ad effettuare in caso di rilascio di condono o di sanatoria: sul punto le Sezioni della Corte, in maniera costante, affermano che il potere dovere del giudice di valutazione dell'atto abilitativo deve avere ad oggetto anche i provvedimenti amministrativi di sanatoria o condono, poiché il mancato effetto estintivo non è riconducibile ad una valutazione di illegittimità o meno del provvedimento, alla quale consegua la disapplicazione dello stesso, ma alla verifica della inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto dell'estinzione del reato, in sede di esercizio del doveroso sindacato della legittimità del fatto estintivo, incidente sulla fattispecie tipica penale (Sez. 3, n. 46477 del 13/07/2017, Menga; Sez. 3, n. 7400 del 20/12/2016, dep. 2017, Loiacono; in cui si precisa che la causa di estinzione del reato per violazioni edilizie – in conseguenza del rilascio del permesso di costruire in sanatoria – o la ritenuta illiceità penale dell'intervento, siccome si risolve in un accertamento dell'inesistenza del danno urbanistico in quanto si fonda sulla conformità delle opere abusive alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione sia in quello della richiesta, determina la mancanza *ex tunc* dell'antigiuridicità sostanziale del fatto reato).

Nel 2017 ha trovato conferma anche il filone giurisprudenziale relativo ai poteri del giudice amministrativo in presenza di alcune situazioni che si presentano peculiari rispetto al naturale meccanismo di sindacato dell'atto.

In relazione al rapporto tra l'esecuzione dell'ordine di demolizione – provvedimento accessorio alla condanna – ed eventuali attività amministrative susseguenti, ed al potere riconosciuto al giudice in relazione agli atti tipici della amministrazione idonei ad evitare la demolizione, si è ribadito che "rientra nell'ambito delle funzioni assegnate al giudice dell'esecuzione, investito della questione, operare un'attenta disamina dei possibili esiti e dei tempi di definizione della procedura di condono"; si è affermato che, quindi, spetta al giudice accertare il possibile risultato dell'istanza e se esistono cause ostative al suo accoglimento ovvero, nel caso di insussistenza di tali cause, ponderare e valutare i tempi di definizione del procedimento amministrativo e sospendere l'esecuzione solo in prospettiva di un rapido esaurimento dello stesso, il tutto nell'ottica della doverosa verifica dell'integrazione della fattispecie penale (Sez. 3, n. 20907 del 13/1/2017, Autero; Sez 3, n. 11933 del 28/9/2016 dep. 2017, Ravenna; Sez. 3, n. 1148 del 28/9/2016, dep. 2017, Siano; Sez. 3, n. 29578 del 14/6/17, Ventre).

Tra le decisioni in rassegna merita attenzione anche la pronuncia della terza Sezione numero n. 30823 del 2017 relativa alla sopravvenuta disciplina urbanistica incompatibile con un intervento assentito con permesso di costruire illegittimo (Sez. 3, n. 30823 del 17/05/2017, Cervelloni, Rv. 270235).

I giudici della Corte, nell'interpretare il contenuto dell'art. 15 del d.P.R. 380 del 2001 – che, come noto, dopo aver stabilito che il permesso di costruire decade con l'entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche, prevede una deroga a tale regola nel caso in cui i lavori siano già iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data di inizio – chiariscono che tale eccezione opera nella sola ipotesi in cui il permesso di costruire sia stato adottato, *secundum legem*. Nel decidere il caso concreto, che riguardava

una concessione *ab origine* illegittima, resa legittima *ex post* dalla sopravvenuta prescrizione urbanistica, la Corte specifica che l'esigenza di bilanciamento tra opposti interessi non sussiste nel caso in cui abilitativo risulti *ex tunc* illegittimo, sotto qualsivoglia profilo, tale da rendere *ex se* ed *ab origine* non consentito l'intervento urbanistico; in tali casi tale titolo perderà efficacia non essendo possibile effetto sanante a posteriori (Sez. 3, n. 30823, del 17/05/2017, Cervelloni, Rv. 270235).

Tra le pronunce del 2017 che ribadiscono l'orientamento maggioritario meritano un cenno due interessanti sentenze della terza Sezione la n. 12389 e la n. 31282 di concorde contenuto – la Merelli, infatti, richiama la Minosi di cui mutua gran parte delle argomentazioni – (Sez. 3, n. 12389 del 21/02/2017 Minosi, Rv. 271170; Sez. 3, n. 31282 del 24/05/2017 Merelli Rv. 270276).

Nelle decisioni citate, che offrono un dettagliato ed approfondito *excursus* della giurisprudenza relativa ai rapporti tra giudice penale ed atto amministrativo, si descrivono e si ribadiscono i punti fermi del lungo percorso giurisprudenziale maggioritario che ha portato al consolidamento di quel filone costante di cui si è dato conto, e viene proposta una (ri) lettura della decisione n. 7432 del 2014 allo scopo di dimostrare la compatibilità di tale decisione con l'orientamento interpretativo prevalente.

Nonostante i chiarimenti forniti, va osservato che la sentenza "Cervino" è stata di recente richiamata in una pronuncia della Quarta Sezione che, rivitalizzando l'indirizzo minoritario, ha affermato che, in materia edilizia, ai fini della configurabilità del reato di lottizzazione abusiva non è sufficiente che l'atto concessorio sia meramente illegittimo per mancato rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere, ma è necessario che sia illecito, per essere frutto dell'attività criminosa del soggetto che lo rilascia, o perché viziato da illegittimità macroscopica per contrarietà a norme imperative, in quanto solo in tali casi potrà ritenersi sostanzialmente inesistente. (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza di sequestro che aveva ritenuto la sussistenza di una lottizzazione abusiva sulla base della sola valutazione della illegittimità dei piani integrati di intervento adottati dalla giunta comunale, perché non conformi al piano regolatore generale e non ratificati dell'organo consiliare. Sez. 4, n. 38610 del 20/07/2017, Comune Di Sperlonga, Rv. 270931).

Richiama entrambi gli orientamenti – traendo da entrambi la conseguenza di ritenere integrato il reato contestato – la decisione della Sesta Sezione, in tema di reato di lottizzazione abusiva in presenza di un provvedimento amministrativo abilitante frutto di un accordo corruttivo (Sez. 6, n. 3606 del 20/10/2016, dep. 2017, Bonanno, Rv. 269345).

3. Giudice penale e giudicato amministrativo.

Un particolare aspetto della tematica da esaminare è costituito dall'individuazione dei poteri accordati al giudice penale relativamente ad un atto che sia stato oggetto di giudicato amministrativo, su tale fronte il panorama giurisprudenziale appare consolidato.

Negli anni è stata del tutto superata la decisione della terza Sezione che, nel lontano 1996, affermò che l'autorità giudiziaria ordinaria non aveva il potere di valutare la conformità a legge di un "arret" di un'altra giurisdizione (nella specie, una sentenza del Tribunale amministrativo regionale coperta da giudicato) in quanto il cittadino non poteva essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento (Sez. 3, n. 54 del 11/01/1996, Ciaburri, Rv. 204622).

La Corte iniziò ad affermare che in materia edilizia il potere del giudice penale di accertare la conformità alla legge ed agli strumenti urbanistici di una costruzione edilizia, e conseguentemente di valutare la legittimità di eventuali provvedimenti amministrativi concessori o autorizzatori, trovava un limite nei soli provvedimenti giurisdizionali del giudice

amministrativo passati in giudicato che avessero avuto ad oggetto specificamente la legittimità della concessione o della autorizzazione edilizia ed il conseguente diritto del cittadino alla realizzazione dell'opera, poiché, nel caso in cui il giudizio avesse riguardato profili diversi da quello indicato, un eventuale giudicato amministrativo non avrebbe avuto forza vincolante. (Sez. 3, n. 39707 del 05/06/2003, Lubrano di Scorpianello, Rv. 226592).

Il successivo passo fu quello di ritenere che, in presenza di una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, la preclusione per il giudice penale non si estendesse ai profili di illegittimità fatti valere in sede penale, non dedotti ed effettivamente decisi in sede amministrativa (Sez. 1, n. 11596 del 11/1/2011, Keller, Rv. 249871).

Nel tempo l'orientamento della Corte di cassazione si consolidò progressivamente in tal senso (Sez. 3, n. 44077 del 18/07/2014, Scotto di Clemente, Rv. 260612, in cui la Corte ritenne immune da censure il provvedimento impugnato che aveva confermato il sequestro preventivo di uno stabilimento balneare per il reato previsto dagli artt. 54 e 1161, cod. nav., previa disapplicazione della concessione demaniale ritenuta illegittima perché priva di durata determinabile, a fronte di una pronuncia del T.A.R. che si era limitata a verificare, ed escludere, che detta concessione dovesse essere dichiarata scaduta); e il principio fu ribadito anche in relazione al reato di lottizzazione abusiva, (Sez. 2, n. 50189 del 09/12/2015, Comune di Golfo Aranci, Rv. 265416, in cui la Corte escluse che potesse ritenersi vincolante la sospensione disposta da parte del Consiglio di Stato dell'efficacia dei provvedimenti di sgombero adottati dal Comune).

Successivamente, i principi affermati nelle pronunce appena ricordate sono stati nuovamente condivisi, ponendo in evidenza come non possa spiegare alcun effetto nel procedimento penale una valutazione effettuata dal giudice amministrativo con riferimento a situazioni che, sebbene analoghe, abbiano comunque riguardato soggetti e circostanze diverse (Sez. 3, n. 30171 del 04/06/2015, Serafini, Rv. 264393) ovvero che abbia riguardato la sospensione cautelare del provvedimento presupposto del reato (Sez. 3, n. 3538 del 18/11/2015, dep. 2016, Morra, Rv. 266083).

3.1. Le pronunce di legittimità del 2017.

Anche in tema di giudicato nell'anno 2017 viene ribadita la posizione ormai granitica della "tendenziale vincolatività" del giudicato (Sez. 3, n. 36807 del 17/07/2017, Merelli; Sez. 4, n. 13475 dell'08/11/2016, dep. 2017, Lombardo; Sez. 4, n. 11763 del 09/11/2016, dep. 2017, Massimiani).

Nella già citata decisione n. 31282 del 2017 si sostiene che non può considerarsi ostativo alla valutazione del giudice penale sulla legittimità dell'atto amministrativo presupposto del reato il giudicato amministrativo formatosi all'esito di una controversia instaurata sulla base di documentazione incompleta o che, comunque, si è fondata su elementi di fatto rappresentati in modo parziale o, addirittura, non rispondenti al vero.

La Corte precisa che se ciò che rileva, "è la piena cognizione della questione trattata da parte del giudice amministrativo e la effettiva decisione sulla legittimità dell'atto amministrativo presupposto del reato, tali evenienze non possono ritenersi verificate quando la decisione sia stata assunta disponendo di dati inesatti o incompleti. Ciò, ovviamente, quando la situazione che libera il giudice penale dall'ostacolo opposto dal giudicato amministrativo non sia conseguenza di mere valutazioni personali ma risulti da un dato obiettivo preesistente e sconosciuto al giudice amministrativo o sopravvenuto". (La S.C. in relazione alla violazione dell'art. 44 del d.P.R. 380 del 2001 contestata ad un imprenditore agricolo, ha ritenuto immune da censure la decisione di merito che aveva escluso la sussistenza di una preclusione da giudicato amministrativo in ordine all'insufficienza del patrimonio edilizio preesistente

a soddisfare le esigenze abitative dell'imputato, in quanto tale requisito – presupposto essenziale per il legittimo rilascio del permesso di costruire in zona agricola – era stato valutato dal giudice amministrativo sulla base di una rappresentazione dei luoghi che, in sede penale, era risultata falsa).

4. I limiti del sindacato penale sui vizi amministrativi. L'abuso d'ufficio.

La giurisprudenza del 2017 si è altresì soffermata sulla individuazione dei vizi oggetto del sindacato del giudice penale.

Una tematica da sempre esplorata non solo relativamente alla commissione di reati edilizi ma anche in relazione al reato d'abuso d'ufficio la cui, seppur mutevole, formulazione ha da sempre imposto l'attenzione sul rapporto tra giudice penale ed atto amministrativo.

Come noto, il tema ha raggiunto il suo picco di attualità all'indomani della riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione del 1997 quando nella struttura della fattispecie di cui all'art. 323 cod. pen. si inserì un esplicito riferimento alla sola violazione di legge.

A partire da allora, la riflessione sul sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo ha avuto ad oggetto la questione della possibile rilevanza in sede penale del vizio di eccesso di potere.

Non è questa la sede per descrivere cosa, nel tempo, sia stato incluso nella categoria dogmatica dell'eccesso di potere, basti qui riproporre il concetto noto per il quale tale vizio si incentra tipicamente in un contrasto, non con la lettera, bensì con lo spirito della legge, comportando una deviazione dell'atto dal suo fine istituzionale, pur nel rispetto formale delle legge, e precisare che anche in questo campo la posizione della giurisprudenza attuale appare consolidata nel riconoscere una tutela piena al cittadino nei confronti di tutti i vizi dell'atto amministrativo, con il solo limite della insindacabilità nel merito delle scelte dell'amministrazione.

Le prime pronunce della giurisprudenza di legittimità, valorizzando l'inciso contenuto della nuova formulazione dell'art. 323 cod. pen. "in violazione di norme legge o di regolamento", ritennero che al giudice penale fosse del tutto precluso il sindacato sull'eccesso di potere, e che il sindacato fosse limitato alla violazione di norme diverse da quelle meramente programmatiche o di principio o aventi rilievo solo procedimentale (Sez. 6, n. 34049 del 20/2/2003, Massari, Rv. 226748; Sez. 6, n. 12769 del 11/10/2005, Fucci, Rv. 233730; Sez. 6, n. 45261 del 24/11/2001, Nicita, Rv. 220935).

Ben presto questo approccio risultò insoddisfacente in quanto, di fatto, vanificava la tutela del cittadino togliendo al giudice la potestà di valutare se la condotta del pubblico ufficiale fosse in contrasto con le finalità della legge.

La Suprema Corte, iniziò, quindi, a dar vita ad una giurisprudenza che ammise il giudizio sullo sviamento di potere, ritenendo tale vizio – con una impostazione dogmatica condivisa da autorevole dottrina amministrativista – non altro rispetto alla violazione di legge ma espressione di quest'ultima.

Si è, pertanto, affermato in maniera costante il principio per il quale il delitto di abuso di ufficio è configurabile quando la condotta contraddice lo specifico fine perseguito dalla norma attributiva del potere esercitato per realizzare uno scopo personale od egoistico, o comunque estraneo alla pubblica amministrazione, concretandosi in uno "sviamento" produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, (in questo senso Sez. 6 n. 35597, del 5/7/2011, Barbera, Rv. 250779; Sez. 6, n. 3550 del 16/6/2010, De Luca, Rv. 248496; Sez. 6, n. 1229 del 12/12/2001, Bocchiotti, Rv. 220649; Sez. 6, n. 41402 del 25/9/2009, D'Agostino, Rv. 245287; Sez. 6, n. 37172 del 11/6/2008, Gatto, Rv. 240932; Sez. 6, n. 38965 del 18/10/2006, Fiori, Rv. n. 235277; Sez. 6, n. 12196 del 11/3/2005,

Delle Monache, Rv. 231194; Sez. 6, n. 28389 del 19/5/2004, Ventrella, Rv. 229594; Sez. 6, n. 41918 del 22/11/2003, Pannullo, Rv. 226926; Sez. 6, n. 4881 del 24/2/2000, Genazzani, in Rv. 220519).

Non sono mancate decisioni nelle quali la Suprema Corte ha ritenuto incluso nella portata applicativa dell'art. 323 cod. pen. anche le ipotesi di sviamento di potere per esercizio del potere pubblico al di fuori dello schema procedimentale che ne legittimava l'attribuzione (in questo senso Sez. 6, n. 25180 del 12/6/2012, D'Emma, Rv. 253118; Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, Rossi, Rv. 251498; Sez. 6, n. 25162 del 12/2/2008, Sassara, Rv. 223989, in tema di inosservanza da parte del pubblico impiegato del dovere di compiere una adeguata e completa istruttoria diretta ad accertare ricorrenza delle condizioni per il rilascio del provvedimento richiesto).

Il recente approdo giurisprudenziale è costituito dall'ormai consolidato principio per il quale in tema di abuso d'ufficio il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 Cost. nella parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni (Sez. 6, n. 33698 del 1/6/2016, Prete, relativa dell'espletamento di una gara per l'affidamento del servizio di rimozione dei cartelloni pubblicitari abusivi e gestione della pubblicità stradale ; Sez. 2, n. 46096 del 27/10/2015, Giorgino, Rv. 265464, relativa alla condotta tenuta da due direttori di unità operativa ospedaliera succedutisi nel tempo, consistita nel progressivo svuotamento del carico assistenziale del medico referente dell'esecuzione di prestazioni specialistiche; Sez. 2, n. 23019 del 05/05/2015, Adamo, Rv. 264279 relativa alla condotta di un Presidente della Provincia che, inducendo il responsabile del Settore Servizi Sociali della medesima Provincia, a sospendere il pagamento delle rette degli studenti ospiti di un Convitto nazionale di Stato conseguiva l'obiettivo di ottenere le dimissioni della rettrice del Convitto e di nominarne, al suo posto, una diversa, maggiormente gradita per motivi di vicinanza politica; Sez. 2, n. 29498 del 18/03/2015, Bessone, Rv. 264383, in tema di illegittimo superamento del concorso per l'ammissione ad un corso di laurea specialistica a numero chiuso; Sez. 6, n. 38357 del 12/06/2014, Mangione, Rv. 260472, in tema di adozione di provvedimenti illegittimi finalizzati a svuotare di mansioni l'attività del responsabile del Servizio Lavori Pubblici di un Comune quale ritorsione per l'adozione di provvedimenti contrari agli interessi personali del Sindaco; Sez. 6, n. 37373 del 24/06/2014, Cocuzza, Rv. 261748; Sez. 6, n. 34086 del 26/06/2013, Bessone, Rv. 257036; Sez. 6, n. 12370 del 30/01/2013, Baccherini, Rv. 256003 in tema di assegnazione di procedimenti fallimentari in violazione delle disposizioni tabellari, dei criteri di distribuzione automatica degli affari e delle prassi interne ad un ufficio giudiziario; Sez. 6, n. 41215 del 14/6/2012, R.C. e Artibani, Rv. 253804; Sez. 6, n. 27453, del 12/11/2011, Acquistucci, Rv. 250422; Sez. 2, n. 35048 10/6/2008, Massucci, Rv. 243183).

4.1. Le pronunce di legittimità del 2017.

La decisioni delle Sezioni della Corte dell'anno 2017 hanno confermato il filone interpretativo della sindacabilità di tutti i vizi amministrativi (in relazione al giudizio di responsabilità in ordine al reato di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità di cui all'art. 650 cod. pen., si ribadito che il giudice è tenuto a verificare previamente la legalità sostanziale e formale del provvedimento che si assume violato sotto i tre profili tradizionali della violazione di legge, dell'eccesso di potere e della incompetenza. Sez. 1, n. 51458 del 21/6/2017, Abruzzese; Sez, 1 n. 12820 del 30/1/2017, Viola).

Nel 2017 si è registrato altresì il consolidamento del filone giurisprudenziale per il quale nel reato di abuso d'ufficio, la prova del dolo intenzionale che qualifica la fattispecie non richiede l'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, ma può essere desunta anche da altri elementi quali, ad esempio, la macroscopica illegittimità dell'atto (Sez. 6, n. 31594 del 19/04/2017, Pazzaglia, Rv. 270460); la decisione ribadisce il principio invero già enunciato negli anni scorsi e che, al momento non appare sconfessato da nessuna pronuncia di segno contrario (Sez. 6, n. 36179 del 15/04/2014, Dragotta, Rv. 260233; Sez. 3, n. 48475 del 07/11/2013, Scaramazza, Rv. 258290).

Si è inoltre affermato che l'abuso d'ufficio può essere integrato anche in riferimento ad un atto interno al procedimento amministrativo, non rilevando la circostanza che il provvedimento definitivo sia emesso da altro pubblico ufficiale (fattispecie relativa all'illegittimo rilascio di una autorizzazione per la realizzazione di un alloggio abitativo antisismico temporaneo, la cui istruttoria era stata illecitamente svolta da un professionista esterno che sostituiva il tecnico comunale, mentre il relativo titolo edilizio era stato emesso dal sindaco, Sez. 3, n. 16449 del 13/12/2016 dep. 2017, Menna, Rv. 269820).

5. I provvedimenti amministrativi di pubblica sicurezza presupposto della fattispecie penale.

La disapplicazione torna ad essere invocata in una serie di decisioni accomunate dall'avere ad oggetto la valutazione di legittimità di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi.

In tali casi, in linea con le Sezioni Unite "Giordano", non viene mai in discussione l'*an* dell'istituto processuale che viene ritenuto pacificamente praticabile in quanto foriero di effetti favorevoli al reo.

Dalla lettura delle decisioni, tuttavia, si ha la sensazione che il riferimento alla disapplicazione sia più frutto di una semplificazione terminologica che di una convinta applicazione degli artt. 4 e 5 LAC, in quanto nelle stesse sentenze ci si riferisce anche alla "verifica della legalità degli elementi costitutivi della fattispecie"; ciò porta a ritenere che in presenza di un provvedimento che incide su diritti soggettivi le prospettive sostanziali e processuali non si escludono, ma convergono verso lo stesso risultato riconoscendo, in ogni caso, al giudice penale il potere di esercitare il doveroso sindacato di legittimità sull'atto amministrativo.

In tema di immigrazione clandestina, in relazione al reato previsto dall'art. art. 14, commi 5-*bis* e 5-*ter*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, la Prima Sezione della Corte ha ribadito che in tema di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento emesso dal Questore da parte dello straniero espulso, se l'ordine di allontanamento trova il suo antecedente in un decreto prefettizio di espulsione illegittimo, il giudice può disapplicare il provvedimento amministrativo, costituente il presupposto del reato, e che tale potere di disapplicazione sussiste anche in relazione al provvedimento prefettizio inosservante dei criteri stabiliti dall'art. 13, comma 4, d.lgs. n. 286 del 1998, modificato dal d.l. n. 89 del 2011, convertito nella legge n. 129 del 2011 (Sez. 1, n. 24824 del 25/01/2017, Alkabir Faisal Fathi; v. anche Sez. 1, n. 35021 del 02/07/2013, Kane, Rv. 257211).

In relazione alla contravvenzione al foglio di via obbligatorio, nelle decisioni del 2017 si ribadiscono principi ormai consolidati. Si afferma che il giudice penale deve accertare l'assenza di possibili vizi dell'atto amministrativo costituiti dall'incompetenza, dalla violazione di legge e dall'eccesso di potere, non solo nella forma di sviamento di potere ma in tutte le varie figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza amministrativa; che il suo sindacato, non può estendersi al giudizio di pericolosità espresso dal Questore, in quanto in tal modo si eserciterebbe un inammissibile sindacato giurisdizionale di merito sull'atto amministrativo; ma che è consentito al giudice il sindacato di legittimità sul provvedimento

consistente nella forma della verifica della sua conformità alle prescrizioni di legge, tra le quali rientra l'obbligo di motivazione sugli elementi da cui viene desunto il giudizio di pericolosità del soggetto (Sez. 7, n. 9297 del 1/12/2016, dep. 2017, Caraglia; Sez. 7, n. 22492 del 10/04/2017, Sejdic Saliha che confermano, tra le altre, Sez. 1, n. 916 del 11/02/1997, Allegrini, Rv. 207345; Sez. 1, n. 23034 del 20/04/2001, Miniero, Rv. 219289; Sez. 1, n. 248 del 13/12/2007, Luciani, Rv. 238767; Sez. 1, n. 44221 del 17/09/2014, Chirila, Rv. 260897; Sez. 1, n. 4426 del 05/12/2013 dep. 2014, Tabacu, Rv. 259015).

Si è precisato che il provvedimento deve esplicitare gli elementi di fatto in base ai quali esprime il giudizio di appartenenza del destinatario ad una delle categorie indicate nell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, come sostituito dalla legge n. 327 del 1988, ed indicare i motivi che inducono a ritenerlo socialmente pericoloso, non essendovi coincidenza tra la appartenenza ad una delle categorie di cui al citato art. 1 e la pericolosità sociale del soggetto, che va desunta da ulteriori circostanze di fatto, che devono essere esplicitate; e che il provvedimento del Questore sufficientemente motivato, e che indica in modo chiaro ed intelligibile le ragioni dell'affermata pericolosità del sottoposto a foglio di via obbligatorio, può essere disapplicato solo a fronte dell'accertata insussistenza degli elementi addotti a sostegno della ritenuta pericolosità (Sez. 1, n. 44409 del 19/04/2017, Diop Maguette; Sez. 7, n. 1486 del 12/10/2016, dep. 2017, Torre).

Per completezza va segnalata una ulteriore pronuncia risalente alla fine del 2016 in cui la seconda Sezione è stata chiamata a valutare l'incidenza nel giudizio di legittimità proposto dal ricorrente della disapplicazione effettuata da un Tribunale di merito nei confronti del medesimo (Sez. 2, n. 197 del 07/12/2016, dep. 2017, Dolce, Rv. 268779).

Nel caso di specie vi era stata da parte del Tribunale di Trento con la sentenza n. 562 del 2011, resa in relazione alla violazione ex art. 2, co. 2, legge 1423 del 56 ascritta al ricorrente, la disapplicazione del provvedimento del Questore di Trento che costituiva il presupposto dell'aggravante contestata nel giudizio di legittimità.

In questo caso la Suprema Corte ha ritenuto che tale disapplicazione non avesse nessuna incidenza nel giudizio in Cassazione posto che la valutazione che il giudice penale compie in ordine alla validità di un atto amministrativo al fine di accertare o di escludere l'esistenza del reato della cui cognizione è investito, è eseguita – ai sensi dell'art. 5, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E – "incidenter tantum" ed ha efficacia circoscritta all'oggetto dedotto in giudizio. Di conseguenza, il giudicato sul caso deciso non preclude la libera ed eventualmente diversa valutazione dello stesso provvedimento ad opera di altro giudice in caso analogo.

5.1. Il Daspo.

Una particolare attenzione va rivolta anche alla giurisprudenza sorta in ordine ai poteri di controllo attribuiti al giudice in sede di convalida del provvedimento del Questore emesso ai sensi del comma 2 della legge 401 del 1989.

Come noto, il Daspo (acronimo di "divieto di accedere alle manifestazioni sportive") è una misura di prevenzione atipica applicabile a categorie di persone che versino in situazioni sintomatiche della loro pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblica, con riferimento ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive, ovvero a quelli, specificatamente indicati, in cui potrebbe esservi sosta, transito o trasporto di coloro che partecipano o assistono a tali competizioni.

La misura che prescinde dall'avvenuto accertamento giudiziale della responsabilità, ai sensi dell'art. 6, comma 1 della legge 401/89 vieta al soggetto colpito di poter accedere a manifestazioni sportive nazionali e talvolta internazionali.

Il comma 2 della stessa disposizione prevede la possibilità che al destinatario del Daspo sia imposto l'obbligo di presentarsi presso l'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato (o altro appositamente indicato), in concomitanza con le manifestazioni sportive di cui al comma 1, ad orari o cadenze prefissati.

Per la sua attitudine ad incidere sulla libertà personale, il provvedimento nella forma prevista dal comma 2 viene sottoposto ad un meccanismo procedurale di convalida simile a quello previsto dall'art. 390 cod. proc. pen. per la convalida dell'arresto o del fermo (il secondo comma prevede che nel caso in cui al DASPO si affianchi l'obbligo di comparizione, esso è comunicato anche alla Procura della Repubblica presso il Tribunale competente; in quest'ultimo caso, il Procuratore della Repubblica, entro 48 ore dalla sua notifica all'interessato, ne chiede la convalida al G.i.p. presso il medesimo Tribunale, che deve provvedere entro le successive 48 ore pena la perdita di efficacia, ed ha la facoltà di modificare le prescrizioni di cui al comma 2).

Il provvedimento del Questore, in questo caso, ha, natura "servente" – con effetti anticipatori e preparatori – rispetto all'intervento dell'autorità giudiziaria, in quanto solo l'atto motivato di quest'ultima in sede di convalida è idoneo ad incidere definitivamente sulla posizione soggettiva del destinatario.

La Corte costituzionale e le Sezioni Unite, alla luce della particolare natura del controllo, hanno precisato che il sindacato del giudice penale sull'atto del Questore deve essere " pieno", cioè tale da coinvolgere la personalità del destinatario, le modalità di applicazione, la ragionevolezza ed "esigibilità" della misura, esteso alla verifica in concreto, anche sotto il profilo della sufficienza indiziaria, dell'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge (Si vedano in proposito le sentenze della Corte Costituzionale n. 193 del 1996, n. 143 del 1996, n. 144 del 1997, n. 136 del 1998, n. 512 del 2002 e la decisione delle Sez. U, n. 44273 del 27/10/2004 Labbia, Rv. 229112).

Nel 2017 si è ribadito il consolidato orientamento della Corte secondo cui in tema di reati concernenti l'inosservanza dei provvedimenti del Questore che impongono il divieto di accesso ai luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive o l'obbligo di comparizione presso un ufficio di polizia durante il loro svolgimento, il controllo giurisdizionale di legalità sui presupposti dell'azione amministrativa si esaurisce nella fase della convalida dinanzi al G.i.p., sicché l'omessa deduzione, in tale sede, delle relative eccezioni o il rigetto di esse da parte del giudice e, poi, eventualmente, della Corte di Cassazione conferiscono al provvedimento amministrativo convalidato una forza corrispondente a quella del giudicato interno, preclusiva di ulteriore censurabilità in sede cognitiva (Sez. 7, n. 44295 del 13/7/2017, Cesari, ma già Sez. 3, n. 4949 del 17/12/2014, dep. 2015, Storlazzi, Rv. 262477).

Con specifico riferimento all'obbligo di presentazione di cui all'art. 6 comma 2, della citata legge, la Prima Sezione ha ribadito che, attesa la incidenza del provvedimento del Questore sulla libertà personale del destinatario del ravvedimento, il controllo di legalità del giudice deve riguardare l'esistenza di tutti i presupposti legittimanti l'adozione dell'atto da parte dell'autorità amministrativa, compresi quelli imposti dalla circostanza che con esso si dispone una misura di prevenzione (ragioni di necessità e urgenza, pericolosità concreta ed attuale del soggetto, attribuibilità al medesimo delle condotte addebitate e loro riconducibilità alle ipotesi previste dalla norma), ed investire altresì la durata della misura che, se ritenuta eccessiva, può essere congruamente ridotta dal giudice della convalida (sul giudizio di pericolosità si veda Sez. 3, n. 5621 del 8/7/2016, dep. 2017, Sangrelli).

La valutazione sulla congruità della durata della misura, infatti, deve ricevere puntuale valutazione sotto il profilo argomentativo, incidendo su un diritto costituzionalmente protetto che, per essere limitato oltre il termine minimo di legge – 1 anno – esige una più anali-

tica giustificazione delle ragioni che ne legittimano la compressione (in questo senso anche Sez. 3, n. 18861 del 26/1/2017, Longino) e si è specificato che diversamente opinando, l'automatismo sanzionatorio introdotto nel 2014 avrebbe l'effetto di privare completamente il giudice della convalida di ogni rilevante valutazione sui presupposti dell'applicazione della misura dell'obbligo di presentazione, con evidente violazione della riserva di giurisdizione in materia di libertà personale prevista dall'art. 13 Cost. Il suo sindacato sarebbe infatti limitato alla sola verifica dell'esistenza del dato formale, rappresentato dalla precedente sottoposizione del soggetto a divieto di accesso, essendogli già sottratto dal legislatore il sindacato su tale misura, attribuito al giudice amministrativo. In altri termini, la condizione per la compatibilità con i principi costituzionali dell'automatismo dell'applicazione della misura dell'obbligo di presentazione previsto dal nuovo comma 5 dell'art. 6 della legge n. 401 del 1989 è rappresentata dalla permanenza in capo al giudice della convalida del potere di valutare gli elementi essenziali del fatto, al fine di verificare in concreto l'esistenza di tutti i presupposti di legge, Sez. 3, n. 28067 del 03/11/2016 dep. 2017, Pm. in proc. Leopoldo, Rv. 270329.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 3, n. 14453 del 03/07/1978, Caroli, Rv. 140409
Sez. 3, n. 2806 del 02/02/1983, Zavagnin, Rv. 158214
Sez. 6, n. 10539 del 26/05/1982, De Carli, Rv. 156010
Sez. 3, n. 7459 del 31/05/1983, Zanotti, Rv. 160201
Sez. 3, n. 9054 del 15/06/1983, Dalli cani, Rv. 160924
Sez. 3, n. 1750 del 13/01/1984, Zingaro, Rv. 162840
Sez. 3, n. 576 del 13/03/1985, Meraviglia, Rv. 168423
Sez. 3, n. 3103 del 31/3/1986, Ainora
Sez. U, n. 3 del 31/1/1987, Giordano, Rv. 175115
Sez. 3, n. 2766 del 9/1/1989, bisceglia
Sez. 3, n. 13691 del 18/10/1990, Di Felice, Rv. 185527
Sez. 3, n. 1129 del 24/06/1992, Palmieri, Rv. 194792
Sez. 3, n. 12091 del 22/12/1992, De Nuccio, Rv. 192633
Sez. 3, n.5230 del 10/3/1993, Tessarolo, Rv.195249
Sez. U, n. 11635 del 12/11/1993, Borgia, Rv. 195359
Sez. 3, n. 3459 del 23/12/1994, dep. 1995, De Nobili, Rv. 201225
Sez. 3, n. 1756 del 12/5/1995, Di Pasquale, Rv. 202077
Sez. 6, n. 2378 del 27/06/1995, Barillaro, Rv. 202581
Sez. 3, n. 54 del 11/01/1996, Ciaburri, Rv. 204622
Sez. 1, n. 916 del 11/02/1997, Allegrini, Rv. 207345
Sez. 3, n. 11988 del 28/10/1997, Controzzi, Rv. 209194
Sez. 3, n. 2906 del 28/11/1997, dep.1998, Bortoluzzi, Rv. 210460
Sez. 6, n. 4881, del 24/2/2000, Genazzani, Rv. 220519
Sez. 1, n. 23034 del 20/04/2001, Miniero, Rv. 219289
Sez. 6, n. 45261 del 24/11 2001, Nicita, Rv. 220935
Sez. U, n. 5115 del 28/11/2001, dep. 2002, Salvini, Rv. 220708
Sez. 6, n. 1229 del 12/12/2001, Bocchiotti, Rv. 220649
Sez. 6, n. 34049 del 20/2/2003, Massari, Rv. 226748
Sez. 3, n. 39707 del 05/06/2003, Lubrano di Scorpianello, Rv. 226592
Sez. 6, n. 41918, del 22/11/2003, Pannullo, Rv. 226926
Sez. 6, n. 28389, del 19/5/2004, Ventrella, Rv. 229594
Sez. U, n. 44273 del 27/10/2004 Labbia, Rv. 229112
Sez. 6, n. 12196 del 11 /3/2005, Delle Monache, Rv. 231194
Sez. 6, n. 12769, del 11/10/ 2005, Fucci, Rv. 233730
Sez. 3, n. 21487 del 21/3/2006, Tantillo, Rv. 234469
Sez. 6, n. 38965 del 18/10/2006, Fiori, Rv. n. 235277
Sez. 3, n. 41620 del 2/10/2007, Emelino, Rv. 237995
Sez. 1, n. 248 del 13/12/2007, Luciani, Rv. 238767
Sez. 6, n. 25162 del 12/2/2008, Sassara, Rv. 223989

Sez. 3, n. 23080 del 16/04/2008, Proietti
Sez. 3, n. 26144 del 22/04/2008, Papa, Rv. 240728
Sez. 2, n. 35048 del 10/6/2008, Massucci, in Rv. 243183
Sez. 6, n. 37172, del 11/6/2008, Gatto, Rv. 240932
Sez. 4, n. 38824 del 17/09/2008, Raso, Rv. 241064
Sez. 3, n. 14504 del 20/1/2009, Sansebastiano, Rv. 243474
Sez. 3, n. 12869 del 5/2/2009, Fulginiti
Sez. 3, n. 27948 del 10/6/2009, Sabbatini
Sez. 3, n. 34809 del 2/7/2009, Giombini
Sez. 6, n. 41402 del 25/9/2009, D'Agostino, Rv. 245287
Sez. 6, n. 35501 del 16/6/2010, De Luca, Rv. 248496
Sez. 3, n. 35391 del 14/7/2010, Di Domenico
Sez. 6, n. 35597 del 5/7/2011, Barbera, Rv. 250779
Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, dep. 2012, Rossi, Rv. 251498
Sez. 6, n. 27453, del 12/11/2011, Acquistucci, Rv. 250422
Sez. 3, n. 28545 del 16/2/2012, Cinti
Sez. 6, n. 25180 del 12/6/2012, D'Emma, Rv. 253118
Sez. 6, n. 41215 del 14/6/2012, R.C. e Artibani, Rv. 253804
Sez. F, n. 33600 del 23/08/2012, Lo Vullo, Rv.253426
Sez. 6, n. 12370 del 30/01/2013, Baccherini, Rv. 256003
Sez. 6, n. 34086 del 26/06/2013 Bessone, Rv. 257036
Sez. 1, n. 35021 del 02/07/2013, Kane, Rv. 257211
Sez. 3, n. 48475 del 07/11/2013, Scaramazza, Rv. 258290
Sez. 1, n. 4426 del 05/12/2013, dep. 2014, Tabacu, Rv. 259015
Sez. 6, n. 36179 del 15/04/2014, Dragotta, Rv. 260233
Sez. 6, n. 38357 del 12/06/2014, Mangione, Rv. 260472
Sez. 6, n. 37373 del 24/06/2014, Cocuzza, Rv. 261748
Sez. 3, n. 44077 del 18/07/2014, Scotto di Clemente, Rv. 260612
Sez. 1, n. 44221 del 17/09/2014, Chirila. Rv. 260897
Sez. 3, n. 47402 del 21/10/2014, Chisci, Rv. 260972
Sez. 3, n. 4949 del 17/12/2014, dep. 2015, Storlazzi, Rv. 262477
Sez. 3, n. 7423 del 18/12/2014, dep. 2015, Cervino, Rv. 263916
Sez. 2, n. 29498 del 18/03/2015, Bessone, Rv. 264383
Sez. 2, n. 23019 del 05/05/2015, Adamo, Rv. 264279
Sez. 3, n. 30171 del 04/06/2015, Serafini, Rv. 264393
Sez. 3, n. 36366 del 16/6/2015, Faiola, Rv. 265034
Sez. 3 n. 9145 del 1/7/2015, Manna, Rv. 266763
Sez. 2, n. 46096 del 27/10/2015, Giorgino, Rv. 265464
Sez. 3, n. 3538 del 18/11/2015 dep. 2016, Morra, Rv. 266083
Sez. 2, n. 50189 del 09/12/2015, Comune di Golfo Aranci, Rv. 265416
Sez. 3, n. 21487 del 16/5/2016, Troudi Abdelwaheb
Sez. 6, n. 33698 del 1/6/2016, Prete

Sez. 3, n. 52861 del 14/07/2016, Gnudi
Sez. 3, n. 5621 del 8/7/2016, dep. 2017 Sangrelli
Sez. 3, n. 11933 del 28/9/2016, dep. 2017, Ravenna
Sez. 3, n. 1148 del 28/9/2016, dep. 2017, Siano
Sez. 7, ord. n. 1486 del 12/10/2016, dep. 2017, Torre
Sez. 6, n. 3606 del 20/10/2016, dep. 2017, Bonanno, Rv. 269345
Sez. 3, n. 28067 del 03/11/2016, dep. 2017, Leopoldo, Rv. 270329
Sez. 4, n. 13475 del 08/11/2016, dep. 2017, Lombardo
Sez. 4, n. 11763 del 09/11/2016, dep. 2017, Massimiani
Sez. 7, ord. n. 9297 del 1/12/2016, dep. 2017, Caraglia
Sez. 2, n. 197 del 07/12/2016, dep. 2017, Dolce, Rv. 268779
Sez. 3, n. 16449 del 13/12/2016, dep. 2017, Menna, Rv. 269820
Sez. 3, n. 7400 del 20/12/2016, dep. 2017 Loiacono
Sez. 3, n. 29578 del 20/12/2016, dep. 2017, Ventre
Sez. 1, n. 24824 25/01/2017, Alkabir Faisal Fathi,
Sez. 3, n. 18861 del 26/1/2017, Longino
Sez. 1, n. 12820 del 30/1/2017, Viola
Sez. 4, n. 24977 del 16/02/2017, Surra
Sez. 3, n. 12389 del 21/02/2017, Minosi, Rv. 271170
Sez. 7, ord. n. 22492 del 10/04/2017, Sejdic Saliha
Sez. 6, n. 31594 del 19/04/2017, Pazzaglia Rv. 270460
Sez. 6, n. 31594 del 19/04/2017, Pazzaglia, Rv. 270460
Sez. 1, n. 44409 del 19/04/2017, Diop Maguette
Sez. 3, n. 33051 del 10/05/2017, Puglisi Rv. 270644
Sez. 3, n. 30823 del 17/05/2017, Cervelloni, Rv. 270235
Sez. 3, n. 31282 del 24/05/2017, Merelli Rv. 270276
Sez. 3, n. 53388 del 08/06/2017, Veloccia
Sez. 1, n. 51458 del 21/6/2017, Abruzzese
Sez. 3, n. 46477, del 13/07/2017, Menga
Sez. 7, n. 44295 del 13/7/2017, Cesari
Sez. 3, n. 36807 del 17/07/2017, Merelli
Sez. 4, n. 38610 del 20/07/2017, Comune Di Sperlonga, Rv. 270931
Sez. 3, n. 20907 del 13/1/2017, Autero

Sentenze della Corte Costituzionale
Corte cost., sent. n. 47 del 1979
Corte cost., sent. n. 288 del 1990
Corte cost., sent. n. 143 del 1996
Corte cost., sent. n. 193 del 1996
Corte cost., sent. n. 144 del 1997
Corte cost., sent. n. 136 del 1998
Corte cost., sent. n. 512 del 2002

SECONDA PARTE

CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E TERRORISMO

SEZIONE I

MANIFESTAZIONI DELL'ASSOCIAZIONE MAFIOSA

CAPITOLO I

IL REATO DI ASSOCIAZIONE MAFIOSA

(Luigi Barone e Andrea Antonio Salemme)

SOMMARIO: 1. Inquadramento. – 2. Dimensione intimidatrice esterna dell'associazione mafiosa. – 3. Associazione mafiosa, intimidazione, territorio. – 4. Mafia silente e differenti definizioni della stessa. – 5. Nuove ed autonome strutture mafiose. – 6. Rapporti tra "associazioni-madri" ed "associazioni-figlie". - 6.1. Le più recenti evoluzioni giurisprudenziali. L'orientamento che valorizza il collegamento tra associazioni-madri ed associazioni-figlie. - 6.2. (Segue). L'orientamento che valorizza la potenzialità intimidatoria delle associazioni-figlie. - 6.3. (Segue). Associazioni storiche, associazioni tipiche e nuove mafie: cenni alla rilevanza della natura storica di un'associazione in tema di misure cautelari e di misure di prevenzione. - 6.4. Riflessioni conclusive sul tema dei rapporti tra "associazioni madri" e "associazioni figlie". – 7. Organizzazioni mafiose straniere attive in Italia, tra delocalizzazione e novità: risvolti in tema di prova. – 8. Coesistenza di associazioni. – 9. Gli effetti della sentenza della Corte EDU "Contrada c. Italia" sull'ordinamento interno. - 9.1. L'efficacia precettiva e gli effetti vincolanti: la sentenza Sez. 1, n. 43112 del 6/7/2017. – 9.2. (Segue). Le ricadute sulle condanne in procedimenti analoghi. – 10. Questioni interpretative relative alla circostanza aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 2001. - 10.1. Il metodo mafioso. - 10.2. L'agevolazione mafiosa. - 10.3. Effetti dell'aggravante ex art. 7 d.l. n. 152 del 2001 sul regime della prescrizione. - 10.4. Il rapporto con la attenuante della dissociazione.

1. Inquadramento.

La letteratura sociologico-criminologica ha per lustri orientato lo studio delle associazioni di tipo mafioso come manifestazioni criminose territoriali, storicamente caratterizzate da una sostanziale irripetibilità del "modus essendi", in conseguenza della natura – loro attribuita – di ordinamenti capaci, nell'evolvere dei paradigmi organizzativi, di attraversare il tempo e di dimensionarsi ai luoghi di insistenza in proiezione espansiva. La realtà recente costringe però a confrontarsi con un dinamismo per certi versi inedito, il cui risultato di maggior rilievo consiste nella necessità di doversi prendere atto, a livello speculativo, dell'incrinatura del concetto di egemonia territoriale di un'associazione proiettata ad affermarsi – e quindi "a priori" ad auto-qualificarsi – come mafiosa.

Sul piano dogmatico, si potrebbe avanzare l'ipotesi che detto dinamismo costituisca la conferma della declinabilità in varie guise del predicato di mafiosità di un'associazione, evincibile dagli adattamenti evolutivi dell'ultimo comma dell'art. 416-*bis* cod. pen., la cui formulazione attuale – susseguente alle interpolazioni operate dall'art. 6, comma 2, del D.L. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito, con modificazioni, nella L. 31 marzo 2010, n. 50, e prima ancora dall'art. 1, comma 1, lett. b-*bis*), n. 4), del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, nella L. 24 luglio 2008, n. 125 – annovera tra le associazioni di tipo mafioso la "camorra", la "'ndrangheta" e le "altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che[,] valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo[,] perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso".

Sul piano della concretezza dell'esperienza giudiziaria, resta il problema di fondo di stabilire, a fronte del "nocciolo duro" dell'art. 416-*bis* cod. pen., di cui al comma 3, rimasto significativamente immutato nel corso degli anni, quando un'associazione – che si constata, soprattutto oggi, poter essere nuova o coesistente o concorrente o semplicemente diversa rispetto a mafia, camorra, 'ndrangheta e quantomeno (nonostante un legislatore dimentico) sacra corona unita e stidda – risponda alle caratteristiche di associazione di tipo mafioso perché «coloro che ne fanno parte si avvalg[o]no della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva».

La soluzione di detto problema, notevolmente acuitosi al cospetto dell'osservato dinamismo, si scarica in definitiva sulla Corte di cassazione, chiamata a spiegare – proprio a motivo del dinamismo stesso, al di fuori di stereotipi – in cosa consista l'avvalersi di una forza di intimidazione che non rileva di per sé, ma in quanto promani dal vincolo associativo e si trasfonda in una condizione di assoggettamento e di omertà, così connaturando, anziché la condotta, il sodalizio "ex se" (Sez. 6, n. 1612 del 11/01/2000, Rv. 216633, Ferone G.).

Donde non può apparire un caso che, nel corso del 2017, numerose siano le pronunce in cui la Corte affronta i temi dei tratti peculiarizzanti dell'associazione di tipo mafioso, in funzione dei rapporti – nella duplice prospettiva spazio-temporale – di dette associazioni tra loro, orientando in definitiva l'indagine sulla valenza proiettiva esterna dell'intimidazione.

2. Dimensione intimidatrice esterna dell'associazione mafiosa.

Il punto di partenza è rappresentato dall'affermazione consolidata secondo cui la «carica intimidatrice nascente dal vincolo associativo» ha una dimensione inevitabilmente, sebbene non solo, esterna, dacché «si manifesta [anzitutto] internamente attraverso l'adozione di uno stretto regime di controllo degli associati» e – in un momento logicamente 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» (Sez. 2, n. 18773 del 31/03/2017, Lee, Rv. 269747, 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).

Si rintraccia agevolmente, in siffatta impostazione, la tensione dell'associazione di tipo mafioso all'egemonia tipica di un ordinamento, che è qualificabile come tale pur quando frontalmente antigiuridico e che come tale – affermatosi di imperio al proprio interno, ossia nei confronti dei propri adepti, proietta all'esterno un'assoluta capacità di dominio, oltreché 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), 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.

È per tale ragione che la cifra dell'associazione mafiosa, sebbene l'art. 416-*bis*, comma 3, 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 di necessità anche l'efficacia intimidatoria interna, è la prospezione verso l'esterno, più che della "potenza", della "prepotenza". La giurisprudenza dimostra di avere acquisito limpida consapevolezza di ciò sin dalle prime pronunce sull'art. 416-*bis*

cod. pen., se è vero che già in Sez. 5, n. 4307 del 19/12/1997, Magnelli, Rv. 211071 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'». In definitiva, l'intimidazione esterna consiste nella prevaricazione ed è sul fondamento di tale definizione che si innesta il concetto, riproposto tralaticiamente sino ai giorni nostri, sebbene di recente con assai minore insistenza rispetto al passato, secondo cui la carica prevaricatrice dell'associazione mafiosa riposa sulla capacità infiltrante della stessa nel territorio in cui opera.

Donde la radice del problema della concentrazione territoriale della forza intimidatrice di detta associazione, rispetto al quale la misura dei tempi che cambiano è restituita con plastica evidenza da Sez. 6, n. 24535 del 10/04/2015, Mogliani, Rv. 264126, che, resa in sede cautelare nella vicenda assurta alle cronache come Mafia capitale, si spinge a sostenere che, «ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale».

3. Associazione mafiosa, intimidazione, territorio.

Par chiaro che, se si concepisce l'associazione mafiosa in funzione della capacità infiltrante nel territorio, la mafiosità dell'associazione viene di per sé ricondotta ad una matrice territoriale, nel senso che la forza di intimidazione di cui essa si avvale, e che scarica all'esterno generando assoggettamento ed omertà, va concretamente commisurata agli effetti che si registrano sul territorio di insistenza. Ciò equivale a dire – utilizzando le parole della S.C. – che il reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. si configura solo «laddove l'associazione per delinquere si sia radicata 'in loco' mutuando dai clan operanti in altre aree geografiche i ruoli, i rituali di affiliazione e il livello organizzativo, e [però] risulti [anche] agire in concreto, nell'ambiente in cui opera, con metodo mafioso, esteriorizzando cioè un'effettiva forza intimidatrice rivolta verso i propri sodali e verso i terzi vittime dei reati-fine, che si traduce in omertà e assoggettamento» (Sez. 6, n. 30059 del 05/06/2014, Bertucca, Rv. 262398), la quale ha confermato la qualificazione mafiosa di *locali* lombarde di 'ndrangheta, sia per la sicura connessione con l'associazione attiva in Calabria sia per la realizzazione in Lombardia di reati-fine attuativi del programma criminoso; identicamente, meno di un anno dopo, Sez. 2, n. 25360 del 15/05/2015, Concas, Rv. 264120, con riferimento ad un'autonoma cosca veneta, dichiaratamente collegata al clan camorristico dei casalesi, che utilizzava metodi violenti e si avvaleva della forza di intimidazione derivante dall'evocare tali legami; invece, ancorché in applicazione del medesimo principio, Sez. 6, n. 34874 del 15/07/2015, Rv. 264647, Paletta e altro, ha annullato con rinvio la decisione impugnata in relazione ad un'organizzazione criminale che, pur conservando rapporti di parentela e di contiguità con soggetti appartenenti alla 'ndrangheta, operava in modo autonomo ed in via esclusiva in Umbria, ove aveva avuto la costante necessità di far ricorso ad atti di intimidazione per conseguire i suoi illeciti scopi).

Talché la spia dell'esistenza di un'associazione mafiosa al di fuori dell'ambito territoriale storico si rinviene, al fondo, nella commissione di reati-fine a caratterizzazione violenta e minacciosa (cfr., in epoca risalente, già Sez. 6, n. 7937 del 10/03/1995, Rv. 202579, Monaco ed altri), dimostrando essi quel di cui l'associazione è capace anche in aree geografiche alle quali per tradizione o "tout court" per cultura non appartiene un sedimentato patrimonio di conoscenze circa l'energia, la profondità e l'efficacia della reazione della medesima a tentativi di resistenza non solo attivi, ma anche passivi (sul punto è eloquente Sez. F, n. 44315 del 12/09/2013, Cicero, Rv. 258637, secondo cui «la nozione di 'omertà', che si correla in rapporto di causa a[d] effetto alla forza di intimidazione dell'associazione di tipo mafioso, deve essere sufficientemente diffusa, anche se non generale, e può derivare non solo dalla paura di danni alla propria persona, ma anche dall'attuazione di minacce che comunque possono realizzare danni rilevanti, di modo che sia diffusa la convinzione che la collaborazione con l'autorità giudiziaria non impedirà ritorsioni dannose per la persona del denunciante, in considerazione della ramificazione dell'organizzazione, della sua efficienza, della sussistenza di altri soggetti non identificabili forniti del potere di danneggiare chi ha osato contrapporsi»).

4. Mafia silente e differenti definizioni della stessa.

La diffusività dell'omertà come conseguenza della forza di intimidazione promanante dal vincolo associativo è colta, in motivazione, da Sez. 5, n. 19141 del 13/02/2006, Rv. 234403, Bruzzaniti e altri, che – affermando essere incorsa la sentenza impugnata in vizio logico «nell'avere acriticamente ritenuto che l'indubbio spessore mafioso dei ricorrenti […] fosse di per sé solo sufficiente a dispiegare, anche in contesti spaziali diversi[, nella specie milanesi] (storicamente estranei a certe forme di subcultura e devianza delinquenziale proprie di altre aree geografiche), la capacità intimidatrice che, notoriamente, promana dal vincolo associativo ed ha il suo 'pendant' nella paura di denunciare […, atteso che, p]er pacifica massima d'esperienza, tale capacità in tanto può, efficacemente, dispiegarsi in quanto il contesto sociale sia, tradizionalmente, permeabile e, realmente, sensibile agli effetti della minaccia che scaturisca dalla mera notorietà di un'appartenenza, anche indipendentemente dal compimento di specifici atti d'intimidazione[, s]alvo […] che non risultino, in concreto, specifici indici di mafiosità, nel quadro di una sperimentata nuova impresa delinquenziale che intenda, autonomamente, riproporre in altre aree del Paese le stesse condizioni di assoggettamento e di omertà che, come è noto, costituiscono l''humus' in cui alligna e prolifera la devianza mafiosa […]» – giunge a sottolineare quanto «sia, logicamente, incongrua – nella sentenza impugnata – anche la configurazione di mafia silente, che è ipotesi concettualmente incompatibile con la tipologia normativa di reato associativo mafioso [… atteso che …] il metodo mafioso, nel disegno normativo, è sempre segno di esteriorizzazione, proprio per il fatto stesso di dover essere strumentale, sia pure nei limiti del mero profittamento della forza intimidatrice (… si avvalgono) ai fini della sua canalizzazione o finalizzazione per il perseguimento di uno degli obiettivi indicati dalla citata disposizione normativa». Pertanto, secondo l'opinione di cui si tratta, non può esistere una "mafia silente" – espressione ricorrente nelle sentenze, ma del tutto assente nelle massime – dal momento che l'associazione di tipo mafioso parla sempre il linguaggio esplicito dell'intimidazione, per mettere ben in chiaro a tutti cosa è e cosa sa fare.

Quella di cui si discorre rappresenta una prima accezione di "mafia silente" presente in giurisprudenza, cui se ne aggiungono almeno altre due. Prima di accennare a queste, però, preme di evidenziare che il condizionamento della perentoria presa di posizione di Sez. 5, n. 19141 del 2006, cit., sulle elaborazioni successive balza evidente già a partire dal-

la constatazione che il problema della giuridica possibilità, o meno, di una "mafia silente" non viene affrontato "ex professo", bensì con riferimento a contesti di metastatizzazione di mafia, camorra e soprattutto 'ndrangheta (la cui "*vis espansiva*" è divenuta prorompente negli ultimi due decenni) in luoghi non forgiati dall'"*imprinting*" del contatto con radicate presenze mafiose e perciò gergalmente definiti refrattari (ammesso e non concesso che refrattari possano ancora oggi essere considerati interi distretti di regioni come Lombardia, Liguria, Piemonte e Valle d'Aosta, che, anche a cause di inadeguate politiche di attuazione delle misure di prevenzione personali, conoscono infiltrazioni mafiose sin dagli anni Sessanta del secolo scorso). Invero, sulla premessa che la metastatizzazione consista in una vera e propria esportazione del singolo fenomeno mafioso dai luoghi di origine, le metastasi, in quanto "associazioni-figlie" rispetto alle "associazioni-madri", sono ("rectius", possono essere considerate) bensì mafiose, ma in potenza e non in atto, nel senso che la loro attitudine mafiosa non si compie prima che esse comincino ad "operare" nel nuovo territorio.

Enucleato siffatto momento di emersione, non può tuttavia pretermettesi che la prima, e forse tutt'ora unica, "definizione" di "mafia silente" contenuta in una sentenza della S.C. ne propone un'accezione differente e fors'anche antitetica rispetto a quella di Sez. 5, n. 19141 del 13/02/2006, cit., classificandola, «non già come associazione criminale aliena dal cd. metodo mafioso o solo potenzialmente disposta a farvi ricorso, bensì come sodalizio che tale metodo adopera in modo silente, cioè senza ricorrere a forme eclatanti (come omicidi e/o attentati di tipo stragistico), ma avvalendosi di quella forma di intimidazione – per certi aspetti ancora più temibile – che deriva dal non detto, dall'accennato, dal sussurrato, dall'evocazione di una potenza criminale cui si ritenga vano resistere» (Sez. 2, n. 15412 del 30/01/2015, Agresta e altri, cap. sull'"Associazione", p. 14, significativamente resa – a conclusione del processo Minotauro – con riferimento a locali di 'ndrangheta del comprensorio di Torino, in relazione ad alcuni dei quali non si registravano obiettive emergenze intimidatorie). In tale prospettiva, la "mafia silente" costituisce una forma di mafiosità sicuramente autentica ed anzi, sia consentito di così tradurre il concetto espresso dalla S.C., "pura", in quanto non ha neppure bisogno di dimostrare ciò di cui è capace, perché la sua fama la precede.

Rispetto a siffatta seconda accezione di "mafia silente", deve rimarcarsi che la caratteristica della sua non alienità al metodo mafioso trovasi ribadita, da ultimo, in Sez. 6, n. 56966 dell'11/09/2017, Fermi**nio**, laddove la S.C. efficacemente scrive che «l'associazione mafiosa, per essere configurabile, necessita della manifestazione della capacità di intimidazione anche nel caso si tratti di c.d. 'mafia silentÈ[, di guisa che] la riconducibilità o meno dei fatti di causa alla c.d. mafia silente non esonera dalla prova della esistenza della capacità di intimidazione del sodalizio» (par. 5, p. 11).

Sempre nell'ottica della seconda accezione di "mafia silente", un acuto approfondimento della riflessione sull'effetto intimidatorio del silenzio, "rectius", della mera presenza della mafia, si rinviene in un passaggio della motivazione di Sez. 6, n. 55748 del 14/09/2017, Allavena, ove si legge che l'irretimento inespresso è «incarnazione della cosiddetta 'mafia silentÈ fin quando possibile, dunque, in conseguenza di una generalizzata capacità intimidatrice dell'associazione mafiosa che non necessita dell'ulteriore impiego di violenza per affermare una capacità di assoggettamento e omertà già stabilita, ma pronto a far uso di forme di intimidazione violente, se necessario alla realizzazione degli interessi vitali del sodalizio» (par. 5, p. 64). Talché la mafiosità di un sodalizio ex art. 416-*bis* cod. pen., più che rispondere ad una scala crescente che pone al vertice la mera presenza, e fors'anche esistenza, del sodalizio stesso come fonte dell'intimidazione, si impronta, pragmaticamente, ad una sorta di principio di sussidiarietà, secondo cui l'esercizio violento dell'intimidazione costituisce l'"extrema ratio" cui ricorrere quando il silenzio non è, o non è più, sufficiente.

Alle due esposte, si aggiunge una terza accezione di "mafia silente", di cui è parola in Sez. 2, n. 53477, 15/06/2017, Bene**detto**, resa nel processo cd. "Colpo di coda", sulle *locali* di 'ndrangheta di Chivasso e Livorno Ferraris, laddove (par. 2, p. 13), in chiave critica rispetto all'orientamento che esige l'emersione di una mafiosità palese dei locali di 'ndrangheta non calabresi (su cui ampiamente "infra", par. 6), si fa osservare come il problema della "mafia silente" sia «mal posto», osservandosi – alla stregua di quanto già fatto rilevare da Sez. 1, n. 40851 del 19/05/2016, Cavallaro e altri (par. 2.3.2, p. 15) – che la "mafia silente" attiene ad una «situazione [– affatto diversa da quella della mafiosità dell'associazione-figlia in rapporto all'associazione-madre –] in cui un'organizzazione dalle caratteristiche mafiose, pur costituita ed esistente, non si sia ancora proiettata all'esterno in iniziative delinquenziali per la realizzazione del suo programma criminoso» e soggiungendosi come detta fattispecie sia «di problematica soluzione a ragione della formulazione testuale dell'art. 416-*bis* cod. pen., comma 3, il quale pretende, per poter definire mafioso un sodalizio, e quindi distinguerlo da qualsiasi altra formazione incriminata ai sensi dell'art. 416 cod. pen., che lo stesso si avvalga del relativo metodo operativo». Così opinando, il concetto di "mafia silente" non impinge più sulla questione delle ramificazioni territoriali delle associazioni-madri, ma attiene alla venuta ad esistenza di strutture nuove, indipendenti ovvero in contrasto rispetto a quelle che astrattamente potrebbero essere individuate come le associazioni-madri.

5. Nuove ed autonome strutture mafiose.

Prendendo spunto dalla conclusione del paragrafo precedente, nell'indeterminatezza definitoria e viepiù concettuale che attraversa l'area della "mafia silente", una certezza pare rinvenirsi in ciò che, rispetto alle nuove ed autonome strutture mafiose, la giurisprudenza sembra definitivamente assestarsi sull'attribuzione di un significato dirimente alla dimensione di mafiosità "dimostrata sul campo", insegnando che gli «indicatori fattuali» da cui desumere «la costituzione di una nuova organizzazione, alternativa ed autonoma rispetto ai gruppi storici», ben possano identificarsi «[nel]le modalità con cui sono commessi i delitti-scopo, [nel]la disponibilità di armi e [ne]l conflitto con le tradizionali associazioni operanti sul territorio, purché detti indici denotino la sussistenza delle caratteristiche di stabilità e di organizzazione che dimostrano la reale capacità di intimidazione del vincolo associativo e la condizione di omertà e di assoggettamento che ne deriva» (Sez. 6, n. 27094 del 01/03/2017, Milite, Rv. 270736, la quale, nell'annullare con rinvio per difetto di motivazione un'ordinanza del tribunale del riesame confermativa della misura custodiale applicata ad un soggetto indagato per la condotta di partecipazione ad un clan camorristico denominato "terzo sistema", mettente capo alla famiglia Perna, in concorrenza e perciò in conflitto con quelli storici delle famiglie Gionta e Cavalieri, si premura di rimarcare – par. 2, p. 2 – come l'ordinanza abbia altresì «del tutto trascurato il profilo organizzativo dell'associazione, che in questo tipo di sodalizio assume un rilievo fondamentale, in quanto la prova del carattere mafioso di una consorteria può desumersi anche dall'esistenza di un'efficiente organizzazione»).

I prodromi di siffatta posizione – che separa le vicende delle nuove ed autonome strutture mafiose da quelle delle ramificazioni dei gruppi tradizionali – possono idealmente farsi risalire a Sez. 5, n. 31666 del 03/03/2015, Rv. 264471, Bandiera e altri, la quale, chiamata ad occuparsi, in esito al processo Alba chiara, di numerosi locali di 'ndrangheta attivi nel Piemonte meridionale (tra i comuni di Novi ligure, Alba, Sommaria del Bosco e Asti), cui taluni degli imputati avevano persino confessato di aver aderito, pone in motivazione la fondamentale osservazione secondo cui «non è revocabile in dubbio che nella realtà fenomenica, a fronte della teorica molteplicità di manifestazioni di criminalità organizzata, di fatto le

possibili diversità tendono a risolversi nella seguente alternativa[: i]l nuovo aggregato delinquenziale può […] porsi come struttura autonoma ed originale, anche se si proponga di utilizzare la stessa metodica delinquenziale delle mafie storiche, attraverso lo sfruttamento di quella maggiore forza intimidatrice che, fisiologicamente, si riconnette alla forma associativa[; o]vvero può configurarsi come mera articolazione di tradizionale organizzazione mafiosa, in stretto rapporto di dipendenza o, comunque, in collegamento funzionale con la casa madre", traendone la conclusione che, solo "nel primo caso, [è] imprescindibile la verifica, in concreto, dei presupposti costitutivi della fattispecie di reato di cui all'art. 416-*bis* c.p.» (par. 3.1, p. 19).

Ad esser precisi, il carattere dell'originarietà delle nuove ed autonome strutture mafiose accomuna le due categorie di quelle che tali sono perché primigenie, e quindi scevre da legami con qualsivoglia altra associazione, e quelle che lo sono "a fortiori" perché nate od evolutesi in contrapposizione alle rispettive associazioni-madri, in seguito, tipicamente, a sanguinosi "regolamenti di conti".

Sul secondo versante, andando a ritroso nel tempo, il pensiero corre a Sez. 6, n. 7627 del 31/01/1996, Alleruzzo, Rv. 206602, la quale, in massima, proclama bensì che, «ai fini della configurabilità del reato di associazione di stampo mafioso occorre che la carica intimidatrice derivi dal sodalizio stesso e non solo da uno dei suoi componenti o da una associazione consociata», tuttavia ciò fa, letta la motivazione della sentenza, con riguardo ad una costola di Cosa Nostra catanese in prospettazione d'accusa costituitasi – a seguito di diaspora per effetto della guerra di mafia consumatasi nel cd. "triangolo della morte" – nel territorio messinese di Giardini Naxos «sulle ceneri [di un] vecchio sodalizio» mediante «appropria[zione del] 'patrimonio' di cui [esso] disponeva» (cap. 8, par. 4, p. 403): più precisamente, la Corte, reputando insufficiente rispetto alla nuova consorteria l'accertamento della forza prevaricatrice riferibile all'associazione-madre e ad un socio che di questa era stato uno dei capi, afferma con solare chiarezza che «nonostante la notorietà della carica di terrore della consociazione associata e la conseguente permanente instaurazione del clima di assoggettamento, l'utilizzazione di tale forza da parte di uno solo dei 'vecchi' consociati non può costituire essa stessa dato designante la mafiosità del sodalizio, proprio dalla sentenza impugnata qualificato 'nuovo', ove l'associazione stessa non abbia acquistato un tale livello di 'notorietà' da imporre una situazione di assoggettamento e di omertà. Donde la necessità, proprio per essere la consorteria diversa da quella consociata, di sondare la sua carica di terrore attraverso l'accertamento dell'esistenza di concreti atti di intimidazione fra quelli compresi nel terzo comma dell'art. 416-*bis* c.p., i soli in grado di assegnare alla forza intimidatrice quel tasso di diffusività che, per essere l'associazione 'nuova', non può essere dedotta da fatti episodici» (cap. 8, par. 7, p. 406).

Se dunque pare condiviso in giurisprudenza l'assunto per cui l'ostentazione della mafiosità è requisito indefettibile della caratterizzazione mafiosa delle nuove organizzazioni criminali, sia che nascano dal nulla, sia che nascano per diaspora da gruppi tradizionali (ancorché, dal punto di vista sia logico che sociologico, i due fenomeni siano solo analoghi, atteso che nel secondo la nuova consorteria si porta appresso la propria storia, che è di per sé storia di sangue e che ingloba anche una parte della storia, pacificamente mafiosa, dell'associazione-madre), la realtà si dimostra tuttavia assai più complessa degli schematismi e la stessa S.C. se ne è avvertita.

Il riferimento è ad una (per ora isolata) pronuncia (Sez. 1, n. 13635 del 28/03/2012, Versaci, Rv. 252358), la quale ripete bensì che, «ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., è necessario che un'autonoma consorteria delinquenziale, la quale mutui il metodo mafioso da stili comportamentali in uso a clan operanti in altre aree geo-

grafiche, abbia conseguito – in concreto e nell'ambiente nel quale essa opera – un'effettiva capacità di intimidazione, non rilevando il riconoscimento da parte dell'associazione criminale 'casa madrÈ», ma, in tanto sostiene l'irrilevanza di detto riconoscimento, in quanto riferisce il parametro dell'autonomia ad un'associazione che, costituitasi in Piemonte secondo i criteri tipici dei locali di 'ndrangheta senza però richiedere l'autorizzazione dei gruppi calabresi, era dalla 'ndrangheta medesima appellata "Bastarda", ancorché non nemica. Ciò, riguardato il fenomeno dal punto di vista della 'ndrangheta anziché dell'associazione "figlia illegittima" della stessa, lascia forse trasparire la necessità che ne sia approfondito lo studio dell'ordinamento e della geografia.

6. Rapporti tra "associazioni-madri" ed "associazioni-figlie".

Passando al tema dei rapporti tra "associazioni-madri" ed "associazioni-figlie" – in seno al quale maggiormente si sviluppano le concettualizzazioni sulla mafia silente, nella specifica accezione delineata in precedenza (par. 4) – conviene prendere le mosse dal dato storico che, a fronte dell'iniziativa di Sez. 2, n. 815 del 25 marzo 2015, Nesci, di investire il Primo Presidente per l'eventuale rimessione alle Sezioni Unite della questione se è necessario, oppure no, che le strutture delocalizzate, per essere qualificate come mafiose, esprimano in concreto una propria carica intimidatoria, il Primo Presidente, con provvedimento del 28 aprile 2015, ha ritenuto che il contrasto potesse essere risolto senza l'intervento delle Sezioni Unite, tenuto presente che "il panorama giurisprudenziale complessivamente considerato sembra convergere nell'affermazione di principio secondo cui l'integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il sol fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obbiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti".

Come rilevato in motivazione da Sez. 2, n. 24851 del 04/04/2017, Garcea, Rv. 270442 (par. 4.1, p. 6), pur dopo il provvedimento del Primo Presidente, gli orientamenti delle singole Sezioni hanno seguitato ad essere irriducibili ad unità.

Grande risalto ha avuto l'opinione – costituente il portato più evoluto di una linea interpretativa, apparentemente (stando alle massime), prevalente e comunque consolidata – secondo cui la mafiosità dell'*associazione-figlia*, costituita non semplicemente fuori dal territorio di origine dell'*associazione-madre*, ma là dove il tessuto sociale non è "di per sé" permeabile all'influenza mafiosa, esige comunque l'esercizio da parte sua di una concreta forza intimidatrice "in loco", a prescindere dalla persino conclamata (e qui sta il punto) sussistenza di legami strutturati con l'associazione-madre.

In tali termini si esprime la massima di Sez. 1, n. 55359 del 17/06/2016, Pesce, Rv. 269043, la quale, nel chiudere il processo "Crimine", ha annullato "in parte qua" la sentenza di merito che aveva qualificato un'organizzazione operante in Germania come mafiosa sulla sola base del collegamento degli imputati con esponenti della 'ndrangheta calabrese e dell'adozione dei rituali tipici di quest'ultima. Il motivo di particolare interesse della pronuncia di cui si tratta sta ciò che essa giunge a siffatte conclusioni pur avendo per la prima volta nella giurisprudenza di legittimità suggellato l'esistenza della 'ndrangheta (più che come associazione) come assetto ordinamentale unitario, sia pur non verticistico, alla stregua di emergenze dichiarative ed intercettative convergenti nel far emergere un nodo di raccordo – a mo' di camera di mediazione di potenziali ed attuali conflitti, efficace soprattutto nella spartizione dei ruoli di vertice – rappresentato dalla Provincia o Crimine (par. 2.16, fg. 312): sicché il dato che induce a riflettere è che detta pronuncia – che sul piano della partecipazione del singolo alla 'ndrangheta attribuisce rilevanza, con conseguente sgravio dell'onere

probatorio del Pubblico Ministero, al profilo ordinamentale estrinsecantesi nel conferimento di una "dote" (par. 2.15, fg. 310), mentre invece reputa insufficiente la mera affiliazione, ancorché rituale – ben avrebbe potuto agevolmente percorrere l'opzione alternativa, invece respinta in favore di un'opzione "*prima facie*" più garantista, della mafiosità delle cellule osservate ed accertate come presenti fuori dalla Calabria (in Italia ed all'estero) per il dato in sé del loro riferimento al "*corpus*" centrale.

A fronte della descritta opinione, un'altra – anteriore solo di qualche mese – si spinge invece sino a dire che «oramai la giurisprudenza è orientata nel senso che, per l'integrazione del delitto di associazione di tipo mafioso[,] configurato dal legislatore quale 'reato di pericolo', è [addirittura] sufficiente che il gruppo criminale considerato sia potenzialmente capace di esercitare intimidazione» [Sez. 6, n. 3027 del 20/10/2015 (dep. 22/01/2016), Ferminio ed altri, par. 4, p. 66, la quale ha confermato il carattere mafioso di una cosca di 'ndrangheta attiva nel milanese, valorizzando l'accento posto dai giudici di merito sulle origini del radicamento della stessa in Lombardia, dove era storicamente dedita a commettere usure ed estorsioni]. Tale posizione è la fusione linguistica di due precedenti più articolati: uno, più recente, secondo cui, «per qualificare come mafiosa un'organizzazione criminale è necessaria la capacità potenziale, anche se non attuale, di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una carica intimidatrice idonea a piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano in contatto con gli affiliati all'organismo criminale» (Sez. 1, n. 5888 del 10/01/2012, Garcea, Rv. 252418,); l'altro, più risalente, secondo cui, «per l'integrazione del delitto di associazione di tipo mafioso, che il legislatore ha configurato quale reato di pericolo, è sufficiente che il gruppo criminale considerato sia potenzialmente capace di esercitare intimidazione, e come tale sia percepito all'esterno, non essendo di contro necessario che sia stata effettivamente indotta una condizione di assoggettamento ed omertà nei consociati attraverso il concreto esercizio di atti intimidatori» (Sez. 5, n. 38412 del 25/06/2003, Di Donna, Rv. 227361).

6.1. *(Segue)*. Le più recenti evoluzioni giurisprudenziali. L'orientamento che valorizza il collegamento tra "associazioni-madri" ed "associazioni-figlie".

Nell'articolato panorama che si è descritto, una linea di novità sembra emergere nel recentissimo rinverdire dell'affermazione per cui l'*associazione-figlia*, insistente altrove rispetto all'*associazione-madre* come ulteriore articolazione periferica della stessa, è di tipo mafioso indipendentemente dalla «commissione di reati-fine e [persino] d[a]lla esteriorizzazione della forza intimidatrice, qualora [però] emerga il collegamento della nuova struttura territoriale con quella 'madrÈ del sodalizio di riferimento, ed il modulo organizzativo (distinzione di ruoli, rituali di affiliazione, imposizione di rigide regole interne, sostegno ai sodali in carcere, ecc.) presenti i tratti distintivi del predetto sodalizio, lasciando concretamente presagire una già attuale pericolosità per l'ordine pubblico»: in buona sostanza, è il cordone ombelicale corrente tra l'associazione-madre e l'associazione-figlia a trasferire sulla seconda, ancorché non per derivazione, ma, più correttamente, per «gemmazione» (sostantivo di uso corrente a partire da Sez. 5, n. 31666 del 2015, cit., par. 3.2, p. 20), l'impronta di mafiosità della prima, tant'è vero che, in difetto, ricorre il ben diverso caso di una «neoformazione» la quale, presentandosi come «struttura autonoma ed originale, ancorché caratterizzata dal proposito di utilizzare la stessa metodica delinquenziale delle mafie storiche», fa insorgere – essa sì, come già visto (par. 5) – nel teatro del procedimento penale l'indefettibilità della «verifica, in concreto, dei presupposti costitutivi della fattispecie ex art. 416-*bis* cod. pen., tra cui la manifestazione all'esterno del metodo mafioso […]» (Sez. 2, n. 24850 del 28/03/2017, Cataldo e altri, Rv. 270290).

Alcune precisazioni su siffatto approdo interpretativo – che, evocando l'intrinseca capacità intimidatoria di repliche di strutture criminali ben note per la loro ferocia, semplifica, ma non annulla affatto, l'onere probatorio dell'accusa, abilitata a dimostrare la mafiosità dell'*associazione-figlia* per il collegamento con l'*associazione-madre* e per la ripetizione nella seconda degli schemi della prima, in specie quanto a conformazione strutturale – paiono d'uopo.

Esso valorizza il ridetto momento di collegamento tra "associazione-madre" ed "associazione-figlia", la teorizzazione della cui centralità si rinviene in Sez. 5, n. 31666 del 2015, cit., intenta a porre l'accento, già in massima (Rv. 264471), sulla circostanza che una delegazione di appartenenti ad un locale piemontese oggetto di giudizio si era recata in Calabria per ottenere, da un esponente di spicco dell'organizzazione mafiosa, il 'placet' per la costituzione di una nuova *locale* in altro comune piemontese. La motivazione è più esplicita nel far rilevare come, in presenza di una ben nota «caratterizzazione delinquenziale» della 'ndrangheta, che può vantare un «marchio d'origine» oggetto di diffusione globale ad opera dei mezzi di comunicazione di massa, «pretendere […] che sia necessaria la prova della capacità intimidatrice o della condizione di assoggettamento od omertà è, certamente, un fuor d'opera. Ed infatti, l'immagine di una 'ndrangheta cui possa inerire un metodo 'non mafioso' rappresenterebbe un ossimoro, proprio in quanto il sistema mafioso costituisce l'in sé della 'ndrangheta, mentre l'impatto oppressivo sull'ambiente circostante è assicurato dalla fama conseguita nel tempo da questa stessa consorteria. Il baricentro della prova deve, allora, spostarsi sui caratteri precipui della formazione associativa e, soprattutto, sul collegamento esistente – se esistente – con l'organizzazione di base» (par. .2, pp. 21 s.).

Nondimeno talvolta il momento di collegamento dell'*associazione-figlia* con l'*associazione-madre*, per quanto non obnubilato, è fatto scadere in secondo piano, come nel caso di Sez. 2, n. 4304 del 11/01/2012, Romeo, Rv. 252205, focalizzata principalmente sulla condizione che «l'organizzazione [del locale] sul territorio, la distinzione di ruoli, i rituali di affiliazione ed il livello organizzativo e programmatico raggiunto […] lascino concretamente presagire la prossima realizzazione [di reati-fine]».

Detto ciò, la circostanza che l'opinione seguita dalle sentenze di cui si tratta appaia, stando alle massime, minoritaria, in favore di quella che invece pretende che la mafiosità dell'associazione-figlia si estrinsechi sempre in concreto, non sembra tuttavia trovare riscontro nei testi delle ultime pronunce occupatesi di mafia silente. In particolare, Sez. 2, n. 53477 del 2017, cit., propone il "dictum" di Sez. 5, n. 31666 del 2015, cit., come «composizione generalmente condivisa» ed anzi «maggioritaria» (par. 2, p. 14, e par. 2.4, p. 16) dell'originario contrasto tra la linea, appena richiamata, della necessità di una mafiosità in concreto o in atto e quella, illustrata al paragrafo precedente, "in fine", della sufficienza di una mafiosità meramente potenziale, osservando che, «nel caso specifico della 'ndrangheta, non può prescindersi dal considerare che è frutto di accertamenti giudiziali definitivi, oltre che di riflessione sociologica, la constatazione che trattasi di realtà delinquenziale affermatasi con proprie articolazioni in contesti territoriali lontani dalla Calabria, comprese le regioni del Nord Italia ed alcuni paesi stranieri, nei quali si è diffusa la conoscenza, divulgata dai mezzi di comunicazione di massa, della sua capacità di infiltrazione nel tessuto sociale, economico e politico grazie all'investimento di ingenti risorse finanziarie, del tenace perseguimento degli obiettivi di arricchimento attraverso l'acquisizione del controllo di attività economiche, di appalti e concessioni pubbliche o la pratica del finanziamento usurario ad imprenditori in crisi di liquidità, delle sue intraprese criminali, dell'uso sistematico della violenza contro qualsiasi oppositore, servitore dello Stato o semplice cittadino, dell'efficace

reazione ritorsiva, anche attuata in via trasversale ed indiretta, tutte caratteristiche qualificanti il 'modus operandi' che appartiene tipicamente alla mafia. Da questa fama negativa […] discende anche la percezione nei consociati e negli estranei della possibilità di una loro reiterazione futura e l'agevolazione dell'operato antigiuridico ad antisociale dei suoi esponenti» (par. 2, p. 15).

Obiettivamente sulla stessa linea si annovera una nutrita schiera di pronunce, tra cui valga ricordare le seguenti:

- Sez. 1, n. 40851 del 2016, cit., che enfatizza il ragionamento di Sez. 5, n. 31666 del 2015, cit. (parr. 2.3.2.3 e 2.3.2.4, p. 16 ss.);
- Sez. 2, n. 4305 del 11/01/2012, Caridi, e Sez. 2, n. 4304 del 2012, cit., che scrivono che è configurabile «il reato associativo in presenza di una mafia silente purché l'organizzazione sul territorio, la distinzioni di ruoli, i rituali di affiliazione, il livello organizzativo e programmatico raggiunto, lascino concretamente presagire […] la prossima realizzazione di reati fine dell'associazione, concretando la presenza del 'marchio' ('ndrangheta), in una sorta di 'franchising' tra 'provincÈ e 'locali' che consente di ritenere sussistente il pericolo presunto per l'ordine pubblico che costituisce la 'ratio' del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p.» (rispettivamente, par. 1, p. 4, e par. 2, p. 5);
- Sez. 5, n. 35998 del 5/06/2013, Cavallaro Ferdinando [par. terzo (non num.), p. 3], Sez. 5, n. 35997 del 5/06/2013, Caglioti [par. secondo (non num.), p. 3], Sez. 5, n. 35272 del 24/04/2013, Cavallaro Salvatore [par. quarto (non num.), p. 3], e Sez. 5 n. 28317 del 19/3/2013, Benedetto [par. terzo (non num.), p. 3], che – nel tentativo dell'enucleazione di un concetto a sé di programma intermedio solo eventualmente anticipatore, quanto (esternamente) all'uso della forza, di quello finale – osservano come «il messaggio intimidatorio [possa] acquisire diverse forme, in correlazione al livello raggiunto dalla 'cattiva fama' dell'associazione, rappresentate da: a) esplicito e mirato avvertimento mafioso […]; b) messaggio intimidatorio avente forma larvata o implicita (avvertimento della sussistenza di un interesse dell'associazione per un comportamento attivo o omissivo del destinatario, con implicita richiesta di agire in conformità); c) assenza di messaggio, con silente richiesta, qualora l'associazione abbia raggiunto una forza intimidatrice tale da rendere superfluo l'avvertimento mafioso, sia pure implicito. In quest'ultima ipotesi di messaggio silente, l'espressa utilizzazione della forza intimidatoria non è ricollegabile a una specifica, attuale condotta degli associati, ma a una situazione, creata da una pregressa, vigente, attuale carica intimidatrice dell'associazione, che, in virtù delle promozioni di assoggettamento e omertà, non ha più bisogno di ricorrere a specifici comportamenti di violenza e minaccia. Il metodo mafioso dell'avvalersi della forza intimidatoria – una volta che abbia creato un alone extraterritoriale, che ne proietta la forza intimidatrici al di là degli originari confini geografici e socio-economici – non si manifesta necessariamente con contingenti atti di delinquenza comune […], ma è ricostruibile con elementi fattuali, che, anche se non illeciti, sono funzionali alla realizzazione di un indispensabile programma strumentale, realizzazione che riceve quindi spinta non da specifici atti promozionali di paura, assoggettamento, omertà, ma dalla cattiva fama, conquistata in precedenza dall'associazione. L'ineludibile funzionalità del programma intermedio alla realizzazione del programma finale lo rende oggetto di dolo specifico, identificato nell'intenzione di ricorrere alla forza del vincolo associativo, ove il messaggio – fondato sulla fama – non abbia dato i previsti risultati di adeguamento degli altrui comportamenti» [un'applicazione di detto "modus opinandi" si ritrova – come visto (par. 4) – in Sez. 6, n. 55748 del 2017, cit.];

- Sez. 5 n. 28337 del 7/05/2013, Marino, che pone l'accento sugli indici strutturali di mafiosità evincibili dalla cd. organizzazione di difesa (mediante l'approntamento di risorse per sostenere procedimenti penali e periodi di carcerazione che colpiscono gli adepti) e sull'inquinamento politico della collettività (mediante la permeazione del sistema politico locale) (parr. 1.3 e 2, pp. 5 e 7).

6.2. *(Segue)*. L'orientamento che valorizza la potenzialità intimidatoria delle "associazioni-figlie".

Un'altra sentenza che, nel 2017, ha ritenuto il carattere mafioso di strutture delocalizzate di 'ndrangheta – ossia Sez. 2, n. 24851 del 2017, cit., intervenuta in relazione a locali liguri osservati nel contesto di una costola dell'operazione Maglio, identificata come Maglio 3 – affronta "funditus" il tema dell'intimidazione, sostenendo che, quanto ad esse, cui sono equiparate le cd. mafie "atipiche", per la configurabilità del carattere della mafiosità «non è necessaria la prova che l'impiego della forza intimidatoria del vincolo associativo sia penetrato in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione, essendo sufficiente la prova di tale impiego munito della connotazione finalistica richiesta dalla suddetta norma incriminatrice» (Rv. 270442).

Il concetto espresso in massima necessita di essere letto alla stregua della motivazione, dalla quale emerge il compimento di un passo in avanti rispetto a Sez. 2, n. 53477 del 2017, cit., atteso che, mentre quest'ultima, nel proporre Sez. 5, n. 31666 del 2015, cit., come pronuncia di riferimento, ribadisce la centralità del collegamento dell'associazione-figlia rispetto all'associazione-madre, la sentenza di cui si discute ritiene che il contrasto tra le due tesi della mafiosità in atto e della mafiosità in potenza debba trovare un contemperamento in favore della seconda. A tale fine, essa richiama (par. 4.2, p. 7) Sez. 2, n. 15412 del 2015, cit., nota, come già detto (par. 4), per identificare la mafia silente con un sodalizio che impiega il metodo mafioso in modo silente; in questa sede rileva che – nella parte di motivazione di Sez. 2, n. 15412 del 2015, cit., ripresa da Sez. 2, n. 53477 del 2017, cit. – tale conclusione consegue alla constatazione che l'«opzione di fondo (in realtà non presupposta dall'art. 416-*bis* c.p.) in virtù della quale in tanto può parlarsi di associazione mafiosa in quanto essa sia penetrata in modo massiccio (quasi in maniera irreversibile) nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione» si espone a critica: invero, «a parte il rilievo che la verifica di tale penetrazione in zone diverse da quelle di insediamento storico richiederebbe indagini sociologiche incompatibili con gli strumenti dell'accertamento penale, deve osservarsi che poco importa che l'impiego della forza intimidatoria del vincolo associativo e delle condizioni di assoggettamento e di omertà abbia avuto maggiore o minore successo, successo che è in proporzione inversa alla capacità di resistenza civile e culturale delle comunità che della forza di intimidazione siano state destinatarie: in realtà tale impiego, munito della connotazione finalistica delineata dal comma 3° dell'art. 416-*bis* c.p., è già di per sé sufficiente ad integrare il delitto in discorso» (cap. sull'"Associazione", p. 13 s.).

Ragionamento e conclusioni di Sez. 2, n. 24851 del 2017, cit. e, quindi, di Sez. 2, n. 15412 del 2015, cit., sono espressamente richiamati e condivisi da Sez. 2, n. 29850 del 18/05/2017, Barranca (par. 1.2.3, p. 44), il cui spessore motivazionale affiora a vari livelli:

- da un lato, per aver affermato che «il fatto che l'associazione richiami l'operatività di associazioni storicamente conosciute, come la 'ndrangheta, semplifica la prova in merito alla natura della consorteria, essendo necessario e sufficiente verificare la effettiva riconoscibilità nella nuova struttura degli elementi richiamati[, sebbene] alla condizione

che l'operatività del sodalizio si sia comunque manifestata con la capacità di evocare in qualsiasi forma nel contesto di riferimento la forza intimidatrice del modello, quale suo elemento costitutivo»;

- dall'altro lato, per aver ritenuto – diversamente da Sez. 1, n. 55359 del 2016, cit. –l'esistenza di ramificazioni 'ndranghetiste in Germania ed in Svizzera, tra l'altro avendo «i servizi di appostamento effettuati in collaborazione con l'autorità tedesca e le conversazioni intercettate […] consentito di attestare la radicata presenza in [specie in] Germania di molteplici sodalizi articolati in 'società, locali e ' ndrinÈ – tutti dipendenti dal 'Crimine di Polsi' – ed il distacco di alcuni affiliati […]. Tali gruppi criminali utilizzavano gli stessi schemi, adottavano le medesime regole, erano in definitiva strutturati seguendo gli identici modelli organizzativi dell'associazione di 'ndrangheta calabrese. Proprio detta ripetizione di regole e schemi, oltre ai numerosi contatti tra i rappresentanti dei gruppi tedeschi e i vertici del 'Crimine di Polsi', hanno consentito di ritenere i sodalizi radicatisi in Germania delle articolazioni di 'ndrangheta dotate all'estero di una certa autonomia per la gestione dei propri affari ma aventi con la casa madre calabra un rapporto di sostanziale dipendenza, sintomatica di un'unitarietà mafiosa»;
- dall'altro lato ancora, per aver chiarito che «la forza d'intimidazione ed il controllo del territorio ex art. 416-*bis* cod. pen. è stata [dalla sentenza impugnata] correttamente rapportata alla possibilità – tutt'altro che astratta – per l'associazione nella sua articolazione estera di utilizzare metodi e dinamiche proprie della 'ndrangheta per raggiungere scopi criminali, contando sull'appoggio della struttura centrale e accrescendo la capacità operativa e le potenzialità di azione del sodalizio nel suo complesso; la disponibilità di armi […] e di soldi da dividere […] sono aspetti che confermano l'operatività sul territorio della cellula tedesca» (§ 2.6, p. 70 s.).

6.3. Associazioni storiche, associazioni tipiche e nuove mafie: cenni alla rilevanza della natura storica di un'associazione in tema di misure cautelari e di misure di prevenzione.

Il richiamo effettuato a più riprese sia in giurisprudenza sia per vero in dottrina alle mafie storiche ovvero ai gruppi storici, da cui si diramano le localizzazioni eufemisticamente definibili come secondarie, impone di fare un brevissimo accenno, a fini di chiarezza, alla circostanza che siffatta terminologia è assai diffusa nel linguaggio di massime e sentenze anche in ambiti diversi da quello dell'emersione di nuovi aggregati criminali.

Si allude in particolare ai due settori delle misure cautelari e delle misure di prevenzione, con riferimento ai quali l'enucleazione della categoria delle mafie storiche si contrappone a quella delle cd. "nuove mafie" per legittimare semplificazioni motivazionali, e "a priori" probatorie, in punto di ritenuta pericolosità sociale di coloro che appartengono alle prime in contrapposizione a coloro che appartengono alle seconde. Il ragionamento poggia sulla considerazione che, nelle mafie storiche, ma non anche – o almeno non necessariamente anche – nelle nuove mafie, il vincolo partecipativo conseguente all'affiliazione è ritenuto permanente e perciò non soffre affievolimenti in conseguenza del trascorrere del tempo né soluzioni di continuità in conseguenza di pur protratti periodi di carcerazione.

È interessante rilevare come, a questo riguardo, nonostante le consistenti differenze ontologiche e disciplinari tra misure cautelari e misure di prevenzione, si registrino rimarchevoli convergenze di linee di giurisprudenza ormai ben radicate.

Per limitarsi alle pronunce del 2017,

- sul versante delle misure cautelari, viene in linea di conto Sez. 2, n. 26904 del 21/04/2017, Politi, Rv. 270626 a termini della quale, «ai fini del superamento della presunzione re-

lativa di sussistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., occorre distinguere tra associazioni mafiose storiche o comunque caratterizzate da particolare stabilità, in relazione alle quali è necessaria la dimostrazione del recesso dell'indagato dalla consorteria, ed associazioni mafiose non riconducibili alla categorie delle mafie 'storichÈ, per le quali possono rilevare anche la distanza temporale tra la applicazione della misura ed i fatti contestati, nonché elementi che dimostrino la instabilità o temporaneità del vincolo»;

- sul versante delle misure di prevenzione, rileva principalmente Sez. 2, n. 23446 del 20/04/2017, Bellocco, Rv. 270319 che enuncia il principio – omogeneo a quello testé evocato a proposito delle misure cautelari – per cui, «ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di appartenenti alle 'mafie storichÈ (mafia, camorra, 'ndrangheta e sacra corona unita), non è necessaria una particolare motivazione del giudice in punto di attuale pericolosità sociale, non essendo la presunzione di sussistenza di siffatta pericolosità scalfita né dal tempo intercorso tra l'emersione degli indizi relativi all'affiliazione ed il momento di applicazione della misura, né dall'inattività criminale del preposto, atteso il carattere permanente dell'affiliazione […]»; al contrario, il decorso del tempo torna a rilevare rispetto ad appartenenti a sodalizi mafiosi non caratterizzati dalla stabilità del vincolo, dal momento che, in tal caso, come afferma anche Sez. 2, n. 3945 del 12/01/2017, Clemente, Rv. 269057 «la presunzione di attualità della pericolosità sociale […] è destinata ad attenuarsi».

In argomento preme di far notare come il concetto di mafie storiche, per quanto intuitivo, abbia una caratterizzazione più sociologica che giuridica, finendo con il sovrapporsi a quello di mafie tipiche, con il quale tuttavia non coincide. Invero le mafie tipiche si identificano – alla stregua del già esaminato ultimo comma dell'art. 416-*bis* cod. pen., in disparte che con la mafia per eccellenza, ossia con Cosa Nostra, esclusivamente con la camorra e con la 'ndrangheta. Donde restano escluse, non solo la stidda, ancorché assai ben radicata nelle province nissena, agrigentina e ragusana, ove Cosa Nostra non è riuscita a sconfiggerla pur dopo la feroce guerra degli anni Novanta (di cui echi si rinvengono in Sez. 1, n. 26345 del 20/04/2017, Madonia, par. 3.1, p. 5), e viepiù metastatizzata (curiosamente come la 'ndrangheta) nell'Italia del Nord ed in Germania, ma persino la sacra corona unita, annoverata però da Sez. 2, n. 23446 del 2017, cit., tra le mafie storiche. Rispetto alla sacra corona unita, peraltro, val la pena di aggiungere, anzitutto, che essa non è l'unica, per quanto sia certamente la più potente, forma di criminalità organizzata presente nel territorio pugliese, in cui si registrano ad esempio manifestazioni della nuova società foggiana, riemersa sulle ceneri della precedente (ed in tal senso storica) società foggiana; secondariamente, che la sottolineatura della derivazione della stessa dalla camorra non vale ad assorbirla nel fenomeno camorristico, sia perché camorra e sacra corona unita oggi sono alcunché di diverso da quello che erano in passato, sia perché, secondo la tesi più accreditata, la criminalità organizzata pugliese pare essersi coagulata, più che come esportazione della camorra, come esportazione della nuova camorra organizzata.

6.4. Riflessioni conclusive sul tema dei rapporti tra "associazioni-madri" e "associazioni-figlie".

Balza evidente che la quasi totalità delle pronunce, così del 2017 come degli anni passati, impingenti sul tema dei rapporti tra associazioni-madri ed associazioni-figlie si sviluppa sui locali di 'ndrangheta, riguardati nel loro funzionamento "ordinario" di articolazioni tentacolari di un'associazione "ex se" di tipo mafioso, denominata 'ndrangheta, con base genericamente in Calabria.

Forse la tradizionale impermeabilità del mondo della 'ndrangheta è tale da non aver consentito l'ingresso nelle carte di pur ormai svariati processi – le sentenze conclusive dei quali tra l'altro pongono il problema della valutabilità delle corrispondenti produzioni ex art. 238-*bis* cod. proc. pen. – di osservazioni storiche per cui la 'ndrangheta alla quale si è soliti riferirsi è in realtà una manifestazione prevalentemente reggina, venuta a consolidarsi all'esito delle ben note guerre – con però susseguenti svariate diaspore, nel senso delineato da Sez. 6, n. 7627 del 1996, cit. (par. 5) – consumatesi a Reggio di Calabria negli anni Settanta del secolo scorso. Scarni e comunque frammentari sono gli aggiornamenti da allora, talché il patrimonio conoscitivo che si tramanda nella letteratura giudiziaria a proposito della 'ndrangheta in realtà riguarda la 'ndrangheta di ieri. La sfida è comprendere quella di oggi, che, nonostante la frammentarietà di detti aggiornamenti, si intuisce saper coniugare tradizione ed innovazione, le classiche violenza o minaccia e la modernità di spregiudicati investimenti o mirate speculazioni finanziarie, e che dunque impone di confrontarsi con un concetto (quantomeno) non più (solo) storico di intimidazione.

Fatta tale precisazione, all'interno di quella stessa 'ndrangheta che ci è dato di conoscere, come la stessa Sez. 1, n. 55359 del 2016, cit., relativa al processo Crimine, consente a tratti di percepire, la situazione concreta delle esperienze periferiche è affatto composita, atteso che alcune tra esse, pur auto-qualificandosi come 'ndranghetiste, non hanno né pretendono collegamenti con la 'ndrangheta cd. calabrese. Ciò può aiutare a comprendere per quale motivo – nella prima "*tranche*" del processo Infinito approdata in Corte, da cui emergeva la "Lombardia" come inedita cabina di regia dei locali milanesi e brianzoli, originariamente collegata ma, lungo la strada dell'autonomizzazione, ben presto contrapposta alla 'ndrangheta reggina – sia stata avanzata una soluzione di compromesso rispetto alle varie posizioni della giurisprudenza sulla necessità, sufficienza o addirittura prescindibilità del collegamento in sé dell'associazione-figlia rispetto all'associazione madre: in effetti, si è ribadito che la regola è che «è necessario che l'articolazione del sodalizio sia in grado di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile», potendo nondimeno detta capacità di intimidazione «promanare dalla diffusa consapevolezza del collegamento con l'associazione principale, oppure dall'esteriorizzazione 'in loco' di condotte integranti gli elementi previsti dall'art. 416-*bis*, comma terzo, cod. pen.» (Sez. 2, n. 34147 del 30/04/2015, Agostino, Rv. 264623).

Ciò introduce ad un'ulteriore livello di riflessione, secondo cui, la netta polarizzazione sulla 'ndrangheta delle pronunce della S.C. in tema di mafia silente non dovrebbe far perdere di vista, in un'ottica di sistema, la constatazione che gli schemi di ragionamento validi per la 'ndrangheta ben possono non esserlo per altre associazioni di tipo mafioso, finanche tipiche. Conseguentemente, ove si ponga mente a tale constatazione, potrebbe speculativamente ravvisarsi l'opportunità di contestualizzare, ad esempio, la necessità della concretezza della mafiosità dell'associazione-figlia laddove essa sia predicata in rapporto ad una nuova cellula camorristica sorta in un dato territorio in continuità di un clan storico. Tale è il caso deciso da Sez. 6, n. 41772 del 13/06/2017, Vicidomini, Rv. 271102 la quale, in motivazione, propone di «rivisita[re] criticamente l'assunto secondo cui anche l'associazione mafiosa sarebbe 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, anche nel caso in cui l'effetto intimidatorio non sia in concreto prodotto» (par. 2, p. 4), peraltro perspicuamente rimarcando «il ricorso alla violenza o alla minaccia non costituisce una modalità con cui puntualmente

debba manifestarsi all'esterno la condotta degli agenti, dal momento che la condizione di assoggettamento e gli atteggiamenti omertosi, indotti nella popolazione e negli associati stessi, costituiscono [piuttosto] la conseguenza del prestigio criminale dell'associazione» (par. 2, p. 5).

7. Organizzazioni mafiose straniere attive in Italia, tra delocalizzazione e novità: risvolti in tema di prova.

Con riferimento alle cd. mafie straniere operanti in Italia, l'organo dell'accusa talvolta pretende di dimostrarne la natura di sodalizi sussumibili nel disposto dell'art. 416-*bis* cod. pen. attraverso la notoria appartenenza ad una tal struttura sedente in un tal Paese.

Nondimeno, alla stregua di Sez. 2, n. 50949 del 10/10/2017, Bivol, chiamata a decidere del carattere mafioso o meno di un'associazione in tesi d'accusa collegata alla mafia moldava denominata Vor v'zacone, «il notorio, come fatto attraverso cui si perviene alla certezza giuridica, per essere utilizzabile nel processo penale, deve costituire una conoscenza condivisa dalla generalità dei cittadini o, comunque, dai soggetti qualificati appartenenti ad un determinato ambiente»; premesso ciò, quel che qui preme di sottolineare è che la Corte – escluso che le emergenze relative all'esistenza del sodalizio Vor v'zacone in Moldavia e in altri Paesi consentissero «di configurare l'associazione nazionale come un gruppo delocalizzato, emanazione dell'organizzazione estera e alla stessa organicamente riferibile» – ne trae «la conseguenza che [detta associazione nazionale] deve essere apprezzata come autonoma consorteria criminale» (par. 13, pp. 12 e 13), di modo da esigere la dimostrazione, incombente sull'accusa, di una sua mafiosità in concreto.

Emerge pertanto che il tema delle nuove ed autonome organizzazioni mafiose, di cui è discorso in precedenza (par. 5), può venire in linea di conto anche in rapporto alle mafie straniere presenti sul territorio nazionale, con una connotazione tuttavia prettamente procedimentale, in quanto fondata, più che sull'imprescindibilità di un'analisi relativa alla loro derivazione da realtà radicate nei Paesi di origine, su valutazioni riservate all'estensione dell'onere della prova in capo all'accusa: infatti, ove questa non abbia fornito la prova della delocalizzazione dell'associazione estera in Italia, deve verificarsi se abbia almeno dimostrato una mafiosità "in atto" della cellula italiana. A questo proposito, nondimeno, osserva Sez. 2, n. 50949 del 2017, cit., che l'«indispensabilità del radicamento territoriale» (par. 13.1, p. 13) è requisito recessivo in giurisprudenza, attesa la ritenuta possibilità di riferire la carica intimidatoria del sodalizio, più che (soltanto) ad un territorio, ad un gruppo etnico radicato su detto territorio. Tale concetto – evocato anche in Sez. 2, n. 18773 del 2017, cit., a proposito del sodalizio denominato Eye cui si è in precedenza accennato (par. 2) – rinviene un precedente specifico in Sez. 6, n. 35914 del 30/05/2001, Rv. 221245, Hsiang Khe ed altri, secondo cui «il reato previsto dall'art. 416-*bis* cod. pen. è integrato anche da organizzazioni le quali, pur senza avere il controllo di tutti coloro che vivono o lavorano in un determinato territorio, hanno la finalità di assoggettare al proprio potere criminale un numero indeterminato di persone immigrate o fatte immigrare clandestinamente […]»).

8. Coesistenza di associazioni.

A conclusione della panoramica sulle associazioni di tipo mafioso e sul loro concreto atteggiarsi anche nei rapporti reciproci, deve accennarsi al fenomeno per cui distinte associazioni "lato sensu" criminali insistono, in parte, sugli stessi elementi personale e soprattutto territoriale, potendo condividere, sempre in parte, i fini illeciti rispettivamente perseguiti o comunque collaborare l'una alla realizzazione di quelli dell'altra o delle altre.

La problematicità di tale fenomeno, che può ricondursi alla categoria della coesistenza tra associazioni, nella duplice declinazione della mera tolleranza o della vera e propria alleanza, risiede all'evidenza nell'individuazione pratica di consorterie realmente distinte, atteso che di rado il compendio conoscitivo dischiuso segnatamente da servizi di appostamento e da attività tecniche coglie un'espressa e, oltre, separata identificazione delle stesse e dei rispettivi membri. Detta operazione presuppone dunque un'articolata ricostruzione dei fatti storici, da cui evincere emergenze strutturali eterogenee e, oltre, autonome, ancorché a tratti sovrapponibili: per l'effetto pare corretto affermare che i giudici di merito sono gravati di un onere motivazionale sicuramente penetrante.

Puntualizzato quanto precede, in diritto, questioni sorgono soprattutto nel sub-settore dell'alleanza di associazioni di tipo mafioso, quanto all'attribuzione di una rilevanza sua propria alla federazione tra due o più di esse. Invero, in linea teorica, può ritenersi che la federazione si sovrapponga alle associazioni federate, non pregiudicandone l'esistenza, di guisa che l'una concorre con le altre, ma può anche ritenersi che la prima assorba le seconde, le quali per l'effetto cessano di esistere individualmente per confluire nella struttura sovraordinata, unica a permanere in vita.

L'opinione costante, prestando fede al concetto in sé di federazione, propende per la prima alternativa e torna quindi a ribadire che «risponde di distinti reati associativi [di tipo mafioso] colui che agisce per conto di due consorterie criminali, le quali, pur se tra loro federate e funzionalmente collegate, conservano entrambe autonomia decisionale ed operativa» (così Sez. 5, n. 9429 del 13/10/2016, dep. 27/02/2017, Mancuso, Rv. 269362, secondo cui «un accordo di collaborazione strategica tra due organizzazione criminali non è incompatibile con l'appartenenza dell'imputato ad entrambe le associazioni»).

Nondimeno un diverso avviso, sebbene non la faccia propria, neppure chiude "a priori" la porta alla seconda alternativa, concentrando l'indagine sui presupposti atti a configurare nella federazione una struttura nuova ed autonoma ed a tal fine sostenendo che essa ben può dar luogo ad una struttura siffatta, ma «solo se vi è prova che sia scaturita da un diverso patto criminale oppure che quella originaria abbia cessato di esistere» (Sez. 2, n. 31541 del 30/05/2017, Abbamundo, Rv. 270466, intervenuta a proposito del fenomeno comunissimo di varo di nuove alleanze tra clan di camorra). Donde, in conformità all'avviso che si va illustrando, la federazione può, ma anche non, doppiare le associazioni federate. La rilevanza pratica della differenza tra i due esiti si lascia apprezzare – oltreché sul piano procedimentale in punto di regime contestativo – sul piano sostanziale degli effetti del principio del "nebis in idem". Invero, premesso l'inveterato principio per cui «sussiste la preclusione derivante dal giudicato […] allorché nel secondo giudizio venga contestata al condannato la partecipazione ad una consorteria criminale che, sebbene connotata da un'articolazione più ristretta di quella risultante dal primo giudizio, si presenta identica, quanto alla sfera operativa e di interessi, all'identità degli affiliati ed al ruolo di vertice attribuito ad uno di loro, essendo a tal fine irrilevante […] la parziale difformità del profilo temporale delle due contestazioni» (Sez. 6, n. 48691 del 05/10/2016, Rv. 268226, Maesano), detta eccezione può essere superata solo se l'organo dell'accusa assolve all'onere di dimostrare l'appartenenza del soggetto (anche) alla federazione.

Da ultimo, l'appartenenza di taluno a plurime consorterie criminali, nel fondare, come visto, il concorso dei reati di partecipazione, ai fini del riconoscimento tra essi del vincolo della continuazione, esige un rigoroso accertamento di fatto sulla concreta operatività delle consorterie stesse, essendo esclusi automatismi derivanti segnatamente dall'«omogeneità del titolo di reato e delle condotte criminose» (sicché, nel caso classico – oggetto di Sez. 4, n. 3337 del 22/12/2016, dep. 2017, Napolitano, Rv. 268786 – di partecipazione di taluno ad

un'associazione dedica al narcotraffico ex art. 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre del 1990, n. 309, e nel contempo ad un'associazione di tipo mafioso dedita anche al narcotraffico, non è sufficiente la mera allegazione da parte del medesimo della "contiguità geografica e cronologica delle condotte" e della "loro tendenziale omogeneità", laddove "le modalità concrete di consumazione dei vari delitti [siano] sintomatiche di scelte di vita ispirate alla sistematica consumazione di illeciti, e non all'attuazione di un progetto criminoso unitario").

9. Gli effetti della sentenza della Corte EDU "Contrada c. Italia" sull'ordinamento interno.

Con la sentenza del 14 aprile 2015, "Contrada c. Italia", la Corte Edu ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 della Convenzione. I giudici della Convenzione hanno ritenuto che, all'epoca cui si riferivano i fatti per i quali il ricorrente era stato condannato (1979-1988), il reato ascritto all'imputato non fosse per quest'ultimo sufficientemente chiaro e prevedibile e, pertanto, non gli consentiva di conoscere, in relazione a tale fattispecie, la pena cui sarebbe incorso per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti (§ 75).

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

La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulle possibili ricadute della sentenza sull'ordinamento interno, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen. (nella parte in cui, secondo l'interpretazione giurisprudenziale dominante, incriminano il concorso esterno in associazioni di tipo mafioso) per contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. e con gli artt. 117 Cost. e 7 CEDU, per violazione del principio di legalità (Sez. 2, n. 34147, del 30/04/2015, Agostino e altri, Rv. 264624).

La Corte, chiamata a verificare gli effetti nella giurisdizione interna delle affermazioni di principio espresse dal giudice della Convenzione, ha disatteso di queste ultime la premessa fondante (ritenuta *giuridicamente inesatta*), vale a dire la matrice giurisprudenziale del reato di concorso esterno in associazione, ribattendo che la figura criminosa in questione è data dalla combinazione della singola norma penale incriminatrice speciale con l'art 110 cod. pen., nel pieno rispetto, pertanto, del principio di legalità, sancito dall'art. 1 cod. pen. e dall'art. 25, comma 2, Cost.

Nell'anno in commento, la Suprema Corte è tornata ad occuparsi degli effetti della sentenza del giudice europeo con riferimento alla specifica posizione del Contrada nonché di soggetti che, quanto meno in tesi difensiva, si assumeva essere in una posizione analoga.

9.1. L'efficacia precettiva e gli effetti vincolanti: la sentenza Sez. 1, n. 43112 del 6/7/2017.

Con sentenza n. 43112 del 6/7/2017, la Prima Sezione penale della Cassazione, decidendo sul ricorso avanzato nell'interesse di Bruno Contrada, ha dichiarato improduttiva di effetti penali la sentenza della Corte di appello di Palermo del 25/02/2006, irrevocabile il 10/05/2007, di condanna del predetto alla pena di dieci anni di reclusione per il reato di concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso denominata Cosa Nostra, commesso nell'arco temporale compreso tra il 1979 e il 1988.

In tesi difensiva, la revoca della condanna si imponeva, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., per effetto della decisione emessa dalla Corte EDU il 14/04/2015, il cui obbligo di conformazione nell'ordinamento interno discendeva dall'art. 46 CEDU.

L'assunto era stato respinto dal giudice dell'esecuzione sul presupposto che, nel caso in esame, la Corte EDU non aveva fornito alcuna indicazione sugli strumenti processuali utilizzabili per consentire all'ordinamento italiano di conformarsi alla sua decisione, con la conseguenza che, in assenza di specifiche prescrizioni, il provvedimento revocatorio richiesto dal condannato non poteva essere adottato, senza che una tale soluzione implicasse l'elusione dell'art. 46 CEDU.

La decisione della corte territoriale è stata annullata senza rinvio dalla S.C. con le argomentazioni, di seguito proposte.

La questione dibattuta riguarda la sussistenza, con riferimento al caso specifico, dell'obbligo di conformazione alla decisione presupposta previsto dall'art. 46 CEDU e, in caso di risposta affermativa, quali siano gli strumenti processuali attivabili nel diritto interno per dare esecuzione alla pronuncia della Corte EDU.

Al primo quesito la Corte ha risposto positivamente.

È stato affermato che costituisce dato ermeneutico consolidato (Sez. 1, n. 2800 dell'01/02/2006, dep. 2007, Dorigo, Rv. 235447) quello dell'efficacia immediatamente precettiva delle norme della Convenzione EDU, nonostante alle stesse non possa direttamente riconoscersi rango costituzionale (Corte cost., n. 388 del 1999; Corte cost., n. 10 del 1993).

Sul piano applicativo, l'efficacia precettiva delle norme della Convenzione EDU è garantita dall'art. 19 del testo convenzionale che prevede l'istituzione della Corte EDU per «assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli [...]», riconoscendo a tale organo sovranazionale una competenza estesa a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della predetta normativa.

In questo contesto normativo, si inserisce la previsione dell'art. 46 CEDU, primo paragrafo, secondo cui le «Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono Parti».

La stessa disposizione precisa, nel secondo paragrafo, che «la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione».

L'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU è ulteriormente ribadito dal terzo paragrafo dell'art. 46 CEDU, a tenore del quale se «il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione [...]».

L'obbligo previsto dall'art. 46 CEDU, dunque, non può essere messo in discussione.

I giudici della Cassazione non hanno, in tal modo, condiviso l'assunto, da cui aveva preso le mosse la censurata decisione della Corte di appello di Palermo, secondo cui al giudice nazionale dovrebbe essere riconosciuto nell'esecuzione delle decisioni della Corte edu un margine di discrezionalità, che invece la Corte di legittimità ha ritenuto di escludere, sia pure limitatamente allo specifico caso coinvolto dalla pronuncia in esame e a differenza dei casi analoghi.

Al riguardo, nella sentenza in commento si richiama, altresì, l'orientamento (Sez. 1, n. 2800 dell'01/02/2006, dep. 2007, Dorigo, cit.) secondo cui le decisioni della Corte edu sono immediatamente produttive di diritti e obblighi nei confronti delle parti in causa, con la conseguenza che lo Stato è tenuto a conformarsi a tali pronunzie e a eliminare, fin dove è possibile, le conseguenze pregiudizievoli della violazione riscontrata.

La conclusione cui la Corte è pervenuta è che «la previsione dell'art. 46 CEDU, nelle ipotesi di violazioni delle norme del testo convenzionale, impone al giudice nazionale, limitatamente al caso di cui si controverte, di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU, i cui effetti si estendono sia allo Stato sia alle altre parti coinvolte dalla decisione che tale violazione ha censurato».

L'approdo interpretativo ha imposto alla Corte di individuare gli strumenti in concreto attivabili per rimuovere le conseguenze della sentenza emessa dalla Corte di appello di Palermo nei confronti di Contrada il 25/02/2006.

La soluzione, unica possibile, è stata rintracciata nell'incidente di esecuzione.

Ciò alla luce, innanzi tutto, della posizione giurisprudenziale da ultimo recepita dalle Sezioni unite (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260700), che, intervenendo in relazione alle conseguenze sistematiche prodotte dalla sentenza della Corte costituzionale 11 febbraio 2014, n. 32, nell'ambito delle quali affrontavano il problema del bilanciamento tra il valore dell'intangibilità del giudicato e l'esecuzione di una decisione penale rivelatasi successivamente illegittima, hanno affermato il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di incidere sul giudicato.

Per altro verso, secondo la Corte costituzionale il giudice dell'esecuzione «non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso [...]» (Corte cost., n. 210 del 2013, richiamata nella sentenza delle Sezioni unite "Gatto").

In questo senso, già in un precedente intervento chiarificatore, le Sezioni unite (Sez. U, n. 34472 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 252933) avevano avuto modo di affermare che al giudice dell'esecuzione deve essere riconosciuto un ampio potere di intervento sul giudicato, ai sensi degli artt. 666 e 670 cod. proc. pen., atteso che lo strumento previsto «dall'art. 670 cod. proc. pen., pur sorto per comporre i rapporti con l'impugnazione tardiva e la restituzione nel termine, implica necessariamente, al di là del dato letterale, un ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto, che è un mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo». E ancora:

«Il genus delle doglianze da cui può essere investito il giudice degli incidenti ex art. 666 cod. proc. pen., in sostanza, è molto ampio ed investe tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo».

A nulla rileva, infine, l'avvenuto esaurimento del rapporto giurisdizionale, conseguente al fatto che il ricorrente aveva interamente scontato la pena principale di dieci anni di reclusione irrogatagli con la sentenza definitiva suindicata.

Attribuire rilevanza ad una simile circostanza significherebbe non tener conto degli effetti penali ulteriori rispetto a quelli connessi all'esecuzione della pena principale, dei quali, invece, occorre dichiarare l'improduttività.

È stato escluso che, in alternativa all'incidente di esecuzione, la rimozione degli effetti della sentenza di condanna del Contrada potesse essere raggiunta attraverso l'attivazione del procedimento di revisione previsto dall'art. 630 cod. proc. pen., così come prefigurato dalla Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 113 del 2011).

Si è, al riguardo, osservato che tale percorso giurisdizionale, originariamente attivato da Contrada davanti alla Corte di appello di Caltanissetta, non è più concretamente esperibile, in conseguenza della sentenza emessa il 20/01/2017 dalla Sezione quinta penale della S.C., che concludeva il procedimento di revisione in questione con la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione proposta, per effetto della rinuncia al ricorso, depositata il 28/12/2016.

Al di là di tale rilievo, è stato osservato che, fermo l'obbligo di conformazione, «la stessa Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 113, cit.) ha rimarcato come la necessità della riapertura vada apprezzata sia in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata sia tenendo conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, oltre che nella sentenza "interpretativa" eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU.

Nel caso in esame nessuna "rinnovazione" di attività processuale, probatoria o del giudizio potrebbe o avrebbe potuto condurre al superamento di quello che, stando alla Corte edu, sarebbe un mero errore di diritto.

La Corte ha, altresì, escluso l'esperibilità del rimedio previsto dall'art. 673 cod. proc. pen., finalizzato all'eliminazione, mediante revoca, della sentenza di condanna nei casi in cui è venuto meno l'illecito penale per l'intervento del legislatore o della Corte costituzionale; condizioni, queste, pacificamente insussistenti nel caso in esame, che rendono infondate le pretese del ricorrente incentrate sulle potenzialità applicative dell'istituto revocatorio.

Escluse le possibili soluzioni alternative, la Corte è pervenuta alla conclusione che la sentenza pronunziata dalla Corte EDU nel caso Contrada contro Italia non impone interventi *in executivis* differenti da quelli legittimati dalle disposizioni degli artt. 666 e 670 cod. proc. pen.

Norme, queste ultime, che consentono di individuare nel giudice dell'esecuzione il «garante della legalità della sentenza in fase esecutiva …[con il compito], se necessario, di ricondurre la decisione censurata ai canoni della legittimità (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, cit.)».

Da qui, la decisione, anticipata in premessa, secondo cui «a seguito, dunque, della decisione emessa dalla Corte EDU il 14/04/2015, che ha dichiarato che la sentenza di condanna emessa nei confronti di Bruno Contrada dalla Corte di appello di Palermo il 25/02/2006, divenuta irrevocabile il 10/05/2007, violerebbe l'art. 7 CEDU, tale pronuncia non è suscettibile di ulteriore esecuzione e non è produttiva di ulteriori effetti penali».

9.2. *(Segue)*. Le ricadute sulle condanne in procedimenti analoghi.

Con riferimento agli effetti della sentenza "Contrada" su decisioni interne rese nei confronti di soggetti con imputazioni analoghe a quelle del predetto, la Cassazione ha, nell'anno in commento, dato seguito all'indirizzo già espresso da Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861, secondo cui lo strumento per adeguare l'ordinamento interno ad una decisione definitiva della Corte EDU va individuato, in via principale, nella revisione introdotta dalla sentenza additiva della Corte cost. n. 113 del 2011, applicabile sia nelle ipotesi di vizi procedurali rilevanti ex art. 6 della Convenzione EDU, sia in quelle di violazione dell'art. 7 della stessa Convenzione che non implichino un vizio assoluto di responsabilità (per l'assenza di una norma incriminatrice al momento del fatto), ma solo un difetto di prevedibilità della sanzione – ferma restando la responsabilità penale – o che comunque lascino aperte più soluzioni del caso; lo strumento dell'incidente di esecuzione, invece, può essere utilizzato solo quando l'intervento di rimozione o modifica del giudicato sia privo di contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto senza necessità della previa declaratoria di illegittimità costituzionale di alcuna norma, fermo restando che, qualora l'incidente di esecuzione sia promosso per estendere gli effetti favorevoli della sentenza della Corte Edu ad un soggetto diverso da quello che l'aveva adita, è necessario anche che la predetta decisione (pur non adottata nelle forme della "sentenza pilota") abbia una obiettiva ed effettiva portata generale, e che la posizione dell'istante sia identica a quella del caso deciso dalla Corte di Strasburgo.

A questo principio si è attenuta, richiamandolo espressamente, Sez. 1, n. 53610 del 10/04/2017, Gorgone, in una fattispecie identica a quella "Dell'Utri", vale a dire quella di un soggetto condannato per concorso esterno in associazione mafiosa per condotte precedenti al 1994; con l'unica differenza che, nel caso di Gorgone, la condotta contestata giungeva fino al marzo 1993 (per Dell'Utri giungeva fino al 1992), quindi in un'epoca in cui erano già state emesse sentenze di questa Corte che confermavano la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa.

Ciò ha consentito alla Corte di ribadire i passaggi fondamentali di quella motivazione: l'errore del giudice dell'esecuzione nel dichiarare inammissibile (e non rigettare) l'istanza; i limiti dei poteri del giudice dell'esecuzione, le cui competenze sono predeterminate dal legislatore e che non può essere trasformato in risolutore di ogni questione attinenti a vizi o violazioni presenti nel giudizio di cognizione; la conseguente eccezionalità del ricorso all'incidente di esecuzione per rispondere a decisioni della Corte EDU prima della sentenza della Corte cost. n. 113 del 2011 che ha introdotto la nuova ipotesi di revisione; la necessità – dimostrata dal caso Ercolano – di passare attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale per ottenere l'effetto di una pronuncia della Corte EDU a favore di un soggetto diverso da colui che aveva proposto il ricorso; la preferenza verso lo strumento della revisione, salvo che esso risulti superfluo per la possibilità di sostituire la pena irrogata con quella conforme al dettato della Corte EDU già predeterminata (come nel caso di Ercolano); la possibilità di ricorrere all'incidente di esecuzione solo se la decisione della Corte EDU abbia la natura di "sentenza pilota" o comunque abbia portata generale, le situazioni in comparazione siano identiche e non sia necessaria la previa declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma, né l'intervento di rimozione del giudicato presenti contenuto discrezionale.

Nel caso del Gorgone la difesa del ricorrente, pur riconoscendo che la sentenza Contrada non avesse natura di "sentenza pilota", aveva sostenuto che questa era espressione di un diritto consolidato, di orientamento divenuto definitivo in punto di irretroattività della norma penale incriminatrice sancita dall'art. 7 della CEDU.

Tuttavia, osserva la Corte che, al pari di quanto affermato nella sentenza "Dell'Utri", «deve essere delimitata la portata "generale" della decisione sopranazionale, atteso che l'alternativa evocata nel processo Contrada non era tra fatto lecito/fatto illecito, ma tra condotta punita più o meno gravemente in relazione alla qualificazione giuridica attribuitagli (concorso esterno in associazione mafiosa ovvero favoreggiamento personale), con la conseguenza che "il limitato 'contenuto generalÈ di tale decisione è ricollegabile a due condizioni ulteriori, fermo restando il dato temporale della condanna (ante '94) per concorso esterno: a) che le ricadute negative del conflitto interpretativo sulla persona dell'accusato siano ad un esame *ex post* percepibili attraverso l'esame della condotta processuale tenuta da costui, data l'ineliminabile componente soggettiva del giudizio di imprevedibilità; b) che sia stata, in tal senso, almeno sollecitata dalla parte una diversa qualificazione giuridica del fatto, posto che il deficit di prevedibilità – nel caso Contrada – riguarda essenzialmente la sanzione"».

Al pari di quanto ritenuto nella pronuncia Dell'Utri, anche nella sentenza ora in commento, la Corte ha negato l'identità delle posizioni di Contrada e Gorgone: per la diversa epoca di consumazione del delitto (pur sempre precedente alla sentenza Demitry del 1994); per avere Contrada sempre contestato davanti al giudice nazionale la prevedibilità della sanzione, sostenendo la possibilità di qualificare diversamente la condotta nel reato di favoreggiamento personale, sostanzialmente fin dall'inizio evocando la violazione dell'art. 7 CEDU, mentre la difesa di Gorgone non rivendica una tale linea processuale.

La conclusione cui i giudici sono pervenuti è stata nel senso di escludere in radice che l'incidente di esecuzione possa ritenersi la sede idonea per la ridiscussione della legalità convenzionale della decisione definitiva di condanna emessa nei confronti di Gorgone Francesco Paolo, atteso che non emerge alcuna conclusione obbligata nel senso della rimozione della affermazione di penale responsabilità.

Con l'ulteriore conseguenza che «la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 cod. proc. pen. risulta, quindi, manifestamente infondata, oltre che irrilevante per la soluzione del caso, atteso che l'impossibilità di revocare la sentenza di condanna da parte del Giudice dell'esecuzione deriva dalla diversità delle posizioni di Contrada e Gorgone e dalla presenza dello strumento della revisione».

10. Questioni interpretative relative alla circostanza aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 2001.

Le figure circostanziali aggravate previste dall'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., in legge 12 luglio 1991, n. 203, sono astrattamente suscettibili di creare frizioni con il delitto di associazione di tipo mafioso qualora accedano ai reati-fine dello stesso, poiché un'accezione lata del principio di assorbimento potrebbe ricondurre il maggior disvalore riconnesso alla contestazione di dette aggravanti in rapporto ai reati-fine nel disvalore in sé di un'associazione che si distingue dalla comune associazione per delinquere proprio in relazione al predicato di mafiosità derivantele dalla forza di intimidazione di cui è intrisa (art. 416-*bis*, comma 3, cod. pen.).

Nondimeno la giurisprudenza più recente pare definitivamente assestarsi nel senso – già additato da Sez. U, n. 10 del 28/03/2001, Cinalli, Rv. 218377 – dell'inesistenza di alcuna frizione, ritenendo in due occasioni che entrambe le forme dell'impiego del metodo mafioso nella commissione dei singoli reati e della finalità di agevolare, con il delitto posto in essere, l'attività dell'associazione a delinquere di stampo mafioso, è configurabile anche con riferimento ai reati-fine commessi dagli appartenenti al sodalizio criminoso (Sez. 2, n. 20935 del 07/04/2017, Ariostini, Rv. 269642; nello stesso senso, con specifico riferimento ai reati-fine in materia di armi, Sez. 6, n. 9956 del 17/06/2016, dep. 2017, Accurso, Rv. 269717). Ne consegue che può dirsi ormai assorbito il contrasto con l'opposto avviso isolatamente espresso pur dopo le Sezioni Unite da Sez. 1, n. 26609 del 08/06/2011, Marano, Rv. 250752, secondo cui ricorre un'incompatibilità tra l'aggravante dell'art. 7, cit., e la contestazione dell'associazione mafiosa, "in quanto la condotta tipizzata dalla condotta incriminatrice assorbe la previsione dell'aggravante".

Per continuità di materia, valga ricordare più in generale che il tema dei rapporti tra aggravante ex art. 7, cit., e reato associativo è improntato ad un'autonomia di valutazione in ordine ai rispettivi presupposti, talché «non è esclusa la responsabilità per [il reato associativo] nell'ipotesi in cui – nei confronti dello stesso imputato – non sia stata raggiunta la prova della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 7, in relazione alla commissione di reati-fine, dal momento che non ogni reato commesso dai partecipanti al sodalizio criminoso è necessariamente compiuto con l'impiego del metodo mafioso o per agevolare l'organizzazione medesima» (Sez. 2, n. 36107 del 16/05/2017, Ciccia, Rv. 271030).

10.1. Il metodo mafioso.

La prima delle due forme in cui può manifestarsi l'aggravante dell'art. 7, d.l. n. 152 del 1991, ossia quella relativa alla commissione di un reato mediante l'impiego del metodo mafioso, costituisce terreno di estrinsecazione di due profondi contrasti nella giurisprudenza di legittimità anche ultima.

Il primo contrasto si manifesta con riferimento alla questione se, per la configurabilità del metodo mafioso, sia necessaria o meno l'esistenza di un'associazione mafiosa cui ricollegare la mafiosità del metodo stesso. La ragione del contrasto scaturisce da ciò che, nella fattispecie dell'associazione di tipo mafioso, la mafiosità dell'associazione non è descritta dalla legge di per se stessa, in termini assoluti e perciò associabili a qualsiasi reato, ma è dal comma 3 dell'art. 416-*bis* cod. pen. individuata come caratteristica propria del sodalizio, atteso che la forza di intimidazione, fonte degli effetti di assoggettamento ed omertà che si scaricano all'esterno dell'associazione (Sez. 6, n. 2402 del 23/06/1999, D'Alessandro, Rv. 214923), si sprigiona dal vincolo di per se stesso riguardato e non dalle condotte di coloro che vi partecipano (Sez. 6, n. 1612 del 11/01/2000, Ferone, Rv. 216633).

Anche nel 2017, svariate sentenze constano essersi pronunciate in favore della tesi di una "mafiosità di metodo", ricostruita autonomamente come manifestazione in sé di una carica intimidatoria, a prescindere da collegamenti con associazioni mafiose da cui ripeta sostanza e vigore. Così, ad esempio, Sez. 6, n. 41772 del 13/06/2017, Vicidomini, Rv. 271103 (nella scia di Sez. 5, n. 39795 del 29/05/2017, Cuomo, Rv. 271120), posta la premessa secondo cui «la circostanza aggravante dell'utilizzo del metodo mafioso […] non presuppone necessariamente l'esistenza di un'associazione ex art. 416-*bis*, cod. pen., essendo sufficiente, ai fini della sua configurazione, il ricorso a modalità della condotta che evochino la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso», ne fa discendere la conseguenza secondo cui essa è «configurabile [anche] con riferimento ai reati-fine commessi nell'ambito di un'associazione criminale comune, nonché nel caso di reati posti in essere da soggetti estranei al reato associativo», senza peraltro che «il riconoscimento della circostanza aggravante in questione rispetto ad alcuni reati fine di un'associazione per delinquere, commessi anche da soggetti estranei al reato associativo, [consenta] di attribuire necessariamente al sodalizio il carattere della mafiosità».

La tesi è conforme all'orientamento maggioritario (Sez. 2, n. 322 del 02/10/2013, Ferrise, Rv. 258103; Sez. 1, n. 5881 del 04/11/2011, Giampà, Rv. 251830; Sez. 1, n. 16883 del 13/04/2010, Stellato, Rv. 246753; Sez. 2, n. 2204 del 31/03/1998, Parreca, Rv. 211178), in seno al quale nondimeno si registrano varietà di accenti: più specificamente, mentre Sez. 2, n. 49090 del 04/12/2015, Maccariello, Rv. 265515, distingue l'aggravante del metodo mafioso, «ai fini della cui integrazione non è necessaria la prova l'esistenza della associazione criminosa, essendo sufficiente l'aver ingenerato nella vittima la consapevolezza che l'agente appartenga a tale associazione»; da quella dell'agevolazione di un'associazione mafiosa, «che, invece, postulando che il reato sia commesso al fine specifico di agevolare l'attività di una associazione mafiosa, implica necessariamente l'esistenza reale a non semplicemente supposta di essa e richiede, ai fini della sua integrazione, la prova della oggettiva finalizzazione dell'azione a favorire l'associazione e non un singolo partecipante»; Sez. 2, n. 17879 del 13/03/2014, Pagano, Rv. 260007 sostiene "tout court" che «la configurabilità dell'aggravante prevista dall'art. 7, non richiede necessariamente la sussistenza di una compagine mafiosa o camorristica di riferimento non solo quando è contestato l'utilizzo del metodo mafioso, ma neppure quando è addebitata la finalità agevolativa, anche se, in questa seconda evenienza, occorre che lo scopo sia quello di contribuire all'attività di un'associazione operante in un contesto di matrice mafiosa, in una logica di contrapposizione tra gruppi ispirati da finalità di controllo del territorio con le modalità tipiche previste dall'art. 416-*bis* cod. pen.»; una posizione in certo qual modo intermedia appartiene a Sez. 2, n. 11987 del 18/02/2016, Pantisano Trusciglio, Rv. 266681, per cui «la circostanza aggravante prevista dall'art. 7, è configurabile con riferimento alla condotta del partecipe di un'associazione per delinquere 'semplicÈ che svolga una funzione strumentale ed agevolatrice a vantaggio di un'associazione per delinquere di tipo mafioso».

Ad ogni modo, la tesi della mafiosità in sé, indipendentemente da un'associazione mafiosa "alle spalle", trova un'enunciazione generalizzata nell'arresto volto a sostenere che entrambe le aggravanti del metodo mafioso e della finalità di agevolare, con il delitto posto in essere, l'attività di un'associazione mafiosa sono configurabili «anche con riferimento al reato associativo di cui all'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990» (Sez. 6, n. 9956 del 2017, cit., la quale, significativamente, ha ravvisato l'esercizio del metodo mafioso, da parte dei membri di un'associazione dedita al narcotraffico, nell'acquisizione delle "piazze di spaccio", nelle modalità del controllo della gestione del traffico della droga, nella finalità di avvantaggiare l'associazione camorristica egemone nella costituzione di un monopolio dello spaccio nonché nella partecipazione ai relativi utili di detto gruppo criminale, che assicurava protezione dalle pretese di organizzazioni contrapposte).

Ciò nondimeno, al contrario, altra pronuncia opina che, per la sussistenza dell'aggravante del metodo mafioso, sia «necessario l'effettivo ricorso ad una condotta oggettivamente intimidatoria dipendente dal manifestato vincolo associativo con una organizzazione criminale di stampo mafioso, non essendo sufficiente la mera suggestione indotta nella vittima dal riferimento da parte dell'autore del reato alla sua provenienza geografica. (Sez. 6, n. 31405 del 07/06/2017, Costantino, Rv. 270572, in un caso in cui gli imputati si erano limitati a specificare di essere "calabresi", pur senza alludere in alcun modo all'appartenenza ad una organizzazione di tipo mafioso e non adottando comportamenti riferibili a quelli indicati nell'art.416--*bis*, comma terzo, cod. pen.). In senso ancor più restrittivo, altra pronuncia proclama che, «in relazione al reato di associazione per delinquere "comune" di cui all'art. 416 cod. pen., l'aggravante di cui all'art. 7, sia ipotizzabile esclusivamente sotto lo specifico profilo della finalità di agevolare l'attività di un'associazione mafiosa e non dell'utilizzo del metodo mafioso, dovendosi necessariamente configurare, nella seconda ipotesi, il diverso reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. (Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270157, che riprende alla lettera Sez. 2, n. 24802 del 19/05/2016, Ciaffi, Rv. 267235).

Altro terreno foriero di contrasti riguarda la questione, per vero strettamente collegata a quella affrontata nel paragrafo precedente, se l'aggravante del metodo mafioso esiga oppure no il riferimento esplicito ad un'associazione mafiosa.

Affiora prepotentemente nel 2017 l'avviso a termini del quale integra l'aggravante, tipicamente accedente al delitto di estorsione, «la condotta di chi usa implicita ma inequivoca minaccia per pretendere dalla persona offesa il pagamento di non meglio precisate somme di denaro a motivo dell'ubicazione dell'attività commerciale della medesima in un territorio sottoposto al controllo di una cosca criminale» (Sez. 2, n. 32 del 30/11/2016, dep. 2017, Gallo, Rv. 268759, che ha ritenuto aggravata la richiesta espressa con la frase: "Vedi che ti trovi in una zona dove devi pagare qualcosa", indirizzata dall'indagato alla persona offesa, titolare di un esercizio sito in un quartiere dominato da una nota 'ndrina). Il ragionamento sottostante ad una simile conclusione si articola in due passaggi: da un lato, infatti, «è sufficiente che il soggetto agente faccia riferimento, in maniera anche contratta od implicita, al potere criminale dell'associazione»; dall'altro, però, è necessario che il fatto si consumi «in un territorio in cui è radicata un'organizzazione mafiosa storica», atteso che il ridetto potere criminale dell'associazione deve essere «di per sé noto alla collettività», tant'è vero che, in tema di estorsione, si ragiona icasticamente di "estorsione ambientale" (Sez. 2, n. 19245 del 30/03/2017, Paiano, Rv. 269938, relativamente ad un'estorsione commessa in territorio calabrese, con riferimento alla quale la S.C. ha ritenuto che i toni percepiti come "mafiosi" dalla persona offesa – destinataria della richiesta di uno dei due imputati, pregiudicato per reati gravi, di non eseguire lavori ottenuti in appalto, in modo da favorire l'altro imputato – consentissero di ritenere integrato il metodo mafioso, essendo tali toni ben conosciuti dall'imprenditoria del luogo, ove la 'ndrangheta agisce, nella gestione delle attività economiche, in modo seriale, con modalità tipiche immediatamente distinguibili dalle vittime; in termini analoghi, Sez. 2, n. 36115 del 27/06/2017, Pacilli, Rv. 271004, che ha confermato l'esistenza dell'aggravante del metodo mafioso in relazione all'indebita richiesta economica di dare "una mano", proveniente da un criminale che la vittima ben conosceva essere inserito all'interno della locale cosca mafiosa). Nondimeno una prospettiva per così dire "avanzata" si spinge sino al punto di considerare bastevole persino una semplice "mafiosità 'lato sensu' territoriale", in quanto «non è necessario che la vittima conosca l'estorsore ed il clan di appartenenza del medesimo, rilevando soltanto le modalità in sé della richiesta estorsiva, che, pur formalmente priva di contenuto minatorio, ben può manifestare un'energica carica intimidatoria – come tale percepita dalla vittima stessa – alla luce della sottoposizione

del territorio in cui detta richiesta è formulata all'influsso di notorie consorterie mafiose». (Sez. 2, n. 22976 del 13/04/2017, Neri, Rv. 270175, in una fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto sussistere un tentativo di estorsione ambientale in relazione alla condotta degli imputati – di cui uno appartenente ad una cosca di 'ndrangheta – che avevano effettuato una richiesta anomala di informazioni, con fissazione unilaterale di un appuntamento a distanza di pochi giorni, al responsabile di un'impresa impegnata in lavori nel territorio calabrese, il quale, pur provenendo da altra regione, si era immediatamente reso conto della natura estorsiva della richiesta stessa, ed aveva subito dopo sporto denuncia).

Contrario all'avviso testé illustrato (che recupera, "mutatis mutandis", l'insegnamento di Sez. 2, n. 47404 del 30/11/2011, Fisichella, Rv. 251607, secondo cui le aggravanti dell'art. 7, sono desumibili «di per sé, sul piano indiziario, dalla appartenenza degli autori del fatto ad un sodalizio di stampo camorristico, salvo che non ricorrano elementi indicativi della riconducibilità degli episodi ad un alveo "intimidatorio" di tutt'altra natura») è quello secondo cui, invece, l'aggravante «è subordinata – anche quando il delitto si consuma in territori dove è notoria la presenza di associazioni criminali di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. – alla sussistenza nel caso concreto di condotte specificamente evocative della forza intimidatrice derivante dal vincolo associativo, non potendo essere desunta dalle mere caratteristiche soggettive di chi agisce, anche in concorso con altri» (Sez. 5, n. 42818 del 19/06/2014, Savarese, Rv. 26176; Sez. 2, n. 24992 del 24/05/2013, Camarda, Rv. 256493; Sez. 6, n. 27666 del 04/07/2011, Barbieri, Rv. 250357; Sez. 6, n. 26326 del 26/04/2007, De Rito, Rv. 236861).

10.2. L'agevolazione mafiosa.

Anche la seconda previsione dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 – riguardante l'agevolazione di un'associazione di tipo mafioso, per la cui sussistenza è sufficiente che la concreta attività illecita sia diretta a meramente rafforzare o favorire, non l'associazione in quanto tale, ma il perseguimento dei suoi scopi illeciti (Sez. 5, n. 12010 del 28/11/2016, dep. 2017, Crupi, Rv. 269468, in tema di ricettazione di un consistente quantitativo di cioccolato di marca, la cui rilevanza economica rivestiva particolare interesse per il sodalizio mafioso) – è contrassegnata da profondi disallineamenti applicativi che ormai denunciano un vero e proprio contrasto sul punto della natura, soggettiva od oggettiva, dell'aggravante in questione.

L'orientamento prevalso nel 2017 è favorevole alla natura soggettiva (Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098), sul presupposto che è richiesto «il dolo specifico di favorire l'associazione» quale «obiettivo 'diretto' della condotta, non rilevando possibili vantaggi indiretti, né il semplice scopo di favorire un esponente di vertice della cosca, indipendentemente da ogni verifica in merito all'effettiva ed immediata coincidenza degli interessi di un esponente del capomafia con quelli dell'organizzazione» (Sez. 6, n. 31874 del 09/05/2017, Ferrante, Rv. 270590). Si sottolinea oltretutto che il profilo del dolo specifico «risulta assorbente rispetto a quello attinente alle modalità di esecuzione dell'azione che denota la diversa fattispecie aggravatrice correlata all'utilizzo del metodo mafioso», talché l'aggravante dell'agevolazione mafiosa «è applicabile a ciascun concorrente nel delitto, anche a partecipazione necessaria, solo previo accertamento che il medesimo abbia agito con lo scopo di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso, o, comunque, abbia fatto propria tale finalità» (Sez. 6, n. 25510 del 2017, cit., Rv. 270158, che ha annullato con rinvio l'ordinanza con cui il tribunale del riesame aveva ritenuto applicabile l'aggravante dell'agevolazione mafiosa in considerazione della sola situazione di ignoranza colpevole in cui versava il ricorrente, indagato per il reato di cui all'art. 416 cod. pen., quale promotore ed organizzatore di un'associazione per delinquere finalizzata alla gestione illecita di imprese operanti

nel settore delle scommesse a distanza; similmente, Sez. 6, n. 29816 del 29/03/2017, Gioffrè, Rv. 270602, precisa che, invece, nel caso di uso del metodo mafioso, l'aggravante presenta carattere oggettivo, derivando dalle modalità di realizzazione dell'azione criminosa, ed opera nei confronti di tutti i concorrenti).

A fronte di detto orientamento (che si innesta su una cospicua serie di precedenti, tra cui, da ultimo, Sez. 6, n. 44698 del 22/09/2015, Cannizzaro, Rv. 265359, e Sez. 5, n. 4037 del 22/11/2013, B., Rv. 258868), la massima di Sez. 2, n. 24046 del 17/01/2017, Tarantino, Rv. 270300, recita di converso che «la circostanza aggravante dell'agevolazione di un'associazione mafiosa, prevista dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, conv. in legge n. 203 del 1991, ha natura oggettiva, riguardando una modalità dell'azione, e si trasmette, pertanto, a tutti i concorrenti nel reato». A rendere ragione della profondità del contrasto, valga osservare che pure Sez. 2, n. 24046 del 2017, cit., si pone in cima ad una lunga catena di precedenti (tra cui le citate Sez. 2, n. 52025 del 2016; Sez. 2, n. 51424 del 2013): talché non può escludersi che, permanendo la differenza di posizioni, maturino presto i tempi per l'investitura delle Sezioni Unite.

10.3. Effetti dell'aggravante ex art. 7 d.l. n. 152 del 2001 sul regime della prescrizione.

La S.C. ha affermato che i reati aggravati ai sensi dell'art. 7, cit., possano "in limine" risultare imprescrittibili, giacché, trovando «applicazione la disciplina della prescrizione disposta dall'art. 160, comma terzo, cod. pen., che per i reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen., [che] non prevede un termine massimo di prescrizione […,] la prescrizione matura soltanto se, da ciascun atto interruttivo, sia decorso il termine (minimo) di prescrizione fissato dall'art. 157, cod. pen., e, pertanto, in presenza di plurimi atti interruttivi, è potenzialmente suscettibile di ricominciare a decorrere all'infinito (Sez. 2, n. 40855 del 19/04/2017, Giampà, Rv. 271164). Rammentasi che la medesima disciplina si applica sia al delitto di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416-*ter* cod. pen. (Sez. 6, n. 8654 del 11/02/2014, Costa, Rv. 259108) sia – in conseguenza di quanto affermato nella sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco – all'evasione in misura "grave" dell'IVA (Sez. 3, n. 2210 del 17/09/2015, dep. 2016, Pennacchini, Rv. 266121).

10.4. Il rapporto con la attenuante della dissociazione.

L'ambito dell'attenuante della dissociazione, di cui all'art. 8 d.l. n. 152 del 2001, al pari di quello dell'aggravante ex art. 7, cit., lascia trasparire un'oscillazione interpretativa che, letta dia cronicamente, denuncia una frattura più consistente.

Nel dettaglio, secondo Sez. 6, n. 31874 del 2017, cit., l'applicazione della attenuante speciale che ne occupa esige «che il soggetto che ne benefici sia ritenuto responsabile di partecipazione ad associazione mafiosa ovvero di un delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolare le attività mafiose, ai sensi dell'art. 7 del medesimo d.l. n. 152 del 1991», non potendo essa essere riconosciuta «qualora la formale contestazione dell'aggravante di cui al citato art. 7 non trovi positivo riscontro in sentenza».

Detta sentenza fa propria l'opinione di Sez. 3, n. 8353 del 23/09/2014, dep. 2015, Rv. 262513, Trimarco, e di Sez. 2, n. 23121 del 29/04/2009, Nemoianni, Rv. 245180.

Sposa invece una prospettiva meno rigorosa dal punto di vista del catalogo imputativo Sez. 1, n. 21783 del 20/10/2016, dep. 2017, Lin e altri, Rv. 270006, a termini della quale l'attenuante è concedibile a coloro che si dissociano dalle organizzazioni di tipo mafioso

adoperandosi per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze, senza necessità della formale contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 7, cit., poiché «è sufficiente che di questa ricorrano i presupposti, anche se non contestati, vale a dire che il reato sia stato commesso in presenza dei presupposti della norma avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso».

In questo caso, la catena dei precedenti annovera Sez. 4, n. 30062 del 20/06/2006, Cariolo, Rv. 235179 e Sez. 1, n. 5372 del 11/03/1997, Santise, Rv. 207818.

Come si vede, il contrasto è ormai conclamato, a tal punto da essere stato segnalato con apposita relazione (n. 88 del 01/12/2017).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 2, n. 50949 del 10/10/2017, Bivol
Sez. 6, n. 55748 del 14/09/2017, Allavena
Sez. 1 n. 43112 del 6/7/2017, Contrada
Sez. 6, n. 56966 dell'11/09/2017, Ferminio
Sez. 2, n. 36115 del 27/06/2017, Pacilli, Rv. 271004
Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098
Sez. 6, n. 9956 del 17/06/2016, dep. 2017, Accurso, Rv. 269717
Sez. 2, n. 53477, 15/06/2017, Benedetto e altri
Sez. 6, n. 41772 del 13/06/2017, Vicidomini, Rv. 271102
Sez. 6, n. 31405 del 07/06/2017, Costantino, Rv. 270572
Sez. 2, n. 31541 del 30/05/2017, Abbamundo, Rv. 270466
Sez. 5, n. 39795 del 29/05/2017, Cuomo, Rv. 271120
Sez. 2, n. 29850 del 18/05/2017, Barranca
Sez. 2, n. 36107 del 16/05/2017, Ciccia, Rv. 271030
Sez. 2, n. 26904 del 21/04/2017, Politi, Rv. 270626
Sez. 2, n. 23446 del 20/04/2017, Bellocco, Rv. 270319
Sez. 1, n. 26345 del 20/04/2017, Madonia
Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270157
Sez. 2, n. 40855 del 19/04/2017, Giampà, Rv. 271164
Sez. 2, n. 22976 del 13/04/2017, Neri, Rv. 270175
Sez. 1, n. 53610 del 10/04/2017, Gorgone
Sez. 2, n. 20935 del 07/04/2017, Ariostini, Rv. 269642
Sez. 2, n. 24851 del 04/04/2017, Garcea, Rv. 270442
Sez. 2, n. 18773 del 31/03/2017, Lee, Rv. 269747
Sez. 2, n. 19245 del 30/03/2017, Paiano, Rv. 269938
Sez. 6, n. 29816 del 29/03/2017, Gioffrè, Rv. 270602
Sez. 2, n. 24850 del 28/03/2017, Cataldo, Rv. 270290
Sez. 6, n. 27094 del 01/03/2017, Milite, Rv. 270736
Sez. 2, n. 24046 del 17/01/2017, Tarantino, Rv. 270300
Sez. 2, n. 3945 del 12/01/2017, Clemente, Rv. 269057
Sez. 4, n. 3337 del 22/12/2016, dep. 2017, Napolitano, Rv. 268786
Sez. 2, n. 32 del 30/11/2016, dep. 2017, Gallo, Rv. 268759
Sez. 5, n. 12010 del 28/11/2016, dep. 2017, Crupi, Rv. 269468
Sez. 1, n. 21783 del 20/10/2016, dep. 2017, Lin e altri, Rv. 270006
Sez. 5, n. 9429 del 13/10/2016, dep. 2017, Mancuso, Rv. 269362
Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861
Sez. 6, n. 48691 del 05/10/2016, Maesano, Rv. 268226
Sez. 1, n. 55359 del 17/06/2016, Pesce, Rv. 269043
Sez. 2, n. 24802 del 19/05/2016, Ciaffi, Rv. 267235
Sez. 1, n. 40851 del 19/05/2016, Cavallaro
Sez. 2, n. 11987 del 18/02/2016, Pantisano Trusciglio, Rv. 266681
Sez. 2, n. 49090 del 04/12/2015, Maccariello, Rv. 265515

Sez. 6, n. 3027 del 20/10/2015, dep. 2016, Ferminio
Sez. 6, n. 34874 del 15/07/2015, Paletta e altro, Rv. 264647
Sez. 2, n. 25360 del 15/05/2015, Concas, Rv. 264120
Sez. 2, n. 34147 del 30/04/2015, Agostino, Rv. 264623
Sez. 6, n. 24535 del 10/04/2015, Mogliani, Rv. 264126
Sez. 2, n. 815 del 25/03/2015, Nesci
Sez. 5, n. 31666 del 03/03/2015, Bandiera, Rv. 264471
Sez. 2, n. 15412 del 30/01/2015, Agresta
Sez. 6, n. 30059 del 05/06/2014, Bertucca, Rv. 262398
Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260700
Sez. 2, n. 17879 del 13/03/2014, Pagano, Rv. 260007
Sez. F, n. 44315 del 12/09/2013, Cicero, Rv. 258637
Sez. U, n. 34472 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 252933
Sez. 2, n. 322 del 02/10/2013, Ferrise, Rv. 258103
Sez. 5, n. 35998 del 5/06/2013, Cavallaro Ferdinando
Sez. 5, n. 35997 del 5/06/2013, Caglioti
Sez. 5 n. 28337 del 7/05/2013, Marino
Sez. 5, n. 35272 del 24/04/2013, Cavallaro Salvatore
Sez. 5, n. 28317 del 19/3/2013, Benedetto
Sez. 1, n. 13635 del 28/03/2012, Versaci, Rv. 252358
Sez. 2, n. 4305 del 11/01/2012, Caridi
Sez. 2, n. 4304 del 11/01/2012, Romeo, Rv. 252205
Sez. 1, n. 5888 del 10/01/2012, Garcea, Rv. 252418
Sez. 1, n. 16883 del 13/04/2010, Stellato, Rv. 246753
Sez. 1, n. 2800 dell'01/02/2006, dep. 2007, Dorigo, Rv. 235447
Sez. 5, n. 19141 del 13/02/2006, Bruzzaniti, Rv. 234403
Sez. 5, n. 38412 del 25/06/2003, Di Donna, Rv. 227361
Sez. 6, n. 35914 del 30/05/2001, Hsiang Khe, Rv. 221245
Sez. U, n. 10 del 28/03/2001, Cinalli, Rv. 218377
Sez. 6, n. 1612 del 11/01/2000, Ferone G., Rv. 216633
Sez. 6, n. 2402 del 23/06/1999, D'Alessandro, Rv. 214923
Sez. 2, n. 2204 del 31/03/1998, Parreca, Rv. 211178
Sez. 5, n. 4307 del 19/12/1997, Magnelli, Rv. 211071
Sez. 6, n. 7627 del 31/01/1996, Alleruzzo, Rv. 206602
Sez. 6, n. 7937 del 10/03/1995, Monaco, Rv. 202579

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., n. 113 del 2011

Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, 14/04/2015, *Contrada c. Italia*
Corte EDU, Grande Camera, 08/09/2015, *Taricco c. Italia*

SEZIONE II

MISURE DI PREVENZIONE

CAPITOLO I

SORVEGLIANZA SPECIALE DI PUBBLICA SICUREZZA E PRESCRIZIONI GENERICHE

(Debora Tripiccione)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza della Corte EDU, De Tommaso c. Italia. – 3. La violazione delle prescrizioni generiche e la sua idoneità ad integrare il reato di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011. – 3.1. La sentenza delle Sezioni Unite n. 40076 del 27 aprile 2017, Paternò. – 4. Le questioni ancora aperte dopo le Sezioni Unite. – 4.1. La determinatezza delle fattispecie di pericolosità generica. – 4.2. La prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni. – 4.3. Gli effetti sul giudicato.

1. Premessa.

La recente sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 23/02/2017, De Tommaso c. Italia, ha espresso un giudizio fortemente critico sul sistema delle misure di prevenzione personali, come disegnato dalla l. n. 1423 del 1956 con riferimento sia alla "qualità della legge" e, dunque, al fondamento legale della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno applicata nel caso concreto esaminato dai Giudici di Strasburgo, che all'eccessiva vaghezza di talune prescrizioni imposte.

Tale pronuncia rappresenta una novità dirompente rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte EDU che, pur non risparmiando censure in relazione ai singoli casi esaminati, ora con riferimento al procedimento (soprattutto sotto il profilo della carenza di pubblicità dell'udienza), ora sotto quello della carenza del requisito della necessità della misura, non aveva mai messo in discussione la "qualità" della disciplina legale delle misure di prevenzione (Corte EDU, *Labita c. Italia* del 6/04/2000; Corte EDU, *Monno c. Italia* del 08/10/2013; Corte EDU, *Raimondo c. Italia* del 22/2/1994; Grande Camera, *Vito Sante Santoro c. Italia* del 1/7/2004).

Le prime ricadute della sentenza De Tommaso si sono registrate nella giurisprudenza di merito che ha espresso orientamenti tra loro contrastanti in merito al carattere vincolante della sentenza della Corte EDU e ai suoi effetti sull'attuale disciplina delle misure di prevenzione, contenuta nel d.lgs. 6 settembre, 2011, n. 159 in cui, agli artt. 1 e 8, sono state trasfuse sia le categorie di pericolosità generica previste dall'art. 1, l. n. 1423 del 1956 che il contenuto delle prescrizioni previste dal successivo art. 5 (escluse quelle di non dare adito a sospetti e di non frequentare osterie, bettole e case di prostituzione). Una prima linea ermeneutica, espressa dalla Corte di Appello di Napoli, riconoscendo all'interpretazione fornita dalla Corte EDU l'idoneità ad integrare una norma interposta ai sensi e per gli effetti dell'art. 117 Cost., ha portato alla rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità degli artt. 1, 3 e 5 della l. 1423 del 1956, 19 della l. n. 152 del 1975 e 1, 4, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 159 del 2011, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione

all'art. 2, Prot. 4, CEDU (ordinanza del 14/03/2017). Secondo un altro orientamento, espresso dai Tribunali di Milano e Palermo (rispettivamente con i decreti del 07/03/2017 e del 28/03/2017), invece, alla stregua dei criteri ermeneutici espressi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015, la sentenza De Tommaso non avrebbe natura di "precedente consolidato" con effetto vincolante nell'attività ermeneutica del giudice interno.

Il dibattito stimolato dalla sentenza De Tommaso è stato l'occasione per un primo intervento chiarificatore delle **Sezioni Unite** che, con la sentenza **n. 40076 del 27 aprile 2017, Paternò, Rv. 270496**, hanno escluso la conformità delle prescrizioni di genere ai principi di precisione, determinatezza e tassatività e la loro idoneità ad integrare la fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011.

2. La sentenza della Corte EDU, De Tommaso c. Italia.

L'esame, sia pure per grandi linee, del contenuto della sentenza De Tommaso consentirà, innanzitutto, di definire gli esatti confini del giudizio espresso dalla Corte EDU e, conseguentemente, delle sue possibili ricadute sull'attuale sistema delle misure di prevenzione.

La questione rimessa alla Corte, infatti, riguardava la conformità della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, applicata ai sensi della l. n. 1423 del 1956, agli artt. 5, 6 e 13 della CEDU, nonché all'art. 2, Protocollo n. 4 addizionale alla CEDU. Nella fattispecie esaminata, la misura era stata applicata sulla base di "tendenze criminali attive" del ricorrente desunte da precedenti condanne (alcune risalenti a cinque anni prima in relazione alle quali aveva già scontato una pena detentiva di quattro anni di reclusione), dai carichi pendenti relativi a violazioni degli obblighi della sorveglianza speciale (che, solo in sede di appello, si accertava commesse da un omonimo del ricorrente), dalle frequentazioni malavitose del ricorrente e dalla mancanza di una stabile occupazione lavorativa. Tale misura, peraltro, era stata successivamente revocata dalla Corte di Appello per carenza originaria del requisito dell'attualità della pericolosità sociale.

Ebbene, la Corte EDU, dopo avere esaminato la giurisprudenza costituzionale e di legittimità sulla materia, ha riconosciuto che, nel caso in questione, vi era stata una violazione sia dell'art. 2, Prot. n. 4 CEDU, che dell'art. 6 CEDU, avuto riguardo allo svolgimento del processo in assenza di pubbliche udienze (questione ormai superata alla luce dell'art. 7, d.lgs. n. 159 del 2011). In particolare, applicando un consolidato criterio ermeneutico basato sulla valutazione del grado e dell'intensità della misura applicata, i Giudici di Strasburgo, hanno ritenuto che, nel caso esaminato, il ricorrente non aveva subito una privazione della sua libertà, tutelata dall'art. 5 CEDU, bensì una restrizione della libertà di circolazione e di movimento, tutelata dall'art. 2, Prot. 4 CEDU. Tuttavia, contrariamente a quanto affermato nei precedenti arresti sul tema, la Corte EDU ha affermato che la misura era priva del fondamento legale per carenza del requisito della prevedibilità. È stata soprattutto censurata l'ampia discrezionalità dei tribunali nell'applicazione delle misure di prevenzione in quanto, ad avviso dei Giudici di Strasburgo, «*né la legge, né la Corte costituzionale hanno chiaramente identificato gli "elementi di fatto" o le specifiche tipologie di comportamento che devono essere presi in considerazione al fine di valutare la pericolosità sociale della persona e che possono giustificare le misure di prevenzione*».

Sulla base di tali considerazioni, la Corte EDU ha ritenuto che la l. n. 1423 del 1956 non indicava con sufficiente chiarezza la portata e le modalità di esercizio dell'ampio potere discrezionale conferito al giudice nazionale, e, pertanto, non era formulata con sufficiente precisione per fornire protezione contro le interferenze arbitrarie e per consentire al ricorrente di regolare la sua condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l'imposizione della misura di prevenzione.

La Corte EDU ha, inoltre, ritenuto estremamente vago e generico il contenuto delle prescrizioni imposte al ricorrente di "vivere onestamente e rispettare la legge" e di "non dare adito a sospetti" (prescrizione, questa, che non è stata inserita nell'attuale art. 8, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011), manifestando, altresì, preoccupazione in ordine al divieto assoluto di partecipare a riunioni, in quanto la legge non ne specificherebbe l'ambito spaziale e temporale, rimettendone sostanzialmente la delimitazione alla discrezionalità del giudice. In particolare, quanto alla prescrizione di "rispettare le leggi", la Corte EDU ha rilevato che tale dovere, come interpretato dalla Corte costituzionale, si risolve in un riferimento «aperto» all'intero sistema giuridico italiano e non fornisce un'indicazione precisa delle norme specifiche la cui violazione sarebbe ulteriore indice della già accertata pericolosità.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte EDU ha, pertanto, affermato che la l. n. 1423 del 1956 è stata redatta «*in termini vaghi ed eccessivamente generali*», in quanto né i destinatari (art. 1) né il contenuto delle misure di prevenzione (artt. 3 e 5) sono stati definiti con sufficiente precisione e chiarezza e, pertanto, poiché tale legge non rispetta il requisito di prevedibilità, ha escluso che le restrizioni alla libertà di movimento imposte al ricorrente hanno avuto una base legale.

3. La violazione delle prescrizioni generiche e la sua idoneità ad integrare il reato di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011.

La sentenza De Tommaso ha fornito l'occasione per una rivalutazione della idoneità delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare la legge" ad integrare il contenuto precettivo del reato di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011. Con nota del 14 marzo 2017, infatti, la Sezione prima, ufficio per l'esame preliminare dei ricorsi, ha segnalato al Primo Presidente i possibili effetti sulla previsione incriminatrice di cui all'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011, della decisione della Corte EDU del 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia e, in particolare, delle valutazioni espresse sulle prescrizioni di rispettare le leggi e di vivere onestamente. È stato, pertanto, prospettato il possibile contrasto tra la costruzione del precetto di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 *per relationem* agli obblighi e alle prescrizioni previste dall'art. 8, d.lgs. n. 159 del 2011 ed i principi di precisione e tassatività. Va, infatti, considerato che, secondo un principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di legittimità, tale reato è integrato da ogni violazione relativa sia agli obblighi specifici che alle prescrizioni *generaliste* contenute nel decreto di sottoposizione alla misura della prevenzione (Sez. 1, n. 47766 del 06/11/2008, Lungari, Rv. 242748; Sez. 1, n. 8412 del 27/01/2009, Iuorio, Rv. 242975; Sez. 7, n. 11217 del 29/01/2014, Polimeni, Rv. 264477). In particolare, per quanto attiene alla violazione delle prescrizioni di "rispettare le leggi e vivere onestamente", si è ritenuto che il reato di cui all'art. 9, l. n. 1423 del 1956 (oggi art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011) è integrato sia dalle violazioni che configurano distinte fattispecie criminose (riconoscendo, in tal caso la sussistenza di un concorso formale tra ogni singolo reato commesso dal sorvegliato speciale e la simultanea violazione dell'art. 9, l. n. 1423 del 1956) che dalla consumazione di un illecito amministrativo (Sez. 1, n. 8496 del 05/02/2009, Giudice, Rv. 243453; Sez. 1, n. 16213 del 25/02/2010, Acri, Rv. 247481; Sez. 1, n. 40819 del 14/10/2010, Basoni, Rv. 248466; Sez. 1, n. 26161 del 20/06/2012, Albini, Rv. 253090, Sez. 6, n. 48465 del 20/11/2013, Grieco, Rv. 257712; Sez. 1, n. 17728 del 02/04/2014, Di Grazia, Rv. 259735; Sez. 6, n. 13427 del 17/03/2016, Pantaleo, Rv. 267214; Sez. 1, n. 1086 del 10/06/2016, Acerra, Rv. 268839).

Con decreto del 14 marzo 2017 il Primo Presidente della Suprema Corte ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite sulla seguente questione, ritenuta di particolare importanza: "Se il reato di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che punisce la condotta

di chi violi le prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", imposte con la misura di prevenzione ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. cit., sia coerente con i principi di precisione, determinatezza e tassatività delle norme penali, anche alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia".

3.1. La sentenza delle Sezioni Unite, n. 40076 del 27/04/2017, Paternò.

Con sentenza n. 40076 del 27 aprile 2017, Paternò, (Rv. 270496), le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: «*L'inosservanza delle prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non configura il reato previsto dall'art. 75, comma secondo, d.lgs. n. 159 del 2011, il cui contenuto precettivo è integrato esclusivamente dalle prescrizioni c.d. specifiche; la predetta inosservanza può, tuttavia, rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione*.»

Dopo un'articolata disamina del percorso normativo che ha portato all'attuale configurazione del reato previsto all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 – il cui contenuto precettivo è stato determinato secondo la tecnica "*per relationem",* attraverso l'integrale richiamo agli obblighi e alle prescrizioni previsti dall'art. 8, d.lgs. n. 159 del 2011, – il Supremo Consesso ha esaminato la giurisprudenza sia della Corte costituzionale in merito alla conformità ai principi di tassatività e determinatezza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" (Corte cost. n. 282 del 2010), che della Corte di cassazione. In particolare, l'orientamento costante della Suprema Corte ha ritenuto che il contenuto precettivo del reato era integrato anche dalla violazione delle prescrizioni c.d. di genere di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", con riferimento a condotte integranti degli illeciti sia penali che amministrativi, ammettendo, nel primo caso, il concorso formale con il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale.

Muovendo dalle considerazioni espresse da Sez. U, n. 32923 del 29/05/2014, Sinigaglia, che ha espunto dalle prescrizioni sanzionabili ai sensi del citato art. 75 la violazione dell'obbligo di portare la carta precettiva, e dal criterio ermeneutico offerto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 27 del 1959, in ordine alla necessità di accordare rilevanza alle sole inottemperanze del sorvegliato speciale sintomatiche della pericolosità sociale già accertata in sede di giudizio di prevenzione, il Supremo Consesso, ponendosi in posizione di netta discontinuità con la precedente e consolidata giurisprudenza di legittimità, ha escluso che le prescrizioni di genere possano integrare la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011.

Il punto nodale di tale *overruling* si sviluppa attraverso un'interpretazione "*tassativizzante"* e tipizzante della norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011 che la renda conforme ai principi sia costituzionali che convenzionali. Ad avviso delle Sezioni Unite, infatti, il contenuto precettivo di tale fattispecie può essere integrato solo dagli obblighi e dalle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, caratteri, questi, che difettano alle prescrizioni del "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", il cui contenuto si risolve in un «*mero ammonimento di carattere morale*».

Osserva, in particolare, il Supremo Consesso che l'obbligo di rispettare le leggi non indica alcun comportamento specifico da osservare, «*nella misura in cui opera un riferimento indistinto a tutte le leggi dello Stato»,* e presenta, pertanto, un deficit di determinatezza e precisione che lo rende privo di contenuto precettivo, impedendo al destinatario di conoscere quali specifiche condotte siano sanzionate penalmente.

Le Sezioni Unite, inoltre, confrontandosi con l'interpretazione restrittiva della portata precettiva della prescrizione di rispettare le leggi alle sole violazioni delle norme pena-

li e agli illeciti amministrativi di maggiore gravità, hanno stigmatizzato l'ampio margine di discrezionalità rimesso al giudice cui verrebbe riconosciuto il potere di "comporre" il contenuto della norma incriminatrice, e la conseguente incertezza e imprevedibilità della condotta sanzionata.

La rilettura ermeneutica offerta dai Giudici del Supremo Consesso conduce, dunque, a limitare il contenuto precettivo del reato di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 alle solo prescrizioni c.d. specifiche, in quanto dotate di un autonomo contenuto precettivo mentre la violazione delle prescrizioni di rispettare le leggi e di vivere onestamente, pur non integrando il reato in questione, potrà, tuttavia, rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della sorveglianza speciale ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 159 del 2011.

4. Le questioni ancora aperte dopo le Sezioni Unite.

La soluzione ermeneutica adottata dalla sentenza Paternò ridimensiona il valore delle prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare la legge a indici dell'eventuale maggiore pericolosità del proposto rispetto a quella accertata nel giudizio di prevenzione. Tale arresto rappresenta, dunque, un primo fondamentale passo verso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme del sistema delle misure di prevenzione ma lascia aperte le due questioni poste dalla sentenza De Tommaso in merito al carattere indeterminato delle fattispecie di pericolosità generica previste dall'art. 1 della legge n. 1423 del 1956 ed alla prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni.

4.1. La determinatezza delle fattispecie di pericolosità generica.

Le fattispecie di pericolosità generica previste dall'art. 1, l. n. 1423 del 1956, oggi integralmente trasfuse nell'art. 1, d.lgs. n. 159 del 2011 (di seguito, codice antimafia), contemplano tre categorie: a) coloro che, sulla base di elementi di fatto, debbano ritenersi abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per condotta e tenore di vita debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che, per il loro comportamento, debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica. Con riferimento a tale ultima categoria, l'art. 15 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito in l. 18/04/2017, n. 48, ha introdotto una prima specificazione normativa degli "elementi di fatto" da considerare nel giudizio di prevenzione, facendo riferimento alle reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa.

L'omogeneità delle fattispecie di pericolosità generica contemplate dalle due discipline potrebbe, dunque, indurre ad estendere le censure di genericità e indeterminatezza formulate dalla sentenza De Tommaso anche alle categorie previste dal codice antimafia.

Dall'analisi della più recente giurisprudenza di legittimità in tema di misure di prevenzione, è possibile, tuttavia, desumere alcuni indici di "tipizzazione" delle due fattispecie di pericolosità semplice oggi disciplinate dall'art. 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 159 del 2011 (la terza categoria, infatti, prevedendo espressamente le fattispecie criminose in relazione alle quali va effettuato il giudizio di pericolosità non ha determinato particolari dubbi sugli elementi costitutivi della fattispecie di pericolosità e sulla sua conformità al canone di tassatività).

Il punto di partenza di tale indirizzo ermeneutico può essere individuato nell'arresto della Sez. 2, n. 16348 del 23/03/2012, Crea, Rv. 252240, secondo cui le categorie previste dall'art. 1, n. 1 e n. 2, l. 1423 del 1956, si caratterizzano per il fatto di essere identificate

con riferimento ad attività criminose che costituiscono delitti (desumibile dall'aggettivo "delittuosi", utilizzato dal legislatore per descrivere le "attività" ed i "traffici"), con esclusione, dunque, delle contravvenzioni.

La nozione di "traffici delittuosi" è stata ulteriormente specificata da Sez. 1, n. 19995 del 30/01/2013, Masotina, Rv. 256160 con riferimento a qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti.

Tali principi sono stati ulteriormente sviluppati, con riferimento alla figura dell'evasore fiscale, da Sez. 5, n. 6067 del 06/12/2016, Malara, Rv. 269026. In tale arresto la Corte ha ribadito che le locuzioni attività e traffici delittuosi sono di stretta interpretazione e si riconducono alle categorie di soggetti abitualmente dediti a delitti o che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di delitti, «*ai quali deve essere collegata o conseguente l'attività del proposto*». Ciò impone che, ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione, occorre individuare le fattispecie delittuose a cui collegare le attività o traffici del proposto. Alla luce di tale premessa ermeneutica, la Corte ha escluso la sufficienza del mero "status" di evasore fiscale ai fini del giudizio di pericolosità generica, in quanto le sanzioni previste per la sottrazione agli adempimenti tributari (e contributivi) possono essere sia di carattere amministrativo che penale, distinguendosi, in tal caso, ipotesi contravvenzionali ed ipotesi delittuose (le uniche che soddisfano i requisiti posti dagli artt. 1, lett. a) e b), e 4, d.lgs. n.159 del 2011).

Con riferimento alla categoria di coloro che vivono abitualmente con i proventi di attività delittuose, Sez. 1, n. 32032 del 10/06/2013 , De Angelis, Rv. 256450 ha affermato che il soggetto dedito in modo continuativo a condotte elusive degli obblighi contributivi, realizza, in tal modo, una provvista finanziaria che va considerata come "provento" di delitto. Qualora poi, prosegue la Corte, il medesimo soggetto reinvesta la quota indebitamente trattenuta in attività di tipo commerciale da cui tragga, anche solo di fatto, mezzi di sostentamento, «*può senza dubbio affermarsi che costui vive abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*».

Gli "elementi di fatto" rilevanti ai fini della sussunzione del proposto nella categoria in esame sono stati specificati da Sez. 1, n. 31209 del 24/03/2015, Scagliarini, Rv. 264321. La Corte ha, infatti, affermato che tale giudizio, da operarsi sulla base di idonei elementi di fatto (ivi compreso il riferimento alla condotta e al tenore di vita), presuppone come realizzate con esito positivo, quanto alla parte constatativa del giudizio, le seguenti verifiche:

a) la realizzazione di un'attività delittuosa (accertata importando gli elementi probatori da un correlato procedimento penale o ricostruita in via autonoma in sede di prevenzione) non episodica, ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto, che sia produttiva di reddito illecito (il provento).
b) la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare.

Quanto alla verifica della pregressa attività delittuosa, la sentenza Scagliarini, pur ammettendo la possibilità di importare elementi probatori da un correlato procedimento penale, ne ha delimitato i confini distinguendo a secondo che sui fatti oggetto del procedimento penale sia intervenuto o meno il giudicato:

- nel primo caso, la Corte ha, infatti, affermato che, in applicazione del principio di tassatività e, soprattutto, di unitarietà dell'ordinamento, il giudice della prevenzione ha l'obbligo di tenere conto del giudicato penale di assoluzione, sia esso per carenza dell'elemento materiale o di quello psicologico, non potendosi sostenere la sopravvivenza del disvalore di un delitto in assenza del dolo. Ad avviso della Corte, in caso di proscioglimento per intervenuta prescrizione è, tuttavia, possibile un'autonoma valu-

tazione dei fatti accertati in sede penale «*lì dove il fatto risulti delineato con sufficiente chiarezza nella decisione di proscioglimento o sia comunque ricavabile in via autonoma dai fatti*».

- In assenza di giudicato penale, invece, a giudizio della Corte, il giudice della prevenzione può ricostruire in via autonoma la rilevanza penale delle condotte emerse durante l'istruttoria, dando conto in motivazione della ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice idonea alla produzione di proventi illeciti.

La portata di tale ultimo principio va ulteriormente delimitata in relazione a quanto affermato da Sez. U, n. 13426 del 25/03/2010, Cagnazzo, Rv. 246271: il Supremo Consesso, infatti, pur precisando che il tratto distintivo che qualifica l'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto al processo penale attiene alla diversa «grammatica probatoria» che deve sostenere i rispettivi giudizi, ha escluso che tale diversità possa incidere sulla legittimità delle acquisizioni probatorie. Pertanto, le intercettazioni dichiarate inutilizzabili a norma dell'art. 271 cod. proc. pen., al pari di qualsiasi altra prova inutilizzabile ai sensi dell'art. 191 cod. proc. pen., in quanto acquisita in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, non possono essere utilizzate in alcun tipo di giudizio, ivi compreso quello di prevenzione.

Dagli arresti sopra esaminati appare, dunque, possibile desumere le linee guida per un'interpretazione delle categorie di pericolosità semplice coerente con le indicazioni provenienti dalla sentenza De Tommaso. Quanto agli "elementi di fatto", le sentenze Cagnazzo e Scagliarini offrono, infatti, un'analisi dettagliata delle modalità e dei termini con cui il giudice della prevenzione può attingere alle acquisizioni probatorie del procedimento penale, delimitando, sostanzialmente, l'ambito del suo potere discrezionale. È, inoltre, possibile, ricostruire il "contenuto" delle fattispecie di pericolosità previste dall'art.1, lett. a) e b), d.lgs. n. 159 del 2011, con riferimento alla realizzazione abituale o, comunque, non episodica di delitti fonte di illeciti arricchimenti, nonché, per la sola ipotesi di cui alla lett. b), con riferimento alla successiva destinazione dei proventi derivanti da tali attività per il mantenimento del proposto.

Tale lettura "tipizzante" delle categorie di pericolosità generica è stata considerata da Sez. 6, n. 43446 del 15/6/2017, Cristodaro per giungere a sostenere che il caso esaminato dai Giudici di Strasburgo è stato superato dal diritto vivente in tema di pericolosità sociale, sia generica che qualificata, in cui l'inquadramento del proposto nella fattispecie preventive si fonda su circostanze obiettivamente identificabili e controllabili con esclusione di elementi privi di riscontri concreti, quali meri sospetti, illazioni e congetture. In particolare, la Corte, richiamando il precedente arresto della Sez. 2, n. 26235 del 04/06/2015, Friolo, Rv. 264386, ha posto l'accento sull'evoluzione giurisprudenziale volta a fondare il giudizio di pericolosità «*sull'oggettiva valutazione di fatti sintomatici della condotta abituale e del tenore di vita del soggetto – accertati in modo da escludere valutazioni meramente soggettive ed incontrollabili da parte dell'autorità giudiziaria*». Ad avviso della Corte, infatti, dai più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità è possibile desumere le linee-guida per un'interpretazione delle categorie di pericolosità semplice coerente con le indicazioni della sentenza De Tommaso. Ciò sia con riferimento agli "elementi di fatto" (vengono a tal fine richiamate, Sez. U, n. 13426 del 25/03/2010, Cagnazzo, Rv. 246271 e Sez. 1, n. 31209 del 24/03/2015, Scagliarini, Rv. 264321), che al contenuto delle fattispecie di pericolosità sociale.

Infine, Sez. 1, n. 36258 del 14/06/2017, Celini, si è posta il problema delle ricadute della sentenza De Tommaso con riferimento alle misure di prevenzione patrimoniale. Nel richiamare quanto già affermato dalla sentenza Scagliarini, la Corte ha ribadito il carattere ineliminabile della componente "ricostruttiva" del giudizio di prevenzione in quanto tesa a

rappresentare l'apprezzamento di fatti idonei a garantire l'iscrizione del soggetto proposto in una delle categorie tipizzate dal legislatore. Ad avviso della Corte tale orientamento trova conferma nell'art. 28, d.lgs. 159 del 2011 che ammette la revocazione della decisione definitiva sulla confisca quando i fatti accertati con sentenze penali definitive escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca. Tale norma, prosegue la Corte, rappresenta un indice della volontà del legislatore di creare una correlazione tra gli esiti delle pronunce emesse nel giudizio penale e di prevenzione attribuendo a quest'ultimo una funzione *«anticipatoria di forme di contenimento della pericolosità sociale apprezzate in sede giurisdizionale sulla base di indicatori non dissimili – anche in caso di pericolosità generica – da quelli che il legislatore considera in fattispecie incriminatrici di parte speciale.»* In altre parole, secondo la Corte, le condotte di reato sono poste a monte della pericolosità sociale in quanto ricomprese nella selezione normativa della fattispecie astratte di pericolosità generica. Secondo tale impostazione metodologica, dunque, le esigenze di prevedibilità poste a base della sentenza De Tommaso «*vengono soddisfatte direttamente dal giudice, selezionando i fatti posti a base del giudizio di pericolosità, in particolare privilegiando le pronunce penali che hanno affermato definitivamente la responsabilità per la commissione dei delitti o la sussistenza di gravità indiziaria degli stessi*».

4.2. La prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni.

Altra questione rimasta aperta dopo la sentenza Paternò attiene alla prescrizione di partecipare a pubbliche riunioni, anch'essa censurata dalla sentenza De Tommaso in ragione della sua genericità e della mancanza di una delimitazione del suo ambito spaziale e temporale di applicazione, sostanzialmente rimesso alla discrezionalità del giudice. Sebbene manchino arresti significativi della giurisprudenza di legittimità, va segnalato che nella giurisprudenza di merito sta emergendo un opzione ermeneutica che, circoscrivendo l'ambito di applicazione della prescrizione in esame, ne esclude il contrasto con i principi espressi dalla Corte Edu. Tale interpretazione muove dall'analisi della finalità del divieto di partecipare a riunioni di prevenire il pericolo che si verifichino fatti illeciti e, dunque, di tutela dell'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali, nonchè della funzionalità delle stesse al controllo che spetta all'autorità di pubblica sicurezza. In ragione della *ratio* sottesa al divieto in esame, il suo ambito di applicazione è stato circoscritto da alcuni tribunali (in particolare, quelli di Milano e Palermo) alle sole riunioni in luogo pubblico che, ai sensi degli artt. 17 Cost. e 18 t.u.l.p.s., possono essere vietate dall'Autorità di pubblica sicurezza.

4.3. Gli effetti sul giudicato.

Un recente arresto della Corte di cassazione ha, infine, affrontato la questione relativa agli effetti sul giudicato dell'interpretazione adottata dalle Sezioni Unite con la sentenza Paternò (Sez. 2, n. 49194 del 11/10/2017, Sorresso, Rv. 271248). Ad avviso della Corte, infatti, la soluzione adottata dal Supremo Consesso si risolve, di fatto, in «*un'abrogazione giurisprudenziale del reato previsto dall'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011*» come tale, inidonea ad incidere sul giudicato formatosi, nel caso di specie, a seguito della presentazione di un ricorso inammissibile. Ciò in quanto, richiamando i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 230 del 2011, tale operazione ermeneutica non presenta i connotati di generale vincolatività e di intrinseca stabilità, propri degli interventi abolitivi di matrice legislativa o costituzionale, in forza dei quali possa essere riconosciuta la sua idoneità ad incidere sulla rilevanza penale di una determinata condotta, ostandovi, peraltro, sia il principio di legalità che quello di separazione dei poteri.

Esclusa, dunque, la rilevanza dell'interpretazione abrogatrice adottata dalla sentenza Paternò ai fini del controllo della legalità del giudicato, la Corte, in conformità con i principi affermati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 347 e 348 del 2007, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in relazione agli artt. 25 e 117 Cost. e all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali, alla luce della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, De Tommaso c/Italia del 23 febbraio 2017, laddove la norma sanziona penalmente la violazione dell'obbligo di "vivere onestamente e rispettare le leggi".

Fondamentale premessa ermeneutica di tale incidente di costituzionalità è il riconoscimento della natura di "diritto consolidato" della sentenza De Tommaso. La Corte, infatti, applicando i parametri indicati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015, ha considerato sia l'autorevolezza dell'organo decidente che l'assenza di alcun profilo di "creatività" del principio di diritto affermato dalla sentenza De Tommaso. Ad avviso della Corte, infatti, poiché la "qualità della legge" non era mai stata posta in discussione nei precedenti arresti della Corte EDU, tale pronuncia non può essere considerata alla stregua di una imprevedibile frattura rispetto alla precedente e consolidata interpretazione. La Corte ha, inoltre, considerato la specificità della sentenza De Tommaso che, rivolgendosi allo Stato italiano, ha apprezzato il diritto interno alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corte di cassazione. Infine, la Corte ha analizzato e valutato la debolezza argomentativa delle opinioni dissenzienti allegate alla sentenza De Tommaso che, pur condividendo il riconoscimento dell'illegalità della limitazione della liberà di movimento conseguente all'applicazione della sorveglianza speciale, hanno fatto riferimento, ora al difetto di proporzione, ora alla natura "penale" di siffatta limitazione.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 1, n. 47766 del 06/11/2008, Lungari, Rv. 242748
Sez. 1, n. 8412 del 27/01/2009, Iuorio, Rv. 242975
Sez. 1, n. 8496 del 05/02/2009, Giudice, Rv. 243453
Sez. 1, n. 16213 del 25/02/2010, Acri, Rv. 247481
Sez. U, n. 13426 del 25/03/2010, Cagnazzo, Rv. 246271
Sez. 1, n. 40819 del 14/10/2010, Basoni, Rv. 248466
Sez. 2, n. 16348 del 23/03/2012, Crea, Rv. 252240
Sez. 1, n. 26161 del 20/06/2012, Albini, Rv. 253090
Sez. 1, n. 19995 del 30/01/2013, Masotina, Rv. 256160
Sez. 1, n. 32032 del 10/06/2013 , De Angelis, Rv. 256450
Sez. 6, n. 48465 del 20/11/2013, Grieco, Rv. 257712
Sez. 7, n. 11217 del 29/01/2014, Polimeni, Rv. 264477
Sez. 1, n. 23641 del 11/02/2014, Mondini
Sez. 1, n. 17728 del 02/04/2014, Di Grazia, Rv. 259735
Sez. 1, n. 31209 del 24/03/2015, Scagliarini, Rv. 264321
Sez. 6, n. 13427 del 17/03/2016, Pantaleo, Rv. 267214
Sez. 1, n. 1086 del 10/06/2016, Acerra, Rv. 268839
Sez. 5, n. 6067 del 06/12/2016, Malara, Rv. 269026
Sez. U, n. 40076 del 27/04/2017, Paternò, Rv. 270496
Sez. 6, n. 43446 del 15/06/2017, Cristodaro
Sez. 1, n. 36258 del 14/06/2017, Celini
Sez. 2, n. 49194 del 11/10/2017, Sorresso, Rv. 271248

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 348 del 2007
Corte cost., sent. n. 349 del 2007
Corte cost., sent. n. 282 del 2010
Corte cost., sent. n. 230 del 2011
Corte cost., sent. n. 49 del 2015

Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, 6/04/2000, *Labita c. Italia*
Corte EDU, 08/10/2013, *Monno c. Italia*
Corte EDU, 22/02/1994, *Raimondo c. Italia*
Corte EDU, 1/7/2004, *Vito Sante Santoro c. Italia*
Corte EDU, 23/02/2017, *De Tommaso c. Italia*

CAPITOLO II

LA PERICOLOSITÀ SOCIALE DELL'INDIZIATO DI APPARTENENZA AD UN'ASSOCIAZIONE MAFIOSA

(Debora Tripiccione)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contrasto giurisprudenziale sulla presunzione di attualità della pericolosità sociale dell'indiziato di appartenenza ad un'associazione mafiosa. – 3. Il concetto di appartenenza ad un'associazione mafiosa. – 4. Gli indici rivelatori. – 5. La sentenza delle Sezioni Unite, n. 111/2018, Gattuso.

1. Premessa.

Nell'anno in rassegna le Sezioni Unite sono intervenute sul tema delle misure di prevenzione personali affermando che, ai fini della loro applicazione nei confronti di un indiziato di appartenenza ad un'associazione mafiosa, è necessario accertare l'attualità della pericolosità sociale (informazione provvisoria n. 26 del 30 novembre 2017).

La questione è stata rimessa all'esame del Supremo Consesso dalla Sez. 1 con ordinanza n. 48441 del 10/10/2017, ric. Gattuso, con la quale la Corte ha evidenziato l'esistenza di un contrasto interpretativo in merito alla necessità di una motivazione "in positivo" sull'attualità della pericolosità sociale dell'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa. Nell'ordinanza si segnala, inoltre, l'opportunità di un'adeguata riflessione, stimolata dalla recente sentenza della Corte EDU del 23/02/2017, De Tommaso c. Italia, sulla conformità ai principi costituzionali e convenzionali delle opzioni ermeneutiche sulla nozione di "appartenenza" ad un'associazione mafiosa la cui ampiezza consente di ricondurre in tale ambito «condotte tra loro molto diverse e che finiscono con il rappresentare tale legame in termini più o meno intensi» con inevitabili conseguenze sul tema della presunzione della pericolosità.

2. Il contrasto giurisprudenziale sull'attualità della pericolosità sociale dell'indiziato di appartenenza d un'associazione mafiosa.

Secondo quanto previsto dagli artt. 4 e 6 del d.lgs. n. 159 del 2011 (di seguito codice antimafia), ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione personale, il giudice è chiamato a compiere una duplice operazione valutativa: da un lato, l'inquadramento del proposto, alla stregua di precisi elementi di fatto, in una delle fattispecie preventive previste dall'art. 4; dall'altro, la formulazione di un giudizio di attualità della pericolosità, consistente in una valutazione prognostica in ordine alla probabile reiterazione delle condotte antisociali riferibili alla categoria di appartenenza (*ex plurimis*: Sez. 6, n. 50128 del 11/11/2016, Aguì). Secondo la costante giurisprudenza di legittimità, tale valutazione deve essere riferita al momento della decisione di primo grado (Sez. 1, n. 23641 del 11/02/2014, Mondini; Sez. 6, n. 38471 del 13/10/2010, Barone, Rv. 248797; Sez. 1, n. 4952 del 31/10/1994, Zullo, Rv. 200325).

Ebbene, con riferimento alla categoria dell'indiziato di appartenenza ad un'associazione mafiosa, si sono affermate nella giurisprudenza delle sezioni semplici diversi orientamenti interpretativi in merito alla esistenza di una presunzione, di derivazione squisitamente logica, di attualità della pericolosità sociale.

Un primo orientamento, affermatosi sin dalla vigenza della l. 31 maggio 1965, n. 575 ed oggi ancora maggioritario, partendo dalla fenomenologia delle organizzazioni di stampo mafioso e, in particolare, dalla stabilità del vincolo associativo, ritiene tale requisito implicito nell'accertata appartenenza alla consorteria criminale.

Sotto la vigenza della l. n. 575 del 1965, il fondamento normativo di tale presunzione è stato ravvisato nel fatto che il requisito della pericolosità era richiesto solo dall'art. 3, comma 1, l. n. 1423 del 1956, ma non dagli artt. 1 e 2, l. n. 575 del 1956 che si limitavano a prevedere l'applicabilità delle misure di prevenzione personali all'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa. Si affermava, pertanto, che, «*una volta che il giudice della prevenzione abbia fornito adeguata motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza di detta ultima condizione, e non sussistano elementi – a parte il decorso del tempo, di per sé non decisivo – dai quali possa ragionevolmente desumersi che l'appartenenza sia venuta meno, non occorre alcuna specifica motivazione che dia conto delle ragioni per la quali il soggetto sia da considerare anche attualmente pericoloso*» (Sez. 1, n. 3098 del 19/05/1995, Rv. 201756; in senso conforme: Sez. 6, n. 499 del 21/11/2008, Conversano, Rv. 242379; Sez. 5, n. 43432 del 27/09/2004, Marsalone, Rv. 231016 secondo cui la pericolosità del proposto in tal caso è presunta dal legislatore; Sez. 2, n. 44326 del 11/10/2005, Metastasio, Rv. 232779; Sez. 1, n. 2348 del 24/03/1997, Fraglica, Rv. 208391; Sez. 2, n. 5234 del 19/1271996, Bontempo Scavo, Rv. 206854Sez. 1, n. 6366 del 02/12/1996 Brigati, Rv. 206754).

Anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, una parte della giurisprudenza di legittimità ha continuato a dare continuità a tale principio di diritto. Si afferma, infatti, che, una volta adeguatamente dimostrata l'appartenenza del proposto ad un'associazione di stampo mafioso, non è necessaria alcuna particolare motivazione sull'attualità della pericolosità «*che discende dalla nota, stabile e pervasiva capacità criminale delle organizzazioni mafiose*» (*ex plurimis:* Sez. 2, n. 8106 del 21 gennaio 2016, Pierro, Rv. 266155).

Tale filone interpretativo si fonda sul dato empirico-sociologico relativo alla stabilità del vincolo associativo che, nelle consorterie di natura mafiosa, si instaura nella prospettiva di una futura permanenza in essa a tempo indeterminato e si protrae sino al suo scioglimento. Partendo da tale premessa ermeneutica, si afferma che, ai fini della cessazione del carattere permanente del reato, rileva soltanto l'avvenuto recesso volontario, che deve essere accertato caso per caso in virtù di una condotta esplicita, coerente e univoca e non in base a elementi indiziari di incerta valenza, quali quelli della età, del subingresso di altri nel ruolo di vertice e dello stabilimento della residenza in luogo in cui si assume non essere operante il sodalizio criminoso (*ex plurimis*: Sez. 5, n. 1703 del 24/10/2013, Sapienza, Rv. 258954; Sez. 2, n. 25311 del 15/03/2012, Modica, Rv. 253070). Secondo l'opzione ermeneutica in esame, tale presunzione di attualità della pericolosità dell'indiziato di appartenenza ad un'associazione mafiosa resiste anche nel caso in cui intercorra un lasso di tempo tra la formulazione del giudizio di prevenzione e l'epoca dell'accertamento in sede penale o, comunque, della manifestazione degli indizi dell'adesione del proposto al sodalizio mafioso, salvo che emergano elementi dai quali desumere il suo recesso dall'associazione. Si afferma, infatti, che «*l'appartenenza all'associazione di tipo mafioso implica di per sé una latente e permanente pericolosità sociale del soggetto*» che può essere esclusa solo ove sia acquisita la prova del recesso del proposto da quella organizzazione o della disintegrazione della stessa (Sez. 5, n. 32353 del 16/05/2014, Grillone, Rv. 260483. In senso conforme: Sez. 2, n. 17128 del 24/03/2017, Maiolo, Rv. 270068; Sez. 2, n. 18756 del 31/01/2017, Manti, Rv. 269742; Sez. 2, n. 25778 del 10/05/2017, Capobianco; Sez. 6, n. 50129 del 11/11/2016, Ferrara, Rv. 268937; Sez. 6, n. 52775 del 10/11/2016, Failace, Rv. 268622; Sez. 5, n. 51735 del 12/10/2016, Prestifilippo, Rv. 268849; Sez. 6, n. 8106 del 21/01/2016, Pierro, Rv. 266155; Sez. 5, n. 43490 del 18/03/2015, Nirta, Rv. 264927; Sez. 2, n. 24782 del 09/03/2015, Pesce, Rv. 264367; Sez. 6, n. 41977 del 01/10/2014, Cennamo, Rv. 260437; Sez. 6, n. 41977 del 01/10/2014, Cennamo, Rv. 260437; Sez. 5, n. 17067 del 10/01/2014, Prano, Rv. 262849; Sez. 2, n. 29478 del 05/07/2013, Badalamenti, Rv. 256178; Sez. 5, n. 3538 del 22/03/2013, Zagaria, Rv. 258658; Sez. 2, n. 3809 del 15/01/2013, Castello, Rv. 254512).

Il medesimo principio di diritto è stato affermato anche con riferimento al concorso esterno, purchè caratterizzato dalla non temporaneità del contributo (Sez. 5, n. 32353 del 16/05/2014, Grillone, Rv. 260483; Sez. 1, n. 20348 del 10/04/2014, Pitarresi, Rv. 262257; Sez. 1, n. 39205 del 17/07/2013, Lipari, Rv. 256769). In tal caso, il superamento della presunzione di attualità della pericolosità è stato ricollegato alla presenza di elementi dai quali possa desumersi l'interruzione del rapporto tra il concorrente e la consorteria (Sez. 1, n. 39205 del 17/07/2013, Lipari, Rv. 256769; Sez. 6, n. 35357 del 10/04/2008, D'Arrigo, Rv. 241251; Sez. 2, n. 7616 del 16/02/2006, Catalano, Rv. 234746).

In particolare, si è affermato che, qualora la misura di prevenzione riguardi una persona indiziata dei reati di cui all'art. 4, d.lgs. n. 159 del 2011, la verifica dell'attualità della pericolosità «*piuttosto che sull'esame degli indicatori della stessa in positivo, richiede il superamento degli eventuali elementi negativi, emersi o allegati, dai quali risulti che il proposto sia non più pericoloso*».

Il perimetro di tale presunzione è stato circoscritto da Sez. 1, n. 20348 del 10/04/2014, Pitarresi, Rv. 262257 al caso in cui a carico del proposto vi sia stato un riconoscimento giudiziale di «mafiosità», ancorché nelle forme del concorso esterno. Ad avviso della Corte, infatti, qualora manchi tale riconoscimento giudiziale, il requisito dell'attualità sfugge a qualsiasi presunzione cosicché la pubblica accusa ha l'onere di indicare dati e circostanze idonee a dimostrare, sia pure nelle forme della semplice prova indiziaria, l'attualità e la continuità nel tempo della contiguità del proposto alla consorteria criminale.

La presunzione in esame è stata, infine, differentemente declinata con riferimento alla connotazione del sodalizio mafioso da Sez. 2, n. 23446 del 20/04/2017, Bellocco, Rv. 270319 che ha distinto tra le c.d. "mafie storiche" (mafia siciliana, camorra, 'ndrangheta e sacra corona unita) e gli altri sodalizi mafiosi caratterizzati da un vincolo meno stabile. Ad avviso della Corte, infatti, la presunzione di attualità della pericolosità sociale del proposto può trovare applicazione solo nei confronti degli indiziati di appartenenza alle c.d. "mafie storiche", e non è in alcun modo scalfita né dal tempo intercorso tra l'emersione degli indizi di affiliazione e il momento dell'applicazione della misura né dall'inattività criminale del proposto, stante il carattere permanente dell'affiliazione che può venire meno solo a seguito di un esplicito recesso o di un atto di chiara dissociazione di cui deve constare specifica prova. Di contro, allorché si tratti di sodalizi criminali connotati dall'uso del metodo mafioso, ma che non risultano caratterizzati dalla medesima stabilità del vincolo, il decorso del tempo acquisisce rilievo ed implica uno specifico onere motivazionale a carico del giudice della prevenzione circa la persistente attualità della pericolosità sociale del proposto (in senso conforme: Sez. 2, n. 3945 del 12/01/2017, Clemente, Rv. 269057, che ha individuato la matrice di tale orientamento ermeneutico nella ritenuta crisi di compatibilità tra la funzione rieducativa della pena e la presunzione di pericolosità che insiste sugli appartenenti alle associazioni riconducibili alla "mafie storiche").

Il principio di diritto affermato dall'orientamento sopra analizzato è stato integrato da altri arresti con riferimento al fattore temporale ovvero al lasso di tempo intercorso tra l'insorgenza dell'elemento rivelatore dell'inserimento del proposto nell'associazione criminale e l'applicazione della misura di prevenzione. Pur partendo, dunque, dalla medesima premessa metodologica che esclude la necessità della motivazione sull'attualità della pericolosità una volta che l'appartenenza all'associazione mafiosa risulti adeguatamente dimostrata e salvo che sussistano elementi dai quali desumere che essa sia venuta meno per effetto del recesso personale, si afferma che tale presunzione non è assoluta ed è destinata ad attenuarsi, facendo risorgere la necessità di una puntuale motivazione sul punto, nel caso in cui gli elementi rivelatori dell'inserimento del proposto nel sodalizio siano lontani

nel tempo rispetto al momento del giudizio (Sez. 6, n. 33923 del 15/06/2017, Martorana, Rv. 270908; Sez. 5, n. 28624 del 19/01/2017, Cammarata, Rv. 270554; Sez. 6, n. 43447 del 06/07/2017, Agrò; Sez. 6, n. 52607 del 30/11/2016, Emma; Sez. 6, n. 51666 del 11/11/2016, Rindone, Rv. 268087; Sez. 5, n. 1831 del 17 dicembre 2015, Mannina, Rv. 265863; Sez. 2, n. 39057 del 03/06/2014, Gambino, Rv. 260781; Sez. 1, n. 17932 del 10/03/2010, De Carlo, Rv. 247053; Sez. 1, n. 20948 del 07/05/2008, Longo, Rv. 240422; Sez. 5, n. 34150 del 22/09/2006, Commisso, Rv. 235203; Sez. 1, n. 44151 del 05/11/2003, Gulletta, Rv. 226608). Tale soluzione ermeneutica, secondo quanto affermato dalla sentenza Rindone, n. 51666 del 2016, trova fondamento sia nel dato testuale dell'art. 6, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che nei principi costituzionali. Sotto il primo profilo, osserva la Corte, l'art. 6, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, impone un apprezzamento della pericolosità per la sicurezza pubblica per tutte le categorie di soggetti cui possono essere applicate le misure di prevenzione personale, senza distinguere tra indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso e soggetti sussumibili nelle altre classi previste dall'art. 4 del d.lgs. n. 159 del 2011. Il giudice, pertanto, deve dare conto dell'esistenza dell'attualità della pericolosità, senza presumerla sulla base di un postulato di principio che renderebbe la motivazione meramente apparente. La Corte ha, inoltre, considerato la giurisprudenza della Corte costituzionale e, in particolare, la sentenza n. 291 del 2013 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, «*nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura*». Nel percorso motivazionale della decisione, emessa nell'ambito di un procedimento relativo a persona indiziata di appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso, il Giudice delle leggi ha, infatti, affermato che «*il decorso di un lungo lasso di tempo incrementa la possibilità che intervengano modifiche dell'atteggiamento del soggetto nei confronti dei valori della convivenza civile*», soprattutto nel caso in cui sia stato sottoposto ad un trattamento specificamente volto alla sua risocializzazione, ed ha, pertanto, stigmatizzato la necessità della persistenza della pericolosità sociale tanto al momento della decisione che al momento della esecuzione della misura di prevenzione personale. Secondo la sentenza Rindone, da tale decisione emerge, dunque, *«l'esigenza, costituzionalmente rilevante, di evitare presunzioni assolute di attualità della pericolosità e di attribuire, a questi fini, specifica attenzione al fattore tempo, anche a prescindere da eventuali periodi di detenzione sofferti dall'interessato»*. Sulla base di tale percorso argomentativo, la Corte ha, dunque, affermato che, nel caso in cui gli elementi rivelatori dell'inserimento del proposto nel sodalizio siano lontani nel tempo rispetto al momento del giudizio, l'attenuazione della presunzione di attualità della pericolosità sociale fa risorgere la necessità di una puntuale motivazione sul punto.

Si segnala, infine, Sez. 1, n. 17932 del 10/03/2010, Di Carlo, Rv. 247053 che, esprimendo perplessità sul trasferimento di un'osservazione di natura prettamente sociologica in una massima di esperienza e, quindi, in una *regola iuris*, considera decisivo il rilievo che, nell'ambito di qualunque procedimento d'accertamento giudiziale destinato a sfociare in una restrizione della libertà personale, il ricorso a presunzioni è ammissibile negli stretti limiti in cui esse non si prestano ad essere contraddette da prova contraria. Per tale ragione, la Corte ritiene ammissibile e utilizzabile la presunzione di attualità della pericolosità dell'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa soltanto se fondata sulla verifica, da un lato, del ruolo o del contributo partecipativo dell'associato, in modo da consentire

di escludere che venga ricoperto anche in futuro, e, dall'altro, delle eventuali allegazioni difensive e dei comportamenti tenuti dal proposto nel periodo intercorso tra l'accertamento del reato e l'applicazione della misura.

L'opposto orientamento giurisprudenziale esclude, infine, l'ammissibilità di una presunzione di pericolosità derivante esclusivamente dall'esito di un precedente procedimento penale e, specie nei casi in cui sia decorso un apprezzabile intervallo di tempo tra i fatti oggetto del procedimento penale e la formulazione del giudizio di prevenzione, richiede al giudice una verifica in concreto dell'attualità della pericolosità sociale, ritenendo insufficiente, ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione personale, la sola iscrizione del proposto in una delle categoria criminologiche previste dall'art. 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Sez. 2, n. 8921 del 31/01/2017, Zagaria, Rv. 269555; Sez. 6, n. 53157 del 11/11/2016, Camerlingo, Rv. 268518 in relazione ad un non trascurabile periodo detentivo del proposto intercorso tra l'accertamento in sede penale e la formulazione del giudizio in sede di prevenzione; Sez. 6, n. 5267 del 14/01/2016, Grande Aracri, Rv. 266184; Sez. 6, n. 50128 del 11/11/2016, Aguì, Rv. 261215; Sez. 6, n. 43471 del 07/10/2015, Chilà; Sez. 1, n. 23641 del 11/02/2014, Mondini, Rv. 260104; Sez. 5, n. 2922 del 06/11/2013, Belcastro, Rv. 257938 con riferimento all'indiziato di appartenenza ad un'associazione finalizzata al commercio di sostanze stupefacenti). In particolare, la sentenza Mondini, n. 23641 del 2014, ha affermato che la pericolosità attuale del soggetto è un presupposto applicativo generale da riferirsi ad ogni categoria criminologica specifica, derivante, oltre che dalla previsione dell'art. 4 cod. antimafia, anche dai principi costituzionali sul tema come interpretati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 291 del 2013. Ad avviso del Collegio, pur dovendosi in tale settore abbandonare in via definitiva logiche presuntive, la gravità della condotta accertata in sede penale può riflettersi sulla formulazione della prognosi di pericolosità, ma, specie nel caso in cui sia decorso un apprezzabile lasso di tempo tra l'epoca dell'accertamento in sede penale e il momento della formulazione del giudizio di prevenzione, il giudice della prevenzione ha l'obbligo di motivare "in positivo" sull'attualità della pericolosità dell'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa, al fine di valutare, «*in assenza di altri sintomi, se la condotta antisociale sia in concreto riproducibile dal proposto*». In tal caso, la sentenza, individua tre indicatori su cui fondare la prognosi di pericolosità: «*a) il livello di coinvolgimento del proposto nelle pregresse attività del gruppo criminoso, essendo ben diversa la potenzialità criminale espressa da un soggetto di 'verticÈ rispetto a quella di chi ha posto in essere condotte di mero ausilio operativo o di episodica contiguità finalistica; b) la tendenza del gruppo di riferimento a mantenere intatta la sua capacità operativa nonostante le mutevoli composizioni soggettive correlate ad azioni repressive dell'autorità giudiziaria, posto che solo in detta ipotesi può ragionevolmente ipotizzarsi una nuova 'attrazionÈ del soggetto nel circuito relazionale illecito; c) l'avvenuta o meno manifestazione, in tale intervallo temporale, da parte del proposto di comportamenti denotanti l'abbandono delle logiche criminali in precedenza condivise*».

La rilevanza di tali indici è stata successivamente ribadita da Sez. 6, n. 5267 del 14/01/2016, Grande Aracri, Rv. 266184 e da Sez. 2, n. 8921 del 31/01/2017, Zagaria, Rv. 269555. Il primo di tali arresti, escludendo l'ammissibilità di una presunzione di attualità derivante esclusivamente dall'esito di un procedimento penale, ha ribadito che è onere del giudice verificare in concreto la persistenza della pericolosità del proposto, nel caso in cui sia decorso un apprezzabile periodo di tempo tra l'epoca dell'accertamento in sede penale e il momento della formulazione del giudizio, ed ha valorizzato, a tal fine, anche la mancanza di prove della cessazione del gruppo associativo e l'assenza di comportamenti del proposto sintomatici del suo recesso dal sodalizio.

In un precedente arresto (Sez. 1, n. 44327 del 18/07/2013, Gabriele, Rv. 257637) è stata, invece, esclusa la valenza indiziaria della mancanza di una scelta di collaborazione con la giustizia, ritenuta non dirimente al fine di escludere il cambiamento della scelta di vita del proposto e di affermare l'attualità della sua pericolosità sociale.

3. Il concetto di appartenenza ad un'associazione mafiosa nella giurisprudenza di legittimità.

Nell'ordinanza di rimessione la Corte segnala, inoltre, l'opportunità di una riflessione sul concetto di "appartenenza" ad un'associazione di stampo mafioso e sulla sua conformità ai principi costituzionali e convenzionali.

Dall'analisi della giurisprudenza di legittimità sulla nozione di "appartenenza" ad un'associazione mafiosa, emerge, che tale concetto ha una portata più ampia di quello di "partecipazione", richiesto ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. Si afferma, infatti, che la nozione "partecipazione" richiede una presenza attiva del soggetto nell'ambito del sodalizio criminoso (Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, 231670); la nozione di "appartenenza" è stata, invece, declinata con riferimento alla situazione di contiguità all'associazione nel cui ambito può ricondursi ogni comportamento che risulti funzionale agli interessi della struttura criminale, costituendo una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa, e, nel contempo, denoti la pericolosità specifica che sottende al trattamento prevenzionale (Sez. 1, n. 5649 del 16/01/2002, Scamardo, Rv. 221156; Sez. 2, n. 19943 del 21/02/2012, Stefano, Rv. 252841; Sez. 6, n. 9747 del 29/01/2014, Romeo, Rv. 259074; Sez. 5, n. 43490 del 18/03/2015, Nirta; Sez. 6, n. 52607 del 30/11/2016, Emma). Tale più estesa portata della nozione di "appartenenza" ha consentito di includervi anche la categoria del c.d. concorrente esterno (Sez. 2, n. 7616 del 16/02/2006, Catalano, Rv. 234745; Sez. 1, n. 20348 del 10/04/2014, Pitarresi, Rv. 262257; Sez. 5, n. 32353 del 16/05/2014, Grillone) ossia di quel soggetto che, «*non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'"affectio societatis", fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo esplichi un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come "Cosa nostra", di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima*» (Sez. U. n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231671).

Quanto al concorso esterno, è stato, tuttavia, precisato che il contributo prestato al sodalizio non deve essere di carattere temporaneo (Sez. 5, n. 1831 del 17/12/2015, Mannina, Rv. 265862, Sez. 1, n. 39205 del 17/05/2013, Lipari, Rv. 256769).

Invero, secondo quanto affermato da Sez. 2, n. 3809 del 15/01/2013, Castello, ciò che conta per essere indiziato di appartenere ad un'associazione mafiosa è la sussistenza di un contesto di circostanze da cui traspaia la "vicinanza" del soggetto proposto a un determinato sodalizio, i cui metodi e le cui finalità finiscono per essere "soggettivamente" condivisi attraverso un regime di vita che, conseguentemente, legittima il giudizio di pericolosità sociale.

Alcuni recenti arresti della giurisprudenza di legittimità hanno, tuttavia, adottato un'interpretazione più restrittiva della nozione di "appartenenza". Si segnala, al riguardo, Sez. 6, n. 3941 del 08/01/2016, Gaglianò, Rv. 266541, che, dinanzi alla criticità rappresentata da un'eccessiva dilatazione del concetto di appartenenza «*ad un ambito indefinito e soprattutto sganciato da ogni condotta materiale riferibile all'interessato*», ha affermato che la situazione di contiguità necessaria ad integrarla deve risolversi in un contributo fattivo proveniente dal proposto alle attività ed allo sviluppo del sodalizio criminoso. Tale interpretazione è

stata successivamente ripresa da Sez. 1, n. 54119 del 14/06/2017, dep. 30/11/2017, Sottile, che, rifiutando «*approcci interpretativi tesi a degradarne il significato in termini di mera contiguità ideologica, comunanza di cultura mafiosa e riconosciuta frequentazione con soggetti coinvolti nel sodalizio*», ne ha sottolineato la portata "tassativizzante" in linea con le sollecitazioni contenute nella sentenza della Corte EDU del 23/02/2017, De Tommaso c. Italia. Ad avviso della Corte, infatti, la nozione di "appartenenza" evoca «*il far parte o almeno il rendere un contributo concreto al gruppo*,» cosicchè l'impropria dilatazione del termine in chiave di connotazione del comportamento sarebbe non solo di per sé illegittima, ma foriera di una possibile esposizione del sistema interno a nuove denunce di violazione dei parametri convenzionali.

4. Gli indici rivelatori.

La maggiore ampiezza del concetto di "appartenenza" ad un'associazione mafiosa rispetto a quello di "partecipazione" si ripercuote anche sul piano del diverso e meno intenso quadro probatorio che consente l'iscrizione del proposto nella corrispondente categoria criminologica.

L'analisi della casistica giurisprudenziale rivela, infatti, la possibile valenza sintomatica dei seguenti elementi: informative di pubblica sicurezza, frequentazioni con pregiudicati – accertate attraverso controlli e annotazioni delle forze di polizia, a condizione che gli stessi non derivino esclusivamente da rapporti di parentela o da legami estranei a ragioni criminali – mancanza di attività lavorativa, tenore di vita, situazione reddituale, consistenza del patrimonio, mancato mutamento della condotta ritenuta rivelatrice di pericolosità oggetto dell'avviso orale.

Si riconosce, inoltre, la possibilità di utilizzare elementi di prova tratti da procedimenti penali in corso o già definiti. La giurisprudenza consolidata della Suprema Corte afferma, al riguardo, il principio di autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale, evidenziandone le profonde differenze funzionali e strutturali: quest'ultimo, infatti, è volto all'accertamento della responsabilità del soggetto in ordine alla realizzazione di uno specifico fatto-reato; il primo, invece, si riferisce ad una valutazione di pericolosità del proposto desunta, sulla base di un ragionamento logico-deduttivo, da pregresse condotte che non necessariamente costituiscono un reato.

Tale rapporto di autonomia tra i due procedimenti consente, dunque, al giudice della prevenzione di utilizzare elementi di prova di tipo indiziario tratti da procedimenti penali in corso, anche se non ancora definiti e, nel caso di processi definiti con sentenza irrevocabile, anche indipendentemente dalle statuizioni terminali in ordine all'accertamento della responsabilità (Sez. 5, n. 32353 del 16/05/2014, Grillone, Rv. 260482).

Proprio in virtù della diversa "grammatica probatoria" che sostiene i due giudizi, si è affermato che nel procedimento di prevenzione la prova indiretta o indiziaria non deve possedere i caratteri prescritti dall'art. 192 cod. proc. pen. né le chiamate in correità o in reità devono essere necessariamente corroborate da riscontri individualizzanti (*ex plurimis:* Sez. 5, n. 49853 del 12/11/2013, L. Rv. 258939; Sez. 2, n. 26774 del 30/04/2013, Chianese, Rv. 256820; Sez. 1, n. 20160 del 29/04/2011, Bagalà, Rv. 258278). La sentenza Chianese ha, tuttavia, precisato che tale autonomia valutativa del giudice della prevenzione incontra un unico limite nell'impossibilità di utilizzare fatti storici smentiti in sede di cognizione penale come sintomatici della pericolosità del proposto: non potranno, pertanto, essere utilizzate chiamate in reità o in correità *ictu oculi* inattendibili o smentite da elementi contrari e, più in generale, le prove vietate dalla legge (Sez. U, n. 13426 del 25/03/2010, Cagnazzo, Rv. 246271).

Nel caso in cui il processo penale sia stato definito con sentenza occorre, invece, distinguere in base al tenore ed al carattere irrevocabile o meno della pronuncia.

Con particolare riferimento alla categoria degli indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose, Sez. 5, n. 1831 del 17/12/2015, Mannina, Rv. 265862 ha affermato che qualora il proposto sia stato condannato in via definitiva per il reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. il giudice della prevenzione può fare riferimento a tale condanna come ad un "fatto" di per sé dimostrativo dell'appartenenza al contesto mafioso, non essendo esigibili ulteriori oneri motivazionali sul punto e men che meno la rivisitazione dell'effettiva valenza probatoria degli elementi posti a fondamento della decisione assunta in sede penale. Diversamente, qualora non si sia ancora formato il giudicato, il giudice della prevenzione può utilizzare il compendio probatorio acquisito nel processo penale senza però potersi riferire *sic et simplicter* alla sentenza di condanna non definitiva. In tal caso, dunque, il giudice dovrà procedere ad un'autonoma valutazione degli elementi probatori, spiegando le ragioni della loro idoneità a rivelare la sussistenza dei presupposi normativi che legittimano l'applicazione della misura di prevenzione, e confrontandosi, nel giudizio di impugnazione, con le obiezioni della difesa sul loro valore effettivamente indiziante.

Inoltre, secondo quanto disposto dall'art. 166, comma 2, cod. pen., la condanna a pena sospesa non può costituire, di per sé sola, motivo per l'applicazione di misure di prevenzione.

La giurisprudenza di legittimità esclude, inoltre, che la sentenza di assoluzione, anche irrevocabile, possa comportare un'automatica esclusione della pericolosità sociale del proposto; anche in tal caso è, dunque, possibile un'autonoma valutazione di quegli stessi elementi indizianti ritenuti non sufficienti per un affermazione di penale responsabilità, a condizione che nello stesso non ne sia stata esclusa la veridicità (Sez. 1, n. 6636 del 07/01/2016, Pandico, Rv. 266364; Sez. 6, n. 50946 del 18/09/2014, Catalano, Rv. 261591; Sez. 5, n. 32353 del 16/05/2014, Grillone, Rv. 260482; Sez. 1, n. 7585 del 22/01/2014, Bonavota, Rv. 259672 sull'onere di motivazione rafforzata ed autonoma in merito alla pericolosità sociale del proposto in caso di annullamento con rinvio della sentenza di condanna, richiamata come presupposto in fatto di siffatto giudizio; Sez. 5, n. 9505 del 17/01/2006, Pangallo, Rv. 233892). In tal caso, secondo quanto affermato da Sez. 2, n. 26774 del 30/04/2013, Chianese, Rv. 256819, il giudice della prevenzione dovrà dare atto in motivazione delle ragioni per cui i medesimi elementi probatori o indiziari siano sintomatici della attuale pericolosità del proposto.

5. La sentenza delle Sezioni Unite, n. 111/2018, Gattuso.

Con la sentenza n. 111 del 30/11/2017, depositata il 4/1/2018, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: «*Nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di "appartenere" ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità*».

Nell'esaminare le diverse opzioni interpretative adottate dalla giurisprudenza di legittimità, il Supremo Consesso ha, innanzitutto, rilevato che, ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 159 del 2011, l'accertamento della pericolosità costituisce un presupposto legittimante l'applicazione delle misure di prevenzione personale per tutte le categorie previste dall'art. 4, ivi compresi gli indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose, nella cui valutazione rientra l'analisi della sua attualità. Quanto agli elementi di fatto su cui fondare tale giudizio, la Corte, pur riconoscendo maggiore solidità agli elementi emergenti da un accertamento definitivo di responsabilità per il reato associativo, in continuità con la consolidata giurisprudenza di legittimità, ha ribadito la possibilità di attingere a specifiche circostanze di fatto emergenti

da pronunce liberatorie ponendo, tuttavia, a carico del giudice della prevenzione un onere argomentativo rafforzato. Ciò impone, comunque, sottolineano i Giudici del Supremo Consesso, di valutare la persistenza delle condizioni di fatto, constatate in precedenza, alla data di applicazione della misura.

Nella formulazione di siffatto giudizio di attualità della pericolosità la Corte non esclude la possibilità di attingere, sia pure a determinate condizioni, alla massima di esperienza relativa alla tendenziale stabilità del vincolo associativo (utilizzata, nella sua dimensione non assoluta, dagli arresti contrari alla necessità di una motivazione in positivo sulla pericolosità attuale dell'indiziato di appartenenza ad un'associazione mafiosa).

Il percorso logico seguito dalle Sezioni Unite si snoda lungo due argomentazioni tra loro convergenti: la rilettura della nozione di appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso (sollecitata, peraltro, dall'ordinanza di rimessione) e la perimetrazione della valenza e dell'ambito applicativo della massima di esperienza relativa alla tendenziale stabilità del vincolo associativo.

Secondo la soluzione ermeneutica univocamente condivisa sia in dottrina che in giurisprudenza, il concetto di "appartenenza" ad un'associazione mafiosa comprende, infatti, sia la condotta di "partecipazione" che quella astrattamente inquadrabile nella figura del "concorso esterno" di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen. che, sottolinea il Supremo Consesso, è caratterizzata da una collaborazione occasionale, espressa in un contesto temporale unico o diluito, e si realizza con riferimento a circoscritte esigenze del gruppo. Pur muovendosi in continuità con tale univoca interpretazione, le Sezioni Unite ne hanno, tuttavia, ridefinito l'ambito di applicazione alla luce dei più recenti approdi interpretativi sul tema (si richiama a tal fine Sez. 1, n. 54119 del 14/06/2017, Sottile) e della recente introduzione con la l. 17 ottobre 2017, n. 161 della categoria di pericolosità qualificata dell'indiziato dell'attività di fiancheggiamento del gruppo illecito, sanzionata dall'art. 418 cod. pen. (inserita all'art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011).

Ad avviso della Corte, la previsione di tale autonoma fattispecie preventiva costituisce, infatti, un indice particolarmente significativo dell'impossibilità di includere nella nozione di "appartenenza" *«la condotta che, nella consapevolezza dell'illecito, si muova in una indefinita area di contiguità o vicinanza al gruppo, che non sia riconducibile ad un'azione, ancorchè isolata, che si caratterizzi per essere funzionale agli scopi associativi»*.

L'inclusione della fattispecie concorsuale nel concetto di "appartenenza" costituisce, inoltre, la premessa del secondo argomento logico affrontato dalle Sezioni Unite: la valenza e l'ambito di applicazione della regola di esperienza relativa alla stabilità dell'apporto.

In linea generale, infatti, il Supremo Consesso non ha escluso l'astratta validità di tale regola, ma ne ha circoscritto l'applicabilità ai soli casi in cui l'appartenenza all'associazione mafiosa si manifesti attraverso elementi sintomatici di una "partecipazione" del proposto. Si sottolinea, infatti, che l'occasionalità della connessione dell'attività del concorrente "esterno" rispetto alle finalità perseguite dalla consorteria mafiosa non consente di ritenere sistematicamente verificata la massima di esperienza relativa alla stabilità dell'apporto. Ponendosi, dunque, in posizione di continuità con la giurisprudenza della Corte costituzionale sia in tema di misure di prevenzione (si richiama, a tal fine la sentenza n. 291 del 2013) che sul tema delle esigenze cautelari e del regime di presunzioni previsto dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. (avuto riguardo, in particolare, oltre alla sentenza n. 139 del 2010 in tema di presunzione di superamento del reddito minimo e della preclusione dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, alla sentenza n. 48 del 2015 che ha ritenuto irragionevole la presunzione di adeguatezza della misura custodiale in relazione al concorso esterno in associazione mafiosa), le Sezioni Unite hanno, pertanto, escluso la legittimità dell'applica-

zione di presunzioni semplici, la cui valenza è radicata nelle caratteristiche concrete del patto sociale, nel caso in cui l'appartenenza del proposto non riveli gli elementi indicativi di una sua "partecipazione" al sodalizio mafioso, bensì di una collaborazione occasionalmente prestata, ancorchè funzionale al raggiungimento degli scopi del gruppo.

In tal caso, secondo le Sezioni Unite, l'accertamento dell'attualità della pericolosità del proposto dovrà essere ancorato a valutazioni specifiche sulla ripetitività del contributo, sulla permanenza di determinate condizioni di vita e di interessi in comune. Tale ultima affermazione conferisce, dunque, un crisma di ufficialità all'orientamento della giurisprudenza di legittimità sul regime di presunzioni stabilito dall'art. 275, comma 3 cod. proc. pen. con riferimento al concorrente esterno. Secondo alcuni arresti, infatti, in tal caso la presunzione relativa alla sussistenza delle esigenze cautelari , prevista dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., può essere superata non già attraverso la prova della rescissione del vincolo, bensì attraverso una valutazione prognostica, ancorata ai dati fattuali emergenti dalle risultanze investigative acquisite, della ripetibilità della situazione che ha dato luogo al contributo dell'"extraneus" alla vita della consorteria, tenendo conto in questa prospettiva dell'attuale condotta di vita e della persistenza o meno di interessi comuni con il sodalizio mafioso (Sez. 2, n. 32004 del 17/06/2015, Putortì, Rv. 264209; Sez. 6, n. 9748 del 29/01/2014, Ragosta, Rv. 258809; Sez. 6, n. 32412 del 27/06/2013, Cosentino, Rv. 255751).

In presenza, invece, di elementi sintomatici di una "partecipazione" al gruppo associativo, secondo il Supremo Consesso, il richiamo alle presunzioni semplici non può costituire l'unico dato fondante l'accertamento dell'attualità della pericolosità e deve essere sempre corroborato dalla valorizzazione di specifici elementi di fatto che le sostengano ed evidenzino la natura strutturale dell'apporto. Ciò impone, dunque, di confrontarsi, ai fini dell'attualizzazione del giudizio di pericolosità, con qualunque elemento di fatto che possa incidere sulla valutazione della condotta come forma di "partecipazione" al gruppo associativo, al di là della dimostrazione del formale recesso dalla stessa, quale il decorso di un rilevante periodo di tempo o il mutamento delle condizioni di vita tali da rendere incompatibili con la persistenza del vincolo.

Sottolineano, infatti, le Sezioni Unite che, alla luce dei rilievi mossi dalla Corte Edu con la sentenza del 23/02/2017, De Tommaso c. Italia, l'esigenza una lettura in chiave tassativizzante e tipizzante, già affermata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 40076 del 27/04/2017, Paternò, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011, deve necessariamente estendersi ai criteri applicativi delle misure, in considerazione della loro caratteristica di afflittività, al di fuori della connessione con un fatto reato, e della loro pertinenza ad una situazione di allarme sociale di cui devono essere definiti specificamente i contorni per giustificarne l'applicazione senza alcun automatismo applicativo.

Indice delle sentenze citate

Sentenza della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 4952 del 31/10/1994, Zullo, Rv. 200325
Sez. 1, n. 3098 del 19/05/1995, Rv. 201756
Sez. 1, n. 6366 del 02/12/1996 Brigati, Rv. 206754
Sez. 2, n. 5234 del 19/12/1996, Bontempo Scavo, Rv. 206854
Sez. 1, n. 2348 del 24/03/1997, Fraglica, Rv. 208391
Sez. 1, n. 5649 del 16/01/2002, Scamardo, Rv. 221156
Sez. 1, n. 43046 del 15/10/2003, Andronico, Rv. 226609
Sez. 1, n. 44151 del 05/11/2003, Gulletta, Rv. 226608
Sez. 5, n. 43432 del 27/09/2004, Marsalone, Rv. 231016
Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231670-231671
Sez. 2, n. 44326 del 11/10/2005, Metastasio, Rv. 232779
Sez. 5, n. 9505 del 17/01/2006, Pangallo, Rv. 233892
Sez. 2, n. 7616 del 16/02/2006, Catalano, Rv. 234745-234746
Sez. 5, n. 34150 del 22/09/2006, Commisso, Rv. 235203
Sez. 6, n. 35357 del 10/04/2008, D'Arrigo, Rv. 241251
Sez. 1, n. 20948 del 07/05/2008, Longo, Rv. 240422
Sez. 6, n. 499 del 21/11/2008, Conversano, Rv. 242379
Sez. 1, n. 17932 del 10/03/2010, De Carlo, Rv. 247053
Sez. U, n. 13426 del 25/03/2010, Cagnazzo, Rv. 246271
Sez. 6, n. 38471 del 13/10/2010, Barone, Rv. 248797
Sez. 1, n. 20160 del 29/04/2011, Bagalà, Rv. 258278
Sez. 2, n. 19943 del 21/02/2012, Stefano, Rv. 252841
Sez. 2, n. 25311 del 15/03/2012, Modica, Rv. 253070
Sez. 2, n. 3809 del 15/01/2013, Castello, Rv. 254512
Sez. 5, n. 3538 del 22/03/2013, Zagaria, Rv. 258658
Sez. 2, n. 26774 del 30/04/2013, Chianese, Rv. 256819-256820
Sez. 2, n. 29478 del 05/07/2013, Badalamenti, Rv. 256178
Sez. 5, n. 1703 del 24/10/2013, Sapienza, Rv. 258954
Sez. 1, n. 39205 del 17/05/2013, Lipari, Rv. 256769
Sez. 1, n. 39205 del 17/07/2013, Lipari, Rv. 256769
Sez. 1, n. 44327 del 18/07/2013, Gabriele, Rv. 257637
Sez. 5, n. 2922 del 06/11/2013, Belcastro, Rv. 257938
Sez. 5, n. 49853 del 12/11/2013, L. Rv. 258939
Sez. 5, n. 17067 del 10/01/2014, Prano, Rv. 262849
Sez. 1, n. 7585 del 22/01/2014, Bonavota, Rv. 259672
Sez. 6, n. 9747 del 29/01/2014, Romeo, Rv. 259074
Sez. 1, n. 23641 del 11/02/2014, Mondini, Rv. 260104
Sez. 1, n. 20348 del 10/04/2014, Pitarresi, Rv. 262257
Sez. 5, n. 32353 del 16/05/2014, Grillone, Rv. 260482-260483

Sez. 2, n. 39057 del 03/06/2014, Gambino, Rv. 260781
Sez. 6, n. 50946 del 18/09/2014, Catalano, Rv. 261591
Sez. 6, n. 41977 del 01/10/2014, Cennamo, Rv. 260437
Sez. 6, n. 921 del 11/11/2014, Gelsomino, Rv. 261842
Sez. 2, n. 24782 del 09/03/2015, Pesce, Rv. 264367
Sez. 5, n. 43490 del 18/03/2015, Nirta, Rv. 264927
Sez. 6, n. 43471 del 07/10/2015, Chilà
Sez. 5, n. 1831 del 17/12/2015, Mannina, Rv. 265862-265863
Sez. 1, n. 6636 del 07/01/2016, Pandico, Rv. 266364
Sez. 6, n. 3941 del 08/01/2016, Gaglianò, Rv. 266541
Sez. 6, n. 5267 del 14/01/2016, Grande Aracri, Rv. 266184
Sez. 2, n. 8106 del 21/01/2016, Pierro, Rv. 266155
Sez. 5, n. 51735 del 12/10/2016, Prestifilippo, Rv. 268849
Sez. 6, n. 52775 del 10/11/2016, Failace, Rv. 268622
Sez. 6, n. 50129 del 11/11/2016, Ferrara, Rv. 268937
Sez. 6, n. 53157 del 11/11/2016, Camerlingo, Rv. 268518
Sez. 6, n. 51666 del 11/11/2016, Rindone, Rv. 268087
Sez. 6, n. 50128 del 11/11/2016, Aguì, Rv. 261215
Sez. 6, n. 52607 del 30/11/2016, Emma
Sez. 2, n. 3945 del 12/01/2017, Clemente, Rv. 269057
Sez. 5, n. 28624 del 19/01/2017, Cammarata, Rv. 270554
Sez. 2, n. 18756 del 31/01/2017, Manti, Rv. 269742
Sez. 2, n. 8921 del 31/01/2017, Zagaria, Rv. 269555
Sez. 2, n. 17128 del 24/03/2017, Maiolo, Rv. 270068
Sez. 2, n. 23446 del 20/04/2017, Bellocco, Rv. 270319
Sez. 2, n. 25778 del 10/05/2017, Capobianco
Sez. 1, n. 54119 del 14/06/2017, dep. 30/11/2017, Sottile
Sez. 6, n. 33923 del 15/06/2017, Martorana, Rv. 270908
Sez. 6, n. 43447 del 06/07/2017, Agrò
Sez. 1, n. 48441 del 10/10/2017, Gattuso

Sentenze della Corte EDU
Corte EDU del 23/02/2017, *De Tommaso c. Italia*

CAPITOLO III

CONFISCA DI PREVENZIONE E SUCCESSORI DEL PROPOSTO

(Luigi Barone)

SOMMARIO: 1. Le questioni risolte dalle Sezioni Unite "De Angelis". – 2. La nozione di erede e di successore a titolo universale o particolare contenuta nell'art. 18 d.lgs. n. 159 del 2011. – 3. I terzi intestatari fittizi dei beni del proposto. – 4. La possibilità di confiscare patrimoni illeciti interamente dismessi in vita dal proposto. – 5. La confisca dei beni trasferiti dai successori del *de cuius* a terzi. – 6. L'incidenza delle presunzioni di cui all'art. 26, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011. – 7. L'intestazione fittizia e la dichiarazione di nullità dei relativi atti dispostivi. – 8. Conclusioni riepilogative.

1. Le questioni risolte dalle Sezioni Unite "De Angelis".

In materia di prevenzione le Sezioni Unite sono intervenute con sentenza n. 12621 del 22/12/2016, dep. 2017, De Angelis, Rv. 270081-87, per stabilire «se, a seguito dell'azione di prevenzione patrimoniale esercitata dopo la morte del soggetto socialmente pericoloso nei confronti dei successori a titolo universale o particolare, la confisca possa avere ad oggetto solo i beni a questi pervenuti per successione ereditaria ovvero riguardi anche i beni che, al momento del decesso, erano nella disponibilità di fatto del *de cuius* ma fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, e, in tale ultimo caso, se sia o meno necessaria, rispetto alla confisca, la declaratoria di nullità dei relativi atti di disposizione, prevista dall'art. 26, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011».

La fattispecie oggetto del procedimento concerneva la confisca di beni non caduti in successione, ma formalmente acquistati – prima del decesso del soggetto pericoloso – da soggetti diversi, senza che la statuizione di confisca sia stata preceduta da una espressa dichiarazione di nullità degli atti negoziali; mentre risulta confiscato un bene caduto in successione ma – in seguito – ceduto dagli eredi a terzi, con l'intervenuta pronuncia, in tal caso, della declaratoria di cui all'art. 26 d.lgs. n.159 del 2011.

I punti centrali della questione posta all'attenzione delle Sezioni Unite hanno riguardato la definizione della nozione di successore a titolo universale o particolare, con la relativa delimitazione dell'oggetto della confisca, e la declaratoria di nullità degli atti di disposizione (ex art. 26, cit.) in caso di fittizietà dell'operazione.

Il primo profilo rinvia al disposto di cui all'art. 18, d.lgs. del 2011, che consente di disporre le misure patrimoniali anche nel caso in cui il soggetto pericoloso destinatario naturale della loro applicazione muoia nel corso del procedimento di prevenzione o addirittura prima della sua instaurazione. Nell'un caso, il procedimento, avviato nei confronti del proposto, prosegue alla sua morte nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa (comma 2); nell'altro la proposta di confisca deve essere avanzata nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare del soggetto nei confronti del quale poteva essere disposta, purché entro il termine di cinque anni dal decesso del predetto (comma 3).

Il punto critico riguarda la possibile estensione della confisca ai beni, dal *de cuius* in vita fittiziamente intestati a soggetti diversi dall'erede o dal successore, nonché ai beni caduti in successione, ma dagli eredi trasferiti (prima della proposizione dell'azione patrimoniale nei loro confronti) a terzi.

La risposta all'interrogativo presuppone che si definisca la *ratio* della norma e il significato dei riferimenti alle figure dell'erede e dei successori.

Il secondo profilo riveste una portata generale e chiama in causa il disposto dell'art. 26, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011, in forza del quale «quando accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, con il decreto che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione».

Anche in questo caso, l'innesto nella procedura di prevenzione di un istituto di chiara evocazione civilistica, quale è la nullità negoziale, pone all'interprete il difficile compito di definire il significato e la portata della previsione. Si tratta, in particolare, di verificare se attraverso di essa il legislatore abbia inteso introdurre una precondizione rispetto all'adozione della misura patrimoniale o comunque un requisito di validità o di efficacia di quest'ultima. Lo scioglimento del dubbio esegetico passa imprescindibilmente dall'individuazione sul piano sistemico del fondamento giuridico che legittima, in sede di prevenzione, l'apprensione dei beni, di cui i terzi risultino essere intestatari solo apparenti.

2. La nozione di erede e di successore a titolo universale o particolare contenuta nell'art. 18 d.lgs. n. 159 del 2011.

In via preliminare rispetto alle questioni trattate, le Sezioni Unite hanno chiarito che le nozioni di «erede» e di «successore a titolo universale o particolare», cui fa riferimento l'art. 18, commi 2 e 3, d.lgs. n. 159 del 2011, sono quelle proprie del codice civile, senza alcuna possibilità di dare rilievo all'anomala figura di erede o successore "di fatto" (Sez. 6, n. 579 del 16/12/2015, dep. 2016, Rappa, Rv. 265576). Il legislatore, al riguardo, ha operato un consapevole richiamo a termini ed istituti che trovano specifica definizione nella pertinente disciplina civilistica, sicché deve escludersi alcuna interpretazione di tipo analogico.

Pur affiorando dal testo normativo talune divergenze lessicali nella formulazione delle previsioni del comma 2 (eredi o aventi causa del soggetto proposto per l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniale) e del comma 3 dell'art. 18 (successori a titolo universale o particolare), il riferimento alla disciplina del codice civile consente di individuare con certezza tali figure, poiché se la nozione di successore a titolo universale integra quella dell'erede che subentra nella totalità del patrimonio *de cuius*, ovvero in una sua quota, la connessa definizione di successore a titolo particolare sta ad indicare la posizione di colui che subentra in uno o più diritti specificamente individuati dal *de cuius* (il legatario), in parziale sovrapposizione con la più ampia area semantica della nozione di "aventi causa", che fa riferimento al coinvolgimento anche di terzi intestatari di beni loro trasferiti in vita dal proposto.

3. I terzi intestatari fittizi dei beni del proposto.

Profilo problematico diverso, ma strettamente connesso a quello esaminato, è il tema riguardante la estensione della confisca ai beni dal *de cuius* fittiziamente intestati in vita a soggetti diversi dagli eredi, nonché ai beni caduti in successione, ma dagli eredi trasferiti a terzi prima della proposizione dell'azione patrimoniale nei loro confronti eventualmente esercitata.

Al riguardo occorre anzitutto distinguere, anche ai fini del riparto dell'onere di allegazione, tra i soggetti chiamati in giudizio in luogo della persona che poteva essere (quando era in vita) oggetto della proposta di applicazione della misura, ossia i successori a titolo universale o particolare, e i terzi intestatari del *de cuius*, che tali rimangono anche dopo l'intervenuta successione.

I primi, nei cui confronti la proposta deve essere avanzata rispettando un preciso limite di sbarramento temporale nella ricorrenza dell'ipotesi prevista dall'art. 18, comma 3, d.l-gs. n. 159 del 2011, esercitano i medesimi diritti e facoltà del proposto con riferimento ai beni per i quali sono subentrati al *de cuius*, essendo loro riservati «i mezzi probatori e i rimedi impugnatori previsti per il *de cuius*» (in forza delle citate sentenze n. 21 e n. 216 del 2012 della Corte cost.).

I secondi, invece, possono o meno coincidere con le figure dei successori.

Può, infatti, accadere che il successore sia anche terzo intestatario del proposto con riferimento ad alcuni beni oggetto di determinati atti traslativi (sicché, a seguito della morte di quest'ultimo, egli assume nel procedimento la duplice veste di erede, subentrato e citato al posto del *de cuius*, e di formale titolare del bene che esercita, in quanto tale, i propri diritti di terzo intestatario); così come può verificarsi l'ipotesi che il terzo intestatario del *de cuius* sia una persona diversa dal successore e che, in forza di tale specifica qualità, venga citato dall'autorità procedente.

Al riguardo, il legislatore ha opportunamente stabilito un preciso limite temporale di garanzia rispetto alla possibilità di avviare azioni patrimoniali sine die, delineando nella citata previsione dell'art. 18, comma 3, un arco temporale entro cui l'iniziativa di prevenzione patrimoniale può essere utilmente esercitata: da un lato, è stata fissata la decorrenza del termine quinquennale dalla morte della persona (*dies a quo*), dall'altro è stata individuata, quale termine finale (*dies ad quem*), la data di presentazione della proposta di applicazione della misura di prevenzione nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare.

Nel rispetto di tale termine, perentoriamente fissato dal legislatore quale condizione di legittimità dell'azione di prevenzione, è possibile procedere, quale che sia la fonte di acquisto, sia in relazione ai beni indicati nella proposta, sia riguardo ai beni che eventualmente vengano individuati in seguito, purché riferibili, direttamente o indirettamente, ad atti dispositivi del *de cuius*.

Ne discende, pertanto, che il successivo rinvenimento di altri beni, siano essi pervenuti ai successori ovvero a terzi intestatari del *de cuius*, richiede necessariamente la presentazione di un'ulteriore, autonoma, proposta di applicazione della misura patrimoniale, che può ritenersi tempestiva solo se presentata entro il suindicato limite temporale (Sez. 6, n. 579/2015 "Rappa").

4. La possibilità di confiscare patrimoni illeciti interamente dismessi in vita dal proposto.

Le Sezioni Unite hanno, altresì, vagliato l'ipotesi (tutt'altro che remota), in cui la persona "pericolosa", in odore di misure di prevenzione, abbia avuto l'"accortezza" di dismettere in vita l'intero suo patrimonio in favore degli stretti suoi congiunti, per cui all'apertura formale della successione potrebbe non seguire alcuna accettazione da parte dei chiamati *ex lege* all'eredità.

Si è affermato che una simile evenienza non può essere risolta attribuendo alle formule lessicali utilizzate nell'art. 18 un'accezione atecnica, in grado di ricomprendere fra i successori del proposto anche i soggetti subentrati in vita a quest'ultimo nella titolarità apparente di determinati beni, ma va ricercata nelle possibilità, già offerte dall'ordinamento attraverso la previsione della norma incriminatrice del delitto di trasferimento fraudolento di valori di cui all'art. 12-*quinquies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, di sanzionare quelle condotte, realizzate da persone potenzialmente assoggettabili a misure di prevenzione e aventi ad oggetto finanche beni di lecita provenienza, che siano finalizzate a non far figurare la loro disponibilità di beni o di altre utilità fittiziamente intestate, a prescindere dalla relativa provenienza (Sez. 2, n. 13448 del 16/12/2015, dep. 2016, Zummo, Rv. 266438).

Né vi è sovrapposizione fra la condotta incriminata – il cui disvalore si esaurisce mediante l'utilizzazione di meccanismi interpositori in grado di determinare la (solo) formale attribuzione (Sez. U, n. 8 del 28 febbraio 2001, Ferrarese, in motivazione) – ed il meccanismo delle presunzioni di fittizietà destinate ad agevolare le misure di prevenzione patrimoniale, poiché l'applicabilità dell'art. 26, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 (e nel previgente sistema dell'art. 2-*ter*, ultimo comma, della legge n. 575 del 1965) non esclude la possibilità di configurare, eventualmente anche a titolo di concorso, nei confronti dei soggetti che partecipano alle operazioni di trasferimento o di intestazione fittizia, il reato di trasferimento di valori di cui all'art. 12-quinquies, trattandosi di norme relative a situazioni aventi presupposti operativi ad effetti completamente differenti (Sez. 2, n. 5595 del 27/10/2011, dep. 2012, Cuscinà, Rv. 252696; Sez. 6, n. 20769 del 06/05/2014, Barresi, Rv. 259609; Sez. 6, n. 37375 del 06/05/2014, Filardo, Rv. 261656; Sez. 2, n. 13915 del 09/12/2015, dep. 2016, Scriva, Rv. 266386).

Forme di tutela, dunque, particolarmente incisive, quelle predisposte dal legislatore per colpire l'intento elusivo della esecuzione di un provvedimento, anche solo potenziale, in materia di prevenzione patrimoniale. Esse, peraltro, sono rafforzate, per un verso, dalla possibilità di fare ricorso alla particolare ipotesi di confisca di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e, per altro verso, dalla eventuale applicazione della specifica disciplina del sequestro o confisca per equivalente di cui all'art. 25 d.lgs. n. 159 del 2011, in quanto finalizzata, senza alcuna delimitazione temporale e nei confronti di qualsiasi persona venga fatta oggetto di una proposta di misura (ivi compresi gli eredi), a colpire le condotte elusive delle misure di prevenzione patrimoniale per un valore corrispondente a quello dei beni ad esse assoggettabili, finanche nelle ipotesi di legittimo trasferimento a terzi in buona fede.

5. La confisca dei beni trasferiti dai successori del *de cuius* a terzi.

Più complessa la questione (che direttamente interessa la fattispecie in esame) della confisca dei beni trasferiti dagli eredi o successori del *de cuius* a terzi. La soluzione non appare, in questo caso, univoca, anche perché varie possono essere le fattispecie.

Si consideri, invero, che l'erede, a differenza del proposto, ove consapevole del rischio di subire l'azione patrimoniale, potrebbe avere interesse maggiore a sostituire il bene acquistato per successione attraverso un effettivo contratto di compravendita, anziché ricorrere all'*escamotage* del trasferimento fittizio.

Ne consegue l'esistenza di due distinte possibili condotte distrattive dell'erede: una, volta a conservare il bene nella propria disponibilità di fatto; l'altra, a sostituirlo con il controvalore del prezzo della vendita. A queste si aggiunga la variabile dello stato soggettivo del terzo, che complica e articola ulteriormente il quadro delle fattispecie da risolvere.

Procedendo con ordine.

Nel caso di accertata intestazione fittizia, nulla osta alla applicazione dell'art. 26, comma 1, d.lgs. cit., il cui tenore (a differenza di quanto si dirà sul disposto del comma 2 dell'articolo di legge citato) in assenza di riferimenti al "proposto" non dovrebbe escludere la figura dell'erede o del successore. Il combinato disposto degli artt. 18, comma 3 e 26, comma 1, d.lgs. cit. legittimerebbe, dunque, l'apprensione del bene che si accerti essere stato dai successori del *de cuius* simulatamente trasferito a terzi in mala fede (difficile, nel caso della simulazione, immaginare sul piano logico un terzo in buona fede, benché consapevole della fittizietà dell'acquisto).

Diversa la soluzione nell'ipotesi in cui l'erede abbia realmente alienato il bene a terzi. In questo caso, la fuoriuscita del bene dal patrimonio ereditario recide radicalmente il rapporto con la sua provenienza illecita, escludendone l'apprensione per effetto di un provvedimento ablativo.

Ciò, tuttavia, non comporta alcuna rinuncia all'obiettivo di colpire l'illecito arricchimento a suo tempo maturato dal *de cuius*, che ben potrebbe essere conseguito, ricorrendone i presupposti, attraverso il ricorso all'istituto della confisca per equivalente prevista dall'art. 25 d.lgs. cit., dovendo la stessa ritenersi applicabile, oltre che al proposto, anche ai suoi successori, i quali subentrano, in prosecuzione o per effetto di un'autonoma proposta, come destinatari dell'azione di prevenzione patrimoniale, nella posizione propria del soggetto già proposto, ovvero del potenziale destinatario della misura che ne costituisce l'oggetto.

A conforto di tale opzione ermeneutica, si rileva che nella Relazione ministeriale illustrativa del d.lgs. n. 159 del 2011 si legge che il rischio di una lacuna normativa, al riguardo evidenziata nel parere espresso dalle Commissioni giustizia di Camera e Senato, non è in realtà tale, in quanto «la confisca per equivalente è già applicabile nei confronti di qualunque persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione, quindi anche nei confronti degli eredi».

6. L'incidenza delle presunzioni di cui all'art. 26, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011.

Ulteriore questione affrontata dalle Sezioni Unite ha riguardato l'ambito di applicazione delle presunzioni previste dall'art. 26, comma 2, d.lgs. cit. (riproduttivo del disposto di cui all'art. 2-*ter*, comma 13, legge n. 575 del 1965, introdotto dal d.l. n. 92 del 2008, convertito dalla legge n. 125 del 2008).

La norma, sulla falsa riga del meccanismo della revocatoria fallimentare, stabilisce che, ai fini di cui al comma 1, si presumono, fino a prova contraria, fittizi:

a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado;
b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione".

La previsione è chiaramente disgiunta rispetto a quella del primo comma, nel senso che alla portata generale di quest'ultima, valida per tutti i casi di interposizione fittizia, seguono le presunzioni, operanti sulla base di prefissati canoni soggettivi e temporali.

Occorre stabilire se tali presunzioni siano riferibili esclusivamente agli atti realizzati dal soggetto portatore di pericolosità, ovvero se le stesse si estendano anche gli atti dei suoi successori.

Il quesito è stato risolto dalle Sezioni Unite nel senso della prima delle alternative ora indicate.

La *ratio* giustificatrice della previsione risiede nell'agevolazione che si vuol offrire al giudice nell'accertamento dell'illecito arricchimento patrimoniale del mafioso, neutralizzando quei tentativi, notoriamente diffusi nei contesti di criminalità organizzata, di sottrarre i beni all'azione ablativa statale, attraverso intestazioni fittizie a persone che si assumono, per collocazione familiare, godere della fiducia del proposto.

Alla norma (circoscritta, anche nella sua formulazione letterale, alla relazione intercorrente tra i soggetti ivi indicati e il proposto), non sembra poter negarsi una portata eccezionale, come tale non suscettibile di applicazioni estensive o analogiche (v. Sez. 2, n. 15829 del 25/02/2014, Podestà, Rv. 259538, che ha escluso l'estensione analogica della previsione al sequestro penale), che significherebbero trasferire al rapporto tra l'erede e gli stretti suoi congiunti quella presunzione di fittizietà dell'intestazione, tipizzata e parametrata in funzione della persona del proposto e della sua accertata pericolosità.

In questa direzione sembra dover leggersi quanto affermato da Sez. 6, n. 10153 del 18/10/2012, dep. 2013, Coli, che, con riferimento alla diversa ipotesi del trasferimento operato dall'intestatario fittizio del bene ad un terzo, ritiene che il «*doppio passaggio traslativo dei beni immobili oggetto del provvedimento di confisca…in assenza di elementi dimostrativi idonei a rivelare l'oggettiva incidenza di un diretto intervento del proposto…*[determina]...l'*inoperatività del meccanismo presuntivo delineato nel comma 14 della disposizione di cui alla l. n. 575 del 1965, art. 2*-ter*, il cui ambito di applicazione non può automaticamente allargarsi fino a ricomprendere una sequela di atti traslativi la cui causa illecita non emerga sicuramente da un intervento posto in essere, nell'arco temporale ivi considerato, dal soggetto nei confronti del quale la confisca potrebbe essere disposta…se non al prezzo di una pericolosa attenuazione del necessario elemento di collegamento del bene con l'accertamento di pericolosità sociale del soggetto premorto*».

A sostegno dell'assunto, si consideri, peraltro, quanto già evidenziato nei paragrafi precedenti, sul diverso atteggiarsi dell'interesse degli eredi, rispetto a quello del proposto, a disperdere il patrimonio in odore di confisca.

I successori del *de cuius*, invero, consapevoli della pericolosità del loro dante causa, hanno maggiore interesse ad una vendita effettiva – e non simulata – del bene di provenienza illecita, che garantirebbe loro di incassarne il controvalore, ponendolo al riparo da azioni patrimoniali.

Quanto appena considerato accentua lo sfavore verso la tesi dell'estensione del regime delle presunzioni di interposizione fittizia agli eredi e ai successori del *de cuius*, rivelando la necessità che proprio con riferimento a questi soggetti l'eventuale simulazione del trasferimento del bene costituisca oggetto di positivo accertamento.

Il mancato ricorso alle presunzioni di cui all'art. 26, comma 2, d.lgs. cit., potrebbe semmai essere ovviato applicando il principio, affermato anch'esso nei riguardi delle intestazioni del proposto, per cui, nel caso di beni nella titolarità del coniuge, dei figli e dei conviventi nell'ultimo quinquennio del proposto, ne è legittimamente presunta la disponibilità in capo a quest'ultimo, senza la necessità di specifici accertamenti, quando risulti l'assenza di risorse economiche proprie del terzo intestatario, mentre, in relazione a tutte le altre persone fisiche o giuridiche, devono essere acquisiti specifici elementi di prova circa il carattere fittizio dell'intestazione (Sez. 1, n. 5184 del 10/11/2015, dep. 2016, Rv. 266247; Sez. 6, n. 49878 del 06/12/2013, Mortellaro, Rv. 258140).

Il principio, pur evocando soggetti in parte coincidenti con quelli individuati all'art. 26, comma 2, cit., ha una portata diversa e più limitata rispetto alle presunzioni di cui alla norma appena richiamata, la quale, al ricorrere dei prescritti presupposti soggettivi e temporali, addossa sul terzo l'intero onere della prova contraria. Per esemplificare, in presenza di un acquisto a titolo oneroso, che si assume essere apparente, mentre nei casi ordinari sarà onere dell'accusa dimostrare l'assenza in capo al coniuge o al figlio del proposto di risorse finanziarie in grado di giustificarlo, nelle ipotesi previste dall'art. 26, cit. anche sotto tale profilo saranno i soggetti anzidetti a dover fornire la prova contraria.

Il distinguo appena evidenziato sembra ben presente nella sentenza, Sez. 1, n. 17743 del 07/03/2014, Rienzi, Rv. 259608, nella quale si è affermato che il rapporto esistente tra il proposto e il coniuge, i figli e gli altri conviventi costituisce, pur al di fuori dei casi delle specifiche presunzioni di cui all'art. 2-*ter*, comma 13, legge n. 575 del 1965 (ora art. 26, comma secondo, d.lgs. n. 159 del 2011), circostanza di fatto significativa della fittizietà della intestazione di beni dei quali il proposto non può dimostrare la lecita provenienza, quando il terzo familiare convivente, che risulta fittiziamente titolare dei cespiti, è sprovvisto di effettiva capacità economica.

In termini, ancor più espliciti Sez. 6, n. 1268 del 30/10/2013, dep. 2014, Nicastri, ha affermato che il circoscritto ambito applicativo delle presunzioni ex art. 26, comma 2, d.lgs., cit., «*non comporta, ovviamente, che i rapporti di parentela, affinità e convivenza esplicitati nella norma in oggetto, fuori dal periodo sospetto, siano circostanze prive di sensibile rilievo nell'ottica della declaratoria di nullità motivata dalla fittizietà; significa solo che le stesse, lungi dal giustificare l'inversione probatoria imposta ex lege, finiranno per costituire uno dei possibili momenti logici utili per pervenire alla possibile affermazione della interposizione senza che operi la presunzione di legge*».

È opportuno, in ultimo, ribadire che, ove non fosse acquisita la prova della fittizia intestazione del bene o della mala fede del terzo acquirente, potrebbe comunque esser fatta salva la possibilità di agire nei confronti dell'erede o dei successori per l'equivalente del valore del bene ereditario alienato (cfr. supra).

7. L'intestazione fittizia e la dichiarazione di nullità dei relativi atti dispostivi.

Il secondo quesito posto alle Sezioni Unite concerneva la necessità o meno che l'apprensione dei beni fittiziamente intestati sia preceduta dalla declaratoria di nullità dei relativi simulati atti di disposizione negoziale.

Il problema sorge per via del tenore letterale del dato normativo di riferimento.

L'art. 26, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011 (recependo testualmente il tenore dell'abrogato art. 2-*ter* l. n. 575 del 1965, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv. dalla legge 24 luglio 2008, n. 125), stabilisce che «quando accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, con il decreto che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione».

Il dubbio interpretativo attiene al significato della prescritta declaratoria di nullità, alla sua collocazione nel procedimento di prevenzione e alla conseguente incidenza sul provvedimento di confisca.

La questione deve subito essere posta al riparo da un possibile fraintendimento, chiarendo che essa non assume una portata specifica nei casi (come la fattispecie all'attenzione delle Sezioni Unite) in cui l'azione patrimoniale prosegua o venga esercita nei confronti degli eredi o dei successori del soggetto pericoloso, ma riguarda tutte le ipotesi di intestazioni o trasferimenti fittizi operati dalla persona proposta o da proporre.

Occorre stabilire se l'apprensione dei beni fittiziamente intestati o trasferiti a terzi dal soggetto indiziato di pericolosità debba o meno essere preceduta, quale condizione di validità, dalla declaratoria di nullità dei relativi atti di disposizione negoziale.

Secondo i giudici del più autorevole consesso della Cassazione la tesi della "pregiudizialità" della declaratoria di nullità non solo non trova alcun seguito nella giurisprudenza e nella riflessione dottrinale, ma non sembra ricevere alcun appiglio esegetico neanche alla luce di una oggettiva analisi del dato testuale, la cui formulazione, nulla aggiungendo a quanto già previsto dall'art. 24, d.lgs. cit., individua nell'accertamento giudiziale della fittizietà della intestazione o del trasferimento del bene il presupposto del provvedimento ablativo, contestualizzando la dichiarazione di nullità dei relativi atti di disposizione al momento della emissione del decreto di confisca.

Non si tratta, dunque, di una condizione di validità della misura patrimoniale, ma di una conseguenza scaturente dall'adozione del provvedimento ablativo, preordinata al conseguimento di finalità di certezza pubblica e di stabilizzazione dei rapporti giuridici, facendo salva la opponibilità del provvedimento ablativo ai terzi interessati cui sia stato garantito un effettivo contraddittorio all'interno del procedimento di prevenzione.

Sotto altro profilo occorre tuttavia rilevare che se, da un lato, l'effetto della declaratoria di nullità del trasferimento può individuarsi nella sottrazione del bene, con efficacia *ex tunc*, dal patrimonio del fittizio intestatario – in quanto tale produttiva di un irrimediabile pregiudizio delle ragioni dei rispettivi creditori, con l'invalidità a cascata di tutti gli atti successivi a quello concluso fra il proposto (ovvero il successore) e l'intestatario fittizio –, dall'altro lato la portata applicativa della previsione sembra assumere una marginale incidenza pratica, ove si considerino le implicazioni sottese al formale riconoscimento della natura originaria dell'acquisto del bene confiscato, atteso che l'art. 45, comma 1, d.lgs. cit. ha previsto che «a seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi».

In altri termini, alla disposizione dell'art. 26 cit. è attribuibile una valenza meramente esplicativa, ossia di formale ricognizione "esterna", dell'effetto di acquisizione al patrimonio dello Stato che la confisca, ove disposta nel rispetto del contraddittorio con i terzi interessati, è per sé stessa in grado di produrre.

Ciò comporta, in definitiva, che, lì dove ai terzi sia garantito il contraddittorio, la nullità degli atti di disposizione, anche se non espressamente dichiarata dal giudice, deve comunque intendersi come un effetto tipico del provvedimento ablativo; in assenza del contraddittorio, invece, la relativa declaratoria, quand'anche sia stata formalmente pronunziata ai sensi dell'art. 26 d.lgs. cit., risulterebbe inutiliter data.

La conclusione cui si perviene è che l'omessa declaratoria di nullità è priva di sanzioni processuali e non produce vizi rilevanti ai sensi degli artt. 177 ss. cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 10153 del 2013, Colì, cit., in motivazione).

Ciò non toglie, tuttavia, che la previsione di tale incombente processuale configuri un obbligo conseguenziale all'accertamento della fittizietà, la cui osservanza è dalla legge imposta al giudice, tenuto a dichiararla, al di fuori di qualsiasi valutazione discrezionale, al ricorrere dei presupposti normativamente stabiliti (Sez. 5, n. 18532 del 19/12/2012, dep. 2013, Vitale; Sez. 6, n. 1268 del 30/10/2013, dep. 2014, Nicastri).

All'eventuale omissione dell'adempimento dichiarativo, peraltro, ben può rimediarsi facendo ricorso, anche d'ufficio, alla procedura prevista dall'art. 130 cod. proc. pen., non ostandovi la mancata impugnazione del pubblico ministero (Sez. 5, n. 18532 del 2013, Vitale, cit.).

8. Conclusioni riepilogative.

Le risposte in diritto fornite dalle Sezioni Unite ai dubbi interpretativi sottoposti alla sua attenzione, possono efficacemente essere riassunte nei principi, così massimati, dall'ufficio:

In tema di misure di prevenzione patrimoniali:

- nell'ipotesi in cui l'azione di prevenzione patrimoniale sia esercitata nei confronti del successore a titolo universale o particolare di persona deceduta, le nozioni di erede e di successore a titolo particolare, di cui all'art. 18, commi 2 e 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sono quelle proprie del codice civile (Rv. 270081);
- nell'ipotesi in cui l'azione di prevenzione patrimoniale sia esercitata ovvero prosegua dopo la morte del soggetto socialmente pericoloso, la confisca può avere ad oggetto non solo i beni pervenuti a titolo di successione ereditaria, ma anche i beni che, al momento del decesso, erano comunque nella disponibilità del "de cuius", essendo stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi (Rv. 270082).
- nell'ipotesi in cui il giudice accerti la fittizietà dell'intestazione o del trasferimento di beni a terzi, la declaratoria di nullità prevista dall'art. 26, comma primo, d.lgs. n. 159 del 2011 non è pregiudiziale ai fini della validità della confisca, ma costituisce un obbligo

conseguenziale all'accertamento della fittizietà, la cui inosservanza non integra vizi rilevanti ai sensi degli artt. 177 ss. cod. proc. pen., bensì un'omissione rimediabile, anche d'ufficio, con la procedura ex art. 130 cod. proc. pen. Alla disposizione dell'art. 26, cit. è attribuibile una valenza meramente esplicativa, ossia di formale ricognizione "esterna", dell'effetto di acquisizione al patrimonio dello Stato che la confisca, sempre che sia stata disposta nel rispetto del contraddittorio con i terzi interessati, è per sé stessa in grado di produrre (Rv. 270083);

- le presunzioni di fittizietà previste dall'art. 26, comma secondo, d.lgs. n. 159 del 2011 si riferiscono esclusivamente agli atti realizzati dal soggetto portatore di pericolosità e non riguardano anche gli atti dei suoi successori (Rv. 270084);
- è consentita, ai sensi degli artt. 18, comma terzo e 26, comma primo, d.lgs. n. 159 del 2011, la confisca del bene che si accerti essere stato dai successori del "de cuius" fittiziamente trasferito a terzi in mala fede; mentre, nell'ipotesi di terzi acquirenti in buona fede, può essere disposta nei confronti del successore la confisca per equivalente del valore del bene trasferito ex art. 25, d.lgs. cit. (Rv. 270085)
- nell'ipotesi in cui l'azione di prevenzione patrimoniale sia esercitata nei confronti degli eredi di persona deceduta, il rinvenimento di altri beni, siano essi pervenuti ai successori ovvero a terzi intestatari del *de cuius*, richiede necessariamente la presentazione di un'ulteriore, autonoma, proposta di applicazione della misura patrimoniale, che può ritenersi tempestiva solo se presentata entro il limite temporale stabilito dall'art. 18, comma terzo, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, (Rv. 270086).
- l'applicabilità dell'art. 26, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 – che prevede presunzioni d'interposizione fittizia destinate a favorire l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali antimafia – non impedisce di configurare il delitto di cui all'art. 12-*quinquies* l. 7 agosto 1992, n. 356 (Rv. 270087).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 12621 del 22/12/2016, dep. 2017, De Angelis, Rv. 270081-87
Sez. 6, n. 579 del 16/12/2015, dep. 2016, Rappa, Rv. 265576
Sez. 2, n. 13448 del 16/12/2015, dep. 2016, Zummo, Rv. 266438
Sez. U, n. 8 del 28/02/2001, Ferrarese
Sez. 2, n. 5595 del 27/10/2011, dep. 2012, Cuscinà, Rv. 252696
Sez. 6, n. 20769 del 06/05/2014, Barresi, Rv. 259609
Sez. 6, n. 37375 del 06/05/2014, Filardo, Rv. 261656
Sez. 2, n. 13915 del 09/12/2015, dep. 2016, Scriva, Rv. 266386
Sez. 2, n. 15829 del 25/02/2014, Podestà, Rv. 259538
Sez. 6, n. 10153 del 18/10/2012, dep. 2013, Coli
Sez. 1, n. 5184 del 10/11/2015, dep. 2016, Rv. 266247
Sez. 6, n. 49878 del 06/12/2013, Mortellaro e altro, Rv. 258140
Sez. 1, n. 17743 del 07/03/2014, Rienzi e altri, Rv. 259608
Sez. 5, n. 18532 del 19/12/2012, dep. 2013, Vitale
Sez. 6, n. 1268 del 30/10/2013, dep. 2014, Nicastri

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 21 del 2012
Corte cost., sent. n. 216 del 2012

CAPITOLO IV

CONFISCA DI PREVENZIONE SENZA SEQUESTRO E IMPUGNABILITÀ DEL DECRETO DI RIGETTO

(Francesca Costantini)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tesi che esclude l'appello del decreto di rigetto della richiesta di confisca non preceduta da sequestro. – 3. La contrapposta tesi che ammette l'appello. – 4. La pronuncia delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Con la pronuncia in esame le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affrontato la questione volta a stabilire se il decreto con cui il giudice rigetta la richiesta del pubblico ministero di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale della confisca, non preceduta da sequestro, sia impugnabile mediante appello ovvero sia ricorribile per cassazione per violazione di legge.

La questione è stata rimessa dalla Sesta Sezione penale della Corte di cassazione, con ordinanza n. 48706, del 12 ottobre 2016, in relazione ad un caso in cui era stata respinta, rilevandosi la mancanza dei necessari presupposti soggettivi, la proposta di confisca di beni con propedeutico sequestro, avanzata dalla procura della repubblica in relazione ad alcune ipotesi di reato di cui agli artt. 12-*quinquies*, l. n. 203 del 1992 e 55, d.lgs. n. 231 del 2007.

L'appello proposto avverso tale provvedimento dal pubblico ministero era stato dichiarato inammissibile dalla corte di appello sul presupposto che il decreto di rigetto della richiesta di confisca non preceduta da sequestro non rientra nell'elencazione di cui all'art. 27, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, relativa agli atti avverso i quali nel procedimento di prevenzione reale può essere interposto appello, con conseguente trasmissione degli atti alla Corte di cassazione *ex* art. 568, comma 5, cod. proc. pen.

La Sesta Sezione, rimetteva la questione alle Sezioni Unite rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, sostanzialmente fondato sulla diversa interpretazione dell'art. 27 d.lgs. n. 159 del 2011 (Codice antimafia), che al secondo comma, indica i provvedimenti impugnabili ai sensi dell'art. 10 dello stesso decreto, rinviando all'elencazione di cui al primo comma, nella quale è compresa la revoca del sequestro, che si verifica nell'ipotesi di rigetto della richiesta di confisca di un bene già sottoposto a sequestro, ma non il rigetto della richiesta diretta di confisca di un bene non sotto sequestro, ove manca evidentemente un precedente provvedimento ablatorio anticipatorio da revocare.

2. La tesi che esclude l'appello del decreto di rigetto della richiesta di confisca non preceduta da sequestro.

Secondo un primo orientamento, sostenuto in due pronunce della Sesta sezione, "in tema di misure di prevenzione il decreto di rigetto della richiesta di confisca non preceduta dal sequestro anticipatorio ex artt. 20 e 22 d.lgs. n. 159 del 2011, non è appellabile ma ricorribile per cassazione per violazione di legge" (Sez. 6, n. 46478 del 17/10/2013, Fotia, Rv. 257748 e Sez. 6, n. 26842 del 03/06/2015, Zhang, Rv. 263948). Si ritiene che tale conclusione trovi fondamento nel dettato letterale dell'art. 27 del codice antimafia, da leggere congiuntamente alla natura tassativa degli atti impugnabili imposta dall'art. 568,

comma 1, cod. proc. pen., dovendosi invece escludere che possa giungersi ad una soluzione opposta in forza di una interpretazione estensiva della norma, costituzionalmente orientata, nel rispetto del principio di uguaglianza, in quanto la scelta di limitare l'appellabilità dei provvedimenti negativi rispetto a richieste di confisca alle sole decisioni precedute dalla concessione del sequestro non determinerebbe una situazione di disparità di trattamento rispetto alle ipotesi escluse, dal momento che la riconosciuta impugnabilità nel merito soltanto delle prime troverebbe logica giustificazione nella valutazione originariamente resa in occasione della concessione del provvedimento anticipatorio, tale da consentire, tramite l'appello, un possibile maggiore approfondimento nel merito dei temi legati alla denegata confisca. Approfondimento valutativo dal quale il legislatore avrebbe, invece, ritenuto di poter prescindere, là dove neppure nella considerazione sommaria che accompagna la concessione del provvedimento anticipatorio siano stati riscontrati, siccome sussistenti, i presupposti utili alla adozione del provvedimento ablativo. In ogni caso, ad avviso della Corte, rimane comunque ferma la possibilità di impugnare siffatta decisione in sede di legittimità e per profili inerenti alla mera violazione di legge, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 23 comma 1 e 7 comma 4 d.lgs. 159/11 nonché dell'art 666 comma 6 cod. proc. pen. laddove, la prima disposizione, per le misure patrimoniali, richiama, quanto alle norme destinate a regolare il procedimento applicativo diverse da quelle espressamente previste, la disciplina dettata dall'art. 7 per quelle personali che, al comma 9, a sua volta si rifà in via di integrazione alla disciplina dettata per gli incidenti di esecuzione dall'art. 666 cod. proc. pen., il cui comma 7, infine, prevede espressamente il ricorso in cassazione.

3. La contrapposta tesi che ammette l'appello.

A fronte dell'indirizzo giurisprudenziale esposto si è contestualmente sviluppato altro orientamento espresso da numerose sentenze di diverse sezioni che, propendendo per una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 27 del codice antimafia, alla stregua dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, ha avallato la opposta soluzione per cui deve ritenersi compreso tra i provvedimenti appellabili anche il rigetto della richiesta di applicazione della misura di prevenzione non preceduta da sequestro. La tesi, inizialmente sostenuta da Sez. 5, n. 494 del 01/10/2014, dep. 2015, Grasso, Rv. 262213, è stata poi ribadita ed approfondita da Sez. 1, n. 43796, del 24/09/2015, Buccellato, Rv. 264754, che ha riaffermato l'impugnabilità mediante appello del decreto con cui il tribunale rigetta la richiesta di applicazione della misura patrimoniale della confisca non preceduta da sequestro, precisando altresì che, all'esito del giudizio, il giudice del gravame può disporre per la prima volta sia la confisca sia, ove ne ricorrano i presupposti, il sequestro quale misura urgente volta ad evitare la dispersione dei beni e ad assicurare il conseguimento delle finalità cui la confisca è preordinata. Alla soluzione interpretativa i giudici della Prima sezione sono giunti superando l'interpretazione strettamente letterale dell'art. 27 del d.lgs. n. 159 del 2011, sulla considerazione per cui tale interpretazione deve essere effettuata tenendo presente la natura del d.lgs. n. 159 del 2011 che rappresenta un vero e proprio codice e non una mera ricognizione della normativa precedente. Conseguentemente, si è affermato che la dizione "revoca del sequestro" – contenuta nell'art. 27, commi 1 e 2 e rientrante, quindi, per il tramite del rinvio all'art. 10 d.lgs. n. 159 del 2011, tra i provvedimenti per i quali è previsto il doppio grado di impugnazione – non si riferisce soltanto ai casi di sopravvenuta invalidità della misura precedentemente adottata ma ricomprende anche le ipotesi di reiezione della proposta di confisca che non sia stata preceduta dal sequestro, considerando che, diversamente, si determinerebbero "gravi

irrazionalità" che l'interprete è tenuto invece a scongiurare, dovendo privilegiare, "tra le possibili letture, quelle che consentano la piena conformità della normativa ai principi costituzionali". A tale pronuncia sono poi seguiti ulteriori arresti che hanno ribadito, sostanzialmente riproponendo analoghe considerazioni, il principio per cui l'art. 27 del d.lgs. n. 159 del 2011 deve essere interpretato nel senso della appellabilità del provvedimento in esame. Si segnala Sez. 2, n. 26303 del 24/05/2016, Wang, Rv. 267152, in cui si evidenzia anche come "la Corte Costituzionale con le plurime pronunce adottate nel 2007 in tema di illegittimità delle previsioni della legge 46/2006 (Corte Cost. n.26/07 e n. 320/07) ha osservato, che eventuali menomazioni del potere di impugnazione della pubblica accusa, nel confronto con il rispettivo potere dell'imputato, debbano comunque rappresentare soluzioni normative sorrette da una ragionevole giustificazione, nei termini di adeguatezza e proporzionalità". Viene poi in rilievo Sez. 5, n. 6083 del 01/10/2015, dep. 2016, Lin, Rv. 266603, in cui si aggiunge, ancora, che la opposta soluzione finirebbe per rinvenire la disciplina delle impugnazioni, non nella apposita sede dedicata alla materia dal d.lgs. n. 159 ma nella regolamentazione del procedimento applicativo delle misure. Essa, peraltro, presenterebbe l'altro inconveniente di frazionare un procedimento nato da una contestuale richiesta di misura personale e reale e comunque di prevedere una disarmonia nel sistema delle impugnazioni. Proprio l'esigenza di cogliere l'unità del sistema delle impugnazioni all'interno della disciplina delle misure di prevenzione, invece, varrebbe a superare l'ulteriore argomento, prospettato dall'avverso orientamento, per cui la ritenuta appellabilità dei provvedimenti in questione finirebbe per incidere sulle prerogative sostanziali e processuali del prevenuto.

4. La pronuncia delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite hanno condiviso il secondo indirizzo interpretativo affermando il principio di diritto per cui "*In tema di misure di prevenzione patrimoniali, il decreto di rigetto della richiesta del pubblico ministero di applicazione della confisca non preceduta dal sequestro anticipatorio, di cui agli artt. 20 e 22 d.lgs. 6 maggio 2011, n. 159, è impugnabile mediante appello e non mediante ricorso per cassazione"* (Sez. U, n. 20215 del 23/02/2017, Yang, Rv. 269590). Nella pronuncia risulta preliminarmente approfondita la tematica relativa ai rapporti che intercorrono tra sequestro e confisca di prevenzione al fine di accertare, in particolare, se il sistema previsto dal legislatore, dapprima con l'art. 2-*ter* della legge n. 575 del 1965 e successivamente con l'art. 24 del d.lgs. n. 159 del 2011, nel prevedere quale oggetto della confisca "i beni sottoposti a sequestro", abbia delineato un modello procedimentale caratterizzato dalla inscindibilità fra sequestro e confisca, nel quale, dunque, la confisca debba essere necessariamente preceduta dal sequestro in quanto provvedimenti connessi e sequenziali. L'interrogativo circa l'impugnabilità del provvedimento di diniego della confisca si pone, infatti, esclusivamente qualora si escluda che quest'ultima debba necessariamente essere preceduta dal sequestro. In tal caso, infatti, il pubblico ministero, pur non potendo proporre appello avverso il provvedimento di reiezione della proposta di confisca, potrebbe comunque far valere eventuali doglianze mediante l'impugnazione, anche nel merito, del provvedimento di revoca del sequestro. Sul punto, il Supremo collegio ha preso in considerazione come si registrino in giurisprudenza pronunce nel senso della necessaria conseguenzialità tra sequestro e confisca, rilevando tuttavia che tali arresti richiamano la precedente decisione delle Sezioni Unite n. 36 del 13/12/2000, Madonia, Rv. 217666, il cui contenuto motivazionale, ove attentamente esaminato deve ritenersi affermativo di un principio differentemente formulato in quanto afferente alla diversa questione concernente la natura ordinatoria

ovvero perentoria del termine di un anno dall'avvenuto sequestro, prorogabile per un anno ulteriore, previsto dalla normativa del 1965 per la disposizione della confisca. La Corte ha, dunque, concluso che al testuale riferimento dell'art. 24 del decreto attualmente in vigore, così come quello della norma previgente, alla confisca di beni qualificati come «sequestrati» non può essere attribuito un significato prescrittivo della necessità di un autonomo provvedimento di sequestro, precedente a quello dispositivo della confisca. Tale espressione è invero ritenuta lessicalmente denotativa di un ambito di ipotesi che comprende anche quella del sequestro contestuale alla confisca. Tale ricostruzione, con riguardo alla normativa vigente, troverebbe poi ulteriore sostegno in una lettura logico-sistematica degli artt. 20, 22 e 24 d.lgs. n. 159 del 2011 dalla quale si potrebbe evincere, come precisato nelle pronunce aderenti all'indirizzo maggioritario, che il sequestro assume, nel sistema delle misure di prevenzione patrimoniali un carattere eventuale ed una funzione essenzialmente anticipatoria legata a presupposti di urgenza. Poste tali premesse, e considerato che è ben possibile e legittimo che la richiesta di confisca sia proposta con riguardo a beni non previamente sottoposti a sequestro con autonomo provvedimento, e che, di conseguenza, il rigetto della richiesta non implichi un contestuale provvedimento di revoca del sequestro, le Sezioni Unite hanno considerato che, senza dubbio, la mancanza di una espressa previsione di impugnabilità del provvedimento di rigetto della richiesta di confisca di beni non previamente sottoposti a sequestro, dà luogo alle incongruenze segnalate dalla giurisprudenza favorevole ad un'interpretazione estensiva della possibilità di impugnazione anche a tale provvedimento. Non risponde infatti a ragionevolezza che provvedimenti sostanzialmente similari negli effetti giuridici di negazione del vincolo sui beni, quali la revoca del sequestro e il rigetto della confisca, siano diversamente disciplinati sotto il profilo della loro impugnabilità, esclusa per il secondo provvedimento ed ammessa per il primo. Si riserverebbe altresì, in tal modo, una valutazione più approfondita nel merito ad un provvedimento incidentale e provvisorio rispetto a quello principale e definitivo. Inoltre, la testuale indicazione dei provvedimenti impugnabili di cui all'art. 27 d.lgs. n. 159 del 2011 finirebbe per differenziare la relativa disciplina in base alla mera scelta dell'autorità procedente di richiedere o meno un provvedimento di sequestro preliminare a quello di confisca, consentendo l'impugnazione del provvedimento reiettivo della richiesta di confisca nel solo caso in cui sia stato precedentemente richiesto e ottenuto il sequestro dei beni. La previsione normativa, così intesa, risulterebbe pertanto assolutamente illogica. Ulteriori profili di irrazionalità vengono poi individuati nella ingiustificata diversità nel regime delle impugnazioni che si creerebbe, con l'esclusione della possibilità di impugnare il diniego della confisca, rispetto all'ampia impugnabilità dei provvedimenti in materia di misure di prevenzione personali, e nella privazione che ne deriverebbe per i poteri di impugnazione del pubblico ministero, rispetto ad un provvedimento per lo stesso sfavorevole quale è il rigetto della richiesta di confisca, a fronte dell'impugnabilità invece riconosciuta per il provvedimento dispositivo della misura, sfavorevole al proposto.

Sviluppate tali considerazioni, le Sezioni Unite hanno evidenziato come l'unica logica spiegazione a tale lacuna normativa non può che individuarsi nel risultato di una svista del legislatore, non essendosi tenuto conto della possibilità che la confisca sia richiesta omettendo di sollecitare preventivamente il sequestro dei beni confiscabili. In tal modo però la situazione nella quale la revoca del sequestro manchi per l'assenza di un provvedimento che tale sequestro abbia disposto, rimarrebbe priva di tutela posto che, ad avviso del Supremo collegio, l'assenza nell'elencazione di cui al primo comma del citato art. 27 del provvedimento con il quale venga rigettata la richiesta di confisca precluderebbe non

solo l'appello, ma anche il ricorso per cassazione. La segnalata lacuna potrebbe, tuttavia, essere colmata in virtù del rinvio ai principi generali che regolano il sistema dell'impugnazione dei provvedimenti in materia di misure di prevenzione personali, come desumibili dal complesso normativo del codice antimafia dal quale emergerebbe l'effettivo intento legislativo di riprodurre per le misure di prevenzione patrimoniali la generale impugnabilità prevista per le misure personali. Conclusivamente, pertanto, le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto riportato in apertura, ritenendo praticabile una lettura della norma che, ponendo rimedio alle criticità segnalate e derivanti da un'adesione al dato meramente letterale, attribuisca alla dizione "revoca del sequestro" un significato più ampio, comprendente tutti i casi di diniego della confisca, e quindi anche quello del rigetto della richiesta di confisca non preceduta da sequestro.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 46478 del 17/10/2013, Fotia, Rv. 257748
Sez. 5, n. 494 del 01/10/2014, dep. 2015, Grasso, Rv. 262213
Sez. 1, n. 43796 del 24/09/2015 Buccellato, Rv. 264754
Sez. 6, n. 26842 del 03/06/2015, Zhang, Rv. 263948
Sez. 5, n. 6083 del 01/10/2015, dep. 2016, Lin, Rv. 266603
Sez. 2, n. 26303 del 24/05/2016, Wang, Rv. 267152
Sez. U, n. 20215 del 23/02/2017, Yang, Rv. 269590

SEZIONE III

REATI DI TERRORISMO

CAPITOLO I

I REATI COMMESSI CON FINALITÀ DI TERRORISMO

(Piero Silvestri)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di terrorismo. – 3. *(Segue)*. Il profilo soggettivo delle condotte terroristiche. – 4. L'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-*bis* cod. pen.). - 4.1. *(Segue)*. La condotta. - 4.1.1. *(Segue)*. Il terrorismo di matrice anarchica. - 4.1.2. *(Segue)*. Il terrorismo di matrice ideologico-religiosa. – 5. L'arruolamento con finalità di terrorismo (art. 270-*quater* cod. pen.). – 6. L'addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-*quinquies* cod. pen.). – 7. L'attività di apologia. – 8. Il reato di attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280 cod. pen).

1. Premessa.

Il presente contributo, che si propone di esaminare le sentenze intervenute nel corso del 2017 in tema di reati con finalità di terrorismo, riprende il tema già affrontato nella Rassegna predisposta dall'Uffico nel 2016, di cui costituisce lo sviluppo.

Si è soliti distinguere un "terrorismo" avente finalità eminentemente politiche "interne" da perseguire con obiettivi mirati e selezionati che si collocano nell'ambito di una strategia di attacco crescente ad istituzioni ed uomini rappresentativi dello Stato ed un fenomeno di "terrorismo" manifestatosi con gli attacchi dell'11 settembre 2001.

Si è evidenziato come quest'ultimo sia un fenomeno radicalmente diverso, caratterizzato da una strategia sostanzialmente bellica, di dimensione sovranazionale e, si afferma, anche "ultraindividuale", in cui non solo l'attacco proviene o è pianificato dall'esterno delle società aggredite, ma gli stessi autori sono strumenti pronti ad immolarsi ed a sacrificare la vita alla "causa" sovrastante, di natura "religioso-culturale".

La pericolosità di tale nuovo fenomeno, riconducibile ad organizzazioni sostanzialmente militari con localizzazione centrale all'estero, è stata fronteggiata con metodi che hanno condotto a doversi cimentare con nuove questioni di diritto penale, derivanti dall'introduzione di nuove incriminazioni di comportamenti prodromici, per colpire il proselitismo, la preparazione, il supporto ed il finanziamento delle azioni nonché le organizzazioni coinvolte; si è assistito ad una anticipazione della soglia della rilevanza penale, con conseguente anticipazione, sul piano processuale, del momento d'inizio delle indagini e della applicazione di misure cautelari.

È stato sottolineato come la successiva evoluzione del fenomeno si sia caratterizzata per una sorta di polverizzazione degli attacchi, potenzialmente derivabili da singoli nuclei o, anche, da singoli individui (i c.d. lupi solitari), ed indirizzati contro vittime "sacrificali".

Tale ultima fase ha accentuato l'esigenza di ulteriori strumenti di prevenzione e di anticipazione della rilevanza penale delle condotte da perseguire ed ha condotto all'incrimina-

zione dell'autoaddestramento e dei destinatari del delitto di arruolamento, nonché dell'organizzazione dei trasferimenti all'estero e del finanziamento, con inasprimento delle pene per l'istigazione commessa via internet.

2. La nozione di terrorismo.

Si è assistito a livello europeo ad un fenomeno di armonizzazione delle fonti attraverso la Convenzione di Varsavia adottata dal Consiglio d'Europa nel 2005 per la "prevenzione" del terrorismo, nonché le decisioni quadro dell'Unione europea del 2002 e poi del 2008, recentemente sostituite dalla Direttiva 2017/541 contro il terrorismo, emanata sulla nuova base giuridica fornita dal Trattato di Lisbona, in specie dagli artt.82 (per quanto riguarda la disciplina processuale) ed 83, par. 1, TFUE (per quanto riguarda il diritto penale sostanziale).

Il terrorismo è infatti incluso fra gli ambiti di criminalità grave e transnazionale, da combattere su basi comuni, per cui è prevista una specifica competenza concorrente dell'Unione europea in materia penale.

A livello nazionale l'art. 270-*sexies* cod. pen. è stato introdotto dall'art. 15 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modifiche, nella legge 31 luglio 2005, n. 155 (recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale»), con la finalità di dare una definizione legislativa del concetto di terrorismo, in ordine alla cui delimitazione vi erano state incertezze interpretative ed applicative.

In precedenza, le attenzioni degli interpreti si erano concentrate sulla distinzione tra terrorismo ed eversione, concetti cui vi è richiamo negli artt. 270-*bis*, 280 e 289-*bis* cod. pen.

Mentre della formula «eversione dell'ordine democratico» il legislatore aveva dato una interpretazione autentica con l'art. 11 della l. 29 maggio 1982, n. 304 (per cui doveva intendersi come «eversione dell'ordinamento costituzionale»), il problema ermeneutico si era posto quando, con la modifica dell'art. 270-*bis* cod. pen., si era voluti intervenire per sanzionare condotte criminose dirette a colpire Stati stranieri, soprattutto nei casi in cui le iniziative delittuose si fossero inserite in un contesto di guerra o di guerriglia.

Le locuzioni "terrorismo" e "finalità terroristiche" non erano affatto estranee all'ordinamento interno, che ad esse faceva esplicito riferimento in più disposizioni del codice penale: nello stesso art. 270-*bis* cod. pen., ("associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico"), nell'art. 280, introdotto dall'art. 2 della legge 6 febbraio 1980, n. 15, ("attentato per finalità terroristiche o di eversione"), nell'art. 289-*bis*, inserito dall'art. 2 della legge 21 marzo 1978, n. 191 ("sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione"), nell'art. 1 della legge n. 15 del 1980, art. 1 concernente la circostanza aggravante ad effetto speciale applicabile ai reati qualificati dalla finalità di terrorismo.

In adempimento dell'obbligo di modificare l'ordinamento interno in modo da renderlo conforme all'atto normativo comunitario, con il D.L. 27 luglio 2005, n. 144, art. 15, comma 1, convertito nella L. 31 luglio 2005, n. 155, *è stato, come detto, inserito* l'art. 270-*sexies* cod. pen. con cui sono state definite "*condotte con finalità di terrorismo*" quelle *"che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia*".

L'esplicito richiamo, in funzione integrativa, al vincolo derivante dalle fonti internazionali fa sì che quella adottata dall'art. 270-*sexies* cod. pen. costituisca una definizione aperta, destinata, cioè, ad estendersi o a restringersi per effetto non solo delle convenzioni internazionali già ratificate, ma anche di quelle future alle quali sarà prestata adesione.

È stato infatti normativamente predisposto un meccanismo, fondato su un rinvio dinamico o formale, idoneo ad assicurare automaticamente l'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati che compongono la collettività internazionale al fine di predisporre gli strumenti occorrenti per la comune azione di repressione della criminalità terroristica transnazionale.

Dalla precedente considerazione deve inferirsi che la definizione prevista dall'art. 270-*sexies* cod. pen. deve essere coordinata con quella della Convenzione del 1999, resa esecutiva con la L. n. 7 del 2003, e che, di riflesso, gli elementi costitutivi delle condotte con finalità di terrorismo – indicati dalla norma nazionale sulla scia della Decisione quadro dell'Unione Europea – devono essere integrati facendo riferimento anche alle previsioni della predetta convenzione.

Dall'integrazione della normativa interna con l'anzidetta fonte internazionale discende che la finalità di terrorismo è altresì configurabile quando le condotte siano compiute nel contesto di conflitti armati – qualificati tali dal diritto internazionale anche se consistenti in guerre civili interne – e siano rivolte, oltre che contro civili, anche contro persone non attivamente impegnate nelle ostilità, con l'esclusione, perciò, delle sole azioni dirette contro i combattenti, che restano soggette alla disciplina del diritto internazionale umanitario.

In generale, si è stabilito che sono terroristiche quelle condotte che, per la loro «natura o contesto», sono idonee ad arrecare «grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale»; come si dirà in prosieguo, i comportamenti terroristici sono qualificati da tre possibili finalità, alternative tra loro.

Si è evidenziato come il legislatore non chiarisca quale bene giuridico debba essere posto in pericolo dalla condotta; da ciò si deduce l'indifferenza che il pericolo del grave danno ricada su un bene di natura patrimoniale, personale o collettiva.

Si assume che questa scelta sarebbe coerente, da un lato, con la presenza nell'ordinamento di norme in materia di terrorismo poste a tutela tanto di beni personali (ad es. l'art. 280), quanto di beni patrimoniali (ad es. l'art. 280-*bis*) e collettivi (ancora, cfr. l'art. 280-*bis* comma 3), dall'altro, con la scelta del legislatore comunitario – vincolante per il legislatore nazionale – che nella decisione quadro 2002/475/GAI ha espressamente posto a base della definizione di atto terroristico una serie di condotte che vanno dall'attentato alla vita e all'integrità fisica delle persone, alle distruzioni di vasta portata di strutture governative o di infrastrutture.

La Corte di cassazione – esaminando una vicenda cautelare relativa ad episodi di attentati con ordigni micidiali ed esplosivi commessi da alcuni soggetti che si erano opposti alla realizzazione di opere concernenti la linea ad alta velocità tra Torino e Lione – ha definito i contorni applicativi della norma in esame, sostenendo che, per ritenere integrata la finalità di terrorismo di cui all'art. 270-*sexies* cod. pen., non è sufficiente la direzione dell'atteggiamento psicologico dell'agente, ma è necessario che la condotta sia concretamente idonea a realizzare uno degli scopi indicati nel predetto articolo (intimidire la popolazione, costringere i poteri pubblici a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali ecc. di un Paese o di un'organizzazione internazionale), determinando un evento di pericolo di portata tale da incidere sugli interessi dell'intero Paese.

Si è precisato che il riferimento al "contesto", contenuto nel citato art. 270-*sexies* cod. pen., sulla base del quale deve essere valutato il significato della condotta, impone di dar rilievo al pericolo del "grave danno" anche quando questo non dipenda solo dall'azione

individuale considerata, ma sia piuttosto il frutto dell'innesto di essa in una più ampia serie causale non necessariamente controllata dall'agente, fermo restando che questi deve rappresentarsi e volere tale interazione. (Sez. 6, n. 28009 del 15/5/2014, Alberto, Rv. 260076).

La Corte ha chiarito la valenza del riferimento alla "natura o contesto" della condotta, quali elementi indefettibili della valutazione in punto di pericolosità; la previsione svolge un ruolo di "allargamento", atteso che quando la caratteristica di alcuni fatti risiede proprio (ed anche) nella "*macrodimensione dell'evento temuto, è consentito al legislatore il ricorso esplicito a segnali che valorizzino il contributo individuale alla produzione, effettiva o potenziale, dell'evento medesimo, per evitare che tale contributo resti annullato dalla serie coordinata di forze che, nei fatti, è necessaria per esplicare concretamente l'effetto*".

Si tratterebbe di una applicazione delle regole comuni in materia di causalità e concorso di persone (artt. 41 e 110 cod. pen.), e, in particolare, del principio dell'equivalenza, anche tra condizioni riferibili a comportamenti umani, con il limite esclusivo delle cause "da sole" sufficienti a produrre l'evento.

Si è precisato, tuttavia, che l'interazione tra condotta individuale e contesto deve segnare il momento rappresentativo e quello volitivo nella determinazione dell'agente: se la possibilità dell'evento dannoso grave dipende da tale interazione, è necessario che l'agente si rappresenti gli elementi della congerie causale che conferiscono alla sua personale condotta l'efficienza peculiare sanzionata dalla norma e dovrà volerne l'influsso sulla serie nella quale il suo comportamento confluisce.

Una implicazione del principio è che il "contesto" non può essere ricostruito tenendo conto di condotte ed avvenimenti successivi al comportamento del reo, non potendo questi farne oggetto di rappresentazione e di pianificazione, salva l'ipotesi in cui si riscontri la pertinenza del fatto ad una programmazione che comprenda dall'origine futuri elementi di contesto utili ad interagire con l'azione commessa.

Si tratterebbe, a questo punto, d'una mera questione di prova e motivazione.

Sul tema è intervenuta anche Sez. 1, n. 47479 del 16/7/2015, Alberti, Rv. 265405 così massimata "*Per ritenere integrata la finalità di terrorismo di cui all'art. 270 sexies cod. pen., non è sufficiente che l'agente abbia intenzione di arrecare un grave danno al Paese, ma è necessario che la sua condotta crei la possibilità concreta – per la natura ed il contesto obiettivo dell'azione, nonché degli strumenti di aggressione in concreto utilizzati – che esso si verifichi, nei termini di un reale impatto intimidatorio sulla popolazione, tale da ripercuotersi sulle condizioni di vita e sulla sicurezza dell'intera collettività, posto che solo in presenza di tali condizioni lo Stato potrebbe sentirsi effettivamente coartato nelle sue decisioni. (Nella specie la Suprema Corte ha escluso la sussistenza della finalità di terrorismo negli episodi di danneggiamento ai cantieri TAV, ritenendo che le condotte delittuose non fossero concretamente idonee a costringere le pubbliche autorità a rinunciare alla realizzazione della linea ferroviaria ad alta velocità, né avessero la capacità di produrre un grave danno al Paese)*".

La Corte ha affermato, quanto alla finalità di terrorismo, che essa deve ulteriormente connotare la condotta di attentato ai beni materiali, che non è sufficiente a integrare detta finalità la sola direzione dell'atteggiamento psicologico dell'agente, ma è necessario che la condotta posta in essere sia concretamente idonea a realizzare uno degli scopi indicati nell'art. 270-*sexies* cod. pen. (intimidire la popolazione, destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, ovvero, come contestato nel caso di specie, costringere i poteri pubblici a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto), determinando un evento di pericolo di portata tale da incidere sugli interessi dell'intero Paese colpito dagli atti terroristici.

Allo scopo di individuare il *discrimen* proprio della finalità di terrorismo rispetto ad altre attività illecite e, in particolare, a quelle di natura sovversiva, incriminate sul piano associativo dall'art. 270 cod. pen., la Corte aveva già precisato che il terrorismo costituisce, più che un obiettivo, un mezzo o una strategia che si caratterizza per l'uso indiscriminato della violenza, non solo perché accetta gli effetti collaterali della violenza diretta, ma anche perché essa può essere rivolta in *incertam personam,* allo scopo di generare panico, terrore, insicurezza, e costringere chi ha il potere di prendere decisioni a fare o tollerare soluzioni che non avrebbe accettato in condizioni normali (Sez. 5, n. 46340 del 4/07/2013, Stefani, Rv. 257547).

L'art. 270-*sexies* cod. pen. avrebbe una struttura complessa, nella quale, accanto alla descrizione delle finalità, sono compresi, come si dirà in prosieguo, anche elementi di carattere obiettivo, misuratori della specifica offensività dei fatti contemplati.

Non sarebbe sufficiente pertanto che l'agente abbia l'intenzione di arrecare il (grave) danno, ma occorre che la sua condotta crei la possibilità concreta – sul piano oggettivo – che esso si verifichi, secondo lo schema di un evento di pericolo concreto, da valutarsi alla stregua del criterio della prognosi postuma tenendo conto della natura della condotta e del contesto in cui essa si colloca: il finalismo terroristico postulato dall'art. 270-*sexies* cod. pen., in definitiva, non può limitarsi a un fenomeno esclusivamente psicologico, ma deve materializzarsi in un'azione seriamente capace di realizzare i fini tipici descritti nella norma.

Nella occasione la Corte ha riconosciuto in sede cautelare l'esistenza di gravi indizi in ordine alla riconducibilità di una associazione sovversiva di matrice anarco-insurrezionalista alla previsione di cui all'art. 270-*bis* cod. pen., rilevando all'interno della compagine criminosa – ancorché non gerarchizzata – una chiara suddivisione di ruoli fra ideologi e militanti operativi, disponibilità di forme di finanziamento e di un simbolo nonché il proposito, desumibile dai suoi progetti e risultante dalle azioni commesse in esecuzione del programma associativo, di intimidire indiscriminatamente la popolazione, suscitando terrore e panico e non già di indirizzarsi esclusivamente ad obiettivi di elezione allo scopo di ottenere un effetto paradigmatico.

3. *(Segue)*. Il profilo soggettivo delle condotte terroristiche.

Accanto all'aspetto oggettivo, di cui si è appena detto, l'art. 270-*sexies* richiede, per poter essere qualificate come terroristiche, che le condotte perseguano una delle tre finalità ivi elencate, e cioè che siano state «compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale».

Si tratta di una formula che ripropone quasi pedissequamente quella contenuta nella decisione quadro 2002/475/GAI dell'Unione europea, più volte richiamata.

Secondo la Corte di cassazione l'accostamento dei tre eventi e la loro parificazione a fini di trattamento sanzionatorio costituisce un fattore irrinunciabile per l'esatta ricostruzione delle rispettive fisionomie. (Sez. 6, n. 28009 del 2014, cit.)

Quanto allo scopo di "intimidire la popolazione", si è evidenziato che esso avrebbe il significato di "portare nella società un turbamento profondo e perdurante, tale che la collettività, nel suo complesso, senta menomata la propria aspettativa di vita in condizioni di libertà e sicurezza".

In tal senso è stata configurata una continuità tra la nozione di "spargimento del panico tra la popolazione" individuata dalla giurisprudenza più risalente (Sez. U, n. 2110 del

23/11/1995, dep. 1996, Fachini, Rv. 203770) e quella di grave intimidazione nei confronti della popolazione, fissata nell'art. 1, comma 1, della Decisione quadro n. 2002/475/GAI, sostanzialmente ripresa con il D.L. n. 144 del 2005, art. 15 e, dunque, con l'art. 270-*sexies* cod. pen.: "... è comunque presente la connotazione tipica degli atti di terrorismo individuata dalla più autorevole dottrina nella "depersonalizzazione della vittima" in ragione del normale anonimato delle persone colpite dalle azioni violente, il cui vero obiettivo è costituito dal fine di seminare indiscriminata paura nella collettività e di costringere un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un determinato atto".

In secondo luogo, si è attribuita rilevanza alla destabilizzazione od alla distruzione delle strutture istituzionali fondamentali di un Paese o di una organizzazione internazionale: una finalità più prossima allo scopo tradizionale dell'eversione dell'ordine costituzionale e democratico, spinta fino alla "destabilizzazione" delle istituzioni più essenziali dal punto di vista politico, costituzionale, economico o sociale.

Quanto alla identificazione dell'evento "costrizione", si è sottolineato che il mero fine di condizionamento politico sarebbe del tutto inidoneo a selezionare le condotte con finalità terroristiche; rilevante, ai fini della configurazione della finalità costrittiva, sarebbe innanzitutto la "scala" della decisione potenzialmente imposta al potere pubblico: dovrà trattarsi, secondo la Corte, di *"un affare particolarmente rilevante, capace di influenzare le condizioni della vita associata, per il suo oggetto o per l'implicazione che ne deriva in punto di "tenuta" delle attribuzioni costituzionali*".

Sotto altro profilo, secondo la sentenza in esame, la finalità di costrizione deve essere perseguita utilizzando un metodo illecito.

Sotto ulteriore profilo, si assume, il fine di "costrizione" non potrebbe assumere una dimensione terroristica per il solo fatto che la condotta strumentale contrasti con un precetto penalmente sanzionato.

Secondo la giurisprudenza, una funzione chiarificatrice nella interpretazione della finalità costrittiva è assolta proprio dal requisito del rischio di "grave danno" per il Paese.

Si evidenza come il soggetto passivo del "danno" venga dalla legge indicato nel Paese, lasciando intendere l'irrilevanza dei patrimoni privati in quanto tali, e, nel contempo, come lo stesso venga definito "grave", assumendo quindi una dimensione di scala, la quale, per un verso, non potrebbe che essere "enorme" (finendo paradossalmente per restringere l'ambito della tutela), e, per altro, verso sembrerebbe incompatibile con la fisionomia patrimoniale dell'offesa, per la sua entità e per la stessa sua natura.

Sarebbe dunque il collegamento con il carattere politico – istituzionale del finalismo terroristico a qualificare e rendere accettabilmente determinato il "grave danno per il Paese" che la condotta di volta in volta considerata deve rendere possibile (un collegamento siffatto sembra implicitamente evocato anche dalla decisione che ha escluso l'integrazione dell'art. 270-*sexies* per gravi fatti di devastazione commessi dai tifosi di una squadra calcistica: Sez. 1, n. 25949 del 27/05/2008, Minotti, Rv. 240465, in cui la Corte, in sede cautelare, ha escluso la configurabilità della circostanza aggravante della finalità di terrorismo prevista dall'art. 270-*sexies* cod. pen. nei fatti di devastazione commessi, in occasione della morte di un tifoso di calcio, da un gruppo di altri tifosi e concretatisi in aggressioni violente alle forze di polizia, lancio di bombe carta, assalto a caserme e incendio di autobus della stessa polizia, danneggiamento indiscriminato di auto e moto in sosta, in quanto in tali condotte, quantunque gravi, non sarebbe stata ravvisabile, in assenza di elementi di più adeguata strutturazione, la prospettiva teleologica ineludibile nella finalità medesima).

4. L'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-*bis* cod. pen.).

Si è già detto di come il quadro normativo di riferimento sia stato profondamente modificato dal d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito nella l. 15 dicembre 2001, n. 438, che – come si è già anticipato – non solamente ha ampliato la portata operativa dell'art. 270-*bis* stabilendone l'applicazione anche alle associazioni con finalità di terrorismo internazionale, ma ha pure espressamente previsto che, ai fini in generale della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale.

La Cassazione ha, tuttavia, affermato che, anche a seguito della novella del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, l'art. 270-*bis* non è applicabile alle associazioni con finalità di eversione dell'ordine democratico di uno Stato estero, in considerazione – oltre che del tenore testuale della norma, che al comma 3 estende la punibilità alle sole associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale – della *ratio legis* da individuare nell'escludere che il giudice italiano si esprima sul sistema politico-istituzionale di uno Stato estero (Sez. 6, n. 36776 del 1 luglio 2003, Nerozzi, Rv. 226049).

In tal senso si è affermato che il reato di associazione eversiva con finalità di terrorismo non ha natura plurioffensiva atteso che il bene giuridico tutelato dall'art. 270-*bis* cod. pen è esclusivamente la personalità internazionale dello Stato (Sez. 5, n. 12252 del 23/2/2012, Bortolato, Rv. 251920; in senso difforme, tuttavia, Sez. 5, n. 75 del 18/7/2008, dep. 2009, Laagoub, Rv. 242355).

Si è sostenuto (sentenza n. 75 del 2009, cit.) che, ai fini della configurabilità del reato di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale e con riguardo a condotte anteriori all'introduzione dell'art. 270-*sexies* cod pen., rivestono natura terroristica, pur se indirizzati contro obiettivi militari nel corso di un conflitto armato, gli attentati dinamitardi e le azioni dei «kamikaze» compiuti in luoghi affollati dalla popolazione civile, risultando estranea alla normativa vigente la distinzione tra terrorismo e guerriglia.

Tale principio è stato enunciato con riferimento ad una fattispecie relativa all'organizzazione transnazionale «Ansar Al Islam»; in motivazione, la Suprema Corte ha richiamato la Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, fatta a New York l'8 dicembre 1999 e ratificata dall'Italia con l. 14 gennaio 2003, n. 7.

4.1. *(Segue)*. La condotta.

La condotta oggetto della norma incriminatrice consiste, alternativamente, nel promuovere, costituire, organizzare o dirigere associazioni che si propongono di realizzare con la violenza i fini descritti nella norma, ovvero nel partecipare ad un'associazione già costituita.

Il Supremo collegio ha puntualizzato che per la configurabilità dei reati di cui agli artt. 270 e 270-*bis* è sufficiente la costituzione di una associazione che aggiunga agli schemi normativi suoi propri, quelli contenuti in detti articoli, che si sostanziano unitariamente, a parte le specificazioni, in comportamenti finalizzati a sovvertire violentemente l'ordinamento dello Stato nelle sue varie articolazioni e a travolgere, in definitiva, il suo assetto democratico e pluralistico.

La norma appresta tutela, quindi, contro il programma di violenza e non contro l'idea, anche se questa è collocata in un'area ideologica in contrasto con lo assetto costituzionale dello Stato.

L'idea, infatti, anche se di natura eversiva, se non accompagnata da programmi e comportamenti violenti, riceve tutela proprio dall'assetto costituzionale, che ha consacrato il metodo democratico e pluralistico e che essa, contraddittoriamente, mira a travolgere (Sez. 1, n. 8952 del 7/4/1987, Angelini, Rv. 176516).

Tale principio è stato riaffermato più recentemente dalla Corte secondo cui il reato previsto dall'art. 270-*bis* è un reato di pericolo presunto, per la cui configurabilità occorre, tuttavia, l'esistenza di una struttura organizzata, con un programma – comune fra i partecipanti – finalizzato a sovvertire violentemente l'ordinamento dello Stato e accompagnato da progetti concreti e attuali di consumazione di atti di violenza: con la conseguenza che la semplice idea eversiva, non accompagnata da propositi concreti e attuali di violenza, non vale a realizzare il reato, ricevendo tutela proprio dall'assetto costituzionale dello Stato che essa, contraddittoriamente, mira a travolgere (Sez. 1, n. 22719 del 22/3/2013, Lo Turco, Rv. 256489; Sez. 1, n. 30824 del 15/6/2006, Tartag, Rv. 234182; Sez. 1, n. 1072 del 11/10/2006, Bouyahia Maher, Rv. 235289).

Non è necessaria la realizzazione dei reati oggetto del programma criminoso, ma occorre l'esistenza di una struttura organizzata, anche elementare, che presenti un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del programma criminoso, mentre non richiede anche la predisposizione di un programma di azioni terroristiche (Sez. 5, n. 2651 del 8/10/2015, dep. 2016, Nasr Osama, Rv. 265924; nello stesso senso, Sez. 6, n. 46308 del 12/7/2012, Chahchoub, Rv. 253943).

La necessità di una organizzazione rudimentale non significa, ovviamente, assenza di organizzazione laddove, al contrario, l'esecuzione delle numerose azioni poste in essere dal gruppo nell'arco di breve tempo dimostra l'organizzazione e la capacità della stessa di operare funzionalmente ai fini prefissati nonché la stabilità organizzativa della struttura della associazione eversiva (Sez.1, n. 22673 del 22/4/2008, Di Nucci, Rv. 240085).

4.1.1. *(Segue)*. Il terrorismo di matrice anarchica.

Sez. 2, n. 25452 del 21/02/2017 Beniamino, è tornata a definire la condotta di partecipazione.

Ha ribadito la Corte, che ai fini del reato previsto dall'art. 270-*bis* cod. pen. occorre richiamare i principi enunciati dalle Sezioni Unite a proposito del delitto associativo previsto dall'art. 416-*bis* cod. pen., che hanno chiarito che "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" (Sez. U, n. 33748 del 12 luglio 2005, Mannino, Rv. 231673).

Si è affermato con chiarezza che la prova della partecipazione ad associazioni terroristiche non può essere desunta dal solo riferimento all'adesione psicologica o ideologica al programma criminale, ma la dichiarazione di responsabilità presuppone la dimostrazione dell'effettivo inserimento nella struttura organizzata attraverso condotte univocamente sintomatiche consistenti nello svolgimento di attività preparatorie rispetto alla esecuzione del programma oppure nell'assunzione di un ruolo concreto nell'organigramma criminale. Ne segue che la partecipazione può concretarsi anche in condotte strumentali e di supporto logistico alle attività dell'associazione che inequivocamente rivelino il suo inserimento nell'organizzazione.

In tale contesto si colloca anche Sez. 2, n. 28753 dell'1/4/2016, Iacovacci, Rv. 267512, così massimata: "Il compimento di atti di violenza di matrice anarchica non consente di ritenere integrato il reato associativo di cui all'art. 270-*bis* cod. pen., qualora sia supportato da una mera adesione individuale al programma di un'associazione ispirata a tale ideologia, essendo invece necessario che i soggetti agenti abbiano costituito una "cellula" della predetta associazione, o un "gruppo di affinità" alla stessa, alla quale risultino riconducibili le azioni delittuose poste in essere".

Oggetto del giudizio della Corte di Assise Appello erano una serie di attentati ed episodi di danneggiamento di matrice anarchica ricondotti dagli inquirenti all'attività della FAI, Federazione Anarchica Informale, ed alla sua successiva evoluzione in FAI/FRI, Fronte Rivoluzionario Internazionale, vasta e ramificata associazione di matrice anarchica internazionale.

Il procedimento, in particolare, riguardava, undici attentati commessi nella zona dei Castelli romani dal 9/11/2010 all'11/12/2012, oggetto di rivendicazioni con la sigla FAI – Individualità Anarchiche Anticivilizzazione, FAI/FRI Individualità Sovversive Anticivilizzazione, con scritte murali apparse in occasione di singoli episodi criminosi, con striscioni o con comunicati apparsi sui siti Internet di area anarchica.

La sentenza di primo grado aveva ritenuto che i due imputati non si fossero limitati ad aderire al programma criminoso della predetta federazione anarchica, ma avessero anche costituito una "cellula" (o "gruppo di affinità"), denominata "Individualità Sovversive Anticivilizzazione" o " Individualità Anarchiche Anticivilizzazione", così ponendo in essere i fatti specifici loro addebitati come atti qualificanti l'adesione al progetto sovversivo della FAI.

La Corte di Assise di Appello non aveva condiviso tale ricostruzione negando che gli imputati avessero costituito un "gruppo di affinità" o una cellula aderente alla FAI.

La Corte territoriale aveva osservato che soltanto gli attentati realizzati da una data fossero stati oggetto di rivendicazione "FAI" ed aveva ritenuto significativo che le azioni comuni fossero state concluse e condotte a termine al di fuori di qualsiasi riferimento, esplicito o implicito, alle teorizzazioni della FAI, in coerenza, del resto, con il comportamento processuale di uno dei prevenuti, proclamatosi anarchico individualista; da ciò era stata tratta la logica conseguenza che non potesse riconoscersi la prova di alcun legame tra lo stesso imputato e la macro-associazione FAI.

In tale quadro di riferimento la Corte di cassazione ha evidenziato come già in passato la giurisprudenza di legittimità avesse avuto modo di riconoscere in più occasioni la configurabilità del reato di cui all'art. 270-*bis* cod. pen. con riferimento a soggetti stabilmente dediti al compimento di atti di violenza secondo il predetto manifesto programmatico (Sez. 1, n. 21686 del 22/4/2008, Fabiano, Rv. 240075; Sez. 5, n. 46340 del 4/7/2013, Stefani, Rv. 257547), ma si era sempre trattato di soggetti che non si erano limitati ad aderire singolarmente ed individualmente a tale programma, e si erano invece associati in "gruppi di affinità" ispirati a tale programma, gruppi nei quali sono stati riconosciuti gli estremi dell'associazione ex art. 270-*bis* cod. pen.

Ha aggiunto la Corte che l'organismo "fluido" al quale si ispira la FAI, dì per sé mal si concilia con lo schema dell'art. 270-*bis* cit., mentre, invece, le finalità di tale organismo avevano indotto più volte la stessa Corte di Cassazione a riconoscere la natura dì associazione sovversiva ai "gruppi di affinità" che alla FAI si ispirano, ben potendo tali gruppi o cellule presentare i requisiti richiesti dalla norma incriminatrice.

Così, con riferimento ad un gruppo di affinità costituito tra anarchici ed ecologisti che, adendo alla FAI – "Federazione Anarchica Informale", avevano posto in essere anche atti di violenza, la Cassazione aveva rilevato che "in presenza di un gruppo che aveva fatto dell'eversione il proprio scopo, attraverso la deliberazione di un programma e il compimento

concreto di atti di violenza secondo il piano teorizzato dall'ideologo Bonanno, e che aveva inoltre realizzato in parte il suo programma, non vi è dubbio che si trattasse di un'associazione sovversiva" (Sez. 1, n. 21686 del 22/4/2008, Fabiani, Rv. 240075).

In tal senso si pone anche altra sentenza (Sez. 5, n. 46340 del 4/7/2013, Stefani, Rv. 257547), che ha riconosciuto l'esistenza di gravi indizi in ordine al reato di cui all'art. 270-*bis* cod. pen. con riferimento ad aderenti alla FAI costituitisi in un gruppo di affinità, rilevando in quel caso all'interno di tale compagine criminosa – ancorché non gerarchizzata – una chiara suddivisione di ruoli fra ideologi e militanti operativi, la disponibilità di forme di finanziamento e di un simbolo nonché il proposito, desumibile dai suoi progetti e risultante dalle azioni commesse in esecuzione del programma associativo, di intimidire indiscriminatamente la popolazione, suscitando terrore e panico e non già di indirizzarsi esclusivamente ad obiettivi di elezione allo scopo di ottenere un effetto paradigmatico.

Anche in tale circostanza, però, la Corte aveva riconosciuto tali caratteristiche in un "gruppo di affinità" aderente alla FAI, e non già nel mero compimento di azioni individuali ispirate al programma ed aveva conseguentemente configurato tale cellula o gruppo come un'associazione sovversiva ex art. 270-*bis* cod. pen.

Sotto altro profilo, si è affermato che per la configurabilità della condotta associativa è irrilevante sia la durata dell'impegno assunto dai sodali, che eventuali limitazioni territoriali alla sua operatività (Sez. 6, n. 3241 del 10/2/1998, Cadinu, Rv. 210680).

Si è già detto di come il delitto di associazione con finalità di terrorismo internazionale o di eversione dell'ordine democratico è integrato in presenza di una struttura organizzativa con grado di effettività tale da rendere possibile l'attuazione del programma criminoso, mentre non richiede anche la predisposizione di un programma di azioni terroristiche.

4.1.2. *(Segue)*. Il terrorismo di matrice ideologico-religiosa.

Gli elementi evidenziati devono sussistere anche con riferimento alle strutture «cellulari», proprie delle associazioni di matrice islamica, caratterizzate da estrema flessibilità interna, in grado di rimodularsi secondo le pratiche esigenze che, di volta in volta, si presentano, in condizioni di operare anche contemporaneamente in più Stati, ovvero anche in tempi diversi e con contatti fisici, telefonici o comunque a distanza tra gli adepti anche connotati da marcata sporadicità, considerato che i soggetti possono essere arruolati anche di volta in volta, con una sorta di adesione progressiva ed entrano, comunque, a far parte di una struttura associativa saldamente costituita.

In particolare, con riferimento ai più recenti fenomeni di terrorismo legati a forme di "fanatismo" religioso, si è ribadito che integra il delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale la formazione di un sodalizio, connotato da strutture organizzative "cellulari" o "a rete", in grado di operare contemporaneamente in più Paesi, anche in tempi diversi e con contatti fisici, telefonici ovvero informatici anche discontinui o sporadici tra i vari gruppi in rete, che realizzi anche una delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all'assistenza agli associati, al finanziamento, alla predisposizione o acquisizione di armi o di documenti falsi, all'arruolamento, all'addestramento.

Tale principio è stato enunciato con riferimento ad una fattispecie in cui è stata ritenuta sussistente la prova dell'operatività di una cellula e della sua funzionalità al perseguimento della finalità di terrorismo internazionale sulla base dell'attività di indottrinamento, reclutamento e addestramento al martirio di nuovi adepti, da inviare all'occorrenza nelle zone teatro di guerra, e della raccolta di denaro destinato al sostegno economico dei combattenti del "Jihad" all'estero (Sez. 6, n. 46308 del 12/7/2012, Chahchoub, Rv. 253944).

Non diversamente, si è affermato che il delitto di partecipazione ad un'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, di cui all'art. 270-*bis* cod. pen., è integrato dalla condotta di chi, offrendo ospitalità ai "fratelli" ritenuti pericolosi, preparando documenti d'identità falsi e propagandando all'interno dei luoghi di culto la raccolta di fondi per i "mujaeddin" ed i familiari dei cd. "martiri", esprime, in tal modo, il sostegno alle finalità della stessa associazione terroristica ed assicura un concreto intervento in favore degli adepti, in adesione al perseguimento del progetto "jiadista". (Sez. 5, n. 2651 del 8/10/2015 (dep. 2016), Nasr Osama, Rv. 265925 in cui la Corte ha precisato che lo svolgimento di tali condotte in via continuativa consente di attribuire all'agente il ruolo di organizzatore).

Sez. 5, n. 48001 del 14/7/2016, Hosni, Rv. 268164, che ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna per il reato previsto dall'art. 270-*bis* cod. proc. pen., assume rilievo soprattutto in tema di prova della esistenza del vincolo associativo (per le tematiche affrontate dalla sentenza si fa comunque rinvio a quanto si dirà nei paragrafi relativi all'attività di arruolamento, addestramento e apologia).

Dalla sentenza emerge che agli imputati era stato contestato il coinvolgimento in un programma criminoso avente ad oggetto l'avviamento di soggetti islamici verso una radicalizzazione tendente a renderli dei combattenti disponibili al martirio, inteso come esaltazione e ricerca della morte insieme al maggior numero possibile di infedeli.

Dal contenuto di conversazioni intecettate sarebbero stati desumibili i riferimenti ad un «gruppo»; la destinazione all'indottrinamento, nei termini indicati, di luoghi nella disponibilità di uno dei ricorrenti, segnatamente la moschea di un paese in Puglia, ove questi svolgeva la propria predicazione ed il call center dello stesso gestito; l'utilizzazione dei computers installati in quest'ultimo esercizio commerciale, allorché nello stesso si trovavano i componenti del gruppo, per la connessione con siti riconducibili all'area jihadista e lo scaricamento dagli stessi di filmati su attentati e scene di guerra e documenti illustrativi della preparazione di armi ed esplosivi e delle modalità per raggiungere luoghi di combattimento e trasmettere in rete messaggi criptati; la disponibilità di documenti falsi destinati a consentire la permanenza illegale di immigrati clandestini in Italia; la manifestazione di odio verso la popolazione ebraica, l'ambiente di vita in Italia e l'attività ivi svolta dagli immigrati di fede islamica; le cautele manifestate dall'imputato nell'invio ad un conoscente milanese di documentazione di apparente natura religiosa.

Sulla base di tale quadro di riferimento fattuale, la Corte ha ritenuto non esistente la prova della esistenza della struttura e del vincolo associativo, annullando senza rinvio la condanna.

Si è affermato che l'attività di indottrinamento, finalizzata ad indurre nei destinatari una generica disponibilità ad unirsi ai combattenti per la causa islamica e ad immolarsi per la stessa, non consente di ravvisare quegli atti di violenza terroristica o eversiva il cui compimento, per quanto detto, deve costituire specifico oggetto dell'associazione in esame.

Si è notato come in passato la stessa giurisprudenza di legittimità abbia sì attribuito significatività, ai fini della ravvisabilità del reato, alla vocazione al martirio ma ciò, tuttavia, ai limitati fini della valutazione sulla sussistenza di gravi indizi per l'adozione di misure cautelari nei confronti del singolo partecipante ad una cellula terroristica, della quale sia stata "aliunde" riconosciuta l'effettiva operatività (Sez. 2, n. 669 del 21/12/2004, dep. 2005, Ragoubi, Rv. 230431), e, comunque, nel caso in cui "alle attività di indottrinamento e reclutamento fosse affiancata quella di addestramento al martirio di adepti da inviare nei luoghi di combattimento (Sez. 6, n. 46308 del 12/07/2012, cit.), che attribuisca all'esaltazione della morte, in nome della guerra santa contro gli infedeli, caratteristiche

di materialità che realizzino la condizione per la quale possa dirsi che l'associazione, secondo il dettato normativo già ricordato, «si propone il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo»".

Esclusa la decisiva valenza degli elementi fattuali in questione, la Corte ha aggiunto che nella specie neppure poteva attribuirsi rilievo agli ulteriori riferimenti contenuti nella sentenza impugnata: "*essendo il procacciamento e la visione di filmati e documenti propagandistici attività strumentali all'indottrinamento, e non diversamente potendo concludersi in ordine alle accennate condotte di falsificazione di documenti. In secondo luogo, e comunque, non emerge dalle conversazioni riportate nella sentenza impugnata, né è peraltro evidenziato nella stessa alcun elemento indicativo della effettiva capacità del gruppo di realizzare atti anche astrattamente definibili come terroristici secondo la previsione dell'art. 270- sexies cod. pen.; atti, cioè, che creino la concreta possibilità di un grave danno per uno Stato, nei termini di un reale impatto intimidatorio sulla popolazione dello stesso, tale da ripercuotersi sulle condizioni di vita e sulla sicurezza dell'intera collettività (Sez. 1, n. 47479 del 16/07/2015, Rv. 265405), ovvero di un determinante esito costrittivo o destabilizzante nei confronti dei pubblici poteri* (*Sez. 6, n. 28009 del 15/05/2014, Alberto, Rv. 260076)".*

Si è evidenziato, viceversa, come la Corte territoriale non potesse che dare atto della circostanza di segno evidentemente contrario, costituita dal decorso del tempo dall'epoca delle intercettazioni risalenti al 2009, senza che risultasse il compimento di alcun atto terroristico attribuibile all'associazione, anche nella forma minima, e forse neppure sufficiente, della partenza di taluno degli adepti per le zone interessate da combattimenti riferibili alla guerra santa di matrice islamica.

Non propriamente coincidente appare sul punto il principio già affermato dalla Corte secondo cui dal punto di vista probatorio, la finalità eversiva bene può essere desunta dalla convergenza di vari elementi, quali la personalità degli associati con la loro accertata qualificazione ideologica, la disponibilità di appartamenti destinati alle riunioni clandestine, il possesso di armi, occultate in detti appartamenti, il rinvenimento di documenti falsi o di altri arnesi o strumenti sintomatici di attività illegali, la detenzione di carte e stampati e scritti vari, a contenuto chiaramente sovversivo, destinati all'utilizzo ed alla diffusione, la disponibilità di somme non giustificate e da qualunque altro elemento logicamente utilizzabile, per una diagnosi tecnico-giuridica del tipo indicato (Sez. 2, n. 5831 del 14/2/1985, Agresti, Rv. 169747).

In senso non esattamente simmetrico si pone Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bakaj, in cui agli imputati, in sede cautelare, era stata contestata la condotta di aver partecipato all'organizzazione terroristica internazionale denominata ISIS, allo scopo di commettere atti con finalità di terrorismo sia in territorio siriano che nel territorio italiano, costituendo una "cellula" di soggetti radicalizzati e dediti al proselitismo della jihad antioccidentale combattuta dallo Stato islamico, attraverso la diffusione via Internet di video e messaggi di incitamento e propaganda, nonché attraverso l'addestramento e l'autoaddestramento, per commettere attentati anche in Italia .

La Corte, pur rimarcando l'esigenza di "evitare torsioni del precetto penale previsto dall'art. 270-*bis* cod. pen., tenendo sempre presente che, pur configurandosi il delitto con natura di pericolo presunto, l'anticipazione della soglia di punibilità non può sfuggire alla valutazione di offensività in concreto, pur sempre demandata al giudice per tali tipologie di reato (in coerenza con i principi espressi dalla Corte costituzionale sul tema: cfr. sentenze n. 62 del 1986 e n. 333 del 1991, nonché nn. 263 del 2000 e 225 del 2008; da ultimo cfr. anche Corte cost. n. 172 del 2014)", ha ribadito che la "costituzione di un sodalizio crimino-

so avente la caratteristiche di cui all'art. 270-*bis* cod. pen. non può dirsi esclusa per il fatto che lo stesso sia imperniato per lo più attorno a nuclei culturali che si rifanno all'integralismo religioso islamico perché, al contrario, i rapporti ideologico-religiosi, sommandosi al vincolo associativo che si propone il compimento di atti di violenza con finalità terroristiche, lo rendono ancor più pericoloso (Sez. 2, n. 669 del 21/12/2004, dep. 2005, Ragoubi, Rv. 230432), potendo esso costituire un collante più forte di molti altri vincoli tra sodali".

Secondo la Corte esiste "una sottile linea di confine fenomenologica tra la libertà di manifestazione, anche collettiva, di una ideologia, in forme legittime o eventualmente sussumibile nel reato di apologia di cui all'art. 414, comma 4, cod. pen. (*cfr.*, Sez. 1, n. 47489 del 6/10/2015, Halili, Rv. 265264), e la partecipazione ad un'associazione con finalità terroristica a prescindere o prima della commissione di reati-fine, in presenza di una struttura organizzativa rudimentale, flessibile e a volte del tutto spontaneistica rispetto al collegamento con esponenti dell'ISIS o di altre organizzazioni terroristiche internazionali. In tale seconda ipotesi, infatti, la valutazione di rilevanza penale passa per un'analisi rigorosa della configurazione degli elementi, pur se minimi, di manifestazione della composizione organizzativa di uomini e attività prodromiche alla commissione di eventuali reati fine".

Nell'ambito di una articolata motivazione, si è affermato che:

- la struttura organizzativa delle "cellule" o dei gruppi minimali di combattenti, ricollegabili direttamente o indirettamente alla propaganda islamica estremista ed antioccidentale è flessibile, snella, caratterizzata dal minimo di contatti e di predisposizione di strumenti idonei all'attuazione del programma criminoso terroristico, nonchè formata anche da consessi di persone molto limitati nella composizione numerica;
- la modalità di creazione "dell'affectio societatis" tra i sodali della singola cellula e la struttura internazionale terroristica ISIS è essa stessa peculiare, influenzata da una propaganda di adesione improntata ad un modello spontaneista e privo di formalismi, spesso avulso da qualsiasi contatto fisico tra soggetti che siano esponenti riconosciuti dell'organizzazione terroristica islamistica di riferimento e persone aderenti ai gruppi o cellule che compiono poi gli attentati;
- l'ISIS, e, in generale, le moderne organizzazioni terroristiche di matrice islamica radicale, propongono una formula di adesione alla struttura sociale che può definirsi "aperta" e "in progress", sempre disponibile ad accogliere le vocazioni criminali provenienti da singoli e gruppi.

Si tratta di affermazioni di rilievo perché da esse pare cogliersi una strutturale coincidenza della condotta di partecipazione alla cellula terroristica interna con la partecipazione all'organizzazione terroristica internazionale.

In applicazione dei principi indicati, la Corte ha ritenuto in sede cautelare sussistenti i gravi indizi di appartenenza ad una cellula terroristica operante su una parte del territorio nazionale, in considerazione del fatto che i componenti della cellula:

- si incontrassero costantemente e vivessero abitualmente nella medesima abitazione, divenuta base d'appoggio, luogo di incontro e di preghiera, non solo per gli aderenti alla cellula terroristica, ma anche per numerosi altri soggetti di religione islamica;
- fossero dediti ad attività di addestramento ed autoaddestramento finalizzate al compimento di azioni terroristiche, sia direttamente, allenandosi fisicamente, sia mediante la visione di video promozionali diffusi dall'ISIS, da loro tutti, collettivamente, scaricati e commentati, nei quali venivano spiegate tecniche di aggressione ed uccisione utilizzando armi da taglio, venivano fornite istruzioni specifiche per la fabbricazione e l'uso di esplosivi home made, erano riprodotte immagini di combattimenti e di azioni di guerra condotti dai nniliziani nei territori di guerra nelle aree mediorientali;

- esprimessero collettivamente, in discorsi e ragionamenti quotidiani, la loro adesione all'ideologia jihadista, inneggiando al martirio ed agli attentati, frequenti e recenti, contro i Paesi occidentali e le loro popolazioni, ed ipotizzando in un'occasione la possibile commissione di un'azione terroristica proprio a Venezia, mediante l'esplosione di una bomba con obiettivo il ponte di Rialto;
- mostrassero una suddivisione, pur se "embrionale", di ruoli all'interno della "leggera" e flessibile struttura organizzativa criminale

Secondo la Corte "tali elementi oggettivi, lungi dal rappresentare una mera adesione psicologica all'ideologia estremistica jihadista, configurano, invece, la struttura di un vero e proprio reato associativo con finalità terroristica di matrice islamica, essendosi realizzata una cellula organizzata volta alla possibile, effettiva e concreta messa in atto di azioni terroristiche".

Ha aggiunto la Corte che, nell'ipotesi di specie, la cellula di ispirazione jihadista non soltanto costituiva di per sé un'autonoma e sufficiente struttura idonea a configurare il reato di cui all'art. 270-*bis* cod. pen., ma realizzava anche la contestata fattispecie di partecipazione all'associazione criminale terroristica di riferimento, denominata ISIS, pur restando ferma:

"la necessità di verificare i caratteri di concretezza ed effettiva possibilità di azione della "cellula" terroristica dal punto di vista dell'offensività in concreto che deve pur sempre caratterizzare la fattispecie a pericolo presunto di partecipazione ad associazione criminale di qualsivoglia natura, e, dunque, anche di quella con finalità terroristiche. Tale verifica, tuttavia, opera su di un piano diverso, casistico e concreto, appunto, ma non incide sulla configurabilità astratta della fattispecie e risponde non soltanto ai principali motivi difensivi, ma anche alle preoccupazioni della giurisprudenza di legittimità, qui condivise, di evitare qualsiasi sottovalutazione del dato strutturale e organizzativo insito nel delitto associativo, per scongiurare il rischio che l'anticipazione della repressione penale (connaturata ai reati a pericolo presunto) finisca per reprimere idee piuttosto che fatti e per sanzionare la semplice adesione ad un'astratta ideologia che, pur aberrante per l'esaltazione della indiscriminata violenza e per la diffusione del terrore, non sia accompagnata dalla possibilità di attuazione del programma. Nel caso di specie, la citata verifica porta ad esiti favorevoli circa la configurabilità di una condotta partecipativa all'associazione terroristica riconosciuta ed individuata con la denominazione di ISIS, non potendosi dubitare che il contributo di proclamata condivisione e propaganda dell'ideologia estremista religiosa jihadista, sommato alla adesione e disponibilità alla "guerra santa" ed a compiere attentati sul territorio italiano ed estero dei componenti della "cellula" individuata integrino una partecipazione al reato previsto dall'art. 270-bis cod. pen. sotto il profilo del rafforzamento e consolidamento del sodalizio terroristico di ispirazione. Deve, quindi, concludersi nel senso che la dimensione plausibile di partecipazione "per adesione" ad un modello di associazione terroristica costruito su scala internazionale, secondo canoni tanto precisi nella loro finalizzazione alla jihad, quanto inneggianti all'attivismo spontaneista delle singole "cellule" operative, può dirsi configurata, in questa fase cautelare, a carico dei ricorrenti, ferma la sussistenza nei loro confronti – e la sufficienza, dal punto di vista della rilevanza penale – di uno schema organizzativo "minimo", caratterizzato da grado di effettività tale da rendere possibile l'attuazione del programma criminoso attraverso la violenza terroristica".

5. L'arruolamento con finalità di terrorismo (art. 270-*quater* cod. pen.).

Il reato di arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale è stato introdotto dall'art. 270-*quater* cod. pen. con la finalità di contrastare il fenomeno del terrorismo, soprattutto di natura internazionale e di origine fondamentalista islamica.

Con tale norma incriminatrice si è inteso sanzionare coloro che, operando nel territorio dello Stato italiano, arruolano persone destinate a svolgere le attività delittuose ivi elencate: condotte che, non essendo finalizzate ad esporre lo Stato italiano al pericolo di guerra, non potevano integrare gli estremi dei reati in materia di «arruolamento» previsti dagli artt. 244 e 288 cod. pen., ovvero di «reclutamento» di cui all'art. 4 della l. 12 maggio 1995, n. 210.

La condotta sanzionata si concretizza nell'arruolamento, che, seguendo l'indirizzo esegetico formatosi nella lettura dell'art. 244 cod. pen., consiste «nell'ingaggio di soggetti armati», e, cioè, nell'inserimento di uno o più soggetti in una struttura militare, regolare o irregolare, che implichi un rapporto gerarchico fra comandanti e subordinati.

Secondo la Corte di cassazione, in tema di arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale, la nozione di "arruolamento" è equiparabile a quella di "ingaggio", per esso intendendosi il raggiungimento di un serio accordo tra soggetto che propone il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza ovvero di sabotaggio con finalità di terrorismo e soggetto che aderisce.

Ciò che rileva, cioè, è che l'accordo di arruolamento abbia non solo il carattere della serietà – intesa, da un lato, come autorevolezza della proposta (il proponente deve avere la concreta possibilità di inserire l'aspirante nella struttura operativa una volta concluso l'ingaggio) e, dall'altro, come fermezza della volontà di adesione al progetto – ma soprattutto sia caratterizzato in modo evidente dalla doppia finalizzazione prevista dalla norma (con relativa pienezza dell'elemento psicologico).

Il quadro normativo, come è noto, è mutato in quanto l'art. 1, comma 1, del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 (recante "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonchÈ proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione"), convertito, con modificazioni, dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, in attuazione di quanto stabilito dalla Risoluzione ONU n. 2178 (2014), ha introdotto nell'art. 270-*quater* un comma 2 che stabilisce che, fuori dei casi di cui all'art. 270-*bis* (e cioè che l'interessato risulti partecipe dell'associazione con finalità di terrorismo), e salvo il caso di addestramento, anche la persona arruolata è punita.

In tale contesto è intervenuta, Sez. 2, n. 17772 del 02/02/2017, Veapi, che ha ritenuto immune da vizi il provvedimento del Tribunale del riesame che aveva confermato l'ordinanza con la quale era stata applicata la misura cautelare della custodia in carcere con riguardo al concorso nel reato di cui all'art. 270-*quater*, comma 1, cod. pen.; si è evidenziato come dal compendio indiziario emergesse, da un lato, un'adesione ideologica dell'indagato alle tesi sostenute da un Imam, tanto da promuoverne l'arrivo in Italia e la predicazione coranica, e, dall'altro, una piena e totale disponibilità ad assumere un ruolo non solo di intermediazione ma decisamente attivo nell'individuare "i fratelli" maturi per l'avvio alla Jihad, intesa come guerra santa da realizzare attraverso il martirio, tale essendo la morte in combattimento e quindi e in definitiva tesa a determinare un'adesione all'ISIS.

6. L'addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-*quinquies* cod. pen.).

La condotta sanzionata può concretizzarsi nell'addestramento o nel fornire istruzioni per la preparazione o l'uso di esplosivi e vari tipi di armi e sostanze chimiche o batteriologiche, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali.

L'esatta delimitazione tra i due concetti assume rilievo anche per stabilire la punibilità o meno del soggetto nei cui riguardi l'attività si indirizza.

Mentre, infatti, l'art. 270-*quinquies* cod. pen. prevede espressamente che la pena si applichi anche al soggetto addestrato, nulla è invece detto per colui che riceva le istruzioni: persona, questa, che sarebbe punibile a condizione di ritenere l'attività di chi fornisce istruzioni come una sottospecie di quella più generale riguardante l'addestramento.

La fattispecie delittuosa di cui all'art. 270-*quinquies* cod. pen. ha quali soggetti attivi l'"addestratore", ossia colui che non si limita a trasferire informazioni, ma agisce somministrando specifiche nozioni, in tal guisa formando i destinatari e rendendoli idonei ad una funzione determinata o ad un comportamento specifico, l'"informatore", ossia colui che raccoglie e comunica dati utili nell'ambito di un'attività e che, quindi, agisce quale veicolo di trasmissione e diffusione di tali dati, e, infine, l'"addestrato", ossia colui che, al di là dell'attitudine soggettiva di esso discente o dell'efficacia soggettiva del docente, si rende pienamente disponibile alla ricezione non episodica di quelle specifiche nozioni alle quali si è fatto sopra riferimento.

La Corte ha precisato che resta esclusa dalla previsione punitiva la figura del mero "informato", individuabile in colui che rimane mero occasionale percettore di informazioni al di fuori di un rapporto, sia pure informale, di apprendimento e che non agisce a sua volta quale informatore/addestratore (Sez. 1, n. 38220, del 12/07/2011, Korchi, Rv. 251363).

È stato chiarito quale sia l'ambito di applicazione della norma incriminatrice in esame, puntualizzando che non integra il delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo, la mera attività di informazione e di proselitismo che non costituisce in chi riceve il messaggio un bagaglio tecnico sufficiente a preparare o usare armi, esplosivi o sostanze nocive o pericolose, o a compiere atti di violenza o di sabotaggio, poichè si tratta di condotta non qualificabile come insegnamento, ma come mera divulgazione o proposta ideologica (Sez. 1, n. 4433 del 6/11/2013, dep. 2014, El Abboubi, Rv. 259020).

Secondo la Corte la norma in esame, punendo condotte di addestramento o istruzione di tipo militare (sulla preparazione o uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali) con finalità di terrorismo (il comma 2 della norma estendendo la punizione delle condotte vietate alle persone addestrate e quindi anche al soggetto che si auto addestri), impone la distinzione tra formazione e informazione (ovvero tra insegnamento e divulgazione), senza potersi anticipare la soglia di punibilità a uno stadio della condotta che non sia ancora insegnamento ma mera divulgazione ovvero (laddove la finalità sia di terrorismo) di proposta ideologica.

Si assume che per il principio di legalità, di cui all'art. 1 cod. pen., non si possono promuovere manifestazioni di pericolosità sociale (sia pur grave e qualificata) a condotte penalmente rilevanti: le nozioni fornite (od acquisite) di tipo militare devono essere, appunto, idonee a costituire in chi le riceve (o le acquisisce) un bagaglio tecnico sufficiente a preparare o ad usare armi e quant'altro, non solo a suscitare o ad aumentare il proprio o altrui interesse in tale settore.

L'oggettiva assenza della condotta materiale rende ininfluente la specificità soggettiva del fine (nella specie, la partecipazione, fino al martirio, alla jihad islamica).

La disposizione in esame è stata modificata dall'art. 1, comma 3, del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 (recante "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonchÈ proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e parte-

cipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione"), convertito, con modificazioni, dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, che:

a) integrando il comma 1, ha stabilito la punibilità pure del c.d. 'combattente isolato' (anche detti "lupi solitari") ovvero del soggetto che si è "auto-addestrato", e cioè "della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-*sexies*";
b) inserendo nell'art. 270-*quinquies* un comma 2, ha previsto l'aggravante per il caso in cui il reato "di chi addestra o istruisce" sia commesso "attraverso strumenti informatici o telematici".

Per la configurabilità del reato (anche in relazione alla nuova figura dell'auto-addestrato) è richiesto il dolo specifico, consistente nella coscienza e volontà di addestrare o di fornire istruzioni per la preparazione o l'uso di esplosivi e vari tipi di armi e sostanze chimiche o batteriologiche, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo.

Sul punto la Cassazione ha precisato che, ai fini della configurabilità del delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale, l'art. 270-*quinquies* cod. pen., richiede un duplice dolo specifico, caratterizzato non solo dalla realizzazione di una condotta in concreto idonea al compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, ma anche dalla presenza della finalità di terrorismo descritta dall'art. 270-*sexies* cod. pen. (Sez. 5, n. 29670 del 2/7/2011, Garouan, Rv. 250517).

7. L'attività di apologia.

La Corte ha ripetutamente affermato che ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 414 cod. pen. non basta l'esternazione di un giudizio positivo su un episodio criminoso, per quanto odioso e riprovevole esso possa apparire alla generalità delle persone dotate di sensibilità umana, ma occorre che il comportamento dell'agente sia tale, per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, da determinare il rischio, non teorico, ma effettivo, della consumazione di altri reati e, specificamente, di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato (Sez. 1, n. 8779 del 05/05/1999, Oste, Rv. 214645; nello stesso senso, Sez. 1, n. 11578, del 17/11/1997, Gizzo, Rv. 209140 secondo cui l"elemento oggettivo dell'apologia di uno o più reati punibile ai sensi dell'art. 414, comma terzo, cod. pen., non si identifica nella mera manifestazione del pensiero, diretta a criticare la legislazione o la giurisprudenza o a promuovere l'abolizione della norma incriminatrice o a dare un giudizio favorevole sul movente dell'autore della condotta illecita, ma consiste nella rievocazione pubblica di un episodio criminoso diretta e idonea a provocare la violazione delle norme penali, nel senso che l'azione deve avere la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti o, quanto meno, la probabilità che essi vengano commessi in un futuro più o meno prossimo. (Fattispecie relativa alla pubblicazione, in un periodico di ispirazione anarchica, di tre articoli dedicati alla descrizione di altrettanti attentati a impianti di pubblica utilità, nonché a stabilimenti industriali, e connotati da una forte esaltazione dei fatti, capace di far sorgere il pericolo di ulteriori reati e di turbare l'ordine pubblico).

Si è, peraltro, ripetutamente ricordato che l'accertamento del pericolo concreto di commissione di delitti in conseguenza dell'istigazione o dell'apologia è riservato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato (Sez. 1, n. 25833 del 23/04/2012, Testi, Rv. 253101).

È incontestato che l'apologia possa avere ad oggetto anche un reato associativo e, quindi, anche il delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale di cui all'art. 270-*bis* cod. pen., cosicché il pericolo concreto può concernere non solo la commissione di atti di terrorismo, ma anche la partecipazione di taluno ad un'associazione di questo tipo (art. 270-*bis*, comma 2, cod. pen.).

In tale contesto è stato affrontato il tema della apologia mediante la diffusione su siti internet di documenti di propaganda del c.d. "Stato islamico" e dell'associazione terroristica dell'ISIS.

Sez. 1, n. 265264 del 6/10/2015, Halili, Rv. 265264 ha affermato il principio così massimato "In tema di reato di apologia riguardante delitti di terrorismo, previsto dall'art. 414, comma quarto, cod. pen., il pericolo concreto, derivante dalla condotta dell'agente di consumazione di altri reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal reato esaltato, può concernere non solo la commissione di specifici atti di terrorismo ma anche la adesione di taluno ad un'associazione terroristica".

La Corte ha rigettato il ricorso avverso la decisione che aveva ritenuto la sussistenza del reato di apologia di cui all'art. 414, comma quarto, cod. pen. nella condotta di diffusione su internet di un documento che sollecitava l'adesione dei potenziali lettori allo "Stato islamico", esaltandone la natura combattente e la sua diffusione ed espansione, anche con l'uso delle armi.

Nonostante il ricorrente avesse sostenuto la tesi secondo cui il documento diffuso su internet sollecitasse solo un'adesione "ideologica" dei potenziali lettori allo "Stato islamico" e alle sue caratteristiche di "stato sociale", attento al benessere dei suoi "cittadini", è stato valorizzato il fatto che, invece, lo scritto presupponesse e accettasse la natura combattente e di conquista violenta da parte dell'organizzazione (cioè l'esecuzione di atti di terrorismo), esaltasse la sua diffusione ed espansione, anche con l'uso delle armi, distinguesse l'umanità tra "un campo di Iman esente da ipocrisia e un campo di miscredenza esente da Iman" e valorizzasse "la mappa della futura espansione del Califfato, che in poche parole è l'intero pianeta Terra".

Il documento faceva esplicito riferimento alle "molteplici fazioni militari Islamiche" alleate con il Califfo, riportava una frase del Portavoce ufficiale evocativa della conquista ("Vi promettiamo che, con il permesso di Allah, questa sarà la ultima vostra campagna. Verrà annientata e sconfitta come successe con tutte le vostre ultime campagne. Eccetto per cui questa volta saremo noi ad assaltarvi e non ci assalterete mai più. Se non saremo noi a raggiungervi saranno i nostri figli o i nostri nipoti"), e presentava personaggi ufficialmente classificati come terroristi nei documenti internazionali e conteneva diversi link a siti internet facenti capo all'organizzazione terroristica.

Nella specie era stato eccepito anche che, poiché il delitto di cui all'art. 414, comma 3, cod. pen. è reato contro l'ordine pubblico, esso sarebbe riferibile esclusivamente allo Stato e al suo territorio; l'adesione allo Stato Islamico sarebbe stata, nella specie, finalizzata invece ad esplicare i propri effetti turbativi all'estero: si sarebbe trattato di associazione costituita ed operante all'estero e non punibile in Italia ai sensi degli artt. 7, 8 e 10 cod. pen.

Il corollario che se ne faceva discendere è che non vi fosse la lesione all'interesse giuridico tutelato dalla norma in relazione ad un concetto di "Stato islamico" diverso da quello recepito nel nostro ordinamento e in quello internazionale, vale a dire da quello di un'organizzazione terroristica internazionale.

La Corte ha osservato in primo luogo che l'apologia di reato oggetto della contestazione era stata posta in essere in Italia ed era diretta a soggetti residenti nel nostro Paese (tanto che il documento era stato scritto in italiano); in secondo luogo, ha negato che l'associazione denominata ISIS sia operante esclusivamente all'estero.

"In effetti, il ricorrente si spinge a sostenere che non vi sarebbe punibilità di tale associazione nel nostro Paese ai sensi degli artt. 7, 8 e 10 cod. pen.: ma la giurisprudenza di questa Corte, applicando il principio generale secondo cui, in relazione a reati commessi in parte anche all'estero, ai fini dell'affermazione della giurisdizione italiana è sufficiente che nel territorio dello Stato si sia verificato l'evento o sia stata compiuta, in tutto o in parte, l'azione, con la conseguenza che, in ipotesi di concorso di persone, perché possa ritenersi estesa la potestà punitiva dello Stato a tutti i compartecipi e a tutta l'attività criminosa, ovunque realizzata, è sufficiente che in Italia sia stata posta in essere una qualsiasi attività di partecipazione ad opera di uno qualsiasi dei concorrenti (Sez. 1, n. 41093 del 06/05/2014, Rv. 260703), ha già ritenuto integrante il delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale la formazione di un sodalizio, connotato da strutture organizzative "cellulari" o "a rete", in grado di operare contemporaneamente in più Paesi, anche in tempi diversi e con contatti fisici, telefonici ovvero informatici anche discontinui o sporadici tra i vari gruppi in rete, che realizzi anche una delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all'assistenza agli associati, al finanziamento, alla predisposizione o acquisizione di armi o di documenti falsi, all'arruolamento, all'addestramento, con l'affermazione della giurisdizione italiana in caso di cellula operante in Italia per il perseguimento della finalità di terrorismo internazionale sulla base dell'attività di indottrinamento, reclutamento e addestramento al martirio di nuovi adepti, da inviare all'occorrenza nelle zone teatro di guerra, e della raccolta di denaro destinato al sostegno economico dei combattenti del "Jihad" all'estero (Sez. 6, n. 46308 del 12/07/2012, Rv. 253944; cfr. anche Sez. 5, n. 31389 del 11/06/2008, Rv. 241175 di conferma della condanna per il delitto di cui all'art. 270-bis cod. pen. per imputati che avevano collegamenti con una associazione di natura terroristica, che aveva posto in essere azioni di chiaro stampo terroristico nel Kurdistan)".

Sotto ulteriore profilo, era stato sostenuto che le modalità di diffusione del documento – presente su due siti web – non potessero integrare la natura pubblica dell'apologia: la Corte, condividendo la valutazione del giudice di merito, ha evidenziato invece come l'accesso ai siti fosse libero, senza che esistesse alcun filtro di accesso e che, per di più, lo stesso indagato era consapevole della potenzialità diffusiva della pubblicazione sui siti internet, tanto da sollecitarla su un altro sito chiedendo di "aiutarlo ad espandere (questo lavoro) e farlo leggere ad altri fratelli o sorelle" (Rv 265265).

Nel 2017 le questioni indicate sono state nuovamente affrontate in Sez. 1, n. 24103 del 01/04/2017, Dibrani, Rv. 270604, così massimata: "Integra il reato di istigazione a delinquere, la diffusione, mediante l'inserimento su profilo personale Facebook, di comunicazioni contenenti riferimenti alle azioni militari del conflitto bellico siro-iracheno e all'ISIS che ne è parte attiva, dai quali, anche solo indirettamente, possa dedursi un richiamo alla jihad islamica e al martirio, in considerazione, sia della natura di organizzazioni terroristiche, rilevanti ai sensi dell'art. 270-*bis* cod. pen., delle consorterie di ispirazione *jihadista* operanti su scala internazionale sia della potenzialità diffusiva indefinita della suddetta modalità comunicativa. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale del riesame che aveva disposto la liberazione dell'indagato, escludendo la rilevanza apologetica di alcune videoregistrazioni postate sul profilo *Facebook* tra le quali alcune, riguardanti il conflitto bellico siro-iracheno, prive di espliciti riferimenti all'ISIS e alla matrice islamica radicale che ispirava le sue azioni, ma altre inneggianti esplicitamente alla *jihad* e al martirio)".

Nella specie il tribunale del riesame aveva annullato l'ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa in relazione all'art. 414 cod. pen.; si contestava all'indagato di avere pubblicato su un profilo personale sul *social network*, denominato *Facebook*, materiale apologe-

tico dell'associazione terroristica ISIS. Il materiale postato sul profilo *Facebook* del Dibrani si connotava per la sua matrice islamica radicale e comprendeva: una fotografia con commento di un imam, già arrestato dalla polizia macedone per avere reclutato soggetti affiliati all'Isis; alcune videoregistrazioni inneggianti al martirio religioso jihadista, che riprendevano immagini di individui armati e vestiti con abiti militari mimetici; la condivisione di lunghi brani di discorsi di autorità religiose, appartenenti all'area islamica radicale, che esaltavano l'adesione di singoli combattenti al "califfato" e la loro morte in qualità di martiri jihadisti; materiale di provenienza telematica eterogenea mirante a propagandare l'ideologia e le attività dello stesso sodalizio terroristico, sia sul piano politico che su quello religioso. Questi accertamenti conseguivano alle attività di intercettazione, telefonica e telematica, attivate nel corso delle indagini preliminari, che consentivano di accertare la presenza sul *personal computer* dell'indagato di ulteriore materiale di natura propagandistica e di matrice islamica radicale, avente contenuto analogo a quello postato sul suo profilo *Facebook*.

Il Tribunale del riesame, esclusa preliminarmente la rilevanza penale delle comunicazioni private e interpersonali, fondava la sua ordinanza su una disamina del materiale telematico postato sul profilo Facebook dell'indagato ed escludeva che dette trasmissioni audiovisive contenessero materiale di contenuto apologetico riguardante l'organizzazione terroristica di matrice islamica radicale denominata ISIS.

Secondo il Tribunale le videoregistrazioni in questione, pur riguardando il conflitto bellico in corso di svolgimento sull'area geografica siro-irachena, non contenevano alcun riferimento esplicito allo Stato Islamico dell'Iraq e della Siria e alla matrice islamica radicale che ispirava le sue azioni, limitandosi a diffondere informazioni sull'interpretazione coranica del ruolo di combattenti svolto dagli adepti di fede musulmana che fornivano il loro sostegno al conflitto in questione.

Differente, invece, era il contenuto di altre videoregistrazioni, che, tuttavia, secondo il Tribunale, facevano sì esplicitamente riferimento all'Isis, ma su un piano esclusivamente istituzionale e religioso, riguardante la legittimazione che lo Stato Islamico dell'Iraq e della Siria avrebbe sotto il profilo del riconoscimento internazionale; profilo, quest'ultimo, a sua volta collegato ad una più ampia piattaforma dogmatica, finalizzata a giustificare sul piano teologico la presenza di tale organismo sulla scena internazionale, a prescindere dai richiami alla matrice jihadista dei suoi proclami.

Veniva pertanto esclusa la portata apologetica delle videoregistrazioni sul presupposto che tale materiale audiovisivo risultasse inidoneo a conferire all'attività di propaganda che vi era connessa il rischio di effettiva consumazione di ulteriori reati, tra cui quello di adesione allo Stato Islamico dell'Iraq e della Siria.

Si ribadiva, pertanto, che le videoregistrazioni erano prive di contenuto apologetico e possedevano una valenza esclusivamente rilevante rispetto alla confessione religiosa professata dall'indagato.

A seguito del ricorso della Procura della Repubblica, la Corte ha ritenuto immune da vizi il provvedimento impugnato in relazione alle conversazioni telematiche, escludendone la loro portata apologetica, posto che " i messaggi in questione rimanevano circoscritti «all'ambito conoscitivo del solo ricorrente, ovvero all'interlocuzione individuale con altro soggetto nelle citate conversazioni o in chat, ciò che esclude quella necessaria pubblicità intesa come potenzialità diffusiva indefinita equiparabile alla stampa»".

Si è evidenziato come, per configurare il delitto di cui all'art. 414 cod. pen., occorra che il comportamento del soggetto attivo del reato si connoti per la sua valenza diffusiva, desumibile dalle circostanze di fatto in cui la condotta apologetica si esplica, tale da determinare il rischio concreto – valutabile alla luce del contesto ambientale nel quale le comunicazioni

hanno luogo – di consumazione di altri reati, lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato (cfr. Sez. 1, n. 8779 del 05/05/1999, Oste, Rv. 214645; Sez. 1, n. 11578 del 17/11/1997, Gizzo, Rv. 209140).

Né, si è aggiunto, può rilevare di per sé la circostanza che le condotte apologetiche di cui all'art. 414 cod. pen. abbiano ad oggetto anche l'esternato apprezzamento nei confronti di associazione con finalità di terrorismo internazionale, di cui all'art. 270-*bis* cod. pen., ben potendo il pericolo concreto concernere non solo l'approvata commissione di atti di terrorismo, ma anche la scelta di partecipare ad una siffatta organizzazione; tuttavia, ai fini della configurazione della fattispecie dell'art. 414 cod. pen., non rileva la tipologia dei reati in relazione ai quali si esplica l'attività comunicativa, ma le modalità con cui la comunicazione viene esternata, che devono possedere connotazioni di potenzialità diffusiva, conseguenti al fatto di essere destinate a un numero indeterminato di soggetti e comunque non riconducibili, come nel caso in esame, ad un ambito strettamente interpersonale (cfr. Sez. 1, n. 25833 del 23/04/2012, Testi, cit.; Sez. 1, n. 26907 del 05/06/2001, Vencato, cit.).

Quanto invece alle videoregistrazioni postate su facebook, il percorso motivazionale del tribunale è stato ritenuto viziato; si è ricordato come la giurisprudenza di legittimità, da tempo, abbia affermato che l'attività di proselitismo, fondata su ragioni di carattere etnico o religioso, ben può essere effettuata mediante i canali telematici – tra i quali occorre certamente comprendere il social network denominato Facebook – attraverso cui si mantengono i contatti tra gli aderenti o i simpatizzanti, mediante la diffusione di documenti e testi apologetici, la programmazione di azioni dimostrative, la raccolta di elargizioni economiche, la segnalazione di persone responsabili di avere operato a favore della causa propagandata (cfr., Sez. 5, n. 33179 del 24/03/2013, Scarpino, Rv. 257216; Sez. 3, n. 8296 del 02/12/2004, dep. 2005, Ongari, Rv. 231243).

Si è aggiunto che il Tribunale non aveva tenuto conto delle conseguenze apologetiche che i riferimenti, espliciti e impliciti, al conflitto bellico siro-iracheno – nel quale risulta coinvolta un'organizzazione terroristica di ispirazione jihadista come Ilsis – contenuti nelle videoregistrazioni in esame erano in grado di provocare rispetto ai frequentatori del social network. Nel valutare la portata apologetica di tali videoregistrazioni, quindi, occorreva considerare la natura di organizzazioni terroristiche, rilevanti ai sensi dell'art. 270-*bis* cod. pen., delle consorterie di ispirazione jihadista operanti su scala internazionale, analoghe allo Stato Islamico dell'Iraq e della Siria

Secondo la Corte, nell'affermare che le videoregistrazioni postate su Facebook si limitavano a richiamare il conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio siro-iracheno in termini meramente ideologici, si era trascurato di considerare che i riferimenti ad una delle parti in guerra, rappresentata dall'isis, presupponevano il richiamo alla Jihad islamica, che costituisce la fonte di ispirazione, dichiarata e non controversa, delle azioni militari dello Stato Islamico dell'Iraq e della Siria, e, dall'altra, che costituisce un dato incontrovertibile quello secondo cui la guerra civile attualmente in corso di svolgimento sul territorio siro-iracheno vede contrapposte diverse fazioni militari, una delle quali è rappresentata dallo Stato Islamico dell'Iraq e della Siria, la cui matrice ideologica e religiosa è rappresentata dal richiamo alla Jihad islamica, che ispira le azioni belliche condotte su quell'area del Medio Oriente dall'Isis, e costituisce, su scala internazionale, il collante del terrorismo islamico.

8. Il reato di attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280 cod. pen).

Sez. 1, n. 44850 del 28/03/2017, Albano, è tornata ad occuparsi dell'elemento soggettivo necessario ai fini della configurazione del reato di attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280 cod. pen.)

La vicenda processuale riguardava l"attacco sferrato nel 2013 al cantiere di Chiomonte in provincia di Torino ove era in corso di realizzazione un tunnel geognostico in funzione del collegamento TAV della linea Torino-Lione. Dall'iniziativa era derivato l'incendio di un compressore, utilizzato per alimentare i martelli pneumatici, posto nei pressi dell'imbocco del tunnel. La Corte d'assise d'appello, esposta la sequenza processuale, affrontava la tematica relativa all'inquadramento delle fattispecie di cui agli artt. 280 e 280-*bis* cod. pen.; si chiariva che l'azione si era svolta per la durata di circa quattro minuti, snodandosi su due fronti, l'uno adiacente l'ingresso al tunnel in realizzazione e l'altro più esterno, per creare una sorta di diversivo per le forze di polizia. Riteneva, poi, non sussistente l'ipotesi di cui all'art. 280 cod. pen., poiché obiettivo primario dell'azione era stata la distruzione dei mezzi d'opera e non già l'offesa agli operai addetti alle lavorazioni. Escludeva ancora la sussistenza della finalità di terrorismo e la Corte d'assise d'appello addiveniva ad assoluzione dalle relative contestazioni.

Aveva presentato ricorso per cassazione il Procuratore generale presso la Corte d'appello osservando come la sentenza impugnata fosse giunta a ritenere che per aversi attentato fosse necessario, sul piano dell'elemento oggettivo, che ricorressero atti idonei diretti in modo non equivoco a cagionare la morte o lesione delle persone individuate come bersaglio e, su quello soggettivo, che ricorresse il dolo di omicidio o di lesioni.

Contrariamente, riteneva il ricorrente, che fosse configurabile la fattispecie in esame anche allorquando, sul piano oggettivo, l'azione non si fosse rivolta alla morte o alla lesione di persone ma fosse diretta al pericolo concreto per la vita o l'incolumità delle persone stesse. Nella vicenda di specie si sarebbe, pertanto, dovuto appurare se i soggetti avessero creato un pericolo concreto per l'incolumità delle persone o se avessero solo accettato il rischio del verificarsi degli eventi oggetto di pericolo.

La Corte di cassazione, valorizzando la motivazione della sentenza impugnata – in cui era stato chiarito come: a) l'obiettivo primario dell'attacco fosse la distruzione dei mezzi d'opera destinati alla realizzazione del tunnel geognostico; b) contro il compressore di alimentazione dei martelli pneumatici, situato all'ingresso del cunicolo, furono lanciate le molotov; c) l'azione non fosse diretta all'offesa degli operai addetti alle relative lavorazioni, che non furono mai i diretti destinatari dei gesti di lancio; d) i soggetti preposti al presidio del cantiere furono solo bersaglio del lancio di sassi, petardi e fuochi d'artificio, per assicurare la copertura necessaria a permettere l'accesso al cantiere e il raggiungimento della pista sovrastante il cunicolo stesso, da cui colpire i mezzi di lavoro sottostanti; e) le stesse bottiglie molotov, dunque, furono oggetto d'impiego in sostanza solo verso i mezzi d'opera che si trovavano nei pressi del tunnel- ha escluso la sussistenza del dolo di attentato all'incolumità delle persone, richiesto dall'art. 280 cod. pen., (nello stesso senso Sez. 1, n. 47479 del 16/07/2015, P.M. in proc Alberti e altri, Rv. 265404).

Secondo la Corte *"attentare all'incolumità della persona o alla vita significa, invero, porre in essere un'azione idonea e diretta in modo non equivoco ad attingere i beni indicati. Il dolo della fattispecie non si differenzia affatto dall'ipotesi in cui il soggetto è riuscito nell'intento ed ha prodotto la lesione dell'incolumità o la morte del soggetto passivo. Ciò è quanto si ricava direttamente dall'esame dei commi 2 e 4 dell'art 280 cod. pen. La norma ricalca, infatti, nella sua struttura, il tentativo, categoria in cui non si è mai dubitato che l'elemento soggettivo del delitto fosse di natura e consistenza identica a quella della omologa fattispecie di parte speciale, nella forma consumata e dalla cui combinazione con l'art. 56 cod. pen. gemma il delitto nella forma tentata. Ciò premesso si intende come non possa convincere l'argomentazione spesa in ricorso, secondo cui oggetto del dolo del delitto di attentato sarebbe, appunto, non la rappresentazione e la volizione della lesione alla incolumità o alla*

vita, ma la sola messa in pericolo (sia pur concreto) dei beni anzidetti. Agire al fine e con la consapevolezza, non di recare lesione all'incolumità o di produrre la morte, ma di mettere solo in pericolo concreto quei beni, significa, secondo le categorie dogmatiche penalistiche, accettare il rischio della verificazione, sul piano naturalistico, degli eventi indicati. L'azione finirebbe per qualificarsi, pertanto, come sorretta dal dolo cd. eventuale o indiretto. Forma di dolo siffatto non risulta, contrariamente e pacificamente, compatibile con le fattispecie d'attentato. D'altro canto che l'oggetto del dolo non si limiti al mero "pericolo di lesione", sia pur concreta, come sostenuto dal ricorrente, è supportato dal dato testuale della norma di cui all'art. 280 cod. pen. Essa al comma 4 prevede che, nel caso di morte della persona, si applichi l'ergastolo, là dove l'agente abbia attento alla vita; si applicherà la reclusione di anni trenta là dove l'agente abbia, contrariamente, attentato all'incolumità e provocato la morte. In questo caso il soggetto… agisce solo con il dolo tipico di ledere l'incolumità e produce l'evento ulteriore della morte. È chiaro dalla formulazione normativa che l'azione è sorretta da dolo diretto di lesioni e non da mera rappresentazione e volizione del puro pericolo concreto di esse" (nello stesso senso, Sez. 6, n. 28009 del 2014, Alberto, Rv. 260078 secondo cui "nei delitti di attentato, la volontà dell'agente deve dirigersi direttamente verso gli eventi naturalistici presi in considerazione dalla norma incriminatrice, non potendosi ritenere sufficiente la sussistenza del dolo eventuale", così che "se fosse affermata una ricostruzione in fatto tale da ridurre l'atteggiamento degli assalitori ad una mera accettazione del rischio di colpire delle persone, dovrebbe dedursene la impossibilità di qualificare l'azione come delitto di attentato, per la già chiarita incompatibilità tra la struttura tipica delle fattispecie in questione ed il dolo eventuale". Egualmente si è ribadito che per integrare il delitto di attentato per finalità terroristiche o eversive di cui all'art. 280 cod. pen., non è sufficiente la sola rappresentazione ed accettazione del rischio dell'evento lesivo, ma è necessario che la condotta dell'agente sia intenzionalmente diretta a ledere la vita o l'incolumità di una persona, quali beni protetti dalla norma (Sez. 1, n. 47479 del 16/07/2015, Alberti e altri, Rv. 265404).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 28009 del 15/5/2014, Alberto, Rv. 260076
Sez. 1, n. 47479 del 16/7/2015, Alberti, Rv. 265405
Sez. U., n. 2110 del 23/11/1995, dep. 1996, Fachini, Rv. 203770
Sez. 1, n. 25949 del 27/05/2008, Minotti ed altro, Rv. 240465
Sez. 6, n. 36776 del 1 luglio 2003, Nerozzi, Rv. 226049
Sez. 5, n. 12252 del 23/2/2012, Bortolato, Rv. 251920
Sez. 5, n. 75 del 18/7/2008, Laagoub, Rv. 242355
Sez. 1, n. 8952 del 7/4/1987, Angelini, Rv. 176516
Sez. 1, n. 22719 del 22/3/2013, Lo Turco, Rv. 256489
Sez. 1, n. 30824 del 15/6/2006, Tartag, Rv. 234182
Sez. 1, n. 1072 del 11/10/2006, Bouyahia Maher, Rv. 235289
Sez. 5, n. 2651 del 8/10/2015, dep. 2016, Nasr Osama, Rv. 265924
Sez. 6, n. 46308 del 12/7/2012, Chahchoub, Rv. 253943
Sez.1, n. 22673 del 22/4/2008, Di Nucci, Rv. 240085
Sez. 2, n. 25452 del 21/02/2017 Beniamino
Sez. U, n. 33748 del 12 luglio 2005, Mannino, Rv. 231673
Sez. 2, n. 28753 dell'1/4/2016, Iacovacci, Rv. 267512
Sez. 1, n. 21686 del 22/4/2008, Fabiano, Rv. 240075
Sez. 1, n. 25949 del 27/05/2008, Minotti, Rv. 240465
Sez. 5, n. 46340 del 4/7/2013, Stefani, Rv. 257547
Sez. 6, n. 3241 del 10/2/1998, Cadinu, Rv. 210680
Sez. 5, n.48001 del 14/7/2016, Hosni, Rv. 268164
Sez. 2, n. 669 del 21/12/2004, dep. 2005, Ragoubi, Rv. 230431
Sez. 2, n. 5831 del 14/2/1985, Agresti, Rv. 169747.
Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bakaj
Sez. 1, n. 47489 del 6/10/2015, Halili, Rv. 265264
Sez. 2, n. 17772 del 02/02/2017, Veapi
Sez. 1, n. 38220, del 12/07/2011, Korchi, Rv. 251363
Sez. I, n. 4433 del 6/11/2013, dep. 2014, El Abboubi, Rv. 259020
Sez. 5, n. 29670 del 2/7/2011, Garouan, Rv. 250517
Sez. 1, n. 8779 del 05/05/1999, Oste, Rv. 214645
Sez. 1, n. 11578, del 17/11/1997, Gizzo, Rv. 209140
Sez. 1, n. 25833 del 23/04/2012, Testi, Rv. 253101
Sez. 1, n. 24103 del 01/04/2017, Dibrani, Rv. 270604
Sez. 5, n. 33179 del 24/03/2013, Scarpino, Rv. 257216
Sez. 3, n. 8296 del 02/12/2004, dep. 2005, Ongari, Rv. 231243
Sez. 1, n. 44850 del 28/03/2017, Albano

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 62 del 1986
Corte cost., sent. n. 333 del 1991
Corte cost., sent. n. 263 del 2000
Corte cost., sent. n. 225 del 2008
Corte cost., sent. n. 172 del 2014

TERZA PARTE

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I

GIURISDIZIONE E COMPETENZA

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI CONFLITTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICI ORDINARI E MILITARI

(Mariaemanuela Guerra)

Sommario: 1. Premessa – 2. La prima questione: l'individuazione dell'Ufficio requirente legittimato a partecipare al giudizio sul conflitto di giurisdizione tra giudici ordinari e militari. - 2.1. La seconda questione: l'estensione del sindacato della Corte regolatrice sulla "medesimezza" del fatto. – 3. La soluzione resa dalle Sezioni Unite sulla prima questione. - 3.1. *(Segue)*: la soluzione sulla seconda questione. – 4. Gli altri principi espressi: la configurabilità del concorso tra i reati di minaccia a pubblico ufficiale, previsto dall'art. 336 cod. pen., e di istigazione aggravata di militari a disobbedire alle leggi, di cui all'art. 266 cod. pen. - 4.1. *(Segue):* l'individuazione del reato di maggiore gravità ai sensi dell'art. 13, comma 2, cod. proc. pen. - 4.2. *(Segue):* gli effetti della pronuncia risolutiva del conflitto di giurisdizione.

1. Premessa.

Nella *Rassegna* relativa alle pronunce emesse dalla Corte di cassazione nel 2016, si è fatto cenno alla pronuncia n. 18621 del 23 giugno 2016 con la quale le Sezioni Unite hanno dato soluzione alla problematica relativa ai rapporti tra gli autonomi Uffici del Pubblico ministero incardinati presso la Corte di cassazione, rispettivamente la Procura generale (ordinaria) e la Procura generale militare, individuando quello legittimato a partecipare all'udienza camerale nel giudizio di risoluzione del conflitto di giurisdizione tra giudice militare e ordinario.

Alla luce delle articolate motivazioni depositate in data 14 aprile 2017, è interessante svolgere un'analisi più approfondita di tale decisione, in considerazione dei diversi principi di diritto affermati su una serie di questioni connesse alla delicata tematica della risoluzione del conflitto di giurisdizione.

Brevemente gli elementi relativi alla fattispecie oggetto del ricorso.

L'imputato, luogotenente dell'Arma dei Carabinieri, era stato condannato in primo grado dal Tribunale militare, per il reato p. e p. dagli artt. 146, 47 n. 2, cod. pen. mil. pace (minaccia ad un inferiore per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri, con l'aggravante del grado rivestito) e dal Giudice per l'udienza preliminare ordinario, per i reati p. e p. dagli artt. 81, 266, commi 1, 2 e 4 e 336 cod. pen. (istigazione di militari a disobbedire alle leggi, in luogo pubblico e in presenza di più persone e minaccia a pubblico ufficiale, in continuazione, in relazione alla medesima condotta. In particolare, all'imputato veniva contestato di aver minacciato, con più espressioni verbali, i militari, di grado inferiore, componenti di una pattuglia dei carabinieri, impegnati in un controllo su strada, al fine di indurli a non portare a termine l'atto d'ufficio in corso, costituito dalla sottoposizione ad alcoltest, e consequenziale contestazione delle violazioni al codice della strada, del conducente di un veicolo fermato, conoscente dell'imputato.

In entrambi i giudizi di primo grado, sia in quello militare che in quello ordinario, il difensore dell'imputato aveva chiesto, con esito negativo, la proposizione del conflitto di giurisdizione ai sensi dell'art. 13, comma 2, cod. proc. pen., secondo cui, in caso di connessione tra procedimenti per reati militari e procedimenti per reati comuni, la competenza per tutti i reati appartiene al giudice ordinario quando il reato comune contestato dall'autorità giudiziaria ordinaria sia più grave di quello militare, tenuto conto dei criteri dettati dall'art. 16, comma 3, cod. proc. pen.

Proposto appello avverso le due sentenze, con impugnativa anche delle due ordinanze di rigetto del conflitto, la Corte d'appello militare, rilevava il conflitto positivo di giurisdizione e investiva la Corte di cassazione della sua risoluzione, sul rilievo che, essendo «incontestabilmente unica» la condotta ascrivibile all'imputato nei distinti procedimenti, risultava inapplicabile il citato art. 13, la cui disciplina presuppone la diversità delle fattispecie e dei fatti contestati all'imputato ed, inoltre, che ricorrerebbe un'ipotesi di concorso apparente di norme incriminatrici, con prevalenza della giurisdizione militare in ossequio al criterio della maggiore specialità, dato il riferimento al valore altamente specializzante della tutela di interessi protetti dall'ordinamento penale militare.

La Prima Sezione, investita del conflitto di giurisdizione, ha rimesso il procedimento alle Sezioni Unite, ravvisando i presupposti di cui all'art. 618 cod. proc. pen. con riferimento alle due seguenti questioni interpretative:

1) *"Se alla udienza partecipata davanti alla Corte regolatrice del conflitto di giurisdizione, promosso dal giudice militare nei confronti di quello ordinario, debba intervenire, in qualità di pubblico ministero, il Procuratore generale della Corte di cassazione o il Procuratore generale militare, ovvero entrambi.*
2) *Se in sede di regolamento del conflitto positivo di giurisdizione tra il giudice ordinario e quello militare sia riconosciuta alla Corte regolatrice la possibilità di escludere uno dei reati per il quale sia già intervenuta sentenza di condanna in primo grado.".*

2. La prima questione: l'individuazione dell'Ufficio requirente legittimato a partecipare al giudizio sul conflitto di giurisdizione tra giudici ordinari e militari.

Sulla prima questione non si registrava un contrasto interpretativo in atto, in quanto in sede di regolamento di conflitti tra il giudice militare e quello ordinario la Corte ha sempre giudicato con l'intervento in camera di consiglio del Procuratore generale della Repubblica ordinario (Sez. 1, n. 50012 del 01/12/2009, Mollicone, Rv. 245981; Sez. U, n. 25 del 24/11/1999, Di Dona, Rv. 214693; Sez. 1, n. 3695 dei 18/05/1999, Cascella, Rv. 213871; Sez. 1, n. 6780 del 02/12/1997, dep. 23/01/1998, Maida, Rv. 209374; Sez. 1, n. 897 del 10/02/1997, Priebke, Rv. 206876; Sez. 1, n. 3312 del 08/07/1992, Maltese, Rv. 191755). Tuttavia, la Sezione rimettente reputava di dover dissentire a tale indirizzo consolidato, dubitando della sua razionalità e giuridica correttezza giuridica, con possibili ricadute sul contraddittorio camerale.

Osservava la Sezione come in assenza di una esplicita previsione legislativa che individui quale sia l'ufficio del pubblico ministero legittimato a partecipare al giudizio risolutivo del conflitto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice militare, la circostanza che l'oggetto della deliberazione si configuri, quale che sia il suo epilogo, lungo la linea di demarcazione di entrambe le giurisdizioni, ordinaria e militare, non può escludere il potere di intervento del Procuratore generale militare. In realtà, potrebbero profilarsi plurime opzioni interpretative: oltre all'alternativa tra (a) l'intervento del Procuratore generale della Repubblica (ordinario) e (b) l'intervento del Procuratore generale militare, anche la ulteriore ipotesi (c) dell'intervento di entrambi gli uffici del Pubblico Ministero, costituiti presso la Corte Suprema di cassazione.

Ed infatti, l'art. 32, comma 1, cod. proc. pen., nel disciplinare il procedimento per la risoluzione del conflitto, opera il rinvio alle «*forme previste dall'art. 127*» cod. proc. pen., senza fornire alcuna indicazione testuale orientativa in merito alla questione in esame, poiché operano soltanto un generico riferimento al *pubblico ministero,* nonostante che presso la Suprema Corte vi sia duplicità di soggetti processuali e ordinamentali aventi tale qualità. Nemmeno appaiono risolutive le previsioni generali di cui agli artt. 76, primo comma, e 65 dell'ordinamento giudiziario, R.D. n. 12 del 1941, che, rispettivamente, specificano le attribuzioni della Corte di cassazione in tema di risoluzione dei conflitti e sanciscono l'obbligo di intervento del pubblico ministero presso la Corte «*in tutte le udienze civili e penali*», e, dunque, anche nelle udienze camerali partecipate ai sensi dell'art. 127 cod. proc. pen.

Oltre alla assenza di alcuna *regula iuris* enucleabile dalle norme vigenti sulla quale fondare la legittimazione esclusiva del Procuratore generale della Corte di cassazione, veniva evidenziato come nemmeno in tema di confitti di competenza tra giudici militari nella prassi fosse pacifico che la legittimazione ad intervenire in camera di consiglio spettasse esclusivamente al Procuratore generale militare: in proposito, venivano richiamate alcune decisioni intervenute ad esito di procedimenti che hanno visto la partecipazione del Procuratore generale ordinario (Sez. 1, n. 43463 del 01/10/2004, Natalino, Rv. 230701; Sez. 1, n. 16611 del 12/02/2001, Sorrentino, Rv. 218614; Sez. 1, n. 2077 del 29/03/1996, Vittucci, Rv. 205483; Sez. 1, n. 2790 del 08/05/1995, Bronzi, Rv. 202098 e Sez. 1, n. 1316 del 01/03/1995, Marchese, Rv. 201449).

Nondimeno, osservava la Sezione rimettente, proprio la specialità della giurisdizione militare, costantemente riconosciuta anche dalle pronunce della Corte costituzionale, evidenzierebbe come sarebbe incongruente aver previsto l'istituzione dell'ufficio autonomo del pubblico ministero militare in Cassazione se poi gli venisse negato il diritto di intervenire presso la Suprema Corte, in relazione ad una sfera, quale appunto quella relativa alla possibile sussistenza della giurisdizione militare, indissolubilmente connessa all'espletamento delle sue funzioni. In altri termini, in base a tale interpretazione, non si riteneva giustificabile, da un lato, negare detta legittimazione in caso di conflitto di giurisdizione, e, dall'altro, riconoscerla con riferimento ai conflitti di competenza tra giudici militari.

Tenuto conto della peculiarità dell'oggetto della decisione e della novità della situazione processuale profilatasi all'attenzione del Supremo collegio, è stata disposta la congiunta partecipazione sia del Procuratore generale ordinario, sia del Procuratore generale militare, che hanno rassegnato le rispettive conclusioni di seguito illustrate.

Il Procuratore generale militare ha sostenuto la tesi della necessaria legittimazione di entrambi i pubblici ministeri (ordinario e militare), osservando come la costituzione presso la Corte Suprema di cassazione dei due distinti ed autonomi uffici del pubblico ministero differenzierebbe, sul piano dell'assetto ordinamentale, tale ufficio giudiziario da tutti gli altri per i quali vige, al contrario, il principio dell'unicità del p.m. Ed allora, poiché detta distinzione si riverbera nel criterio di selezione informato al canone della preminenza della regiudicanda – o dell'oggetto della deliberazione – alla giurisdizione ordinaria ovvero a quella speciale militare, sarebbe consequenziale riconoscere in sede di regolamento di giurisdizione tra giudici ordinari e militari, ove non è evidentemente possibile delineare a priori quale sarà il giudice ritenuto competente, la legittimazione di entrambi gli uffici della Procura Generale, sia quello ordinaria sia quello militare, a far sentire la loro "voce", a pena di violazione dell'art. 178, lett. b), cod. proc. pen., nella parte concernente la partecipazione al procedimento del pubblico ministero.

Viceversa, il Procuratore generale ha espresso l'avviso della legittimazione ad intervenire nelle udienze definitorie di conflitti di giurisdizione del solo Procuratore generale "ordina-

rio", quale organo requirente presso la Corte di cassazione individuato in via ordinaria dalla normativa vigente. Sosteneva che dal punto di vista storico e sistematico, il Procuratore generale militare presso la Corte di cassazione è stato istituito con una sfera di intervento limitata, ovvero soltanto quando la Corte giudica sui reati militari. Viceversa, al Procuratore generale "ordinario" presso la Corte di cassazione è affidato il compito di vegliare "alla osservanza delle leggi" e "alla pronta e regolare amministrazione della giustizia", nell'interesse collettivo generale, senza cioè essere portatore di uno specifico interesse istituzionale ad un determinato esito del processo.

2.1. La seconda questione: l'estensione del sindacato della Corte regolatrice sulla "medesimezza" del fatto.

Per quanto attiene alla seconda *questio iuris* la Sezione rimettente si chiedeva se e con quali effetti la Corte regolatrice in caso di conflitto insorto tra giudice ordinario e giudice militare già «procedenti entrambi in grado di appello», possa "escludere" la sussistenza di uno dei reati contestati dai giudici in conflitto e per il quale sia già intervenuta condanna in primo grado. Più precisamente, sottolineava come, nella fattispecie, a fronte di una condotta materiale descritta in modo conforme si erano registrate diverse qualificazioni giuridiche approdate a sentenza da parte, rispettivamente, del giudice ordinario e di quello militare. Ed allora, la Sezione poneva il problema se, alla luce della contestazione ulteriore del reato di istigazione *ex* art. 266 cod. pen. effettuata nel procedimento del giudice ordinario e per il quale è già intervenuta condanna in primo grado, fosse possibile per la Corte di cassazione apprezzare la corrispondenza della "frazione difforme" o "eccedente" della condotta incriminata ad una effettiva porzione o ad un effettivo aspetto dell'unitaria condotta dell'imputato al fine di determinare l'esito del conflitto.

Considerava, come qualora si ritenesse di aderire all'orientamento che incentra la nozione di "medesimo fatto" contenuta nell'art. 28 cod. proc. pen. sulla condotta materiale, senza tener conto delle concorrenti qualificazioni giuridiche formulate, la soluzione del conflitto avrebbe dovuto essere nel senso di riconoscere la specialità prevalente alla giurisdizione militare, travolgendo la decisione assunta dal giudice ordinario, anche in merito all'ulteriore ipotesi di reato di istigazione.

Al contrario, valorizzando l'esistenza della ulteriore imputazione ritenuta dal solo giudice ordinario, si sarebbe dovuti pervenire a diverso risultato o nel senso di ritenere tale contestazione estranea al tema conflittuale, oppure facendo ricorso al criterio regolativo di cui all'art. 13, comma 2, cod. proc. pen., che, in tema di connessione tra procedimenti comuni e militari, attribuisce la competenza per tutti alla giurisdizione ordinaria nell'ipotesi di reato comune più grave rispetto a quello militare (Sez. U, n. 5135 del 25/10/2005, dep. 2006, Maldera, Rv. 232661).

La Prima Sezione riteneva che dagli arresti della Corte non emergesse una indicazione univoca per risoluzione di tale problematica. Da un lato, infatti, richiamava pronunce che, evidenziando come la disciplina dei conflitti sia finalizzata a prevenire la violazione del principio del *nebis in idem* (Sez. 1, n. 26829 del 15/04/2011, Consorte, Rv. 250873; Sez. 1, n. 1700 del 14/07/1982, Bartolorsi, Rv. 155123), affermano la sussistenza di un potere della Corte regolatrice di valutare la rispondenza tra fatto materiale e contestazione ipotizzata, tale da ricondurre al medesimo fatto anche le eventuali differenti qualificazioni giuridiche formulate nei diversi procedimenti (Sez. 1, Sentenza n. 666 del 26/01/1999, Grenci, Rv. 213285); dall'altro, invece, segnalava altre sentenze (particolarmente in materia di conflitti di competenza) che puntualizzano come la decisione per la risoluzione del conflitto debba essere adottata sulla base della contestazione formulata dal pubblico ministero, a

meno che non contenga rilevanti errori immediatamente percepibili (Sez. 1, n. 11047 del 24/02/2010, Guida, Rv. 246782; Sez. 4, n. 29187 del 19/06/2007, Paja, Rv. 236997). Aderendo a quest'ultimo indirizzo ermeneutico, valutava la Sezione rimettente, la Corte regolatrice si sarebbe dovuta limitare ad una semplice presa d'atto della contestazione operata nel procedimento di maggior ampiezza, pur se erronea.

3. La soluzione resa dalle Sezioni Unite sulla prima questione.

Le Sezioni Unite aderiscono alla soluzione interpretativa prevalente, che, appunto, individua la legittimazione alla partecipazione all'udienza camerale del solo Procuratore generale ordinario, con esclusione, quindi del Procuratore generale, militare. In particolare, hanno affermato che: «*All'udienza in camera di consiglio davanti alla Corte di cassazione, regolatrice del conflitto di giurisdizione instaurato tra il giudice ordinario e il giudice militare, è legittimato a partecipare esclusivamente il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione*.» (Rv. 269584).

Ritenendo che il quesito formulato dovesse trovare risposta alla luce della cornice ordinamentale, il Supremo collegio svolge preliminarmente una analitica ricostruzione della evoluzione della posizione del giudice speciale militare e del Procuratore militare, nel sistema costituzionale. In proposito, evidenziano le Sezioni Unite, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha da sempre inteso la giurisdizione militare in termini di eccezione, circoscritta entro confini rigorosamente ristretti, in deroga alla giurisdizione ordinaria, che per il tempo di pace è la normale giurisdizione anche con riguardo ai reati militari (Corte cost. , sent. n. 119 del 1957; sent. n. 29 del 1958). Ed infatti, viene in rilievo il fondamentale principio di unità della giurisdizione, affermato dall'art. 102 Cost., rispetto al quale l'art. 103 Cost. – in base al quale «*i tribunali militari in tempo di pace hanno la giurisdizione stabilita dalla legge soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze Armate*» – costituisce una eccezione (Corte cost., n. 48 del 1959, n. 112 del 1986; n. 113 del 1986; n. 206 del 1987); in questa prospettiva, pertanto, la giurisdizione normalmente da adire è quella dei giudici ordinari anche nella materia militare (Corte cost., sent. n. 429 del 1992; n. 271 del 2000).

Viene, quindi, rilevato il profondo processo di trasformazione che dopo l'entrata inn vigore della Costituzione ha interessato l'ordinamento giudiziario militare, teso a ridurne i caratteri distintivi rispetto a quello ordinario con riferimento sia alla materie di competenza che alle diverse modalità di autonomia organizzatoria, in attuazione del principio di unità della giurisdizione. In primo luogo, infatti, da un lato, si è registrata una progressiva devoluzione alla cognizione del giudice ordinario di un significativo numero di reati già attribuiti alla cognizione del tribunale militare, e, dall'altro, il codice di rito ha introdotto l'art. 13, comma 2, cod. proc. pen. (abrogando tacitamente la disposizione già prevista dall'art. 264 cod. pen. mil. pace) che prevede quale regola generale l'assegnazione all'autorità giudiziaria ordinaria della competenza sui reati militari nell'ipotesi di connessione con un più grave reato comune.

In secondo luogo, inoltre, sul piano ordinamentale, sono state introdotte novità significative dalla legge 7 maggio 1981, n. 180, che ha modificato l'ordinamento militare di pace, e dalla legge 30 dicembre 1988, n. 561, che ha istituito il Consiglio della Magistratura Militare, organo di garanzia parametrato su quello che la Costituzione prevede per la magistratura ordinaria. Suddetti interventi hanno esteso al procedimento penale militare il sindacato di legittimità della Corte di cassazione secondo la disciplina ordinaria. Sono da menzionare la previsione di cui all'art. 6, che dà ingresso al ricorso per Cassazione contro i provvedimenti dei giudici militari «secondo le norme del codice di procedura penale», e quella contenuta

nell'art. 5, che ha istituito presso la Corte di cassazione l'Ufficio del pubblico ministero militare, «*composto dal Procuratore Generale Militare della Repubblica, scelto tra i magistrati militari di Cassazione nominati alle funzioni direttive superiori, e da uno o più sostituti procuratori generali militari, magistrati militari di cassazione*.».

Si è così data attuazione alla VI disp. trans. Cost., secondo comma, in base alla quale, il legislatore, entro un anno dalla entrata in vigore della Costituzione, doveva provvedere al riordinamento del Tribunale supremo militare, in relazione all'art. 111 Cost. costituzionale.

Tramite la soppressione del Tribunale supremo militare e l'attribuzione alla Corte di cassazione del potere di decisione sui ricorsi avverso le decisioni dei giudici militari, secondo le regole ordinarie, la tipica funzione nomofilattica della Suprema corte, di cui all'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario, è stata così estesa anche con riferimento al diritto penale militare.

Ma se l'art. 6 ha uniformato, in relazione al giudizio di legittimità, il rito militare a quello ordinario, l'art. 5 ha voluto garantire anche in sede di Cassazione, l'apporto specialistico offerto dai magistrati militari, con specifico riferimento alle funzioni requirenti, prevedendo l'intervento del pubblico ministero militare in luogo di quello comune nei giudizi riguardanti reati militari. Ebbene, ritengono le Sezioni Unite, questa particolarità non è sufficiente per mutare la natura del supremo e unico giudice di legittimità in materia penale, in quanto si limita ad introdurre un elemento di specializzazione, giustificato dalla specialità della materia.

Infine, il percorso di normalizzazione e di democratizzazione costituzionale della giustizia militare ha trovato il suo definitivo (e attuale) assetto con il decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, recante il Codice dell'ordinamento militare. Implicitamente rinviando all'art. 5 della legge n. 180 del 1981, l'art. 58 del decreto legislativo, nell'inquadrare gli uffici del pubblico ministero militare, ribadisce la presenza della Procura generale militare presso la Corte di cassazione, definendone la composizione (il Procuratore generale militare della Repubblica, magistrato militare con funzioni direttive superiori requirenti di legittimità; due sostituti procuratori generali militari, magistrati militari di legittimità che abbiano conseguito la quarta valutazione di professionalità).

Alla luce di quanto premesso, le Sezioni Unite, precisano come, nonostante l'assenza di una esplicita previsione normativa sul punto, dallo stesso sistema processuale e dalla natura del giudizio definitorio della giurisdizione sia enucleabile la *regula iuris* asseverante l'intervento esclusivo del Procuratore generale ordinario ex artt. 32 e 127 cod. proc. pen. Diversamente opinando, osservano, verrebbe contraddetto il concetto stesso di "unicità della giurisdizione", di cui le decisioni risolutive dei conflitti di giurisdizione costituiscono la più emblematica manifestazione, in grado di introdurre nello stesso giudizio regolatore della giurisdizione un improprio contrasto endoprocedimentale, che potrebbe indirettamente "far velo" sulla chiarezza e "definitività" delle decisioni *ex* art. 32 cod. proc. pen.

In definitiva, rimarcano, l'istituzione di un «autonomo ufficio» del pubblico ministero militare presso la Corte di cassazione, risponde esclusivamente ad una esigenza di simmetria ordinamentale correlata alla estensione del giudizio di legittimità a tutte le decisioni dei giudici militari e alla coeva soppressione del Tribunale Supremo militare stabilite dalla legge n. 180 del 1981, piuttosto che all'intento di dar vita ad un ufficio volto a replicare e duplicare le attribuzioni istituzionali proprie dell'ufficio requirente "ordinario" presso la Corte di cassazione. In sostanza, la riconosciuta autonomia dell'ufficio requirente militare attiene all'assetto organizzativo ma non significa né pariordinazione operativa (cioè identità di attribuzioni e prerogative, di poteri e doveri), né equivalenza funzionale.

La razionalità e la correttezza giuridica della tesi adottata, inoltre, trova piena conferma a livello sistematico sulla base delle ulteriori argomentazioni di seguito illustrate.

In primo luogo, si richiama la giurisprudenza civile che in materia disciplinare nei confronti dei magistrati militari individua quale organo legittimato a partecipare alle udienze avanti alla Corte di cassazione il solo Procuratore generale "ordinario", in virtù della propria competenza ordinamentale a tutela dell'interesse generale (Sez. U civ., n. 7 del 19/01/2001, P.G. militare contro Roberti, Rv. 543339).

In secondo luogo, viene menzionata la posizione riconosciuta al Procuratore generale della Corte dei conti che, legittimato a proporre ricorso per cassazione o a resistervi in materia di giurisdizione contabile, nella fase dibattimentale, tuttavia, è presente attraverso il Procuratore generale presso la Cassazione, "stante l'unitarietà della figura del Pubblico ministero" (Sez. U civ., n. 1282 del 02/03/1982, Muccioli, Rv. 419154; Sez. U civ., n. 404 del 17/01/1991, Cerroni, Rv. 470518; Sez. U civ., n. 12866 del 09/12/1992, Soddu, Rv. 479862).

Infine, viene ricordato l'indirizzo interpretativo espresso dal Consiglio di Stato che, richiesto dal Ministero della Difesa nel 2008 e nel 2012 di un parere sull'inquadramento giuridico e sul trattamento economico del Procuratore generale militare presso la Corte di cassazione, ha perentoriamente precisato come il Procuratore generale militare presso la Corte di cassazione abbia una competenza settoriale limitata al diritto penale militare, non equiparabile a quella generale, che nell'ordinamento spetta solo al Procuratore generale presso la Corte di cassazione; conseguentemente, le funzioni del Procuratore generale militare presso la Corte di cassazione hanno una latitudine recessiva, racchiusa nei giudizi di legittimità aventi ad oggetto esclusivamente reati militari (residualmente attribuendosi, quindi, un diritto di intervento del Procuratore generale militare nei soli giudizi risolutivi di conflitti di competenza tra giudici militari).

3.1. *(Segue)*: la soluzione sulla seconda questione.

La seconda *questio iuris* posta nell'ordinanza di rimessione involge la tematica della latitudine del sindacato della Corte regolatrice dei conflitti di giurisdizione nell'apprezzamento della "medesimezza" del fatto.

In merito, il principio affermato è stato massimato nei seguenti termini: «*In sede di risoluzione del conflitto di giurisdizione, la Corte di cassazione, accertata la sussistenza della "medesimezza" del fatto sulla base della piena conoscenza degli atti e delle vicende processuali pendenti innanzi ai giudici in conflitto, è chiamata anche a valutare, discrezionalmente e in piena autonomia, se la qualificazione giuridica del fatto storico (nelle sue componenti di condotta, evento e nesso causale) attribuita dall'uno o dall'altro giudice sia corretta, procedendo – in caso contrario – a delineare essa stessa l'esatta definizione da attribuirgli, con la conseguente designazione dell'organo giudiziario chiamato a giudicare sullo stesso. (Nella fattispecie, la S.C. ha riconosciuto la medesimezza del fatto commesso dall'imputato per il quale era stato condannato in primo grado, rispettivamente, dal giudice ordinario per il reato di cui agli artt. 266 e 336 cod. pen., e dal giudice militare per il reato di cui all'art. 146 cod. pen. mil. pace, risolvendo il conflitto insorto a favore del giudice ordinario in base al disposto dell'art. 13, comma secondo, cod. proc. pen., in ragione della oggettiva maggiore gravità dell'ulteriore reato di cui all'art. 266 cod. pen. contestato dal giudice ordinario, ritenuto astrattamente configurabile nella condotta tenuta dall'imputato).*» (Rv. 269585).

È da notare come le Sezioni Unite manifestino l'esigenza di fare chiarezza e "sgombrare il campo da incertezze", adottando una soluzione per così dire "sincretica" dei diversi principi espressi dalle varie pronunce adottate negli ultimi anni sul tema della "medesimezza"

del fatto. Ritengono, infatti, che gli orientamenti richiamati dalla Sezione rimettente come manifestazione di un contrasto, esprimono, in realtà, posizioni che si armonizzano tra loro, nella misura in cui sono lette in successione cronologica; in altri termini, i principi affermati nelle diverse sentenze citate sono da ritenere espressione di aspetti complementari e progressivi del percorso giuridico seguito dalla Corte nella risoluzione del conflitto. Dopo aver richiamato i presupposti per riconoscere l'esistenza di un conflitto di giurisdizione – come codificati dall'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, ovvero: a) la litispendenza (come si desume dall'uso dall'avverbio "contemporaneamente", che nell'art. 28 cod. proc. pen. qualifica il "prendere" o il "ricusare di prendere cognizione" di giudici diversi, di cui uno speciale, il contrasto dovendo essere attuale e concreto); b) l'identità del soggetto agente, indagato o imputato ("stressa persona"); c) l'identità o unicità del fatto di rilievo penale ascrivibile allo stesso soggetto ("medesimo fatto") – affermano, quindi, di accogliere una lettura finalistica della nozione di "medesimo fatto", nella prospettiva di tutelare l'indagato o l'imputato dal rischio di un *simultaneus processus* con conseguente lesione del principio del *nebis in idem*. In tale prospettiva, riconoscono alla Corte regolatrice un potere di scrutinio con piena cognizione degli atti, esteso ad accertare se la qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'uno o dall'altro giudice sia corretta e conforme alla vagliata storicità dello stesso (con riferimento, cioè, alla condotta nelle sue componenti di azione, evento e nesso causale), procedendo – in caso contrario – a delinearne essa stessa l'esatta definizione (in linea con Sez. 1, n. 27677 del 17/05/2013, Zummo, Rv. 257178; Sez. 1, n. 43236 del 01/10/2009, Mendico, Rv. 245122; Sez. 1, n. 666 del 26/01/1999, Grenci, Rv. 213285). Secondo tale impostazione, pertanto, il fatto storico, penalmente individuato e correttamente qualificato, secondo la valutazione discrezionale compiuta dalla stessa Corte regolatrice del conflitto, diviene la causa determinatrice della giurisdizione o della competenza.

Dalla motivazione emerge, comunque, la preoccupazione del Supremo consesso di precisare che suddetto potere non può comunque tradursi in una sostituzione surrettizia della Corte regolatrice al pubblico ministero, sino a modificare (al di fuori degli istituti processuali di cui agli artt. 516 e ss. cod. proc. pen.) l'accusa contestata, alterare l'una o l'altra delle regiudicande sottoposte ai giudici in contrasto (positivo), ovvero vanificare gli esiti di decisioni già assunte da uno o da entrambi i giudici di cognizione di merito confliggenti. In altri termini, il percorso giuridico-processuale per la risoluzione del conflitto presuppone semplicemente che la Corte prenda in esame le contestazioni dell'accusa elevate nei diversi giudizi, procedendo a una ulteriore autonoma valutazione della corrispondenza tra il fatto (medesimo) e la contestazione enunciata nei procedimenti diversi (Cfr. Sez. U, n. 34655 del 28/06/2005, Donati, Rv. 231799; Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi, Rv. 261937; Sez. 4, n. 4103 del 06/12/2012, dep. 2013, Guastella, Rv. 255078).

Ciò premesso, le Sezioni Unite, rilevando pacificamente la "medesimezza del fatto" commesso dall'imputato nella sua dimensione storico-naturalistica risolvono il conflitto in valutazione alla stregua del disposto dell'art. 13, comma 2, cod. proc. pen. in favore del giudice ordinario in ragione della oggettiva maggiore gravità del reato (ulteriore) *ex* art. 266 cod. pen. contestato all'imputato nel giudizio ordinario (e per cui era stato già condannato in primo grado dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Caltanissetta). Contestazione ritenuta *prima facie* corretta rispetto alla unitaria condotta emergente dagli atti processuali.

È da notare come Supremo consesso abbia seguito un percorso differente dalla impostazione seguita dalla ordinanza di rimessione; ed infatti, non ha proceduto alla esclusione di uno dei reati ritenuti nel giudizio ordinario, in quanto "eccedente" rispetto alle imputazioni del giudizio militare, avendo al contrario preso atto che la contestazione di un reato ulteriore (quello di cui all'art. 266 cod. pen.) fosse più aderente al fatto storico realizzato.

4. Gli altri principi espressi: la configurabilità del concorso tra i reati di minaccia a pubblico ufficiale, previsto dall'art. 336 cod. pen., e di istigazione aggravata di militari a disobbedire alle leggi, di cui all'art. 266 cod. pen.

Con specifico riferimento alla fattispecie in esame, le Sezioni Unite, ritengono la sussistenza del concorso formale eterogeneo di reati, previsto dall'art. 8, comma 1, cod. pen.

In sostanza l'imputato, con un'unica condotta antigiuridica (medesimo fatto con unicità di azione) ha realizzato più reati comuni con eventi diversi (artt. 336, 266 cod. pen.), previsti a tutela di beni giuridici diversi e non sovrapponibili. Ed invero, il contestato reato *ex* art. 336 cod. pen. non esclude la concorrente configurazione del reato aggravato di istigazione di militari a disobbedire alle leggi *ex* art. 266, commi primo, secondo e quarto, cod. pen. E ciò in quanto il reato di minaccia ad un pubblico ufficiale è un reato contro la pubblica amministrazione, mentre il reato di istigazione di militari a disobbedire alle leggi è un reato formale (di mera condotta), con evento di pericolo presunto, contro la personalità dello Stato *(ex multis:* Sez. U, n. 7979 del 27/03/1992, Cannarella, Rv. 191179; Sez. 1, n. 44789 del 30/11/2010, Cianci, Rv. 248993; Sez. 1, n. 6869 del 14/04/1986, Matarozzo, Rv. 173297; Sez. 1, n. 2710 del 19/01/1979, Magni, Rv. 141485). Peraltro, è configurabile l'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 266 cod. pen., avendo l'imputato pronunciato varie frasi rivolte ai due carabinieri con le quali non solo ha cercato di opporsi al compimento di specifici atti di polizia giudiziaria ma ha, altresì, incitato gli stessi, alla presenza di più persone (e quindi "pubblicamente") a disobbedire alle leggi e a violare i doveri inerenti alla propria qualità di militari.

In proposito, il principio affermato è stato massimato nei seguenti termini: «È configurabile il concorso formale tra il reato di minaccia a pubblico ufficiale e quello di istigazione aggravata di militari a disobbedire alle leggi (art. 266 cod. pen.), trattandosi di reati comuni con eventi diversi, previsti a tutela di beni giuridici non sovrapponibili, quali la P.A. il primo, e la personalità dello Stato, il secondo. (Nella fattispecie, la S.C. ha ritenuto ravvisabile tale concorso formale nella condotta di un maresciallo dell'Arma dei Carabinieri che, con minaccia in luogo pubblico e alla presenza di più persone, aveva sollecitato due militari inferiori di grado ad interrompere il controllo di polizia giudiziaria in corso nei confronti di un suo conoscente)» (Rv. 269587).

Dalla lettura della motivazione emerge come la soluzione accolta si collochi nel solco dell'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità che, nell'ipotesi di realizzazione di un'unica condotta materiale, dirime il fenomeno del concorso apparente di norme a favore del concorso formale di reati utilizzando il criterio della specialità prevalente tra fattispecie (cfr., Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla ed altro, Rv. 269668: «*Nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art.15 cod. pen., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore.*»; ed più di recente, Sez. U, n. 41588 del 22/06/2017, La Marca, Rv. 270902, secondo cui, laddove vi fosse un rapporto di genere a specie tra due norme, solo quella speciale potrà essere applicata e, ugualmente, in una dimensione "dinamica", il giudice potrà attribuire all'imputato tutti gli illeciti da questo commessi attraverso un'unica condotta – se pure il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico – soltanto qualora si possa escludere che tra le norme incriminatrici sussista un rapporto di specialità, ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro «*I reati di detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di un'arma clandestina – in virtù dell'operatività del principio di specialità –*

non possono concorrere, rispettivamente, con i reati di detenzione e porto illegale, in luogo pubblico o aperto al pubblico, della medesima arma comune da sparo. (La Suprema Corte, in motivazione, ha precisato che l'operatività del principio di specialità presuppone l'unità naturalistica del fatto e che, pertanto, resta impregiudicata la possibilità del concorso tra i suddetti reati qualora l'agente ponga in essere una pluralità di condotte nell'ambito di una progressione criminosa, nella quale, alla detenzione o al porto illegale di un'arma comune da sparo, segua, in un secondo momento, la fisica alterazione dell'arma medesima».)

Tuttavia, non può non evidenziarsi, come la Corte in realtà giunga a combinare l'approccio cd. monistico con quello di tipo "sostanzialistico". Ed invero, alla netta enunciazione del criterio della specialità per negare il concorso apparente di norme (teoria cd monistica), non segue un esame strutturale delle fattispecie, poiché vengono prese in considerazione, a sostegno e a chiosa della posizione, fattori del tutto estranei al profilo strutturale delle norme, quale l'eterogeneità dei beni giuridici da esse rispettivamente tutelati. Sottolineando come con l'unitaria condotta antigiuridica, l'imputato abbia realizzato più reati comuni con eventi differenti a tutela di beni giuridici eterogenei e non sovrapponibili, le Sezioni Unite, di fatto, richiamano categorie attinte dalle differenti letture teoriche e giurisprudenziali della questione del concorso apparente di norme, riconducibili alle cd. teorie pluraliste, che ricercano al di fuori del principio di specialità ulteriori parametri per la risoluzione del concorso apparente di norme (cfr., *ex multis*, con riferimento a differenti fattispecie, Sez. 6, n. 17586 del 28/02/2017, Pastore, Rv. 269830; Sez. 3, n. 38647 del 09/06/2017, Geraldi, Rv. 270896; Sez. 2, n. 17767 del 07/03/2017, Perilla, Rv. 269568; Sez. 6, n. 13849 del 28/02/2017, Trombatore, Rv. 269482).

4.1. *(Segue)*: l'individuazione del reato di maggiore gravità ai sensi dell'art. 13, comma 2, cod. proc. pen.

Le Sezioni Unite si soffermano, quindi, sui criteri per l'individuazione, tra i reati contestati, di quello di maggiore gravità, affermando il seguente principio: «*Ai fini della attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario in caso di procedimenti per reati connessi, comuni e militari, la maggiore gravità del reato comune è individuata sulla base delle regole stabilite dall'art 4 cod. proc. pen., stante il rinvio contenuto nell'art. 13, comma secondo, cod. proc. pen. ai criteri valutabili ai sensi dell'art. 16, comma terzo, cod. proc. pen.; ne consegue che non sono apprezzabili le circostanze aggravanti comuni, ma soltanto quelle ad effetto speciale che importano un aumento di pena superiore ad un terzo (Nella fattispecie, la S.C. ha ritenuto la maggiore gravità e, conseguentemente, la sussitenza della giurisdizione ordinaria, dei reati di cui agli artt. 336 e 266, commi primo, secondo e quarto, cod. pen., rispetto a quello di minaccia ad un inferiore per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri, di cui all'art. 146 cod. proc. pen. pace, aggravato dalla circostanza comune del "grado rivestito" di cui all'art. 47, n. 2, cod. pen. mil. pace)*.» (Rv. 269588).

In altri termini, il Supremo consesso precisa come l'art. 13, comma 2, cod. proc. pen. rinvii ai "criteri" dettati dall'art. 16, comma 3, cod. proc. pen. («pena più elevata nel massimo ovvero, in caso di parità dei massimi, pena più elevata nel minimo). Di conseguenza, la disposizione generale cui fare riferimento rimane l'art. 4 cod. proc. pen., recante le regole per la determinazione della competenza. Ed allora, per definire il reato di maggiore gravità – ai fini dell'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario anche del reato militare connesso a quello comune – non deve tenersi conto delle circostanze comuni del reato (aggravanti o attenuanti), divenendo apprezzabili le sole circostanze aggravanti ad effetto speciale (art. 63, comma 3, cod. pen: quelle che importano un aumento della pena superiore ad un terzo). Nel caso di specie, l'aggravante del "grado rivestito", di cui all'art. 47, n. 2,

cod. pen. mil. contestata per il reato militare di cui all'art. 146 cod. pen. mil. pace è una circostanza comune di cui non va dunque tenuto conto (*ex* Sez. 2, n. 39756 del 05/10/2011, Ciancimino, Rv. 251190), per cui il reato più grave è pacificamente il reato "ordinario" di istigazione, di cui all'art. 266 cod. pen.

Tutto ciò premesso, le Sezioni Unite applicando al caso esaminato i principi sopraindicati, hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario cui hanno trasmesso gli atti. Da tale pronuncia è conseguita, ex art. 25 cod. proc. pen., la dichiarazione di difetto di giurisdizione da parte della Corte militare d'appello, con contestuale annullamento della sentenza già pronunciata.

4.2. *(Segue)*: gli effetti della pronuncia risolutiva del conflitto di giurisdizione.

Da ultimo, il Supremo consesso si è preoccupato di precisare come gli effetti preclusivi (quanto alla giurisdizione o alla competenza) della pronuncia risolutiva siano circoscritti al *thema decidendum*, non estendendosi (stante la natura incidentale della decisione *ex* art. 32 cod. proc. pen.) alla valutazione anche solo prognostica della fondatezza o meno delle imputazioni, il cui apprezzamento rimane esclusivamente riservato al giudice della cognizione di merito. In definitiva, pertanto, il giudice designato in virtù della risoluzione del conflitto, rimane libero di apprezzare il fatto (regiudicanda) e di mutarne anche la qualificazione giuridica ipotizzata dalla Corte regolatrice, con il solo limite di non poter qualificare il fatto *rebus sic stantibus* come appartenente alla competenza di altro giudice, che equivarrebbe a vanificare in modo abnorme la decisione risolutiva del conflitto (art. 32, comma 3, in rel. art. 25 cod. proc. pen.).

In definitiva, si tratta del principio massimato nei seguenti termini: «*La pronuncia risolutiva del conflitto di giurisdizione (e di competenza) è decisione incidentale dotata di effetti preclusivi (quanto alla giurisdizione e alla competenza) circoscritti al "thema decidendum" del conflitto, senza estendersi alla valutazione anche solo prognostica della fondatezza o meno delle imputazioni, il cui apprezzamento è riservato al giudice della cognizione di merito designato, che rimane libero di apprezzare il fatto e di mutarne anche la qualificazione giuridica ipotizzata dalla Corte regolatrice, con il solo limite di non poter qualificare il fatto "rebus sic stantibus" come appartenente alla competenza di altro giudice*.» (Rv. 269586).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 1, n. 2710 del 19/01/1979, Magni, Rv. 141485
Sez. 1, n. 1700 del 14/07/1982, Bartolorsi, Rv. 155123
Sez. 1, n. 6869 del 14/04/1986, Matarozzo, Rv. 173297
Sez. U, n. 7979 del 27/03/1992, Cannarella, Rv. 191179
Sez. 1, n. 3312 del 08/07/1992, Maltese, Rv. 191755
Sez. 1, n. 1316 del 01/03/1995, Marchese, Rv. 201449
Sez. 1, n. 2790 del 08/05/1995, Bronzi, Rv. 202098
Sez. 1, n. 2077 del 29/03/1996, Vittucci, Rv. 205483
Sez. 1, n. 897 del 10/02/1997, Priebke, Rv. 206876
Sez. 1, n. 6780 del 02/12/1997, dep. 23/01/1998, Maida, Rv. 209374
Sez. 1, n. 666 del 26/01/1999, Grenci, Rv. 213285
Sez. 1, n. 3695 del 18/05/1999, Cascella, Rv. 213871
Sez. U, n. 25 del 24/11/1999, Di Dona, Rv. 214693
Sez. 1, n. 16611 del 12/02/2001, Sorrentino, Rv. 218614
Sez. 1, n. 43463 del 01/10/2004, Natalino, Rv. 230701
Sez. U, n. 34655 del 28/06/2005, Donati, Rv. 231799
Sez. U, n. 5135 del 25/10/2005, dep. 10/02/2006, Maldera, Rv. 232661
Sez. 4, n. 29187 del 19/06/2007, Paja, Rv. 236997
Sez. 1, n. 43236 del 01/10/2009, Mendico, Rv. 245122
Sez. 1, n. 50012 del 01/12/2009, Mollicone, Rv. 245981
Sez. 1, n. 11047 del 24/02/2010, Guida, Rv. 246782
Sez. 1, n. 44789 del 30/11/2010, Cianci, Rv. 248993
Sez. 1, n. 26829 del 15/04/2011, Consorte, Rv. 250873
Sez. 2, n. 39756 del 05/10/2011, Ciancimino, Rv. 251190
Sez. 4, n. 4103 del 06/12/2012, dep. 2013, Guastella, Rv. 255078
Sez. 1, n. 27677 del 17/05/2013, Zummo, Rv. 257178
Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi, Rv. 261937
Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla ed altro, Rv. 269668
Sez. 6, n. 17586 del 28/02/2017, Pastore, Rv. 269830
Sez. 6, n. 13849 del 28/02/2017, Trombatore, Rv. 269482
Sez. 2, n. 17767 del 07/03/2017, Perilla, Rv. 269568
Sez. 3, n. 38647 del 09/06/2017, Geraldi, Rv. 270896
Sez. U, n. 41588 del 22/06/2017, La Marca, Rv. 270902

Sentenze delle Sezioni Unite civili
Sez. U civ., n. 1282 del 02/03/1982, Muccioli, Rv. 419154
Sez. U civ., n. 12866 del 09/12/1992, Soddu, Rv. 479862
Sez. U civ., n. 404 del 17/01/1991, Cerroni, Rv. 470518
Sez. U civ., n. 7 del 19/01/2001, P.G. militare c/Roberti, Rv. 543339

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 119 del 1957
Corte cost., sent. n. 29 del 1958
Corte cost., sent. n. 48 del 1959
Corte cost., sent. n. 112 del 1986
Corte cost., sent. n. 113 del 1986
Corte cost., sent. n. 206 del 1987
Corte cost., sent. n. 429 del 1992
Corte cost., sent. n. 271 del 2000

CAPITOLO II

CONNESSIONE TELEOLOGICA ED IDENTITÀ SOGGETTIVA

(Francesca Costantini)

SOMMARIO: 1. La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite. – 2. La tesi favorevole alla necessaria identità tra autori del reato fine e autori del reato mezzo. – 3. Il contrapposto e minoritario indirizzo giurisprudenziale. – 4. Il principio affermato dalle Sezioni Unite.

1. La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite.

Con sentenza n. 53390 del 26/10/2017 (dep. 24/11/2017), Confl. comp. in proc. Patroni Griffi e altri, Rv. 271223, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affrontato la questione relativa ai limiti di operatività della connessione teleologica prevista dall'art. 12, lett. c) cod. proc. pen. al fine di stabilire in particolare se, ai fini della configurabilità della connessione, sia necessario il requisito della identità fra gli autori del reato fine e quelli del reato mezzo. Sul tema si era sviluppato un contrasto giurisprudenziale, più volte segnalato dall'Ufficio del massimario, e ormai consolidato e risalente nel tempo essendo giunto per ben due volte innanzi al Supremo consesso senza trovare effettiva possibilità di risoluzione. In una prima occasione la Terza Sezione penale – con ordinanza del 07/04/2011 – aveva rimesso alle Sezioni Unite la questione che non era stata decisa per l'assenza, nel caso concreto, di ragioni in fatto tali da determinare una valutazione – preliminare – di sussistenza del nesso di strumentalità tra le diverse azioni delittuose oggetto di contestazione. In una seconda occasione, in tempi più recenti, la medesima Sezione ha emesso nuova ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite che non hanno, tuttavia, avuto la possibilità di risolvere il contrasto formatosi sul punto dovendo dichiarare l'inammissibilità il ricorso. Quest'ultimo, infatti, risultava proposto dal pubblico ministero avverso un'ordinanza del Tribunale con la quale era stato rigettato un appello presentato ai sensi dell'art. 322-*bis*, cod. proc. pen. nei confronti di una ordinanza del G.i.p. che, con pronuncia dichiarativa di sola incompetenza ai sensi dell'art. 22, comma 1, cod. proc. pen., aveva disatteso una richiesta di sequestro preventivo (Sez. U, n. 42030 del 17/07/2014, Giuliano, Rv. 260242). Atteso il permanere del contrasto interpretativo la questione è nuovamente giunta al vaglio delle Sezioni Unite.

2. La tesi favorevole alla necessaria identità tra autori del reato fine e autori del reato mezzo.

Sulla questione esaminata si era sviluppato un primo maggioritario orientamento giurisprudenziale secondo il quale ai fini della configurabilità del caso di connessione previsto dalla lett. c) dell'art. 12 cod. proc. pen., è necessario che ricorrano due specifiche condizioni:

- che dei reati per cui si procede, gli uni siano stati commessi per eseguire gli altri (giacché in tal caso vi è unità del processo volitivo non potendosi volere il reato fine se non volendo anche il reato mezzo);
- che il reato fine sia realizzato dalla stessa persona o dalle stesse persone che hanno commesso il reato mezzo.

Conseguentemente non sarebbe configurabile la connessione teleologica sia in mancanza dell'unità del processo volitivo tra il reato mezzo e il reato fine, che si assume siano connessi ai sensi del citato art. 12 lett. c) del codice di rito, sia quando i due reati, ancorché teleologicamente connessi, siano realizzati da persone diverse.

Il principio per la prima volta affermato da Sez. 1, del 16/10/1991, n. 3799, confl. comp. GIP Trib. Monza e GIP Trib. Matera in proc. Barretta e altri, Rv. 188844, è stato più volte ribadito in numerose altre pronunce, dall'identico contenuto, quali Sez. 1, n. 3385 del 09/03/1995, Pischedda, Rv. 200701; Sez. 1, n. 6908 del 18/12/1996, Confl. comp. in proc. letto, Rv. 206560; Sez. 1, n.3357 del 08/06/1998, Confl. comp. in proc. Sama, Rv. 210882. Nello stesso solco interpretativo si sono poste poi decisioni, ancor più direttamente correlate alla questione, in cui è stata evidenziata la sola condizione dell'identità personale quale presupposto per la configurazione dell'istituto di cui all'art. 12 lett. c) cod. proc. pen. Espressamente, infatti, è stato chiarito come ai fini della configurabilità della connessione teleologica risulti necessario che il reato fine sia stato realizzato dalla stessa persona o dalle stesse persone che hanno commesso il reato mezzo in Sez. 1, n. 1783 del 25/03/1998, Confl. comp. in proc. Apreda, Rv. 210418; nonché in Sez. 4, n. 27457 del 10/03/2009, Ruiu, Rv. 244516; Sez. 1, del 18/07/2017, n. 39896, confl. comp. in proc. Squarcialupi, n.m.; Sez. 1, del 02/03/2016, n. 5970, n.m.

Altre pronunce hanno ancora precisato che nel caso di reati commessi da soggetti diversi non può verificarsi lo spostamento della competenza per connessione, in applicazione di quanto previsto dalla lettera c) dell'art. 12 cod. proc. pen., atteso che, non sussistendo l'unità del processo volitivo tra il reato mezzo ed il reato fine, che costituisce il presupposto logico della connessione teleologica, può solo ravvisarsi un'ipotesi di connessione di natura eventualmente probatoria, la quale non produce lo spostamento di competenza, tanto più che l'interesse di un imputato alla trattazione unitaria di procedimenti per reati commessi in continuazione, o connessi teleologicamente, non può pregiudicare quello del coimputato (o dei coimputati) a non essere sottratto al giudice naturale secondo le regole ordinarie della competenza (Sez. 1, del 02/12/1998, n. 1495, Archinà ed altri, Rv. 212270; Sez. 3, 26/11/1999, n. 2731, Bonassisa G. ed altro, Rv. 215762; Sez. 1, del 23/10/2002, n. 42883, confl. comp. in proc. Mauro, Rv. 222800; Sez. VI, del 29/01/2003, n. 13619, Lodigiani ed altri, Rv. 224146; Sez. 1, del 12/03/2003, n. 19537, confl. comp. in proc. Pifferi, Rv. 224389).

Nella stessa prospettiva ermeneutica, infine, si debbono poi ricordare le decisioni Sez. 1, del 20/04/2004, n. 19066, Leonardi ed altro, Rv. 228654; Sez. 1, del 20/05/2008, n. 25723, confl. comp. in proc. Feleppa e altri, Rv. 240462 e, da ultimo Sez. 1 del 02/03/2016, n. 5970, confl. comp. in proc. Squarcialupi, Rv. 269181, per le quali il criterio autonomo ed originario di attribuzione della competenza, costituito dalla connessione di procedimenti, è regolato da norme di stretta interpretazione, in quanto correlato al principio costituzionale del giudice precostituito per legge, onde le stesse non sono estensibili oltre i casi tassativamente previsti dall'art. 12 cod. proc. pen., tra i quali non è annoverata – dopo le modifiche dell'art. 12, lett. c), cod. proc. pen. intervenute ad opera della legge n. 63 del 2001 – la connessione tra reati commessi al fine di assicurare l'impunità ai colpevoli di altro reato. In tali pronunce, peraltro, ad ulteriore conforto della necessaria identità tra gli autori del reato mezzo e gli autori del reato fine per la produzione degli effetti tipici del disposto dell'art. 12, lett. c), cod. proc. pen. sul piano dello spostamento di competenza, è stata richiamata la sentenza della Corte costituzionale, n. 21 del 2013, che si è pronunciata in ordine alla questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 25 Cost., del combinato disposto degli artt. 12 lett. c) e 16 cod. proc. pen., nella parte in cui – alla stregua dell'interpretazione accolta dal giudice rimettente – prevede, nel caso di connes-

sione teleologica, la competenza per tutti i reati connessi e per tutti gli imputati al giudice del luogo di commissione del reato più grave, anche quando di quest'ultimo non siano chiamati a rispondere tutti gli imputati del reato meno grave. Nel formulare il suo giudizio la Corte ha, in particolare, osservato che l'orientamento giurisprudenziale prevalente – rifiutato dal giudice *a quo* – fornisce una lettura della norma conforme all'assetto auspicato da questi (ovvero costituzionalmente conforme), concludendo per la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Prendendo le mosse proprio da tali affermazioni, alcune pronunce più recenti hanno osservato come debba ritenersi "implicita nelle parole della Corte costituzionale un'autorevole conferma della coerenza al dettato costituzionale dell'interpretazione che milita per l'essenziale ruolo dell'identità soggettiva, non essendo possibile affermare egualmente dell'opposta opzione" (Sez. 1 del 27/03/2015, n. 6809, Caliandro e in Sez. 4, del 30/05/2017, n. 33808, Uriah).

3. Il contrapposto e minoritario indirizzo giurisprudenziale.

A fronte dell'esposto orientamento si registravano nella giurisprudenza di legittimità alcune pronunce, invero numericamente ridotte, secondo le quali ai fini della configurabilità della connessione teleologica prevista dall'art. 12, lett. c), cod. proc. pen. non è richiesto che vi sia identità fra gli autori del reato fine e quelli del reato mezzo.

Tale linea interpretativa è stata inaugurata da Sez. 5, del 13/06/1998, n. 10041, Altissimo ed altri, Rv. 211391, che, per la prima volta, ha ritenuto sufficiente, ai fini dell'applicazione dell'istituto della connessione teleologica, la ricorrenza di una connessione di tipo oggettivo, a prescindere dall'identità degli autori, facendo leva sulla valorizzazione della formulazione letterale del testo normativo, per cui "diversamente sarebbe da considerarsi del tutto irrilevante la modifica apportata all'originaria disposizione normativa dal d.l. 20 novembre 1991, n. 367, convertito nella l. 20 gennaio 1992, n. 8, che, eliminando il precedente riferimento ad un unico imputato o ai medesimi imputati concorrenti – (diversamente da quanto previsto alla lett. b) – ha privilegiato e mantenuto con la nuova formulazione della lett. c) art. 12 citato, quale criterio per la ricorrenza dell'ipotesi di connessione, il solo requisito oggettivo del nesso teleologico".

Soprattutto significativa è stata la successiva decisione Sez. 6, del 23/09/2010, n. 37014, Della Giovampaola, Rv. 248746 che ha enunciato il principio di diritto per cui "ai fini della configurabilità della connessione teleologica prevista dall'art. 12, lett. c), cod. proc. pen., non è richiesto che vi sia identità fra gli autori del reato fine e quelli del reato mezzo".

Nella decisione sono state dettagliatamente ricostruite le modifiche progressivamente intervenute sul tessuto normativo, in particolare ricordando come la locuzione originariamente prevista dall'art. 12, lett. c), cod. proc. pen. - «se una persona è imputata di più reati, quando gli uni sono stati commessi per eseguire od occultare gli altri» – sia stata eliminata dalla legge n. 8/1992, che di fatto ha inserito un testo sovrapponibile a quello che configura anche le residue ipotesi di cui alla circostanza aggravante dell'art. 61, n. 2, cod. pen., prevedendo che sussiste la connessione anche quando «dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi ... per assicurare al colpevole o ad altri ... l'impunità». La successiva legge n. 63/2001, nel mantenere l'esclusione del riferimento al medesimo autore dei più reati, ha limitato la connessione ai reati commessi gli uni per eseguire o per occultarne altri: la relazione volta a garantire l'impunità non esce, pertanto, dal sistema della rilevanza procedurale, ma viene collocata tra le situazioni che determinano il collegamento delle indagini, ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b), cod. proc. pen. Secondo tale impostazione, dunque, sono relazioni normativamente diverse tra loro quella volta all'occultamento di un reato e quella finalizzata ad assicurare l'impunità a sé o ad altri.

L'attuale previsione dell'art. 12, lett. c), cod. proc. pen., disponendo che vi è connessione di procedimenti quando dei reati per cui si procede gli uni siano stati commessi per eseguire od occultare gli altri, individua un legame che è innanzitutto di tipo oggettivo: il riferimento normativo è alla relazione oggettiva tra le diverse condotte di reato, che risultano collegate dal particolare legame della finalità di eseguire od occultare.

Secondo l'indicata pronunzia, del resto, la stessa dottrina penalistica ha ritenuto che la fattispecie del reato commesso per occultarne un altro, di cui all'art. 61, n. 2, cod. pen., presuppone "che sia stato commesso (consumato o tentato) dall'agente o da altri, e che poi (senza considerazione del tempo trascorso) si sia commesso un altro reato per occultare il primo", mentre l'impunità di un altro reato attiene "all'intento di sottrarsi alle conseguenze penali derivanti dal reato stesso".

In definitiva, per la sentenza in esame, le vicende dell'istituto e la connessione con gli aspetti penali sostanziali attestano la natura innanzitutto oggettiva della relazione: ciò che rileva è il rapporto tra i reati prima di quello tra i soggetti, sicché non è necessario che gli autori dei due reati siano i medesimi. Le preoccupazioni legate alla necessaria identità dei soggetti concorrenti nei reati connessi – in quanto orientata a valorizzare il principio del giudice naturale per ciascun imputato e ciascuna imputazione – ed alla necessità di una stretta interpretazione delle previsioni dell'art. 12 cod. proc. pen., in quanto ad esso derogatorie, non possono che essere condivise, ma la nozione di giudice naturale – anche relativamente alla competenza territoriale – non può che essere quella che emerge dal complesso della disciplina attributiva di competenza e dei valori tutelati dai singoli istituti, essi pure di pari rilievo costituzionale, quali quelli dell'imparzialità e dell'efficacia della giurisdizione (valore che comprende anche l'esigenza di evitare i contrasti non fisiologici di giudicato e la trattazione parallela di processi per il medesimo fatto reato, con il conseguente dispendio di risorse ed incombenze del tutto sovrapponibili).

Si pone in linea con tale indirizzo interpretativo anche Sez. 3, del 16/01/2013, n. 12838, Erhan, Rv. 257164, che ha ribadito le ragioni per cui, ai fini della configurabilità della connessione teleologica prevista dall'art. 12, lett. c), cod. proc. pen., non è richiesto che vi sia identità fra gli autori del reato fine e quelli del reato mezzo. In tale decisione la Suprema Corte ha affermato, in particolare, di ritenere preferibile l'indicata interpretazione in quanto maggiormente rispondente alla formulazione attuale della norma dell'art. 12, lett. c) cod. proc. pen. ed all'evoluzione normativa avuta dall'istituto della connessione teleologica che ha visto l'eliminazione, con la legge n. 8 del 1992 (poi confermata dalla legge n. 63 del 2001), dell'originario diretto riferimento al concetto di medesimo soggetto autore di più reati.

4. Il principio affermato dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite intervenute sulla questione con la pronuncia in esame hanno aderito all'impostazione minoritaria sviluppando e ulteriormente precisando le argomentazioni poste a sostegno delle pronunce che hanno aderito a tale linea ermeneutica.

Il Supremo consesso ha ritenuto di non poter prescindere dal dato testuale in considerazione delle specifiche modifiche normative che nel corso degli anni hanno interessato l'art. 12 cod. proc. pen.

Nella sua versione originaria la norma stabiliva, con riferimento al profilo che qui rileva, che vi è connessione teleologica, ex lett. c), «se una persona è imputata di più reati, quando gli uni sono stati commessi per eseguire od occultare altri».

La formula d'esordio «se una persona», non lasciava dubbi sul fatto che il nesso teleologico fosse idoneo a determinare spostamenti della competenza per materia o per territorio, nei termini delineati dagli artt. 15 e 16 cod. proc. pen., solo con riguardo a reati ascrivibili alla stessa o alle stesse persone.

La disposizione è stata, tuttavia, oggetto di due successive modifiche.

La prima si è avuta, nel contesto di un più ampio intervento volto a contrastare il fenomeno della criminalità organizzata, con il decreto legge 20 novembre 1991, n. 367, convertito, con modificazioni, nella legge 20 gennaio 1992, n. 8., dove all'art. 1 il legislatore ha, per un verso, soppresso l'esplicito riferimento all'identità dell'autore dei fatti avvinti da connessione, sostituendolo con una locuzione impersonale («se dei reati per cui si procede»); e, per altro verso, ha ampliato i legami tra i reati rilevanti, aggiungendovi la cosiddetta connessione occasionale (reati commessi in occasione di altri) e quella consequenziale, caratterizzata dalla finalità di conseguimento, anche per «altri», del profitto, del prezzo, del prodotto o dell'impunità rispetto ad altri reati. Si è, così, riprodotto integralmente il vecchio art. 45 cod. proc. pen. del 1930.

Negli anni successivi, essendosi preso atto della portata eccessivamente ampia dell'istituto, tale da determinare un proliferare di processi caratterizzati da un elevato numero di regiudicande e di imputati, il legislatore è nuovamente intervenuto con la legge 1 marzo 2001, n. 63 ("Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione"), il cui art. 1 ha abrogato due dei casi di connessione previsti dalla lettera c): i reati commessi «in occasione» di altri o finalizzati a «conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità», senza, tuttavia, ripristinare la formula evocativa dell'esigenza di realizzazione dei reati da parte della stessa persona. La norma, pertanto, stabilisce attualmente che vi è connessione «se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri», non richiedendo più, almeno a livello testuale, che vi sia identità tra l'autore del reato mezzo e quello del reato fine.

Verificandosi le situazioni indicate nell'art. 12 cod. proc. pen., a norma del seguente art. 16, comma 1, cod. proc. pen., disciplinante i casi di competenza per territorio determinata dalla connessione, «la competenza per territorio per i procedimenti connessi rispetto ai quali più giudici sono ugualmente competenti per materia appartiene al giudice competente per il reato più grave e, in caso di pari gravità, al giudice competente per il primo reato».

La Corte, considerando come tali modifiche normative non possano che ritenersi il frutto di precise scelte legislative, ha ritenuto di attribuire primario rilievo al dato testuale, da interpretarsi necessariamente nel senso dell'esclusione dall'ipotesi del nesso finalistico del requisito soggettivo dell'identità degli autori atteso che, diversamente ragionando, la previsione di cui alla lett. c) rischierebbe di duplicare, anche se solo in parte, quella della lett. b), essendo il nesso finalistico normalmente sintomo di unica progettualità criminosa.

Per altro verso, il Supremo collegio, analizzando le argomentazioni addotte a sostegno dell'opposto orientamento, ha affermato di non condividere la scelta di dare prevalenza al criterio ermeneutico di tipo logico-sistematico che imporrebbe la necessità ai fini della connessione *ex* art. 12 lett. c), della coincidenza tra gli autori dei reati, in quanto renderebbe del tutto irrilevante la modifica apportata al testo della norma. Tale conclusione, inoltre, non terrebbe conto degli aspetti penali sostanziali della connessione teleologica che convergono nell'indicare quale criterio per la ricorrenza di tale ipotesi il solo legame finalistico tra i reati. Si osserva infatti, quanto all'aggravante di cui all'art. 61, numero 2, cod. pen., il cui testo contiene, tra le altre, anche le ipotesi di commissione di un reato per eseguirne od occultarne un altro, che la configurabilità della connessione teleologica in caso di autori diversi è stata riconosciuta tanto in sede dottrinale che giurisprudenziale. Inoltre, il richiamo all'unità del processo volitivo implica l'estensione alla lett. c) dell'art. 12 cod. proc. pen. di un parametro soggettivo proprio delle diverse fattispecie previste dalla norma del concorso

di persone nel reato, del concorso formale e della continuazione che richiedono la coincidenza tra gli autori dei reati, senza tener conto che queste ultime ipotesi di connessione possono ricomprendere, nel caso di ricorrenza di entrambe (concorso di persone in reato continuato), anche la commissione da parte delle stesse persone di più reati mezzo e di più reati-fine, se espressivi, come quasi sempre avviene, di un'unica progettualità, rendendo sostanzialmente superflua la previsione della connessione sub c), se intesa nel senso che presupponga, a propria volta, l'identità degli autori dei reati.

La soluzione accolta dall'orientamento maggioritario inoltre, ad avviso della Corte, non troverebbe giustificazione neppure nell'esigenza di rispettare il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge, atteso che l'interesse di un imputato alla trattazione unitaria di procedimenti per reati commessi in continuazione o connessi teleologicamente, non potrebbe pregiudicare quello del coimputato (o dei coimputati) a non essere sottratto al giudice naturale secondo le regole ordinarie della competenza, in considerazione anche della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia per cui il valore costituzionalmente tutelato è quello della imparzialità del giudice, assicurato dalla sua precostituzione rispetto alla vicenda controversa, in base a criteri generali, che, nei limiti della non arbitrarietà e della ragionevolezza, appartengono alla discrezionalità legislativa. Ne consegue conclusivamente che il nesso teleologico oggettivamente interpretato, rispondendo a tali criteri, non contrasta con il principio del giudice naturale precostituito per legge in quanto, pur derogando alle norme ordinarie sulla competenza per materia e per territorio, costituisce un criterio originario, autonomo, nonché predeterminato in modo generale, di competenza, esso pure tra l'altro ancorato, per quanto attiene a quella per territorio, al criterio del *locus commissi delicti* del reato più grave o, in caso di pari gravità, del primo reato (si richiama in tal senso Sez. U, n. 27343 del 28/02/2013, Taricco, Rv. 255345).

Poste tali premesse, le Sezioni unite sono tuttavia addivenute ad una interpretazione della norma maggiormente restrittiva rispetto a quella accolta dalle pronunce aderenti all'indirizzo minoritario, precisando che per ritenere configurata la connessione teleologica di cui all'art. 12 lett. c) cod. proc. pen., idonea a determinare uno spostamento di competenza, dovrà comunque essere individuato, in concreto, un effettivo legame finalistico fra i reati commessi da soggetti diversi, con conseguente necessità di verificare che chi ha commesso un reato abbia avuto presente l'oggettiva finalizzazione della sua condotta alla commissione di un altro reato oppure all'occultamento di un reato precedente.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 3799, del 16/10/1991, confl. comp. GIP Trib. Monza e GIP Trib. Matera in proc. Barretta e altri, Rv. 188844
Sez. 1, n. 3385 del 09/03/1995, Pischedda, Rv. 200701
Sez. 1, n. 6908 del 18/12/1996, Confl. comp. in proc. letto, Rv. 206560
Sez. 1, n.3357 del 08/06/1998, Confl. comp. in proc. Sama, Rv. 210882
Sez. 1, n. 1783 del 25/03/1998, Confl. comp. in proc. Apreda, Rv. 210418
Sez. 1, n. 1495, del 02/12/1998, Archinà ed altri, Rv. 212270
Sez. 5, n. 10041, del 13/06/1998, Altissimo ed altri, Rv. 211391
Sez. 3, n. 2731, 26/11/1999, Bonassisa G. ed altro, Rv. 215762
Sez. 1, n. 42883, del 23/10/2002, confl. comp. in proc. Mauro, Rv. 222800
Sez. 6, n. 13619, del 29/01/2003, Lodigiani ed altri, Rv. 224146
Sez. 1, del n. 19537, 12/03/2003, confl. comp. in proc. Pifferi, Rv. 224389
Sez. 1, del n. 19066, 20/04/2004, Leonardi ed altro, Rv. 228654
Sez. 1, n. 25723, del 20/05/2008, confl. comp. in proc. Feleppa e altri, Rv. 240462
Sez. 4, n. 27457 del 10/03/2009, Ruiu, Rv. 244516
Sez. 6, n. 37014, del 23/09/2010, Della Giovampaola, Rv. 248746
Sez. 3, n. 12838, del 16/01/2013, Erhan, Rv. 257164
Sez. U, n. 27343 del 28/02/2013, Taricco, Rv. 255345
Sez. U, n. 42030 del 17/07/2014, Giuliano, Rv. 260242
Sez. 1, n. 5970, del 02/03/2016, confl. comp. in proc. Squarcialupi, Rv. 269181
Sez. U, n. 53390 del 26/10/2017, dep. 2017, Confl. comp. in proc. Patroni Griffi e altri, Rv. 271223

CAPITOLO III

INCOMPETENZA PER MATERIA E TRASMISSIONE ATTI ALLA CORTE DI ASSISE

(Giuseppe Marra)

SOMMARIO: 1. La questione controversa – 2. La decisione delle Sezioni Unite n. 39746/2017.

1. La questione controversa

La vicenda trae origine da un processo in cui ad alcuni imputati era contestato (tra gli altri) il reato di riduzione in schiavitù o servitù, di cui all'art. 600, commi 1 e 3, cod. pen., per il quale la competenza sarebbe dovuta spettare, *ratione materiae*, alla Corte di assise, mentre, invece, il giudice dell'udienza preliminare aveva disposto erroneamente il rinvio a giudizio davanti al Tribunale in composizione collegiale.

Eccepita tale incompetenza già alla prima udienza utile, il Tribunale aveva pronunciato sentenza di incompetenza per materia, disponendo la trasmissione degli atti, invece che alla Procura della Repubblica, direttamente alla Corte di assise di Messina, la quale, giusto disposto dell'art. 143 disp. att. cod. proc. pen., aveva emesso decreto di fissazione dell'udienza.

Gli imputati condannati sia in primo che in secondo grado dalla Corte di assise, ricorrevano per cassazione eccependo la violazione dell'art. 606, lett. c), cod. proc. pen., per erronea applicazione di norme processuali, ed in particolare degli artt. 21 e 23 cod. proc. pen., in relazione agli artt. 429 cod. proc. pen. e 132 disp. att. cod. proc. pen., nonché degli artt. 178, lett. b), e 179 cod. proc. pen., rilevando l'abnormità della sentenza dichiarativa dell'incompetenza per materia con cui l'adito Tribunale aveva trasmesso gli atti al giudice ritenuto competente (Corte di assise di Messina), piuttosto che al pubblico ministero presso quest'ultimo.

Per i ricorrenti, infatti, l'impugnata sentenza risultava affetta da nullità assoluta, inficiante l'intero *iter* processuale successivo, già determinatasi alla prima udienza dibattimentale del giudizio di primo grado.

La Quinta Sezione della Suprema Corte, con ordinanza del 3 novembre 2016, n. 2745, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, rilevando che vi fosse un contrasto interpretativo tra due diversi orientamenti giurisprudenziali di legittimità in ordine al problema se, a seguito di dichiarazione di incompetenza per materia pronunciata con sentenza dal Tribunale per uno dei reati previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., attribuiti alla competenza della Corte di assise, gli atti potessero essere trasmessi direttamente al giudice competente ovvero dovessero essere inviati al pubblico ministero.

Secondo un orientamento minoritario, in realtà espresso da un'unica pronuncia di legittimità, e cioè dalla sentenza Sez. 5, n. 18710 del 27/02/2013, A., Rv. 256774, si è affermato – con riferimento ad un caso di merito ampiamente sovrapponibile a quello rimesso all'esame delle Sezioni Unite – il principio per cui, in tema di dichiarazione d'incompetenza per materia, la trasmissione degli atti direttamente al giudice competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo è illegittima soltanto ove si tratti di un pubblico ministero e di un giudice dell'udienza preliminare diversi da quelli che, rispettivamente, avevano esercitato l'azione penale e celebrato l'udienza. Nella specie, infatti, la Corte ha ritenuto di

condividere la valutazione espressa dal giudice di merito per cui, ricorrendo – per il tipo di delitto contestato (art. 601 cod. pen.) – la competenza funzionale del P.M. distrettuale, ai sensi dell'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., e dunque anche del giudice dell'udienza preliminare, in ragione di quanto previsto dall'art. 328, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., non si era determinata nessuna violazione del diritto di difesa, atteso che in caso di restituzione degli atti al pubblico ministero si sarebbe dovuta celebrare una nuova udienza preliminare avente ad oggetto le stesse imputazioni, davanti allo stesso giudice competente per l'udienza preliminare. La Corte ha osservato, in particolare, che con la sentenza n. 104 del 2001 la Corte costituzionale – ricordando le proprie decisioni con cui é stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 23 e 24 cod. proc. pen., nella parte in cui dispongono, in caso di dichiarazione di incompetenza, la trasmissione degli atti al giudice competente, anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo, stante la violazione dell'art. 24 Cost., derivante dalla privazione della possibilità per l'imputato di esercitare nell'udienza preliminare le facoltà connesse al proprio diritto di difesa (accesso al rito abbreviato davanti al giudice naturale) – ha rilevato come la medesima esigenza non ricorra nel caso di procedimento per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. In tali procedimenti, infatti, la competenza territoriale infradistrettuale acquista rilievo solo nella fase del dibattimento, mentre in quelle delle indagini e dell'udienza preliminare l'ufficio titolare dell'azione penale è unico per l'intero distretto e uno solo è il giudice territorialmente competente a celebrare l'udienza preliminare. In tale contesto, dunque, " *..la ratio decidendi della sentenza Corte Cost. n. 70 del 1996 può riferirsi ai procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. solo ove sia messa in discussione la stessa competenza distrettuale, cioè nell'ipotesi in cui venga ritenuto competente un giudice dell'udienza preliminare di altro distretto. Ne deriva che la portata di tale decisione trova un limite nelle situazioni, quali quelle prese in esame nei giudizi a quibus, in cui l'imputato non è stato sottratto al proprio giudice naturale* ". Anche se la decisione della Corte costituzionale si riferisceall'incompetenza per territorio, essa è – per tale indirizzo interpretativo – assolutamente sovrapponibile all'ipotesi dell'incompetenza per materia, disciplinata dall'art. 23 cod. proc. pen., come modificato dalla sentenza della Corte cost. n. 76 del 1993. Anche in questo caso, infatti, l'ambito applicativo della dichiarazione di illegittimità è chiaramente definito nello stesso dispositivo, ove è dichiarata l'illegittimità della norma censurata nella parte in cui prevede la trasmissione degli atti al giudice competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo, sul presupposto implicito di un pubblico ministero e di un giudice dell'udienza preliminare diversi da quelli che, rispettivamente, avevano esercitato l'azione penale e celebrato l'udienza preliminare.

A fronte dell'indicato indirizzo interpretativo se ne contrapponeva un altro maggioritario, di segno difforme, per il quale la dichiarazione di incompetenza per materia del Tribunale per i reati previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. di competenza della Corte di assise del medesimo ambito territoriale, impone la regressione del procedimento con trasmissione degli atti al pubblico ministero, essendo, invece, illegittima la diretta trasmissione degli atti al giudice ritenuto competente. Il principio è stato affermato nella sentenza Sez. 5, n. 47097 del 15/07/ 2014, P., Rv. 261282, con riguardo ad una fattispecie nella sostanza coincidente con quella rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, nella quale il Tribunale aveva dichiarato, alla prima udienza dibattimentale, la propria incompetenza per materia per riconoscere quella della Corte di assise dello stesso ambito territoriale, in ragione della contestazione – tra gli altri – del delitto previsto dall'art. 600 cod. pen. Nella specie il Tribunale aveva disposto la diretta trasmissione degli atti alla Corte di assise. La Corte si è posta in consapevole contrasto con la decisione sopra indicata Sez. 5, n. 18710/2013, Rv. 256774 – espressiva del diverso orientamento ermeneutico – proprio partendo dall'analisi del per-

corso argomentativo seguito in tale ultima sentenza, specificamente evidenziando come la pronuncia della Corte costituzionale n. 76 del 1993 abbia affermato il principio impositivo dell'obbligo di trasmissione degli atti al pubblico ministero in una situazione di dichiarata incompetenza per materia, prescindendo dell'aspetto, meramente pratico, dell'identità o meno dell'ufficio del pubblico ministero, in quanto la violazione delle norme regolatrici della competenza per materia investe non solo l'identificazione degli organi concretamente chiamati ad esercitare la giurisdizione, ma anche la stessa sostanza dell'azione penale. Il corretto svolgimento dell'azione penale, che include la sottoposizione della materia oggetto del processo al giudice indicato dall'ordinamento quale competente a decidere per i reati specificamente contestati, non può che essere pregiudicato, infatti, nella sua dimensione essenziale da una diversa ed errata destinazione del procedimento, e ciò risulta ancora più evidente quando la violazione di legge determina, come nel caso di specie, la sottrazione del processo ad un giudice strutturalmente costituito in termini sostanzialmente difformi da quello dinanzi al quale il giudizio viene erroneamente disposto. La sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 1993, quindi, ha coerentemente concluso ritenendo che l'indicata violazione rende necessaria la riproposizione dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, a prescindere dall'identificazione di quest'ultimo, perché detta azione possa esitare in un giudizio correttamente instaurato dinanzi al giudice competente. Risulta irrilevante, pertanto, ogni riferimento alla funzionalità della regressione del procedimento rispetto all'esercizio, da parte dell'imputato, della facoltà di accedere a riti alternativi nel corso dell'udienza preliminare ed alla mancanza di concrete violazioni dei diritti della difesa, per essere state le relative opzioni già garantite all'imputato nell'udienza preliminare comunque regolarmente celebratasi, atteso che, invece, se è vero che nella sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 1993 vi è un richiamo all'incidenza della violazione delle regole della competenza per materia sulle valutazioni dell'imputato in ordine alla scelta dei riti alternativi, è altrettanto vero che tale accenno sarebbe superato dalle considerazioni, di cui si è già detto, che indicano la regressione quale rimedio naturale della violazione di norme sul corretto svolgimento dell'azione penale. L'indicata linea interpretativa, dettagliatamente compendiata nella citata sentenza, si è posta in termini conformi rispetto alla precedente pronuncia Sez. 1, n. 37037 del 20/09/2010, Apadula, Rv. 248954. Tale sentenza, infatti, ha evidenziato, trattando un caso inverso rispetto a quello in esame, che la dichiarazione di incompetenza per materia della Corte di assise, con riguardo ad imputazioni per reati di competenza del tribunale compreso nel medesimo distretto giudiziario, e rientranti nella previsione di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., impone la regressione del procedimento con trasmissione degli atti al pubblico ministero per la riproposizione della richiesta di rinvio a giudizio e lo svolgimento di una nuova udienza preliminare, a nulla rilevando che tali adempimenti siano già stati compiuti dallo tesso pubblico ministero e dallo stesso giudice distrettuale. L'opposta tesi, in particolare, non è stata ritenuta condivisibile in quanto, alla stregua dei dettami resi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 104 del 2001, essa può trovare valida applicazione unicamente nelle ipotesi di incompetenza territoriale, non potendosi, invece, riferire alle diverse ipotesi in cui a rilevare è il differente problema della competenza funzionale, nella quale l'incompetenza non viene dichiarata in ragione del luogo di commissione di reati, ma per il fatto di essere stati attribuiti ad un giudice sprovvisto della necessaria competenza. La violazione delle norme penali e processuali su cui si basa la ripartizione della competenza per materia, d'altro canto, riguarda non solo l'individuazione dell'organo chiamato in concreto ad esercitare la giurisdizione, ma concerne anche la sostanza stessa dell'azione penale. Assume rilievo, poi, anche il fatto che risulta mutato l'interesse difensivo degli imputati rispetto ai reati per i quali la Corte

di assise ha dichiarato la propria incompetenza, ben potendo essere avanzata, rispetto ad essi, istanza di giudizio abbreviato. È significativo, in proposito, quanto conformemente espresso dalla sentenza Sez. 6, n. 21587 del 17/03/2009, Audino, Rv. 243890, per la quale, in tema di ritenuta incompetenza per materia con riguardo a taluni reati a causa di esclusa connessione, nel caso in cui il giudice a quo trasmetta gli atti concernenti i reati per i quali si ritiene incompetente all'ufficio del pubblico ministero, quest'ultimo deve riproporre la richiesta di rinvio a giudizio anche quando, trattandosi di reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., il giudice competente per l'udienza preliminare sia il medesimo che ebbe a svolgere la precedente per tutti i reati ritenuti connessi, in quanto, essendo diverso l'oggetto, limitato ai reati per cui è stata dichiarata la competenza, sussiste l'interesse dell'imputato al rinnovo di tale udienza al fine di esercitare il proprio diritto alla scelta del rito (nella specie il giudizio abbreviato).

Di sicuro interesse ai fini della risoluzione della questione rimessa, infine, era anche la decisione Sez. 4, n. 1526/2014 del 11/12/2013, Kingji, Rv. 258515, che, in maniera assolutamente inequivoca, ha affermato che nel caso di incompetenza funzionale determinata ai sensi degli artt. 51, comma 3-*bis*, e 328, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., stante l'assimilazione della competenza funzionale a quella per materia, è illegittima la statuizione con la quale la Corte di appello, annullando la sentenza di giudizio abbreviato emessa dal G.i.p. circondariale, disponga la restituzione degli atti direttamente al giudice distrettuale, anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo. A dire della Corte, infatti, in ragione di quanto affermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 214 del 1993, nelle fattispecie di tal genere – per effetto della ritenuta incompetenza funzionale del giudice, pacificamente assimilata a quella per materia – gli atti devono essere trasmessi al pubblico ministero e non al giudice ai fini dell'ulteriore corso del procedimento.

2. La decisione delle Sezioni Unite n. 39746/2017.

La sentenza delle Sezioni Unite, 23 marzo 2017, n. 39746, A., Rv. 270935, che ha risolto il contrasto ha affermato in massima il seguente principio di diritto: " *Il tribunale del capoluogo del distretto che, in fase dibattimentale, dichiari la propria incompetenza per materia in relazione ad un reato attribuito alla competenza della corte di assise ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. d-bis), cod. proc. pen. e ricompreso nell'elenco di cui all'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen., deve trasmettere gli atti direttamente alla corte di assise e non al pubblico ministero presso tale giudice, a condizione che la competenza non appartenga a un giudice (corte di assise) di altro distretto e le funzioni di pubblico ministero e di giudice dell'udienza preliminare siano state svolte ai sensi degli artt. 51, comma 3-bis, e 328, comma 1-bis, cod. proc. pen. (In motivazione la S.C., in linea con quanto affermato dalla sentenza della Corte Cost. n.104 del 2001, ha chiarito che in tale ipotesi non sussiste la necessità della regressione del procedimento e di nuova celebrazione dell'udienza preliminare, avendo le parti già potuto liberamente esercitare i propri diritti in quella precedente, legittimamente svoltasi dinanzi al giudice naturale, e palesandosi la ripetizione dell'udienza preliminare come adempimento in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo)",* quindi aderendo all'orientamento minoritario espresso dalla sentenza Sez. 5, n. 18710/2013, Rv. 256774

Secondo le Sezioni Unite, dunque, – un caso come quello oggetto della rimessione in esame – in cui il Tribunale si dichiari incompetente per materia per reati previsti dall'art. 51, comma 3-*bis,* cod. proc. pen. e la Corte di Assise competente sia compresa nell'ambito del medesimo distretto «non presenta sostanziali differenze rispetto a quello (relativo ad una questione di incompetenza per territorio, n.d.a.) oggetto della sentenza n. 104/2001 della

Corte Costituzionale», per più ordine di motivi. Va ricordato allora che con tale decisione, il giudice delle leggi dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 23 e 24 cod. proc. pen. poiché, anche a seguito della sentenza n. 70 del 1996 della stessa Corte Costituzionale, «… l'esigenza di salvaguardare il diritto dell'imputato ad avvalersi del rito abbreviato dinanzi al giudice naturale non ricorre nei casi di procedimenti attratti alla sede distrettuale, […] nei quali la competenza territoriale infradistrettuale acquista rilievo solo nella fase del dibattimento».

Fatta questa premessa per le Sezioni Unite è stato facile risolvere il contrasto. In motivazione è stato dato risalto in sostanza a due argomentazioni: in primo luogo al fatto che la regressione del procedimento, con restituzione degli atti al pubblico ministero competente, comporterebbe per l'imputato la mera ripetizione di fasi processuali già ritualmente svolte avanti al giudice naturale, ove l'imputato aveva potuto esercitare in pieno i suoi diritti, tra cui nel caso di specie avanzare la richiesta di rito abbreviato, con la conseguenza di un irragionevole allungamento del procedimento non dovuto alla compressione effettiva dei diritti di difesa; in secondo luogo perché il principio di irretrattabilità dell'azione penale (stabilito dall'art. 50, comma 3, cod. proc. pen.) non lascerebbe comunque spazio a prospettive più favorevoli per l'imputato, posto che anche in caso di regressione del procedimento il P.M. sarebbe comunque vincolato ad esercitare nuovamente l'azione penale.

La decisione della Suprema Corte è stata di conseguenza il rigetto di questo motivo di ricorso, nonché per altre ragioni degli altri tre motivi, confermando quindi la condanna degli imputati.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 39746 del 23/03/2017, A., Rv. 270935
Sez. 6, n. 21587 del 17/03/2009, Audino, Rv. 243890
Sez. 1, n. 37037 del 20/09/2010, Apadula, Rv. 248954
Sez. 5, n. 18710 del 27/02/2013, A., Rv. 256774
Sez. 4, n. 1526 del 11/12/2013, dep. 2014, Kingji, Rv. 258515
Sez. 5, n. 47097 del 15/07/2014, P., Rv. 261282

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 76 del 1993
Corte cost., sent. n. 214 del 1993
Corte cost., sent. n. 70 del 1996
Corte cost., sent. n. 104 del 2001

CAPITOLO IV

LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO ALL'IMMAGINE NEL PROCESSO PENALE. I RAPPORTI CON IL GIUDIZIO DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE

(Andrea Nocera)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rapporto di reciproca autonomia tra giurisdizione penale e contabile. – 3. L'orientamento della giurisprudenza contabile. – 4. Limiti di risarcibilità del danno all'immagine della P.A. – 5. Il divieto di *bis in idem* alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.

1. Premessa.

Con sentenza Sez. 6, n. 35205 del 16/3/2017, Mineo, Rv. 270774, in tema di danno all'erario, si è affermato il seguente principio, così massimato: "La giurisdizione penale e la giurisdizione contabile sono reciprocamente autonome anche in caso di azione di responsabilità derivante da un medesimo fatto di reato commesso da un pubblico dipendente e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra i relativi giudizi incide solo sulla proponibilità dell'azione di responsabilità e sulla eventuale preclusione derivante dal giudicato, ma non sulla giurisdizione, nel senso che l'azione di danno può essere esercitata in sede civile o penale, ovvero davanti alla Corte dei Conti, solo a condizione che l'ente danneggiato non abbia già ottenuto un precedente titolo definitivo per il risarcimento integrale di tutti i danni."

Nel caso di specie, la Corte, in tema di abuso di ufficio, escludendo la sussistenza di una giurisdizione esclusiva del giudice contabile, ha ritenuto non violato il principio del *nebis in idem* e legittima la liquidazione in favore della P.A. del danno patrimoniale e morale derivante dal reato commesso da un pubblico dipendente, nonostante per il medesimo fatto fosse stata già stata riconosciuta la responsabilità dell'imputato dal giudice contabile con sentenza non ancora passata in giudicato.

2. Il rapporto di reciproca autonomia tra giurisdizione penale e contabile.

Il tema della decisione attiene ai rapporti tra giurisdizione penale (o civile) e giurisdizione contabile nel caso dell'esercizio dell'azione di danno ex art. 185 cod. pen. da parte dell'ente pubblico danneggiato quando per il medesimo fatto di reato sia promossa un'azione di responsabilità amministrativo-contabile nei confronti del pubblico dipendente (o di soggetti comunque inseriti nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione).

La citata sentenza n. 35205/2017, Mineo, ribadisce il principio di reciproca autonomia della giurisdizione penale e di quella contabile già espresso da Sez. 6, n. 3907 del 13/11/2015, dep. 2016, Zaccaria, Rv. 266110, che ha ritenuto legittima la liquidazione in favore della P.A. del danno morale conseguenza del delitto di peculato commesso dal pubblico dipendente (nella specie, un dirigente comunale, responsabile dell'Ufficio servizi finanziari, che aveva arbitrariamente liquidato a se stesso e ad altra dipendente compensi incentivanti).

La Corte esclude che ci sia spazio per una questione di giurisdizione – più volte sollevata dalle difese – anche quando i due giudizi investano un medesimo fatto materiale, ma, per la possibile coesistenza di plurimi azioni di natura risarcitoria, esercitabili contestualmente in sede civile o penale ed innanzi alla Corte dei Conti, riconosce l'esistenza di una possibile

"interferenza" tra i giudizi, pur se limita l'effetto preclusivo del giudicato formatosi nell'una o nell'altra sede solo ove si formi un titolo in via definitiva per l'integrale risarcimento del soggetto danneggiato.

In senso conforme, Sez. 6, n. 34899 del 9/6/2016, N.G., D.L.P. che ha ritenuto che la condanna non definitiva al risarcimento del danno intervenuta in sede contabile non è ostativa alla costituzione di parte civile, "per la pacifica l'indipendenza dei relativi giudizi e la legittimità del risarcimento al danno morale cagionato all'ente dal dipendente infedele".

In tal modo la giurisprudenza delle Sezioni penali si conforma al principio espresso dalle Sezioni Unite civili in tema di responsabilità erariale, secondo cui la giurisdizione civile e quella penale, da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali anche quando investono un medesimo fatto materiale (Sez. U civ., n. 26582 del 28/11/2013, Rv. 628611; Sez. U civ., n. 11 del 04/01/2012, Rv. 621202).

Ancor prima, le medesime Sezioni Unite civili, con riferimento al caso di un dipendente di un ente comunale di assistenza condannato in sede penale al risarcimento dei danni in favore del Comune in conseguenza del reato di truffa aggravata in danno della P.A., hanno escluso la sussistenza di una riserva di giurisdizione della Corte dei conti sulla determinazione del danno patrimoniale e morale (Sez. U civ., n. 22277 del 26/11/2004, Rv. 578129).

Giova richiamare sul punto il principio espresso da Sez. U civ., n. 6581 del 24/03/2006, Rv. 587422, che, nel dichiarare inammissibile un ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione per la contemporanea pendenza di un giudizio di responsabilità, ha rilevato che la giurisdizione del giudice contabile non viene meno in seguito alla sentenza definitiva di condanna generica al risarcimento dei danni contro i soggetti chiamati a rispondere del danno erariale, in dipendenza della costituzione della Pubblica Amministrazione come parte civile nel processo penale, per i medesimi fatti dedotti in sede di giudizio contabile. La suddetta deduzione, infatti, evidenzia non una questione di giurisdizione ma afferente ai limiti della proponibilità della domanda avanti al giudice contabile (e, quindi, concerne i limiti interni della sua giurisdizione), sotto il profilo dell'esercizio di analoga azione risarcitoria avanti al giudice penale e del conseguente pericolo di violazione del principio del nebis in idem (in senso conforme, Sez. U civ., n. 822 del 23/11/1999, Rv. 531406).

La proponibilità dell'azione di danno in sede penale o civile – o, nell'ipotesi inversa, dell'azione di responsabilità – trova, dunque, un unico limite nel fatto che l'ente danneggiato abbia già ottenuto un titolo per il risarcimento di tutti i danni patiti.

Solo in tal caso le azioni di danno e di responsabilità si pongono in rapporto di reciproca preclusione. L'integrale ristoro del danno patito dalla pubblica amministrazione non potrà lascia spazio per iniziare o proseguire una diversa azione di risarcimento, pena la violazione del principio del *nebis in idem*.

Il rapporto di indipendenza tra le plurimi azioni trova fondamento nelle peculiari modalità di esercizio dell'azione civile nel processo penale, con riferimento al danno derivante direttamente dal reato ex art. 185 cod. pen.

Si osserva, in particolare, che l'azione di risarcimento esercitata dalla P.A. in sede penale – al pari di quella in sede civile – è finalizzata al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della singola amministrazione attrice, mentre il giudizio promosso per i medesimi fatti innanzi alla Corte dei conti dal Procuratore contabile, nell'esercizio dell'azione obbligatoria che gli compete, è volto alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria.

La differenza funzionale tra l'azione di risarcimento del danno (esercitata in sede penale o civile) e quella di accertamento della responsabilità amministrativo-contabile del pubblico dipendente è espressa in modo lineare da Sez. civ. 3, n. 14632 del 14/07/2015, Rv. 636278, che nega che possa essere ipotizzata la violazione del principio del *nebis in idem* tra il giudizio civile introdotto dalla P.A., avente ad oggetto l'accertamento del danno derivante dalla lesione di un suo diritto soggettivo conseguente alla violazione di un'obbligazione civile, contrattuale o legale, o della clausola generale di danno aquiliano, da parte di soggetto investito di rapporto di servizio con essa, ed il giudizio conseguente all'esercizio (obbligatorio) dell'azione di competenza del Procuratore della Corte dei conti per i medesimi fatti.

Anche nell'ipotesi di condanna al pagamento di una provvisionale nei confronti di un'amministrazione costituita parte civile (Sez. 6, n. 43278 del 25/09/2009, Di Summa, Rv. 245303) si esclude che possa configurasi una riserva di giurisdizione del giudice contabile. La Corte osserva, in particolare, che la riserva di competenza in tema di liquidazione del danno prevista dagli artt. 538, comma 2 e 539, comma 1, cod. proc. pen. riguarda esclusivamente la determinazione del *quantum debeatur*. In tal senso depone l'univoco disposto dell'art. 539, comma 1, cod. proc. pen. secondo il quale il giudice penale, nell'ipotesi di condanna generica ai danni, "rimette le parti davanti al giudice civile". Né il successivo comma 2 dell'art. 539 prevede una riserva di competenza in caso di condanna al pagamento di una provvisionale.

3. L'orientamento della giurisprudenza contabile.

L'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza della Corte dei conti, ritiene che il giudizio contabile non è precluso nè dalla costituzione dell'amministrazione danneggiata come parte civile nel processo penale nè dall'eventuale condanna generica del responsabile al risarcimento del danno, neppure se accompagnato dal riconoscimento di una provvisionale, che vale, ovviamente, come parziale liquidazione del danno

Il sistema consente una piena giurisdizione concorrente. Nell'ipotesi di danno diretto, ossia prodotto dal pubblico agente al patrimonio dell'erario, sono esercitabili entrambe le azioni, quella di responsabilità ad iniziativa del p.m. contabile e l'altra, di tipo civile, fatta valere dall'ente danneggiato dinanzi al giudice ordinario, anche a mezzo di costituzione di parte civile in sede penale (cfr. *ex plurimis*, C. Conti, App. Sez. 2 Centr., n. 26 del 16/01/2013; C. conti, Sez. 2, n. 223 del 01/07/2005).

Per l'ontologica differenza tra illecito amministrativo ed illecito civile, la Corte dei Conti giudica sulla condotta posta in essere in violazione degli obblighi di servizio, indipendentemente e a prescindere dal fatto che tale condotta integri o meno un illecito civile. Se dalla condotta deriva un danno erariale, l'azione del p.m. contabile è preclusa solo nel caso in cui, presso un diverso plesso giurisdizionale, si sia già conseguito il bene della vita del quale si chiede tutela (Corte Conti, App. Sez. 2 Centr., n. 382 del 04/06/2014).

Solo l'integrale ed effettivo ristoro di tutti i profili di danno erariale può determinare la declaratoria di improcedibilità della domanda, fermo restando che in sede esecutiva occorrerà effettuare le dovute decurtazioni e riduzioni, nel raffronto tra le somme al cui pagamento il convenuto sia condannato sia dal giudice contabile sia da quello ordinario (C. Conti, App. Sez. 3 Centr., n. 183 del 20/04/2006; *id*, n. 417 del 12/11/2007).

Il citato limite di proponibilità dell'azione contabile impone, dunque, la necessaria verifica del completo conseguimento del bene della vita attraverso le provvisionali o le liquidazioni definitive di danno operate nelle altre sedi giurisdizionali e una pronuncia di cessazione della materia del contendere qualora tale risultato sia stato già realizzato.

Del resto, per il principio di autonomia e separatezza dei giudizi, non è prevista la possibilità di sospensione automatica del giudizio di responsabilità amministrativa (C. Conti, App. Sez. 2, n. 39 del 04/02/2015; C. Conti, App. Sez. 3, 22 luglio 2013, n. 522) e non si ravvisa un nesso di pregiudizialità logico-giuridica fra il giudizio contabile ed il procedimento penale.

La Corte dei Conti può, dunque, conoscere e valutare per il proprio convincimento gli elementi e le prove acquisiti in sede penale, senza dover attendere la sentenza penale definitiva, soprattutto in presenza di altri concordanti elementi di valutazione (sul contenuto del rapporto di pregiudizialità giuridica, cfr. Cass. civ., Sez. 1, n. 7057 del 29/05/2000, Rv. 536999; Sez. 1, n. 6792 del 24/05/2000, Rv. 536862).

4. Limiti di risarcibilità del danno all'immagine della P.A.

Il rapporto di potenziale interferenza tra il giudizio di responsabilità e il giudizio penale (o civile) deriva dalla complessità delle componenti del danno risarcibile nei confronti della P.A. per l'illecito penale del dipendente.

La responsabilità amministrativo-contabile del pubblico dipendente si configura come ipotesi di responsabilità civile ordinaria ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., connotata dalla particolare qualificazione del soggetto autore del danno, oltre che per la natura del soggetto danneggiato (amministrazione pubblica), ed il legame di occasionalità necessaria tra la causazione del danno e lo svolgimento delle pubbliche funzioni.

Una particolare componente – di ricorrente applicazione – del danno risarcibile nei confronti della pubblica amministrazione è il "danno all'immagine", figura di creazione giurisprudenziale, inizialmente qualificato come danno non patrimoniale, per la lesione al prestigio della P.A. e il discredito da essa subito in ragione dell'evidenza data dalla stampa e dell'attenzione della collettività per l'illecito compiuto dai propri dipendenti (sul contenuto composito del danno non patrimoniale derivante da fatto illecito costituente reato, che ricomprende in esso, oltre il danno all'immagine, anche il danno morale, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici, cfr. Sez. 3, n. 5481 del 12/12/2013, dep. 2014, Refatti, Rv. 259132; nello stesso senso, Sez. U civ., n. 26972 del 11/11/2008, Rv. 605489-605495).

Secondo Sez. 3, n. 38932 del 6/6/2017, Z.M., "il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, sia esso perseguito dinanzi alla Corte dei Conti o davanti ad altra Autorità Giudiziaria, si configura come danno patrimoniale da "perdita di immagine", avente natura di danno-conseguenza, la cui prova, secondo il costante orientamento di questa Corte in sede civile, può essere fornita anche per presunzioni e mediante il ricorso a nozioni di comune esperienza; trattasi, in particolare, di danno conseguente alla grave perdita di prestigio ed al grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica che, anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta, è tuttavia suscettibile di valutazione sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso".

Tale componente di danno è stata circoscritta normativamente dal d.l. n. 78 del 2009, conv. in l. n. 102 del 2009. L'art. 17, comma 30-*ter*, del citato d.l. n. 78 del 2009, dispone, in particolare, che l'esercizio dell'azione di danno erariale per il risarcimento del danno all'immagine può essere esercitata nei soli casi e nei modi previsti dall'art. 7 della L. 27 marzo 2001, n. 97. La norma, dedicata alla "responsabilità per danno erariale", prevede un obbligo di comunicazione al competente procuratore regionale della Corte dei conti della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo primo del titolo secondo del libro secondo del codice penale

(artt. 314-355, "delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione"), affinchè promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato.

La Corte costituzionale, con sentenza 15/12/2010 n. 355, nel dichiarare inammissibili e non fondate le questioni di legittimità costituzionale della norma sollevate dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti – considerando non manifestamente irragionevole la scelta di limitare l'azione risarcitoria della lesione all'immagine della P.A. solo ad alcune fattispecie di illecito penale – ha incidentalmente chiarito (p. 6 del Considerato in diritto) che «la formulazione della disposizione non consente di ritenere che, in presenza di fattispecie distinte da quelle espressamente contemplate dalla norma impugnata, la domanda di risarcimento del danno per lesione dell'immagine dell'amministrazione possa essere proposta innanzi ad un organo giurisdizionale diverso dalla Corte dei conti, adita in sede di giudizio per responsabilità amministrativa ai sensi dell'art. 103 Cost. Deve, quindi, ritenersi che il legislatore non abbia inteso prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione, e segnatamente di quella ordinaria, bensì circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa. […] La norma deve essere univocamente interpretata, invece, nel senso che, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste di responsabilità per danni all'immagine dell'ente pubblico di appartenenza, non è configurabile siffatto tipo di tutela risarcitoria […]» (cfr., sul punto, C. conti, Sez. Riun. n. 13/QM/2011 del 13/08/2011).

L'art. 1, comma 62, della l. n. 190 del 2012 (recante "disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"), nell'introdurre i nuovi commi 1-*sexies* e 1-*septies* dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994, ha, quindi, dettato dei parametri presuntivi di determinazione dell'entità "*del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione*" accertato con sentenza passata in giudicato (nella misura del "*doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente*") e previsto la possibilità di concessione del sequestro conservativo di cui all'art. 5, comma 2, del d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 gennaio 1994, n. 19, "*in tutti i casi di fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale*".

Sull'interpretazione delle nuove disposizioni normative che, in luogo della precisa limitazione imposta dall'art. 17, comma 30-*ter*, del d. l. n. 78 del 2009, operano un generico richiamo alla "*commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione*", è maturato un contrasto interno alla Corte.

Secondo un primo orientamento, espresso da Sez. 2, n. 14605 del 12/3/2014, Del Toso, Rv. 260022, la nuova disciplina non ha ampliato i casi di proponibilità dell'azione di risarcimento del danno all'immagine, ma semplicemente dettato delle peculiari modalità presuntive determinative della specifica voce di danno. La P.A. può, dunque, chiedere il risarcimento di tale danno al proprio dipendente nei soli casi in cui questi venga condannato per uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale. Nel caso di specie, la Corte ha annullato il provvedimento che aveva disposto il sequestro conservativo a tutela del diritto vantato dall'ente Provincia, costituito parte civile, al risarcimento del danno all'immagine provocato da un proprio dipendente, imputato per il reato di truffa aggravata.

La Seconda Sezione ha osservato che, a seguito della introduzione della legge n. 190 del 2012, non si è verificato alcun conflitto od incompatibilità tra il citato art. 17, comma 30-*ter* del d.l. n. 78 del 2009 e il nuovo art. 1, comma 1-*sexies*, della l. n. 20 del 1994, essendo diverso il campo applicativo delle due disposizioni. Infatti, il combinato disposto dell'art. 17 della l. n. 141 del 2009 e dell'art. 7 della l. n. 97 del 2001 disciplina l'*an* ed il *quomodo* dell'azione, mentre l'art. 1, comma 1-*sexies*, della l. n. 20 del 1994 si è limitato a regolamentare in via presuntiva il *quantum* dovuto alla P.A. per il danno all'immagine.

Del resto, l'art. 1, comma 1-*sexies*, indica, come presupposto dell'azione, che il dipendente abbia "illecitamente percepito" una somma di denaro o altra utilità, ossia il prezzo dell'illecito mercimonio della propria funzione, dato ordinariamente previsto come uno degli elementi tipici proprio dei delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I, del titolo secondo del libro secondo del codice penale e non certo degli altri delitti per i quali la P.A. può lamentare un danno all'immagine causatole dal proprio dipendente (in senso conforme, Corte Conti Emilia-Romagna, n. 137 del 09/09/2013).

Più di recente, l'indirizzo è stato ribadito da Sez. 6, n. 43330 del 12/7/2016, S. e altri, che, con riferimento alla condotta di peculato posta in essere da un dirigente di un ente regionale, per essersi appropriato di somme destinate ad un premio letterario, ha affermato che la pubblica amministrazione può chiedere il risarcimento del danno all'immagine al proprio dipendente nei casi in cui questi venga condannato per uno dei delitti previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale (nella specie, l'imputato era stato condannato, tra gli altri, per il delitto di peculato, per essersi appropriato. Nella definizione del principio si opera un esplicito rinvio a Sez. 2, n. 14605 del 12/3/2014, Del Toso, Rv. 260022, e a Sez. 6, n. 2963 del 4/10/2004, dep. 2005, Rv. 231031.

Occorre segnalare, infine, che la medesima Sez. 6, n. 48603 del 27/9/2017, con riferimento al risarcimento danni disposto in favore della Ausl per il reato di cui agli artt. 314 e 323-*bis* cod. pen. posto in essere da un proprio dipendente, ha ritenuto che la scelta legislativa di limitare la tipologia dei reati ritenuti rilevanti ai fini del danno all'immagine è stata valutata, alla luce del *dictum* della Corte Costituzionale, non contrastante con i principi della Carta fondamentale, dovendo ritenersi in astratto ipotizzabile una concorrente lesione dell'immagine pubblica – ed ammissibile la tutela dell'immagine pubblica – solo in tali casi. Nessuna specifica previsione normativa autorizza, peraltro, a ritenere che il legislatore abbia inteso prevedere un maggiore ambito operativo alla giurisdizione contabile a discapito di della giurisdizione ordinaria, ma ha attuato semplicemente il proposito di circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine della amministrazione.

In senso contrario è l'orientamento espresso da Sez. 2, n. 29480 del 7/2/2017, C.d. e A.F., che ha ritenuto legittimato a costituirsi parte civile l'ente territoriale comunale per far valere il proprio diritto al risarcimento del danno all'immagine nei confronti di propri dipendenti responsabili dei reati di truffa aggravata in concorso ed abuso di ufficio.

In motivazione si osserva che la citata sentenza della Corte Costituzionale è di rigetto e, pertanto, priva di efficacia *erga omnes*, ciò che non impedisce l'opzione per un'interpretazione dell'art. 17, comma 30-*ter*, diversa e più ampia rispetto alla sentenza costituzionale 355/2010, e quindi ritenuto che il danno subito dalla P.A. per effetto della lesione all'immagine è risarcibile anche qualora derivi dalla commissione di reati comuni, posti in essere da soggetti appartenenti ad una pubblica amministrazione.

In tal senso "il riferimento testuale contenuto nel secondo periodo dell'art. 17 citato ai soli modi e casi previsti dalla L. n. 97 del 2001, art. 7, che fa espressamente salvo il disposto di cui all'art. 129 disp. att. c.p.p., deve intendersi riferito sia alla comunicazione al P.M.

contabile della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo 1 del titolo 2 del libro secondo del codice penale, sia alla comunicazione da parte del P.M. penale all'organo requirente contabile ex art. 129 disp. att. c.p.p., dell'esercizio dell'azione penale per i reati, di qualsiasi specie, che abbiano comunque cagionato un danno all'erario".

Tale conclusione trova conforto anche in un recente indirizzo della giurisprudenza in sede amministrativa (v. Corte dei Conti, Regione Puglia, Sez. Giur., sent. n. 400 del 27.5.2014; Regione Lombardia, Sez. Giur., sent. n. 16 del 27.1.2010 e sent. n.641 del 20.10.2009; Regione Lazio, Sez. Giur., ord. n.462 del 14.10.2009), secondo cui il disposto di cui alla l. n. 20 del 1994, art. 1, comma 1-*sexies*, aggiunto dalla l. n. 190 del 2012, art. 1, comma 62 (recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione") ha riguardo genericamente al "danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione, e pertanto trova applicazione "per qualsiasi reato, anche contravvenzionale, contro la P.A., e non ai soli delitti di cui al capi 1^ del titolo 2^ del libro 2^ del codice penale".

Nello stesso senso, Sez. 3, n. 5481 del 12 dicembre 2013, P.C., Refatti, Rv. 259132 che, sia pur in via incidentale, ha affermato la risarcibilità del danno all'immagine della P.A. anche nel caso di reati comuni posti in essere da soggetti appartenenti ad una pubblica amministrazione (nella sentenza si richiama le pronunce Corte Conti Lombardia, n. 47 del 14/03/2014; id, n. 17 del 23/01/2013).

Sotto il profilo della qualificazione soggettiva del responsabile, la Corte ha inoltre ritenuto in via astratta configurabile il danno all'immagine nei confronti dalla P.A. anche nel caso di illecito (nella specie, il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti) commesso da soggetti privi di qualifiche pubblicistiche, pur se ne ha poi escluso in concreto la risarcibilità.

In precedenza, in tema di reati tributari, Sez. F, n. 35729 del 1/8/2013, Agrama, Rv. 256583, ha riconosciuto il diritto dell'Agenzia delle entrate costituita parte civile al risarcimento del danno patrimoniale e di quello morale, inteso come pregiudizio alla credibilità nei confronti di tutti i consociati dell'organo accertatore. La Corte ha osservato che i limiti all'azione del risarcimento del danno all'immagine in sede di giudizio contabile previsti dall'art. 17 del d.l. n. 78 del 2009, conv. in l. n. 102 del 2009, non escludono il principio generale della risarcibilità del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ.

Ancor prima, Sez. 3, n. 35868 del 1/10/2002, Falconi, Rv. 222512, in tema di caccia, con riferimento alla violazione dell'art. 30 della l. 11 febbraio 1992, n. 157, ha affermato che, dall'esercizio della caccia con mezzi diversi da quelli consentiti deriva il conseguente danno all'immagine della Provincia, cui compete il dovere di assicurare il corretto esercizio della caccia, che legittima la risarcibilità del danno patito dall'ente locale, per la illegittima sottrazione al servizio pubblico della tutela dell'ambiente faunistico.

La richiamata sentenza Sez. 3, n. 38932 del 6/6/2017, Z.M. propone una soluzione di contemperamento, qualificando il danno all'immagine come voce-componente, sia pur distinta ed autonoma, del danno morale. Nel caso di danno patito dalla P.A. in conseguenza della perpetrazione di reati tributari, viene riconosciuta la piena risarcibilità del danno morale, in quanto tale danno consiste nella lesione di interessi non economici aventi comunque rilevanza sociale, ai quali è finalizzata l'azione dell'agenzia celle entrate preposta all'accertamento e alla riscossione delle entrate tributarie della Nazione. Nel caso di illeciti tributari assume rilevanza la lesione di interessi non economici dell'amministrazione finanziaria ovvero che, alla stregua della coscienza sociale, sono insuscettibili di valutazione eco-

nomica. La violazione di valori sociali di rilevanza pubblica esige una completa riparazione del danno prodotto, economico e non economico. In tal modo è stato ritenuto concepibile il danno morale (non patrimoniale) anche a favore di un ente pubblico (nella specie, le Agenzie delle entrate per i reati tributari, relativamente agli interessi pubblici e sociali che rappresentano).

L'affermazione non si pone in contrasto con l'orientamento che privilegia l'interpretazione letterale dell'art. 17-*ter*, ribadito da ultimo da Sez. 6, n. 48603 del 27/9/2017, secondo cui il *dictum* della Corte Costituzionale consente in astratto l'ipotizzabilità di una concorrente lesione dell'immagine pubblica – ed ammissibile la tutela dell'immagine pubblica – solo nei casi di reati del pubblico dipendente contro la P.A., in quanto il legislatore ha attuato semplicemente il proposito di circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine della amministrazione.

Al di là dell'evidenziato contrasto interpretativo, la disposizione di cui all'art. 17, comma 30-*ter*, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, lungi dall'escludere la giurisdizione del giudice ordinario in tema di risarcimento del danno all'immagine, risponde alla finalità di limitare la responsabilità amministrativa di cui all'art. 103 Cost., circoscrivendo oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'Amministrazione imputabile a un dipendente di questa, stante la diversità di struttura e funzione rispetto alla comune responsabilità civile, secondo quanto chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 355 del 2010 (Sez. 6, n. 35205 del 16/3/2017, Mineo, cit.; Sez. 6, n. 3907 del 13/11/2015, dep. 2016, Zaccaria, Rv. 266110; Sez. 3, n. 5481 del 12/12/2013, dep. 2014, P.C., Refatti, Rv. 259132).

5. Il divieto di *bis in idem* alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.

L'aspetto della possibile lesione del divieto di *bis in idem* è affrontato dalla Corte EDU con la sentenza 13/05/2014, ric. n. 20148/09, sul caso Rigolio c/ Italia.

Nel caso di specie, un assessore era stato condannato dal giudice penale al risarcimento dei danni in favore dell'ente comunale – oltre la confisca del prezzo del reato – per fatti di corruzione, per i quali aveva beneficiato della prescrizione. La Corte dei Conti aveva riconosciuto la responsabilità dell'amministratore pubblico per il danno all'immagine prodotto all'amministrazione comunale sulla base dell'accertamento compiuto nel giudizio penale che, ai sensi dell'art. 651 cod. proc. pen., non poteva non spiegare effetto nel giudizio contabile quanto al riconoscimento della responsabilità del condannato

La Corte esclude che il giudizio di responsabilità contabile per danno all'immagine, in quanto finalizzato al risarcimento dell'amministrazione danneggiata e a ristorare un pregiudizio dalla stessa patito – e non alla tutela di interessi generali – possa essere assimilato al processo penale, secondo i c.d. Engel criteria (elaborati fin dalla nota sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, serie A, n. 22, sul caso Engel ed altri c/ Paesi Bassi).

In particolare, evidenzia che la qualificazione amministrativa della responsabilità nascente dal pregiudizio all'immagine, la natura della violazione e il grado di severità della sanzione inflitta escludono che il giudizio di responsabilità debba soggiacere alle garanzie del processo penale sancite dalla Convenzione EDU (art. 6, par. 3, lett. a, art. 7, art. 2, Prot. n. 7 annesso), pur se il riconoscimento de plano degli effetti del giudicato penale nel giudizio di responsabilità contabile, ai sensi dell'art. 651 cod. proc. pen., anche nel caso di sentenza di proscioglimento per prescrizione ovvero di patteggiamento, può violare il principio di presunzione di innocenza, sancito dall'art. 6, par. 2, della CEDU.

La sentenza della Corte EDU conferma, dunque, il rapporto di reciproca autonomia tra giudizio di accertamento in sede penale della responsabilità civile del dipendente nel confronti della P.A. e giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, anche se vertono sullo stesso fatto illecito e riguardano il medesimo soggetto.

L'approdo è espresso anche dalle Sezioni Unite civili, che hanno escluso la possibilità che l'interferenza tra i due giudizi sostanzi una violazione del divieto di *bis in idem*, anche alla luce della natura non sanzionatoria della responsabilità da illecito civile (Sez. U civ., n. 14831 del 06/07/2011, Rv. 618198). In particolare, si richiama il principio espresso da C. cost., 7 luglio 1988, n. 773, secondo cui solo «un giudicato penale con cui si sia liquidato il danno erariale» è preclusivo della «proposizione dell'azione di responsabilità amministrativa nei confronti del condannato».

Nel nostro ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non é riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive – restando estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta – ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, non essendo previsto l'arricchimento, se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto all'altro.

Peraltro è incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei c.d. *punitive damages* o danni punitivi previsti da ordinamenti di altri Stati (Cass. civ., Sez. 1, n. 1781 del 08/02/2012, Rv. 621332, con riferimento ai danni subiti per infortunio sul lavoro).

Nelle modalità di determinazione del danno erariale si evidenzia la netta differenza tra giudizio risarcitorio e azione di responsabilità amministrativa. Fermo restando il divieto di sindacare l'esercizio della discrezionalità amministrativa come fonte di pregiudizio, il giudice contabile può operare una "riduzione" del dovuto computando i vantaggi eventuali che dall'azione del dipendente possano essere derivati per la P.A., ciò che non è consentito in via officiosa nel giudizio di risarcimento, in cui l'obbligato potrà solo eventualmente eccepire in compensazione i guadagni arrecati dalla sua condotta al creditore – ed è onerato a fornirne la prova – per ottenere una condanna di minore entità.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione penale
Sez. 3, n. 35868 del 1/10/2002, Falconi, Rv. 222512
Sez. 6, n. 2963 del 4/10/2004, dep. 2005, Aiello, Rv. 231031
Sez. 6, n. 43278 del 25/9/2009, Di Summa, Rv. 245303
Sez. 3, n. 5481 del 12/12/2013, Refatti, Rv. 259132
Sez. F, n. 35729 del 1/8/2013, Agrama, Rv. 256583
Sez. 2, n. 14605 del 12/3/2014, Del Toso, Rv. 260022
Sez. 6, n. 3907 del 13/11/2015, dep. 2016, Zaccaria, Rv. 266110
Sez. 6, n. 34899 del 9/6/2016, N.G., D.L.P.
Sez. 6, n. 43330 del 12/7/2016, S. e altri
Sez. 6, n. 35205 del 16/3/2017, Mineo, Rv. 270774
Sez. 6, n. 48603 del 27/9/2017, C.P.P.
Sez. 3, n 38932 del 6/6/2017, Z.M.

Sentenze della Corte di cassazione civile
Sez. 1, n. 7057 del 29/05/2000, Rv. 536999
Sez. 1, n. 6792 del 24/05/2000, Rv. 536862
Sez. U civ., n. 822 del 23/11/1999, Rv. 531406
Sez. U civ., n. 22277 del 26/11/2004, Rv. 578129
Sez. U civ., n. 6581 del 24/03/2006, Rv. 587422
Sez. U. civ., n. 26972 dell'11.11.2008, Rv. 605489 – 605495
Sez. U civ., n. 14831 del 06/07/2011, Rv. 618198
Sez. U civ., n. 11 del 04/01/2012, Rv. 621202
Sez. 1, n. 1781 del 08/02/2012, Rv. 621332
Sez. U civ., n. 26582 del 28/11/2013, Rv. 628611
Sez. 3 civ., n. 14632 del 14/07/2015, Rv. 636278

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 355 del 2010
Corte cost., sent., n. 773 del 1988

Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, sul ric. n. 20148/09 del 13/05/2014, Rigolio c/ Italia
Corte EDU, serie A, n. 22 dell'8 giugno 1976, Engel ed altri c/ Paesi Bassi

SEZIONE II

ATTI DEL PROCEDIMENTO

CAPITOLO I

NOTIFICA AL DIFENSORE E NON AL DOMICILIO DICHIARATO O ELETTO: CONSEGUENZE

(Luigi Giordano)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alle Sezioni Unite. – 2. La giurisprudenza delle Sezioni Unite sul rapporto tra elezione di domicilio e notificazione presso il difensore. – 3. La giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema. – 4. Gli indirizzi contrapposti: la tesi che ritiene sufficiente la mera tempestiva proposizione dell'eccezione di nullità. – 5. (Segue): L'insufficienza del solo rapporto fiduciario con il difensore ai fini della conoscenza dell'atto da parte dell'imputato. – 6. L'orientamento che impone al difensore l'onere di allegazione di circostanze impeditive della conoscenza dell'atto. – 7. (Segue): la "funzione" dell'allegazione nelle dinamiche processuali. – 8. Il contenuto dell'onere di allegazione. – 9. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite. – 10. Le notificazioni al difensore ai sensi degli artt. 157, comma ottavo-*bis* e 161, comma quarto, cod. proc. pen. - 11. (Segue): La notificazione "impossibile" al domicilio dichiarato – 12. L'assenso del difensore di ufficio alla elezione di domicilio.

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite.

La Quarta sezione della Corte di cassazione, con ordinanza n. 662 del 29/3/2017, depositata il 20/4/2017, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione, piuttosto ricorrente nella pratica giudiziaria, relativa ai presupposti per la sanatoria della nullità della notificazione della citazione compiuta, ai sensi dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., presso il difensore, nonostante che l'imputato avesse dichiarato o letto domicilio altrove.

Il Collegio, in particolare, ha formulato il seguente quesito: «Se in presenza di elezione o dichiarazione di domicilio da parte dell'imputato, ove la notifica del decreto di citazione a giudizio sia stata effettuata, ai sensi dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., a mani del difensore di fiducia, quest'ultimo, nell'eccepire la nullità, debba allegare circostanze impeditive della conoscenza della citazione da parte dell'imputato, e se, in mancanza, la nullità rimanga sanata».

La Corte ha deciso con la sentenza Sez. U, n. 58120 del 22/6/2017, Tuppi, al momento in cui si scrive non ancora depositata, dando al quesito risposta negativa. La deliberazione è stata assunta sulle conclusioni conformi del Procuratore generale presso la Corte di cassazione.

2. La giurisprudenza delle Sezioni Unite sul rapporto tra elezione di domicilio e notificazione presso il difensore.

La questione si inscrive nel più ampio tema della notificazione all'imputato non detenuto e, specificamente, in quello del rapporto tra l'elezione o la dichiarazione di domicilio ai sensi dell'art. 161 cod. proc. pen. e la notificazione all'imputato, successiva alla prima,

mediante consegna al difensore di fiducia ex art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. Quest'ultima disposizione, come è noto, è stata introdotta dalla legge 22/04/2005, n. 60, che ha convertito con modificazioni il d.l. 21/02/2005, n. 17, allo scopo di garantire la ragionevole durata del processo e, quindi, di accelerare i tempi di notifica degli atti.

Il tema che è stato oggetto della sentenza **Sez. U, n. 19602 del 27/3/2008, Micciullo, Rv. 239396**, nella quale la Corte ha affrontato la seguente questione: «Se la notificazione presso il difensore di fiducia, ex art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., possa essere effettuata anche nel caso in cui l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio per le notificazioni».

Le Sezioni Unite hanno affermato che è nulla la notificazione eseguita a norma dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia, qualora l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio per le notificazioni.

Secondo questa decisione, al fine di assicurare la piena conoscenza dell'accusa da parte dell'imputato, è stato articolato un sistema che contempla due tipologie di notificazioni.

Quando si deve effettuare la prima notificazione all'imputato non detenuto, che non abbia eletto o dichiarato domicilio, si deve procedere in uno dei modi consecutivi previsti dai primi otto commi dell'art. 157 cod. proc. pen. Una volta compiuta regolarmente la prima notificazione, se l'imputato provvede a nominare il difensore di fiducia, tutte le successive notificazioni si effettuano mediante consegna al difensore. La disposizione contenuta nell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., pertanto, deve essere letta nell'ambito dell'art. che la contiene. In caso di mancata nomina del difensore di fiducia, si procederà a norma dell'art. 161, comma secondo e quarto, cod. proc. pen.

Se, invece, vi è stata elezione o dichiarazione di domicilio – e, dunque, vi è stato un primo contatto tra l'imputato e i soggetti indicati nell'art. 161 cod. proc. pen. – devono essere seguite direttamente le forme dettate da quest'ultima disposizione del codice di rito.

Così ricostruito il sistema, le Sezioni Unite hanno precisato che la nullità conseguente alla notificazione eseguita a norma dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia, qualora l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio per le notificazioni, è qualificabile di ordine generale a regime intermedio. Essa deve ritenersi sanata quando risulti provato che non ha impedito all'imputato di conoscere l'esistenza dell'atto e di esercitare il diritto di difesa, ed è, comunque, priva di effetti se non dedotta tempestivamente, essendo soggetta alla sanatoria speciale di cui all'art. 184, comma primo, cod. proc. pen. alle sanatorie generali di cui all'art. 183 cod. proc. pen., alle regole di deducibilità di cui all'art. 182 cod. proc. pen., oltre che ai termini di rilevabilità di cui all'art. 180 cod. proc. pen.

Sul punto, la sentenza in esame ha aggiunto che «la nullità assoluta e insanabile prevista dall'art. 179 cod. proc. pen. ricorre soltanto nel caso in cui la notificazione sia stata omessa o quando, essendo stata eseguita in forme diverse da quelle prescritte, risulti inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte dell'imputato, mentre essa non ricorre nei casi in cui vi sia stata esclusivamente la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione, alla quale consegue l'applicabilità della sanatoria di cui all'art. 184 cod. proc. pen.». Peraltro, «l'imputato che intenda eccepire la nullità assoluta della citazione o della sua notificazione, non risultante dagli atti, non può limitarsi a denunciare l'inosservanza della relativa norma processuale, ma deve rappresentare al giudice di non avere avuto cognizione dell'atto e indicare gli specifici elementi che consentano l'esercizio dei poteri officiosi di accertamento da parte del giudice stesso».

La decisione appena illustrata, nella parte in cui ha ravvisato un onere di allegazione solo in capo a colui che deduce la nullità assoluta della citazione o della sua notificazione, ha fatto riferimento alla precedente sentenza Sez. U, n. 119 del 27/10/2004, dep. 2005, Pa-

lumbo, Rv. 229539, che ha affrontato la questione relativa alla notificazione della citazione all'imputato presso il domicilio reale a mani di persona convivente, anziché presso il domicilio eletto.

In questa pronuncia, sulla base dell'interpretazione letterale delle norme, oltre che della loro "storia", la Corte ha distinto la nullità assoluta ed insanabile prevista dall'art. 179 cod. proc. pen., che ricorre nel caso in cui la notificazione della citazione sia stata omessa o, quando, essendo stata eseguita in forme diverse da quelle prescritte, risulti inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte dell'imputato, dalla nullità che riguarda esclusivamente la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione della notificazione (in precedenza, in termini analoghi, Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221402; di recente, Sez. U, n. 7697 del 24/11/2016, Amato, Rv. 269028). Solo in quest'ultimo caso trova applicazione la sanatoria di cui all'art. 184 cod. proc. pen., perché l'atto, sebbene viziato, è idoneo a produrre l'effetto della conoscenza del processo.

In questa stessa decisione, la Corte ha precisato che il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio la nullità assoluta, sempre che gliene risultino le condizioni. Qualora non vi siano in atti gli elementi su cui si fonda, è l'imputato a dover determinarne la cognizione ed eventualmente a dimostrane l'esistenza. Se vuol far valere la nullità assoluta stabilità dall'art. 179 cod. proc. pen., l'imputato non può limitarsi a denunciare l'inosservanza della norma processuale, ma deve anche rappresentare al giudice di non avere avuto conoscenza dell'atto e deve eventualmente avvalorare l'affermazione con elementi che la rendano credibile perché «in un processo basato sulla iniziativa delle parti è normale che anche l'esercizio dei poteri officiosi del giudice sia mediato dall'attività delle parti, quando dagli atti non risultano gli elementi necessari per l'esercizio di quei poteri e solo le parti sono in grado di rappresentarli al giudice e di procurarne l'acquisizione».

Con le sentenze illustrate, comunque, le Sezioni Unite hanno affermato che la nullità assoluta e insanabile prevista dall'art. 179 cod. proc. pen. ricorre non solo nel caso in cui la notificazione sia stata omessa, ma anche quando, «essendo stata eseguita in forme diverse da quelle prescritte, risulti inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte dell'imputato» (così Sez. U, n. 19602 del 27 marzo 2008, Micciullo). Quest'ultimo, invero, appare il profilo più delicato perché, secondo le stesse sentenze, nei casi in cui vi sia stata «esclusivamente la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione», che non ha impedito detta conoscenza, ricorre una nullità della notificazione a regime intermedio, come tale sanabile.

Dopo le pronunce delle Sezioni Unite, pertanto, la questione che sembra essere rimasta sullo sfondo concerne l'individuazione dei casi in cui, per l'impiego di forme diverse da quelle prescritte (o, in altri termini, per la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione), la notifica non ha conseguito lo scopo di determinare la conoscenza effettiva dell'atto. In relazione a questo profilo, le Sezioni Unite hanno ascritto alla parte interessata alla declaratoria della nullità assoluta l'onere di allegare circostanze di fatto utili a sostenere che il risultato conoscitivo non sia stato raggiunto per l'inidoneità delle forme impiegate, collegando detto onere alla possibilità di esercizio dei poteri officiosi di accertamento da parte del giudice.

Il fatto che esclude la configurabilità della nullità assoluta, cioè la conoscenza dell'atto da parte del destinatario, peraltro, sembra il medesimo che vale ad sanare la nullità a regime intermedio, permettendo di ritenere raggiunto lo scopo della notificazione.

Sotto altro aspetto, ed in particolare in relazione alla sussistenza di un onere del difensore di non limitarsi a proporre l'eccezione di nullità a regime intermedio, ma di allegare un *quid pluris* relativo alla mancata conoscenza dell'atto o alla lesione effettiva del diritto di difesa, si è formato il contrasto giurisprudenziale che ha dato origine alla questione in esame e che nel prosieguo sarà analizzato.

3. La giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema.

Il rapporto tra l'elezione o la dichiarazione di domicilio e la notificazione della citazione ai sensi dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia, inoltre, è stato oggetto anche della sentenza della Corte costituzionale 5/5/2008, n. 136 relativa alla questione di legittimità della norma introdotta nel 2005 per consentire le notificazioni successive alla prima presso il difensore di fiducia.

In questa decisione, la Corte, dopo aver rilevato che l'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. «si ispira all'esigenza di bilanciare il diritto di difesa degli imputati e la speditezza del processo, semplificando le modalità delle notifiche e contrastando eventuali comportamenti dilatori e ostruzionistici» per mezzo della «valorizzazione del rapporto fiduciario tra l'imputato ed il suo difensore», ha osservato che, come il difensore può sottrarsi «all'onere ed alla responsabilità» dell'attività comunicativa verso il proprio assistito, «dichiarando immediatamente e preventivamente di non accettare le notificazioni indirizzate a quest'ultimo», così «anche l'imputato può rendere inapplicabile la norma censurata, mediante dichiarazione del domicilio o sua elezione presso un qualunque soggetto, e ciò in ogni fase del procedimento, posto che la giurisprudenza di legittimità si è orientata, anche con una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione, nel senso che la manifestazione di volontà della parte prevale sulla domiciliazione legale per ogni notifica ad essa successiva».

La Corte costituzionale ha anche ribadito che non vi è una assoluta incompatibilità delle presunzioni legali di conoscenza con le garanzie di difesa, aggiungendo che il legislatore può anche presupporre un onere di diligenza a carico del destinatario delle notificazioni, che gli impone una certa forma di cooperazione (cfr. Corte cost. n. 211 del 1991). «A maggior ragione un minimo di cooperazione è richiesto al difensore di fiducia, nel caso in cui, pur avendo la possibilità di rifiutare le notificazioni ai sensi dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., accetti di riceverle e si accolli pertanto l'onere di mantenere costantemente e compiutamente informato il proprio cliente».

L'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., pertanto, grava il difensore del compito di rendere edotto il proprio assistito delle conseguenze che, in assenza di elezione o dichiarazione di domicilio, la stessa nomina comporta circa le modalità di notificazione degli atti del procedimento. «L'adempimento di tale dovere professionale costituisce garanzia del buon funzionamento del rapporto fiduciario a fini specifici di efficacia delle future notifiche».

4. Gli indirizzi contrapposti: la tesi che ritiene sufficiente la mera tempestiva proposizione dell'eccezione di nullità.

Secondo la sentenza delle Sezioni Unite Micciullo, dunque, «è nulla la notificazione eseguita a norma dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia, qualora l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio per le notificazioni. Trattasi di nullità di ordine generale a regime intermedio che deve ritenersi sanata quando risulti provato che non ha impedito all'imputato di conoscere l'esistenza dell'atto e di esercitare il diritto di difesa».

A questo principio si è uniformata la giurisprudenza successiva (cfr., tra le altre, Sez. 1, n. 23973 del 20/05/2008, confl. comp. in proc. Casalegno, Rv. 240203; Sez. 6, n. 34558 del 10/05/2012, "P.", Rv. 253276; Sez. 5, n. 4828 del 29/12/2015, Ciano, Rv. 265803; Sez. 4, n. 18098 del 01/04/2015, Crapella, Rv. 263753; Sez. 3, n. 47953 del 19/07/2016, F., Rv. 268654; Sez. 5, n. 8478 del 28/11/2016, dep. 2017, Pettinengo, Rv. 269453; dopo la decisione delle

Sezioni Unite, la prevalenza della notifica presso il difensore di fiducia ex art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., nonostante l'elezione di domicilio, è stata sostenuta da Sez. 6, n. 31569 del 28/06/2016, C.A., Rv. 267527).

In merito al tenore dell'eccezione che il difensore è tenuto a sollevare a norma dell'art. 182 cod. proc. pen. per evitare la sanatoria generale prevista dall'art. 183 cod. proc. pen., invece, si sono delineati due indirizzi contrapposti.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, infatti, ai fini della declaratoria della nullità è sufficiente la mera tempestiva proposizione dell'eccezione, la quale è in grado di evitare la sanatoria generale prevista dall'art. 183 cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 4828 del 29/12/2015, dep. 2016, Ciano, Rv. 265803; Sez. 2, n. 41735 del 22/09/2015, Casali, Rv. 264594; Sez. 4, n. 18098 del 1/04/2015, Crapella; Sez. 5, n. 8108 del 25/01/2007, Landro, Rv. 236522).

Nel caso in cui la notificazione della citazione sia stata effettuata ai sensi dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia e non nel domicilio dichiarato o eletto, in particolare, un onere di allegazione da parte del difensore di fiducia di circostanze attestanti il venir meno del contatto e dell'effettivo collegamento con il suo assistito ricorre solo quando venga eccepita la nullità assoluta di detta notificazione della citazione. In presenza di una nullità a regime intermedio, invece, non può maturare una sanatoria quale effetto dell'inerzia probatoria della parte che ha proposto l'eccezione (Sez. 6, n. 11954 del 15/2/2017, Emma, Rv. 269558).

A tal proposito si fa leva sulla motivazione della sentenza Sezioni Unite Micciulo nella quale è precisato che l'onere dell'imputato, rappresentando al giudice di non aver avuto cognizione dell'atto, di indicare gli specifici elementi che consentano l'esercizio dei poteri officiosi di accertamento, grava soltanto in capo a colui che intende eccepire la nullità assoluta della citazione o della sua notificazione non risultante dagli atti. L'effettuazione della notifica nei modi previsti dal citato art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. al di fuori delle ipotesi consentite, invece, «non configura una nullità assoluta ed insanabile per omessa *vocatio in jus*, bensì una nullità di ordine generale e a regime intermedio, come tale soggetta alle ordinarie regole in tema di tempestiva deduzione e limiti di deducibilità e rilevabilità ed in tema di sanatoria, speciale e generale, con conseguente venir meno della nullità quando risulti provato che l'errore non abbia impedito all'imputato di conoscere l'esistenza dell'atto e di esercitare il diritto di difesa» (così, Sez. 6, n. 11954 del 15/2/2017, Emma, cit.).

Solo quando l'imputato assuma che le modalità di notifica non corrette abbiano comportato una situazione assimilabile ad un difetto di *vocatio in jus*, in altri termini, grava su di lui l'onere di fornire gli elementi concreti, suscettibili di verifica, indicativi dell'effettività di detta (eccezionale) situazione. «Per il resto, invece, pur nella consapevolezza delle implicazioni che sono proprie del rapporto fiduciario fra l'avvocato nominato dall'imputato ed il suo cliente, la nullità rimane configurabile e ritualmente deducibile, senza alcun "peso" probatorio a carico dell'istante» (così, Sez. 6, n. 11954 del 15/2/2017, Emma, cit.).

Secondo questa impostazione, assegnando alla parte interessata un onere di allegare, si giungerebbe al risultato paradossale di "sterilizzare" automaticamente un vizio, che si ammette integrare una nullità di ordine generale, ogniqualvolta la notifica, sebbene malamente eseguita ex art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., sia compiuta a mani del difensore di fiducia. La nullità, pertanto, «potrebbe essere rilevata sono nel caso di notifica presso il difensore di ufficio» (così, Sez. 6, n. 11954 del 15/2/2017, Emma, cit.) e, dunque, al di fuori del paradigma dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen.

5. *(Segue)*: L'insufficienza del solo rapporto fiduciario con il difensore ai fini della conoscenza dell'atto da parte dell'imputato.

Secondo l'orientamento appena illustrato, in particolare, è sufficiente la proposizione di mera eccezione perché una presunzione di conoscenza dell'atto da parte del destinatario non può desumersi dal rapporto esistente con il difensore di fiducia.

Al riguardo, Sez. 5, n. 4828 del 29/12/2015, Ciano, Rv. 265803, ha affermato che, pure in presenza di un rapporto fiduciario ancora in atto tra l'imputato ed il proprio difensore, il vigente dato normativo non può essere interpretato in termini tali da pervenire alla generalizzata conclusione che la notifica di un atto presso il difensore di fiducia sia comunque valida. Il dovere del professionista di informare il cliente e l'interesse dell'assistito a mantenere costanti le reciproche comunicazioni può anche lasciare presumere, in termini di più o meno completa certezza, che un atto pervenuto all'avvocato sia noto all'assistito. Laddove quest'ultimo abbia eletto o dichiarato domicilio in un dato luogo, tuttavia, è in quel luogo che egli ha diritto a ricevere gli atti del processo che lo riguarda. «Ergo, seppure la conoscenza effettiva dell'atto può concretamente dedursi da una notifica siffatta, la nullità rimane configurabile e ritualmente deducibile».

Anche quando riconoscono a carico del difensore di fiducia un onere di allegazione di circostanze impeditive della conoscenza dell'atto, quali ad esempio la perdita di contatto e di effettivo collegamento tra difensore ed assistito, quindi, le decisioni ascrivibili all'indirizzo in esame non attribuiscono un automatico effetto sanante all'inadempimento di detto onere, essendo necessario per l'operatività della sanatoria concreti ed ulteriori elementi, che si affiancano all'esistenza del rapporto fiduciario da cui scaturisce l'obbligo di informazione dell'assistito, da cui desumere la predetta conoscenza (cfr. Sez. 4, n. 18098 del 1/04/2015, Crapella, cit.).

Secondo la sentenza Sez. 4, n. 7917 del 25/01/2016, Bianco, Rv. 266231, ad esempio, pur se la notificazione del decreto di citazione per l'udienza di appello presso il difensore è idonea a determinare la conoscenza dell'atto da parte dell'imputato «in considerazione del rapporto fiduciario che lo lega al difensore» e «del fatto che non è stato assolto dalla parte l'onere di rappresentare al giudice di non avere avuto cognizione dell'atto e d'indicare gli specifici elementi che consentano l'esercizio dei poteri officiosi di accertamento da parte del giudice», il vizio deve ritenersi sanato perché l'imputato aveva proposto personalmente il ricorso per cassazione, avendo potuto esercitare le proprie difese. Nel caso di specie, inoltre, era stata accertata, fin dalla notificazione dell'avviso ex art. 415-*bis* cod. proc. pen., l'inesistenza del domicilio dichiarato dall'imputato, atteso che nella relata di notificazione di tale ultimo atto era stato precisato che l'immobile corrispondente all'indirizzo era stato abbattuto ed era in fase di ricostruzione (circostanza che, peraltro, verosimilmente avrebbe imposto la notificazione presso il difensore ai sensi dell'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen.).

A questo indirizzo ha aderito pure la decisione Sez. 3, n. 47953 del 19/07/2016, F., Rv. 268654, la quale, tuttavia, ha ravvisato la sanatoria del vizio della notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello notificato al difensore di fiducia e non nel domicilio eletto, perché l'imputato, pur rimanendo assente in detto giudizio, aveva proposto personalmente il ricorso per cassazione, esercitando il diritto di difesa (la fattispecie oggetto di questa pronuncia, quindi, è sovrapponibile a quella affrontata da Sez. U, n. 19602 del 27 marzo 2008, Micciullo).

Anche la sentenza Sez. 5, n. 8478 del 28/11/2016, Pettinengo Davide, Rv. 269453 sembra ritenere sufficiente la mera proposizione dell'eccezione ai fini del rilievo della nullità della notificazione della citazione per l'appello, eseguita a norma dell'art. 157, comma ottavo-*bis*,

cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia, nonostante l'imputato avesse dichiarato o eletto domicilio, perché la decisione si sofferma solo sul rapporto esistente tra gli artt. 157 e 161 cod. proc. pen., senza alcun riferimento ad oneri di allegazione.

6. L'orientamento che impone al difensore l'onere di allegazione di circostanze impeditive della conoscenza dell'atto.

Secondo un diverso orientamento, invece, il difensore non può limitarsi a denunciare l'inosservanza della norma processuale, dovendo anche rappresentare al giudice di non avere avuto conoscenza dell'atto o di non aver potuto esercitare il diritto di difesa (Sez. 4, n. 2416 del 20/12/2016, dep. 2017, Zucchi, Rv. 268883; Sez. 6, n. 490 del 02/12/2016, Mercuri, Rv. 268809; Sez. 4, n. 8592 del 10/02/2016, Gervasoni, Rv. 266369; Sez. 4, n. 40066 del 17/09/2015, Bellucci, Rv. 264505), eventualmente avvalorando tale affermazione con elementi che la rendano credibile (Sez. 4, n. 44132 del 9/09/2015, Longoni).

Al fine del giudizio sulla conoscenza dell'atto, in particolare, deve essere valorizzato il rapporto fiduciario che lega l'imputato al suo difensore (Sez. 4, n. 40066 del 17/09/2015, Bellucci, cit.). In linea di principio, la conoscenza sanante dell'atto notificato al difensore di fiducia «non può *sic et simpliciter* presumersi o desumersi dal rapporto fiduciario che lega il ricevente al destinatario, qualora quest'ultimo abbia optato per l'elezione di domicilio presso altro indirizzo. La notificazione presso il difensore, proprio in ragione dell'esistenza del rapporto fiduciario, tuttavia, ancorché non sia equiparabile a quella nel domicilio eletto, costituisce un indizio di effettiva conoscenza dell'atto» (così, Sez. 4, n. 2416 del 20/12/2016, dep. 2017, Zucchi, cit.). Tale indizio, inevitabilmente, incide sul giudizio di effettiva lesività della nullità della notificazione, imponendo al difensore l'onere di allegazione delle circostanze particolari che, nel caso concreto, abbiano impedito il contatto con l'assistito e l'effettiva conoscenza dell'atto da parte del suo assistito.

La tesi illustrata, quindi, trova fondamento sull'orientamento, espresso anche dalla Corte costituzionale, secondo cui il difensore di fiducia ha il dovere di mantenere i rapporti con il suo assistito, conservando costanti comunicazioni. Il rapporto fiduciario implica «il sorgere di un rapporto di continua e doverosa informazione da parte di quest'ultimo nei confronti del suo cliente che riguarda, ovviamente, in primo luogo la comunicazione degli atti» (così Corte cost. n. 136 del 5 maggio 2008).

Nel caso in cui, formulando l'eccezione di nullità della notificazione della citazione, il difensore non rappresenti alcun pregiudizio per il diritto di difesa, lascia intendere che l'adempimento del dovere ha consentito di rendere nota la citazione all'imputato e che, dunque, è stato raggiunto l'effetto sanante (Sez. 6, n. 34558 del 10/05/2012, P., Rv. 253276).

In giurisprudenza, invero, rimarcando la differenza tra la notifica presso il difensore di ufficio e quella presso il difensore di fiducia, è stato affermato che la notifica della sentenza contumaciale al difensore di fiducia costituisce prova di una conoscenza effettiva (Sez. 1, n. 16002 del 06/04/2006, Latovic, Rv. 233615) e che sia «… del tutto ragionevole ritenere che, anche successivamente alla nomina, il perdurante rapporto professionale intercorrente tra l'imputato e il difensore di fiducia continui a consentire al primo di mantenersi informato sugli sviluppi del procedimento e di concordare con il difensore le scelte difensive ritenute più idonee» (Sez. 1, n. 2432 del 12/12/2007, dep. 2008, Ciarlantini, Rv. 239207).

In una fattispecie in cui, nonostante la revoca dell'elezione di domicilio presso il difensore, la notifica della citazione per il giudizio di appello era intervenuta ai sensi dell'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen. presso tale difensore, la Corte ha ritenuto la nullità a regime intermedio e sanabile, perché "il rapporto fiduciario esistente tra l'imputato ed il difensore … rendeva tale notificazione comunque idonea a determinare la conoscenza effettiva

dell'atto da parte del destinatario", precisando che detto rapporto fiduciario implica "il sorgere di un rapporto di continua e doverosa informazione da parte di quest'ultimo nei confronti del suo cliente che riguarda, ovviamente, in primo luogo la comunicazione degli atti" (così, Sez. 4, n. 16398 del 17/03/2015, Gnudi, che ha richiamato la sentenza della Corte cost. n. 136 del 5 maggio 2008).

È stato ripetutamente posto in rilievo, inoltre, l'onere di diligenza a carico del difensore che sia consegnatario delle notificazioni, sia pure con specifico riferimento all'onere di assicurare la funzionalità degli apparecchi di cui è dotato il suo studio professionale (Sez. 2, n. 2233 del 4/12/2013, dep. 2014, Ortolan, Rv. 258286; Sez. U, n. 28451 del 28/04/2011, Pedicone, Rv. 250120, in motivazione; Sez. U, n. 39414 del 30/10/2002, Arrivoli, Rv. 222553; Sez. 6, n. 34860 del 19/09/2002, Fisheku, Rv. 222578).

Una conferma della valorizzazione del rapporto professionale che intercorre tra il difensore di fiducia e l'imputato ai fini dell'impegno di informare l'assistito si trae anche dalla disciplina del processo in *absentia* introdotta dagli artt. 9-11 della legge 28 aprile 2014, n. 67, intitolata "*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*". Abrogando l'istituto della contumacia, il legislatore ha previsto che il giudice possa procedere in assenza dell'imputato qualora quest'ultimo abbia nominato un difensore di fiducia, desumendo da tale nomina l'effettiva conoscenza del processo.

7. *(Segue)*: la "funzione" dell'allegazione nelle dinamiche processuali.

In tema di nullità rilevabili anche d'ufficio, inoltre, occorre sempre verificare quali siano le conoscenze che il giudice possa desumere dagli atti nel caso concreto.

In alcune ipotesi, infatti, emergono dagli stessi atti elementi utili alla decisione circa l'intervenuta sanatoria del vizio (per esempio, secondo Sez. 4, n. 34377 del 13/07/2011, Bianco, Rv. 251114, nel caso di notificazione presso lo studio del difensore di fiducia deceduto, presso il quale l'imputato aveva eletto domicilio, ma a mani del secondo difensore di fiducia).

In altre situazioni, sempre dagli atti emergono elementi altrettanto dirimenti nel senso dell'insussistenza della conoscenza sanante di un atto notificato presso il domicilio cosiddetto "legale" previsto dall'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. Si allude, per esempio, al caso in cui in tutte le precedenti fasi del giudizio le notifiche all'imputato siano sempre state indirizzate, con successo, al domicilio dichiarato tanto in primo grado, quanto nell'atto di nomina del difensore di fiducia, quanto nell'atto d'appello (Sez. 5, n. 8108 del 25/01/2007, Landro, Rv. 236522).

La rilevabilità "anche d'ufficio" di elementi dagli atti del processo, tuttavia, non esclude che gravi su colui che deduce una nullità quantomeno l'onere di allegare le circostanze idonee a sostenere l'eccezione o, più precisamente, le ragioni per le quali il contatto con l'assistito sia mancato. Questi dati, infatti, potrebbero non risultare dagli atti. Tale onere, per un verso, mira a consentire al giudice di esercitare poteri officiosi di accertamento dell'effettività di quanto allegato e, dunque, del pregiudizio (Sez. 6, n. 490 del 02/12/2016, Mercuri, Rv. 268809). Per altro verso, è necessario «al fine di non sacrificare l'esigenza di celerità del giudizio laddove dalla nullità formalmente maturata non sia derivata in concreto alcuna lesione di quel diritto di difesa che la norma invalidante aveva lo scopo di tutelare» (Sez. 4, n. 2416 del 20/12/2016, dep. 2017, Zucchi, Rv. 268883).

L'indirizzo in esame, in questo modo, è ispirato dall'esigenza di contenere gli effetti delle sanzioni processuali quando si risolvano in formalismi inutili. Ai fini della sussistenza della nullità della notificazione, pertanto, è necessario che sussista una lesione concreta del

diritto di difesa (Sez. 6, n. 53720 del 25/09/2014, Folchetti, Rv. 262092; Sez. 6, n. 19080 del 28/01/2010, Catabiani, Rv. 247362; Sez. 3, n. 3837 del 08/01/2009, Ren, Rv. 242668; Sez. 5, n. 2071 del 25/11/2008, dep. 2009, Romanelli, Rv. 242357). Le norme che garantiscono l'esercizio del diritto di difesa non possono interpretarsi in senso puramente formale, ma in relazione alle finalità alle quali sono specificamente dirette (Sez. 5, n. 2885 del 16/10/1998, dep. 1999, Russo G, Rv. 212772).

Un criterio interpretativo rispettoso dei principi di matrice costituzionale, infatti, deve tendere al bilanciamento tra il diritto di difesa ed il principio della ragionevole durata del processo. Il punto d'integrazione è costituito dall'accertamento della concreta lesività dell'atto asseritamente nullo in relazione all'interesse che la regola violata mira a tutelare.

Per bilanciare esigenze di garanzia e celerità del processo occorre privilegiare l'accertamento della concreta lesività della violazione delle forme del processo, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, rispettosa dell'art. 111, comma secondo, Cost., secondo cui la legge deve assicurare la durata ragionevole del processo, e, al contempo, conforme al principio enunciato dall'art. 6 CEDU, che nella lettura della Corte di Strasburgo impone il bilanciamento di interessi contrapposti desumibili dalla complessità del caso concreto, dalla condotta del ricorrente e dal comportamento dell'Autorità (Corte EDU 25/03/1999, *Pellissier e Sassi c. Francia*).

L'intera disciplina delle notificazioni mira ad evitare appesantimenti procedurali. In particolare, le norme in tema di sanatoria delle nullità delle notificazioni, in quanto prevedono che l'imputato, pur sanando con la propria comparizione l'invalidità dell'atto, possa chiedere un termine per la difesa, sono chiaramente orientate a contemperare i suindicati contrapposti interessi.

8. Il contenuto dell'onere di allegazione.

Entrambi gli orientamenti illustrati, dunque, fanno riferimento ad un onere di allegazione della parte interessata alla declaratoria della nullità, ritenendo che rilevi, secondo la prima impostazione, solo quando l'imputato intende eccepire una nullità assoluta della notificazione ovvero, alla stregua della seconda, anche nei casi in cui l'eccezione concerna l'inosservanza della norma processuale relativa alla forma della notificazione. In quest'ultima ipotesi, il difensore non potrebbe limitarsi a dedurre la nullità, ma dovrebbe rappresentare che l'imputato non ha avuto conoscenza dell'atto o che sia stato pregiudicato nell'esercizio del diritto di difesa, allegando elementi concreti che rendano credibile la sua affermazione.

Un nodo interpretativo è rappresentato pure dalla valutazione dell'ampiezza dell'onere dell'allegazione difensiva concernente l'inidoneità della notificazione effettuata ai sensi dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. a consentire all'imputato di venire a conoscenza dell'atto.

Nelle decisioni è precisato che l'eccezione deve essere formulata fornendo indicazioni per individuare la situazione concreta occorsa. In particolare, di recente è stato ritenuto che l'assoluta genericità del motivo proposto dal difensore, nella parte in cui deduceva la sussistenza di lesione ai diritti della difesa con affermazione meramente ipotetica e priva di alcuna specificazione in ordine ai diritti che concretamente erano stati preclusi, consenta, al contrario, di ritenere il diritto di difesa specificamente esercitato per effetto della partecipazione del difensore di fiducia al giudizio (Sez. 2, n. 8888 del 29/11/2016, Mazza, Rv. 269434). L'imputato, pertanto, deve allegare fatti indicativi dei diritti che concretamente erano stati preclusi dal vizio della notificazione, manifestando, in modo particolare, i motivi che gli abbiano impedito di dare notizia all'imputato della notificazione dell'ordinanza presso il suo studio (Sez. 6, n. 34558 del 10/05/2012, P., Rv. 253276). Egli, dunque, non può

limitarsi a deduzioni meramente assertive (Sez. 3, n. 47953 del 19/07/2016, F., Rv. 268654). Alla concretezza e specificazione delle allegazioni appare legata la possibilità del giudice di compiere gli accertamenti officiosi necessari (Sez. 6, n. 490 del 02/12/2016, Mercuri, cit.).

È stato affermato che, nel caso in cui il difensore si limiti a dedurre la nullità della notifica, la mancata precisazione del concreto pregiudizio derivato in ordine alla conoscenza dell'atto e all'esercizio del diritto di difesa a causa della notifica dell'atto presso il difensore e non nel domicilio eletto, è causa di inammissibilità del ricorso per cassazione per difetto di specificità del motivo (Sez. 6, n. 34558 del 10/05/2012, P., Rv. 253276).

Un significativo riferimento all'onere di allegazione, anche se in tema di confisca per sproporzione, si ravvisa in Sez. U, n. 920 del 17/12/2003, Montella, Rv. 226490. In questa decisione, la Corte ha affermato che, dinanzi alla prova della sproporzione dei beni di cui ha la disponibilità rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, l'imputato può fornire un'attendibile e circostanziata giustificazione della loro legittima provenienza, che il giudice deve valutare in concreto, secondo il principio della libertà di prova e del libero convincimento. «Tale indicazione non va confusa con un'imposizione di onere della prova, ma si risolve nell'esposizione di fatti e circostanze di cui il giudice valuterà la specificità e la rilevanza e verificherà in definitiva la sussistenza». L'onere di giustificare la provenienza, dunque, è assolto con l'allegazione di elementi che, pur senza avere la valenza probatoria civilistica in tema di diritti reali, possessori e obbligazionari, siano idonei a vincere la presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale. «L'onere imposto non trasmoda perciò in una richiesta di prova diabolica, ma è al contrario di agevole assolvimento».

9. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.

Come è stato ampiamente illustrato, dunque, la questione che è stata rimessa alle Sezioni Unite concerne il tenore dell'eccezione che il difensore è tenuto a sollevare a norma dell'art. 182 cod. proc. pen. per far valere la nullità della notificazione eseguita ex art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia, anziché presso il domicilio dichiarato o eletto.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale, ai fini della declaratoria della nullità a regime intermedio, il difensore non può limitarsi a denunciare l'inosservanza della norma processuale, dovendo anche rappresentare al giudice di non avere avuto conoscenza dell'atto o di aver subito un pregiudizio nell'esercizio del diritto di difesa, eventualmente avvalorando tale affermazione con elementi che la rendano credibile. Il rapporto fiduciario che lega il ricevente al destinatario integra un indizio di effettiva conoscenza dell'atto, tale da imporre all'interessato di rappresentare, con elementi idonei, la mancata conoscenza dell'atto.

Questa impostazione valorizza il rapporto fiduciario tra il difensore e l'assistito in base al quale il difensore di fiducia ha il dovere di mantenere i contati con il suo assistito, conservando costanti comunicazioni. A sostegno di questa tesi, inoltre, si rileva che un criterio interpretativo rispettoso dei principi di matrice costituzionale e dell'art. 6 CEDU deve contemperare il diritto di difesa ed la ragionevole durata del processo. Detto bilanciamento può avvenire proprio per mezzo della valorizzazione del contenuto del rapporto fiduciario.

La giurisprudenza, poi, ha frequentemente impiegato il criterio dell'effettivo pregiudizio al fine di selezionare ciò che può essere considerato nullo e per qualificare la natura della nullità, sul presupposto che la difesa non possa pretendere la ripetizione dell'attività processuale se non ha subito una concreta compressione delle sue prerogative.

Un diverso orientamento, invece, sostiene che sia sufficiente il mero rilievo da parte del giudice della tempestività dell'eccezione proposta, la quale è in grado di evitare la sanatoria generale prevista dall'art. 183 cod. proc. pen. A tale riguardo, sono richiamate le moti-

vazioni delle sentenze delle Sezioni Unite, in precedenza illustrate (in particolare, Sez. U, n. 19602 del 27/3/2008, Micciullo, Rv. 239396 e Sez. U, n. 119 del 27/10/2004, dep. 2005, Palumbo), le quali, pur ravvisando la sussistenza di un onere di allegazione dei fatti su cui si fonda la nullità, lo hanno circoscritto alla sola nullità assoluta della citazione o della sua notificazione derivante da elementi non risultanti dagli atti.

Questa impostazione rileva che, ai fini della notificazione dell'atto all'imputato, in determinate fattispecie disciplinate dal codice è valorizzato il rapporto fiduciario.

Nel caso di cui all'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., tuttavia, la consegna dell'atto al difensore non è lesiva dei diritti dell'imputato non solo perché la nomina del difensore di fiducia implica l'insorgere di un rapporto di continua e doverosa informazione da parte di quest'ultimo nei confronti del suo cliente, ma anche perché il difensore può sottrarsi all'onere ed alla responsabilità di realizzare una puntuale attività comunicativa verso il proprio assistito, dichiarando immediatamente e preventivamente di non accettare le notificazioni indirizzate a quest'ultimo. Nell'ipotesi in esame, invece, il difensore non avrebbe la possibilità di sottrarsi all'impegno di informare il cliente (il quale, peraltro, aveva chiesto di ricevere l'atto altrove e non presso di lui).

La consegna dell'atto al difensore e l'applicazione della presunzione legale di conoscenza da parte dell'imputato, inoltre, può essere la conseguenza dall'inadempimento di doveri minimi di collaborazione da parte dello stesso imputato, in forza di una logica di contemperamento tra il diritto di difesa e le ragioni della celerità del processo. L'atto può essere consegnato al difensore, in altri termini, solo se ricorrono manifestazioni patologiche del rapporto tra ordinamento e imputato, come il rifiuto di dichiarare o eleggere domicilio ovvero la mancata comunicazione di mutamenti successivi alla dichiarazione o elezione (art. 161, comma 1, cod. proc. pen.), l'impossibilità di eseguire le notifiche nel cd. "domicilio determinato" e l'insufficienza o inidoneità della dichiarazione o elezione (art. 161, comma quarto, cod. proc. pen.). Analogamente la consegna al difensore è permessa quando sussistono altre situazioni patologiche come la latitanza o l'evasione (art. 165 cod. proc. pen.), l'irreperibilità (art. 160 cod. proc. pen.). Fuori da questi casi, non si potrebbe ritenere sanata la notificazione dell'atto al difensore, qualora l'imputato ha chiesto che gli fosse consegnato altrove o presso un consegnatario, essendo sufficiente al riguardo la formulazione di una mera eccezione.

La Corte ha deciso con la sentenza Sez. U, n. 58120 del 22/6/2017, Tuppi, al momento in cui si scrive non ancora depositata, dando al quesito risposta negativa e, dunque, recependo un'impostazione che dovrebbe inscriversi nel secondo indirizzo illustrato.

10. Le notificazioni al difensore ai sensi degli artt. 157, comma ottavo-*bis* e 161, comma quarto, cod. proc. pen.

Provando ad allargare l'orizzonte dell'indagine oltre i limiti della specifica questione rimessa alle Sezioni Unite, deve rilevarsi che, negli artt. 157 e 161 cod. proc. pen., il codice di rito individua presso il difensore un possibile destinatario dell'atto, cui si ricorre in determinati casi, sul presupposto che questi, in virtù del rapporto professionale, è tenuto ad avvisare l'assistito. La consegna al difensore lascia presumere la conoscenza dell'atto da parte del destinatario. Detta presunzione è reputata valida e ragionevole perché fondata sul rapporto che si instaura tra il difensore ed il suo assistito da cui si ritiene che scaturisca il dovere di mantenere i contatti.

Al rapporto professionale, peraltro, nella fattispecie di cui all'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., si aggiunge la prima notifica positiva e la stessa nomina del difensore di fiducia; nell'ipotesi di cui all'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., invece, la mancata

cooperazione del destinatario che ha rifiutato di eleggere o di dichiarare domicilio ovvero non ha comunicato i mutamenti intervenuti o, ancora, ha eletto o dichiarato un domicilio inidoneo o insufficiente.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 28451 del 28/04/2011, Pedicone, Rv. 250120, in particolare, hanno puntualizzato i reciproci spazi d'azione della disciplina delle notificazioni di cui all'art. 157 cod. proc. pen. e di quella di cui all'art. 161 cod. proc. pen., precisando che la seconda forma costituisce un sistema alternativo «che non può essere contaminato con l'applicazione di disposizioni riguardanti le ipotesi della prima notificazione, che risultino incompatibili con esso», escludendo, specificamente, il deposito degli atti nella casa comunale e i correlatiti avvisi di cui all'art. 157, comma ottavo cod. proc. pen. È stato aggiunto che il sistema di cui all'art. 161 cod. proc. pen. «è fondato sul dovere dell'imputato, che ne sia stato adeguatamente edotto, di dichiarare o di eleggere domicilio e di comunicare all'autorità giudiziaria ogni successiva variazione ai sensi dell'art. 161, commi 1 e 2, cod. proc. pen.». In precedenza, Sez. U, n. 19602 del 27 marzo 2008, Micciullo, Rv. 239396, aveva affermato che per le notificazioni gli artt. 157 e 161 cod. proc. pen. descrivono un "percorso duplice".

Una volta effettuata regolarmente la prima notificazione all'imputato che non ha eletto o dichiarato domicilio, se l'imputato provvede a nominare il difensore di fiducia, tutte le successive notificazioni si effettuano mediante consegna al difensore. La disposizione contenuta nell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. deve essere letta nell'ambito dell'articolo che la contiene.

La presunzione di conoscenza da parte dell'imputato dell'atto consegnato ex art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. al suo difensore di fiducia, come ha precisato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 136 del 2008, riposando sul rapporto professionale, non è incompatibile con le garanzie legali di difesa.

Al riguardo, è stato affermato come «la legge abbia istituito una presunzione di conoscenza, in capo all'imputato, dell'atto notificato al suo difensore di fiducia … come la presunzione si regga proprio sulla qualità fiduciaria del rapporto, e sull'aspettativa dell'osservanza degli obblighi gravanti sull'avvocato in base alla normativa pregressa e al codice deontologico, di portare effettivamente a conoscenza dell'assistito tutti gli atti processuali che lo riguardano, pur se non domiciliatario» (Sez. 4, n. 30897 del 6/11/2014, C.F., Rv. 265601). L'equiparazione della notificazione al difensore di fiducia rispetto alla consegna all'imputato «lungi dal ridursi ad una mera *fictio iuris*, è ampiamente giustificata dalla natura e dalla sostanza del rapporto professionale che intercorre tra l'avvocato difensore nominato di fiducia e l'imputato, il quale proprio nel momento in cui da il mandato al professionista con riguardo ad uno specifico procedimento, dimostra (o conferma) di essere effettivamente a conoscenza dello stesso. Anche successivamente alla nomina, il perdurante rapporto professionale intercorrente tra l'imputato e il suo difensore di fiducia consente al primo di mantenersi informato sugli sviluppi del procedimento e di concordare con il legale le scelte difensive ritenute più idonee» (così, Sez. U, n. 24630 del 26/03/2015, Maritan, Rv. 263599).

Anche l'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen. prevede che la notificazione, in determinate situazioni, possa essere eseguita presso il difensore. In particolare, la norma dispone che l'atto sia consegnato al difensore «se la notificazione nel domicilio determinato a norma del comma 2 diviene impossibile». La stessa disposizione prosegue estendendo la notificazione al difensore se l'elezione o la dichiarazione di domicilio di cui all'art. 161, comma 1 e 3 cod. proc. pen. "mancano o sono insufficienti o inidonee".

Questa disposizione, richiamando le nozioni di domicilio "determinato", "dichiarato" o "eletto" e distinguendo la notificazione "divenuta impossibile" e dalla elezione o dichiarazione di domicilio "mancante", "inidonea" o "insufficiente", ha generato talune incertezze interpretative.

In giurisprudenza, al riguardo, è stato precisato che il primo atto notificato ai sensi dell'art. 161, comma secondo, cod. proc. pen. acquista il significato di dichiarazione implicita di domicilio, che fa sorgere l'obbligo di comunicazione di ogni successivo mutamento e comporta, ove tale obbligo non sia adempiuto, la legittimità delle successive notificazioni eseguite mediante consegna al difensore» (Sez. 5, n. 23757 del 05/06/2006, De Florio, Rv. 234491). È stato sostenuto, infatti, che «una volta notificato con esito positivo, nella residenza anagrafica dell'imputato, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, le successive notificazioni, divenute impossibili in tale luogo, sono legittimamente effettuate al difensore, in assenza di comunicazione di avvenuto mutamento di domicilio da parte dell'imputato medesimo» (Sez. 1, n. 10427 del 20/02/2009, Miozzi, Rv. 242901).

L'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., pertanto, prescrive che si debba dare corso alla notifica dell'atto mediante consegna al difensore nelle ipotesi in cui la notifica stessa "diventi impossibile" presso il domicilio "determinato" ai sensi del precedente comma secondo. Detto recapito, ove una notificazione ha avuto esito positivo, rimane determinato al punto da comportare la necessità di procedere alla notifica degli atti successivi in quello stesso luogo, salvo che, successivamente, "divenga impossibile" la consegna dell'atto. In una logica di bilanciamento tra valori contrapposti, poiché l'imputato è venuto meno all'impegno di comunicare ogni mutamento di domicilio, la norma prevede la notificazione al difensore il quale, di conseguenza, assume l'impegno di informare il suo assistito. Il venir meno agli impegni da parte dell'imputato e la relazione professionale tra assistito difensore, dunque, giustifica e corrobora la presunzione della conoscenza dell'atto da parte del destinatario.

La medesima disposizione si applica anche ai casi in cui l'imputato, seguendo l'invito delle autorità, ha eletto o dichiarato domicilio ai sensi dell'art. 161, comma 1 e 2, cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 20742 del 18/04/2014, Di Coste, Rv. 259859). In tale ipotesi, l'imputato assume l'obbligo di comunicare il mutamento del domicilio eletto o dichiarato. L'inadempimento di tale obbligo ovvero l'elezione o la dichiarazione di un domicilio insufficiente o inidoneo per consentire la consegna permette la notificazione dell'atto al difensore. Allo stesso modo si opera nel caso in cui l'imputato non collabori, rifiutando di eleggere o dichiarare un domicilio. Anche in questi casi, quindi, è la condotta inadempiente dell'imputato e la presenza del rapporto professionale a fondare la presunzione di conoscenza dell'atto consegnato al difensore.

11. *(Segue)*: La notificazione "impossibile" al domicilio dichiarato.

Nell'ipotesi in cui sia intervenuta una elezione o dichiarazione di domicilio, in particolare, in giurisprudenza si è delineato un contrasto sulla nozione di notificazione "impossibile".

Al riguardo, secondo la sentenza delle Sezioni Unite, n. 28451 del 28/04/2011, Pedicone, Rv. 250120, in precedenza richiamata, «La impossibilità di procedere alla notifica nelle mani della persona designata quale domiciliatario, per il rifiuto di ricevere l'atto ovvero per il mancato reperimento del domiciliatario o dell'imputato stesso nel luogo di dichiarazione o elezione di domicilio o di altre persone idonee, integra l'ipotesi della impossibilità della notificazione ai sensi dell'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., sicché non è consentito, in tali casi, procedere con le forme previste dall'art. 157, comma ottavo, cod. proc. pen.».

Sebbene la fattispecie concreta risultasse caratterizzata anche dalla previa assunzione da parte dell'ufficiale giudiziario di specifiche informazioni sul posto e presso il locale ufficio anagrafe, secondo questa decisione, come è stato evidenziato di recente anche in giurisprudenza (cfr. Sez. 6, n. 24864 del 19/04/2017, Ciolan, Rv. 270031), il mancato reperimento del domiciliatario o dell'imputato nel domicilio eletto o dichiarato equivale all'impossibilità di procedere alla notifica.

Su questo specifico punto, tuttavia, si è delineato un contrasto tra due indirizzi giurisprudenziali.

Un orientamento, infatti, estende la nozione di "impossibilità" anche ai casi di mancato reperimento o di temporanea assenza dell'imputato o di non agevole individuazione dello specifico luogo indicato come domicilio. Si afferma, in particolare, che "l'impossibilità della notificazione al domicilio eletto, che ne legittima l'esecuzione presso il difensore secondo l'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., può essere integrata anche dalla temporanea assenza dell'imputato al momento dell'accesso dell'ufficiale notificatore, senza che sia necessario procedere ad una verifica di vera e propria irreperibilità, considerato l'onere incombente su quest'ultimo, una volta avvisato della pendenza di un procedimento a suo carico, di comunicare ogni variazione dell'iniziale elezione di domicilio" (Sez. 3, n. 12909 del 20/01/2016, Pinto, Rv. 268158, in una fattispecie in cui la Corte ha precisato che non è necessario il previo doppio accesso dell'ufficiale giudiziario nel domicilio eletto, prescritto unicamente dall'art. 157, comma settimo, cod. proc. pen. per la prima notificazione all'imputato non detenuto quando il destinatario è reperibile nel luogo della notificazione, ma le persone indicate nel comma primo di detto articolo mancano o sono inidonee o si rifiutano di ricevere l'atto)". Questo indirizzo consta di una nutrita schiera di precedenti conformi (tra gli altri, Sez. 6, n. 42548 del 15/09/2016, Corradini, Rv. 268223; Sez. 3, n. 21626 del 15/04/2015, Cetta, Rv. 263502; Sez. 4, n. 36479 del 4 luglio 2014, Ebbole, Rv. 260126; Sez. 5, n. 13051 del 19/12/2013, Barra e altri, Rv. 262540; Sez. 5, n. 49488 del 10/10/2013, Nicoletti e altri, Rv. 257840; Sez. 6, n. 42699 del 27/9/2011, Siragusa ed altri, Rv. 251367; Sez. 5, n. 22745 del 21/4/2011, Poggi, Rv. 250408).

Alcune recenti decisioni, che hanno aderito a questo orientamento, si sono soffermate sul disposto dell'art. 163 cod. proc. pen. che estende alle notificazioni eseguite nel domicilio eletto o dichiarato le disposizioni di cui all'art. 157 cod. proc. pen. "*in quanto applicabili*" e che costituisce uno dei nodi interpretativi del tema.

In particolare, la sentenza Sez. 6, n. 24864 del 19/04/2017, Ciolan, Rv. 270031 ha affermato che l'art. 163 cod. proc. pen. «attiene alla individuazione dei soggetti potenziali consegnatari dell'atto e non al luogo o alle modalità della notificazione», in ragione della «clausola di salvaguardia in esso contenuta» (in precedenza, negli stessi termini Sez. 5, n. 34889 del 1/03/2016, Orlandi, Rv. 267767). Le modalità di esecuzione della notifica stabilite dall'art. 157, comma ottavo, cod. proc. pen., relative al deposito presso la casa comunale, per il testuale riferimento della norma, sono consequenziali al verificarsi delle situazioni ipotizzate dal comma settimo del medesimo articolo (mancanza, inidoneità, rifiuto di ricevere l'atto con conseguente obbligo di effettuare nuove ricerche dell'imputato). Queste situazioni sono di per sé preclusive della possibilità di notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto ovvero presso il domiciliatario e idonee ad individuare l'ipotesi prevista dall'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen. (sul punto è stata richiamata Sez. U, n. 28451 del 28/11/2011, Pedicone, Rv. 250120).

Ad ulteriore esplicitazione di quanto osservato dalle Sezioni Unite, detta sentenza ha aggiunto che «l'inciso «in quanto applicabili», previsto dall'art. 163 cod. proc. pen. ai fini dell'operatività delle disposizioni di cui all'art. 157 cod. proc. pen. in relazione alle notificazioni

nel domicilio dichiarato o eletto, per avere un significato utile implica necessariamente un richiamo "parziale" della disciplina evocata. È estranea al richiamo la disciplina concernente il deposito presso la casa comunale: da un lato, infatti, l'art. 157, comma 1, primo periodo, cod. proc. pen. esclude l'esigenza di un contatto diretto tra organo notificatore e destinatario della notificazione nei casi di domicilio dichiarato o eletto ("*Salvo quanto previsto dagli artt. 161 e 162, la prima notificazione all'imputato non detenuto è eseguita mediante consegna di copia alla persona*"), mentre il deposito presso la casa comunale costituisce l'estremo tentativo in tal senso; dall'altro, la disciplina in questione prevede una forma di comunicazione che, in ogni caso, rende l'atto accessibile in un luogo diverso dal domicilio dichiarato o eletto.

Il dato testuale dell'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., segnatamente la distinzione tra l'impossibilità della notificazione e l'inidoneità o l'insufficienza del domicilio, inoltre, non assume un rilievo dirimente, perché «… da un punto di vista lessicale, il vocabolo «inidoneo» è generalmente definito nei dizionari come «mancante di capacità specifica»; di conseguenza, la dichiarazione e l'elezione di domicilio possono essere ritenute «inidonee», in linea con il comune significato linguistico descritto, non solo quando è praticamente "impossibile" la notificazione nel luogo indicato, ma anche quando, per cause diverse dal caso fortuito e dalla forza maggiore, le stesse non sono "funzionali" ad assicurare il pronto ed efficace esito positivo dell'adempimento comunicativo».

Sulla stessa linea, la pronuncia Sez. 6, n. 24534 del 7/4/2017, Sperante, dopo aver affermato che l'ufficiale giudiziario non ha né il potere, né il dovere di procedere ad alcun ulteriore accertamento, ha precisato che "la notifica va fatta presso il difensore poiché il disposto del quarto comma dell'art. 161 cod. proc. pen. non rende applicabile il rinvio che l'art. 163 fa al 157 stesso codice". Il richiamo operato dall'art. 163 cod. proc. pen. all'art. 157 cod. proc. pen., infatti, deve essere inteso come limitato alla sola individuazione dei soggetti potenziali consegnatari dell'atto. La constatazione dell'impossibilità della notificazione non è subordinata neppure al previo doppio accesso dell'ufficiale giudiziario nel luogo del domicilio eletto o dichiarato, che è prescritto solo per la prima notificazione nel caso di mancato reperimento o rifiuto o inidoneità delle persone reperite in detto posto. Ai fini della notificazione mediante consegna al difensore, "è sufficiente la redazione di un verbale di vane ricerche da parte dell'organo preposto alla notifica che attesti … l'impossibilità di procedere alla notifica degli atti nel domicilio dichiarato". Nella fattispecie, peraltro, come ha precisato decisione, è stata "solo labilmente" affermata la compromissione del diritto di difesa, "non essendo stati allegati motivi che hanno provocato l'interruzione dei contatti tra il cliente e l'avvocato fiduciario destinatario delle notifiche".

Un diverso orientamento, invece, ha affermato che «ai fini dell'integrazione dell'impossibilità della notifica, non è sufficiente la semplice attestazione dell'ufficiale giudiziario di non avere trovato l'imputato, ma occorre un *quid pluris* che si concreta in un accertamento che l'ufficiale giudiziario deve eseguire *in loco* e solo a seguito del quale, ove l'elezione di domicilio sia mancante o insufficiente o l'imputato risulti essersi trasferito altrove, è possibile attivare la procedura, ex art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., di notifica presso il difensore» (Sez. 5, 10 giugno 2015, n. 35724, L., Rv. 265872; in precedenza Sez. 2, 7/12/2011, n. 48349, Martini, Rv. 252059; sembra sulla stessa linea, Sez. 3, n. 10227, del 24/01/2013, Imbastari, Rv. 254422, che ha reputato sufficiente per la consegna dell'atto al difensore l'accertamento dell'ufficiale giudiziario che l'imputato era stato sfrattato dal luogo ove aveva dichiarato domicilio; Sez. 2, n. 45444 del 04/10/2016, Montuori, Rv. 268278, che ha ritenuto sufficiente per la notifica al difensore la redazione di un verbale di vane ricerche da parte della polizia giudiziaria; Sez. 6, n. 33699 del 20/06/2017, S., Rv. 270742, secondo cui l'im-

possibilità della notificazione al domicilio dichiarato può essere integrata anche dalla constatata assenza dai citofoni e dalle cassette postali del nominativo dell'imputato all'indirizzo indicato, espressiva di un definitivo mutamento del reale luogo di residenza).

A fondamento di tale conclusione si richiama il dato letterale delle disposizioni. Si osserva, infatti, che la nozione di impossibilità della notifica di cui all'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., non può identificarsi in quella di irreperibilità, stante la complessa procedura richiesta per la constatazione di quest'ultima.

Si rileva, poi, che, data la mancata determinazione del significato del sintagma «notificazione [...] impossibile» nel primo periodo dell'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., il senso dell'espressione può essere definito in considerazione dei due successivi periodi, e deve perciò ritenersi far riferimento o all'ipotesi in cui «la dichiarazione o l'elezione di domicilio mancano o sono insufficienti o inidonee» (secondo periodo), oppure all'ipotesi in cui l'imputato abbia mutato il proprio domicilio e non abbia comunicato detto mutamento pur non versando in condizione di caso fortuito o di forza maggiore (terzo periodo) (si veda per queste osservazioni, specificamente, Sez. 2, n. 48349 del 2011, Martini, Rv. 252059 poi riproposte testualmente da Sez. 5, n. 35724 del 2015, L., Rv. 265872).

Al riguardo, Sez. 5, n. 8478 del 28/11/2016, dep. 2017, Pettinengo Davide, Rv. 269453 ha affermato che l'art. 157 cod. proc. pen. regola le modalità della notificazione, mentre l'art. 161 cod. proc. pen. i luoghi in cui deve essere consegnato l'atto. Da questa premessa ha tratto la conseguenza che «le modalità di notificazione previste dai primi otto commi dell'art. 157 cod. proc. pen. sono tutte applicabili anche ai casi di domicilio eletto, dichiarato o determinato ai sensi dell'art. 161 cod. proc. pen.», dunque, anche il deposito presso la casa comunale. La consegna al difensore ex art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen è una modalità di notifica all'imputato di cui non risulta affatto ignoto il luogo di residenza o di domicilio. La consegna al difensa prevista dall'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., invece, è una notifica in un luogo diverso da quello in cui non è stato possibile eseguirla. Ne consegue che «Il diverso ambito di operatività delle due norme, dunque, non consente la notifica al difensore ai sensi dell'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen., allorquando il luogo di notificazione sia stato eletto o dichiarato a norma dell'art. 161 cod. proc. pen.; in tal caso, prevale l'esigenza di notificare l'atto presso il domicilio eletto, e, solo in caso di inidoneità della dichiarazione o di assenza, non meramente temporanea, dell'imputato, la notifica può essere eseguita presso il difensore, anche d'ufficio, ai sensi del quarto comma dell'art. 161 cod. proc. pen.».

La fattispecie su cui ci è soffermati, così come quella analizzata nel paragrafo precedente di questa relazione, in conclusione, presentano il tratto comune di consistere in una valorizzazione del rapporto tra il difensore e l'assistito. Il primo riceve la consegna dell'atto ed assume l'impegno di informare il proprio assistito.

La fattispecie di cui all'art. 157, comma ottavo-*bis*, cod. proc. pen. si fonda sulla condotta dell'imputato che, ricevuta la prima notifica, ha nominato un difensore di fiducia allo scopo di esercitare il proprio diritto di difesa.

L'applicazione della presunzione legale di conoscenza da parte dell'imputato nel caso di cui all'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen. deriva dall'inadempimento di doveri minimi di collaborazione dell'imputato ed è ispirata ad una logica di contemperamento tra il diritto di difesa e le ragioni della celerità del processo. Ricorrono, in tale evenienza, manifestazioni patologiche del rapporto tra ordinamento e imputato, come il rifiuto di dichiarare o eleggere domicilio ovvero la mancata comunicazione di mutamenti successivi alla dichiarazione o elezione (art. 161, comma 1, cod. proc. pen.), l'impossibilità di eseguire le notifiche nel cd. "domicilio determinato"; l'insufficienza o inidoneità della dichiarazione o elezione

(art. 161, comma quarto, cod. proc. pen.). La fattispecie, sotto questo profilo, appare assimilabile ad altre ipotesi in cui è permessa la consegna al difensore perché sussistono altre situazioni patologiche come la latitanza o l'evasione (art. 165 cod. proc. pen.) ovvero l'irreperibilità (art. 160 cod. proc. pen.).

12. L'assenso del difensore di ufficio alla elezione di domicilio.

Per mera completezza, considerata l'affinità dell'argomento, appare utile un breve riferimento all'art. 1, comma 24, del d.l.gs. 23 giugno 2017, n. 103 che, riformando diverse norme del codice di rito, ha aggiunto all'art. 162 cod. proc. pen. un nuovo comma quarto-*bis* secondo cui «L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario».

Con questa disposizione è stato affrontato uno dei profili problematici della normativa vigente in materia di difesa d'ufficio, rappresentato dal frequente ricorso all'elezione di domicilio di indagati o di imputati privi di difensore di fiducia presso lo studio del difensore di ufficio. Sovente si tratta di persone senza fissa dimora, che procedono all'elezione di domicilio nel momento del primo contatto con la polizia giudiziaria e delle quali si perde ben presto ogni riferimento.

L'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio, peraltro, sebbene definita in dottrina "forzata", genera un'importante conseguenza. Si determina la condizione di reperibilità dell'imputato e di conoscenza del processo da parte di questi che permette di procedere in sua assenza ex art. 420-*bis*, comma secondo, cod. proc. pen.

La questione della possibilità di procedere in assenza in tale circostanza è stata affrontata dalla giurisprudenza di legittimità. Secondo l'indirizzo espresso da Sez. 2, n. 9441 del 24/01/2017, Seli, Rv. 269221, in particolare, essa è da escludersi, salvi i casi concreti nei quali possa emergere *aliunde* la certezza della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato. Questa decisione, infatti, ha affermato che «in tema di processo celebrato in assenza dell'imputato, la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico dello stesso non può essere desunta dall'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio effettuata, nell'immediatezza dell'accertamento del reato, in sede di redazione del verbale di identificazione d'iniziativa della polizia giudiziaria». In senso opposto, invece, si è determinata Sez. 5, n. 40848 del 13/07/2017, Fanici, Rv. 271015, secondo cui «In tema di processo "in assenza", è valida la notificazione all'imputato presso il difensore d'ufficio domiciliatario, indicato nel corso delle indagini preliminari, in ragione della presunzione legale di conoscenza del procedimento prevista dall'art. 420-*bis* cod. proc. pen., superabile solo nel caso in cui risulta (ai sensi del successivo art. 420-*ter*, comma primo, cod. proc. pen.) che l'assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento».

Il tema è stato oggetto della questione di legittimità costituzionale degli artt. 161 e 163 cod. proc. pen., sollevata dal Tribunale di Asti con ordinanza del 10 novembre 2015 con riferimento agli artt. 2, 3, 21, 24, 111 e 117 Cost., all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 6 Cedu, nella parte in cui non prevedono la notifica personale all'imputato dell'atto introduttivo del giudizio penale, nell'ipotesi di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, motivata sostanzialmente dalla violazione del principio di ragionevolezza, del diritto di difesa e del diritto presupposto all'informazione sull'accusa penale.

La Corte ha dichiarato inammissibile la questione per difetto del requisito della rilevanza e per l'erronea indicazione delle norme oggetto di censura, dal momento che non era stato indicato l'art. 420-*bis* cod. proc. pen. secondo cui il giudice deve celebrare il processo, in

assenza dell'imputato, anche nell'ipotesi in cui nel corso del procedimento questi abbia eletto domicilio presso il difensore d'ufficio. In questa pronuncia, tra l'altro, la Corte ha affermato che «l'individuazione degli strumenti attraverso cui consentire al giudice di verificare che l'assenza dell'imputato al processo sia espressione di una consapevole rinuncia a comparire non può che essere affidata alla discrezionalità del legislatore, trattandosi di scelte che investono la disciplina degli istituti processuali, nella specie quello delle notificazioni degli atti introduttivi del giudizio penale».

In questo contesto, è stato introdotto il nuovo comma dell'art. 162 cod. proc. pen.

La norma, ritenuta "assai laconica", condiziona l'efficacia della dichiarazione di elezione del domicilio presso il difensore nominato d'ufficio, al fatto che essa sia accompagnata da una manifestazione di adesione alla stessa da parte del legale onerato della difesa officiosa.

Seppur non sembra che debba essere necessariamente contestuale all'elezione di domicilio, l'assenso del difensore domiciliatario deve essere comunicato "*unitamente*" alla stessa.

Il riferimento alla "*autorità che procede*" implica necessariamente che tanto l'Autorità di polizia, quanto quella giudiziaria, sia tenuta a ricevere anche l'adempimento prescritto. Anzi, la predetta autorità deve pretendere che il domiciliante esibisca prova dell'assenso del difensore d'ufficio domiciliatario.

La norma, invero, impone espressamente solo la ricezione dell'assenso. Essa, invece, non vieta, che l'autorità giudiziaria o la polizia possa provvedere direttamente a sollecitarlo o a raccoglierlo, consultando il difensore, in special modo se presente all'atto.

L'assenso del difensore non è soggetto all'uso di una forma particolare, anzi neppure della forma scritta, potendo di conseguenza anche risultare dal verbale in cui il difensore di ufficio viene nominato. Deve risultare che, contattato e reso edotto dell'elezione di domicilio formulata dal suo assistito, lo abbia manifestato. È stato affermato che la mancata prescrizione di una forma costituisca un limite della nuova norma a cui solo la prassi giurisprudenziale potrà rimediare con opportune specificazioni.

Nel caso in cui manca l'atto di assenso, l'elezione di domicilio è senza effetto. La disposizione, tuttavia, non chiarisce le conseguenze di tale mancanza. Al riguardo, appaiono ipotizzabili due diverse opzioni interpretative.

Secondo una prima lettura, senza effetto significa "*tamquam non esset*", con la conseguenza che si deve procedere alla notifica nelle forme ordinarie ex art. 157 cod. proc. pen., fino all'eventuale dichiarazioni di irreperibilità. È stato sostenuto che tale opzione sarebbe l'unica conforme allo spirito della legge, che mira ad impedire modalità meramente formali di conoscenza che si tradurrebbero in non ammissibili presunzioni di conoscenza.

Secondo una diversa opinione, l'aver indicato un domicilio senza effetto integra una condizione assimilabile alla mancanza o all'inidoneità di cui all'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen. In questo caso, dunque, la notifica può essere comunque effettuata al difensore di ufficio, ma ex art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., senza peraltro alcuna presunzione di conoscenza del procedimento penale da parte dell'imputato.

A favore di tale seconda interpretazione milita la considerazione per cui – accedendo alla precedente opzione ermeneutica più intransigente – le doverose attività di identificazione e di invito a dichiarare un domicilio, sarebbero travolte dal mancato assenso, laddove è invece pacifico che l'indicazione di un domicilio inidoneo o inesistente determina l'operatività di cui all'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen.

Neppure sono state disciplinate le conseguenze della rinuncia del difensore d'ufficio al ruolo di domiciliatario, senza che di detta rinuncia sia stato informato l'assistito.

Il nuovo art. 162, comma quarto-*bis*, cod. proc. pen., comunque, costituisce una norma processuale in quanto individua il luogo nel quale l'indagato intende ricevere gli atti del

procedimento, sicché la regola dovrebbe essere quella per cui la validità dell'atto deve esser valutata alla luce della normativa esistente al momento della elezione di domicilio. Le elezioni di domicilio precedenti alla sua introduzione, pertanto, dovrebbero ritenersi pienamente efficaci e le notifiche effettuate in tal modo dovrebbero ritenersi ugualmente legittime.

Tale considerazione sembra potersi estendere anche all'*iter* notificatorio che interviene in un momento successivo all'entrata in vigore della novella sulla base di elezioni di domicilio compiute nella vigenza del vecchio regime. La considerazione per cui la disciplina applicabile era quella vigente al momento della elezione di domicilio sembra comportare che la stessa è pienamente efficace, sicché legittimamente le notifiche anche successive al 3 agosto 2017 che dovessero essere necessarie, potranno essere effettuate valendosi della elezione di domicilio, anche senza l'assenso del domiciliatario. Ove il medesimo rifiutasse di ricevere l'atto subentrerebbe comunque la previsione dell'art, 161, comma quarto, cod. proc. pen., in quanto l'elezione di domicilio (da ritenersi validamente effettuata), sarebbe divenuta inidonea.

La possibilità di compiere le notifiche avvalendosi dell'elezione di domicilio precedente alla riforma, ovviamente, si riverbera sulla valutazione della possibilità di procedere al giudizio in assenza dell'imputato. Tale profilo non investe la fase delle indagini preliminari che potranno proseguire garantendo la notificazione all'indagato degli atti al medesimo destinati "avvalendosi" dell'indicazione del domiciliatario difensore di ufficio (indicato *ante* 3 agosto 2017).

La necessità di verificare se vi sia stata o meno l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale, peraltro, potrebbe rilevare anche in relazione alle elezioni di domicilio (con assenso) formulate dopo l'introduzione della nuova norma, nel caso in cui il difensore eccepisca la totale mancanza di contatti con il proprio assistito. Se la procedura di elezione di domicilio con assenso del domiciliatario si sia perfezionata, però, appare arduo sostenere che l'assenza di contatti da parte dell'indagato con il suo difensore sia riconducibile ad una incolpevole condotta e non piuttosto ad una consapevole sottrazione al prosieguo del procedimento. Quest'ultima condizione consente di applicare la previsione di cui all'art. 420-*bis*, comma secondo, cod. proc. pen. che permette al giudice di procedere in assenza se risulta che l'imputato "*si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo*".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, 58120 del 22/6/2017, Tuppi
Sez. 5, n. 2885 del 16/10/1998, dep. 1999, Russo G., Rv. 212772
Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221402
Sez. 6, n. 34860 del 19/09/2002, Fisheku, Rv. 222578
Sez. U, n. 39414 del 30/10/2002, Arrivoli, Rv. 222553
Sez. U, n. 920 del 17/12/2003, Montella, Rv. 226490
Sez. U, n. 119 del 27/10/2004, dep. 2005, Palumbo, Rv. 229539
Sez. 1, n. 16002 del 06/04/2006, Latovic, Rv. 233615
Sez. 5, n. 23757 del 05/06/2006, De Florio, Rv 234491
Sez. 5, n. 8108 del 25/01/2007, Landro, Rv. 236522
Sez. 1, n. 2432 del 12/12/2007, dep. 2008, Ciarlantini, Rv. 239207
Sez. U, n. 19602 del 27/3/2008, Micciullo, Rv. 239396
Sez. 1, n. 23973 del 20/05/2008, confl. comp. in proc. Casalegno, Rv. 240203
Sez. 5, n. 2071 del 25/11/2008, dep. 2009, Romanelli, Rv. 242357
Sez. 3, n. 3837 del 08/01/2009, Ren, Rv. 242668
Sez. 1, n. 10427 del 20/02/2009, Miozzi, Rv 242901
Sez. 6, n. 19080 del 28/01/2010, Catabiani, Rv. 24736201
Sez. 5, n. 22745 del 21/04/2011, Poggi, Rv. 250408
Sez. U, n. 28451 del 28/04/2011, Pedicone, Rv. 250120
Sez. 6, n. 42699, del 27/09/2011, Siragusa, Rv. 251367
Sez. 4, n. 34377 del 13/07/2011, Bianco, Rv. 251114
Sez. 2, n. 48349 del 7/12/2011, Martini, Rv. 252059
Sez. 6, n. 34558 del 10/05/2012, "P.", Rv. 253276
Sez. 5, n. 49488 del 10/10/2013, Nicoletti, Rv. 257840
Sez. 2, n. 2233 del 4/12/2013, dep. 2014, Ortolan, Rv. 258286
Sez. 3, n. 10227 del 24/1/2013, Imbastari, Rv. 254422
Sez. 5, n. 13051 del 19/12/2013, Barra, Rv. 262540
Sez. 3, n. 21626 del 15/04/2015, Cetta, Rv. 263502
Sez. 5, n. 20742 del 18/04/2014, Di Coste, Rv. 259859
Sez. 4, n. 36479 del 4/07/2014, Ebbole, Rv. 260126
Sez. 6, n. 53720 del 25/09/2014, Folchetti, Rv. 262092
Sez. 4, n. 30897 del 6/11/2014, C.F., Rv. 265601
Sez. 4, n. 16398 del 17/03/2015, Gnudi
Sez. U, n. 24630 del 26/03/2015, Maritan, Rv. 263599
Sez. 4, n. 18098 del 01/04/2015, Crapella, Rv. 263753
Sez. 5, n. 35724 del 10/06/2015, L., Rv. 265872
Sez. 4, n. 44132 del 9/09/2015, Longoni
Sez. 4, n. 40066 del 17/09/2015, Bellucci, Rv. 264505
Sez. 2, n. 41735 del 22/09/2015, Casali, Rv. 264594

Sez. 5, n. 4828 del 29/12/2015, Ciano, Rv. 265803
Sez. 3, n. 12909 del 20/01/2016, Pinto, Rv. 268158
Sez. 4, n. 7917 del 25/01/2016, Bianco, Rv. 266231
Sez. 4, n. 8592 del 10/02/2016, Gervasoni, Rv. 266369
Sez. 5, n. 34889 del 1/03/2016, Orlandi, Rv. 267767
Sez. 6, n. 31569 del 28/06/2016, C.A., Rv. 267527
Sez. 3, n. 47953 del 19/07/2016, F., Rv. 268654
Sez. 6, n. 42548 del 15/09/2016, Corradini, Rv. 268223
Sez. 2, n. 45444 del 04/10/2016, Montuori, Rv. 268278
Sez. U, n. 7697 del 24/11/2016, Amato, Rv. 269028
Sez. 2, n. 8888 del 29/11/2016, Mazza, Rv. 269434
Sez. 6, n. 490 del 02/12/2016, Mercuri, Rv. 268809
Sez. 5, n. 8478 del 28/11/2016, dep. 2017, Pettinengo, Rv. 269453
Sez. 4, n. 2416 del 20/12/2016, dep. 2017, Zucchi, Rv. 268883
Sez. 6, n. 11954 del 15/2/2017, Emma, Rv. 269558
Ord. n. 662 del 29/3/2017, depositata il 20/4/2017
Sez. 6, n. 24534 del 7/4/2017, Sperante
Sez. 6, n. 24864 del 19/04/2017, Ciolan, Rv. 270031
Sez. 6, n. 33699 del 20/06/2017, S., Rv. 270742
Sez. 2, n. 9441 del 24/01/2017, Seli, Rv. 269221
Sez. 5, n. 40848 del 13/07/2017, Fanici, Rv. 271015

CAPITOLO II

NULLITÀ DELL'UDIENZA PRELIMINARE

(Matilde Brancaccio)

SOMMARIO: 1. Nullità processuali e udienza preliminare: le questioni controverse "a volte ritornano". – 2. L'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare equivale ad omessa citazione: la sentenza Sez. U, n. 7697 del 2017, Amato. – 3. Le Sezioni Unite Amato e la nomofilachia. – 4. Omessa notifica ed irregolare notifica.

1. Nullità processuali e udienza preliminare: le questioni controverse "a volte ritornano".

Le nullità derivanti dal difetto di comunicazione degli snodi del processo penale ad imputati e parti in genere costituiscono da sempre uno dei temi ricorrenti della giurisprudenza di legittimità, da cui costantemente derivano numerosi dubbi interpretativi.

Nel 2017 la giurisprudenza di legittimità è tornata ad occuparsi di uno degli argomenti più spinosi tra quelli possibili, che già in passato aveva richiesto l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite: le conseguenze in tema di nullità dell'omessa notifica all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare.

Già nel 2003 le Sezioni Unite (con la sentenza Sez. U, n. 35358 del 9/7/2003, Ferrara, Rv. 225361) avevano, infatti, dovuto risolvere le incertezze interpretative su natura e regime di deducibilità della nullità derivante da omesso avviso di fissazione dell'udienza preliminare all'imputato, affermando la natura assoluta ed insanabile, preclusa solo dal formarsi del giudicato, della nullità derivante dall'omessa notifica all'imputato dell'avviso dell'udienza preliminare.

Nel 2016, la Quarta Sezione penale della Corte di cassazione, rilevato che la soluzione delle Sezioni Unite negli ultimi anni era stata contraddetta da successive pronunce e che, pertanto, il contrasto si stava oramai da tempo riproponendo, ha sollecitato nuovamente la decisione del massimo collegio nomofilattico.

La questione, pertanto, è stata nuovamente risolta nell'udienza del 24 novembre 2016, con la sentenza Sez. U, n. 7697 del 24/11/2016, dep. 2017, Amato, Rv. 269027-269028-269029, che ha confermato la soluzione preferita già in passato dalle Sezioni Unite.

Sarà necessario, dunque, data la rilevanza del tema, che coinvolge un passaggio fondamentale del processo, quale è l'udienza preliminare, dedicare a tale decisione un approfondimento, utile a sottolineare anche le ulteriori affermazioni di rilievo che hanno accompagnato la decisione strettamente riferita alla questione demandata alle Sezioni Unite.

Al fine di comprendere subito i punti fondamentali problematici della questione controversa e di apprezzare altrettanto immediatamente la soluzione adottata (ma meglio sarebbe dire *confermata*) dalle Sezioni Unite, può essere opportuno schematizzare i termini della vicenda interpretativa.

È noto che, per la partecipazione all'udienza preliminare, l'imputato è destinatario di un *avviso* e non, come previsto per il dibattimento, di una *citazione*.

Tale differenza lessicale ha dato luogo da tempo a divergenti interpretazioni: secondo un orientamento, avendo l'avviso di udienza preliminare funzione di *vocatio in judicium,* con l'apertura della fase giurisdizionale vera e propria del procedimento, l'omesso avviso (o la sua omessa notificazione), comportando una carenza di valida instaurazione del rapporto

processuale, integrerebbe una nullità assoluta ed insanabile ai sensi dell'art. 179 cod. proc. pen.; altro orientamento ritiene che l'omessa notifica dell'avviso non integrerebbe una nullità assoluta *ex* art. 179 cod. proc. pen., ma una nullità sanabile a regime.

A risolvere il contrasto sono appunto intervenute già in passato le Sezioni Unite che, con la sentenza Ferrara del 2003, hanno adottato la tesi della nullità assoluta ed insanabile.

Tuttavia, come detto, di recente, il contrasto interpretativo è riemerso, avendo alcune sentenze recuperato la tesi della natura intermedia di tale invalidità (Sez. 4, n. 46991 del 12/11/2015, Portera, Rv. 265662, secondo cui, nonostante la legge n. 479 del 1999 abbia determinato un avvicinamento dell'istituto dell'udienza preliminare al dibattimento, permarrebbe la sua eminente funzione di filtro, con impossibilità di assimilazione delle due diverse fasi processuali e, quindi, con diversa valenza della *vocatio* dell'imputato; Sez. 5, n. 49473 del 09/10/2013, Leone, Rv. 257182, secondo cui *avviso* non equivale a *citazione*, termine questo inteso come chiamata dell'imputato in sede dibattimentale; Sez. 6, n. 17779 del 15/04/2010, R.E., Rv. 257181).

È evidente che, sottostanti alla questione controversa, si muovono due diversi piani di ragionamento generale, di pari importanza ma non sovrapponibili: da un lato, le garanzie dell'imputato relative alla corretta instaurazione del contraddittorio e l'ambito procedimentale della loro espansione; dall'altro, il ruolo e la funzione dell'udienza preliminare con la connessa *querelle* sul se *avviso* per l'udienza preliminare e *citazione* possano ritenersi equivalenti ai fini dell'applicazione delle sanzioni di invalidità stabilite dall'art. 179 cod. proc. pen. nel rango delle nullità assolute ed insanabili, rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Ebbene, il sistema delle nullità, come noto, è costruito sul principio di legalità-tassatività, di consolidata elaborazione, applicabile, secondo l'interpretazione sistematica di dottrina e giurisprudenza, non soltanto al momento dell'individuazione delle cause di nullità, ma anche alla determinazione del trattamento del vizio.

In dottrina si è voluto agganciare il principio di tassatività delle nullità allo stesso canone oggi previsto dall'art. 111 Cost. là dove si sancisce il diritto a un «giusto processo *regolato dalla legge*», nonchè allo stesso sistema CEDU, citando la Corte di Strasburgo che lo individuerebbe quale "fondamentale baluardo" contro gli abusi di potere dell'autorità, e lo porrebbe in stretta relazione con il principio di legalità sostanziale (si richiama la sentenza C. Edu, *Coeme ed altri c. Belgio*, 22.6.2000, punto 102).

L'enunciazione del principio di tassatività non vale ad escludere, ovviamente, un certo tasso di discrezionalità giudiziale insito nel fondo dell'attività di interpretazione delle norme e connaturato ad una casistica quanto mai ampia.

Anzi, è opinione di molti che vi sia stata negli ultimi anni in modo evidente una tendenza giurisprudenziale ad un approccio maggiormente sostanzialistico alla lettura interpretativa del sistema normativo delle nullità, pur sempre legato al rispetto del principio di tassatività. Il criterio utilizzato è stato quello del cd. "*pregiudizio effettivo*" riconducibile alla divergenza dell'atto dal modello legale, valutato alla luce di un canone di offensività concreta del vizio. Le sentenze più significative, espressive di tale "propensione" sostanzialistica, sono, per rimanere nell'ambito della giurisprudenza delle Sezioni Unite: Sez. U, n. 119 del 27/10/2004, dep. 2005, Palumbo, Rv. 229540; Sez. U, n. 19602 del 27/3/2008, Micciullo, Rv. 239396 e Sez. U, n. 155 del 29/9/2011, dep. 2012, Rossi, Rv. 251497. La dottrina, peraltro, non sempre ha accolto con favore tale approccio interpretativo, ritenendolo di dubbia compatibilità con il principio di tassatività e foriero di un indebolimento delle garanzie difensive.

D'altra parte, anche con riguardo alla scenografia di fondo in cui si innesta la questione rimessa alle Sezioni Unite – e cioè l'udienza preliminare – deve sottolinearsi che sussiste tutt'ora una dicotomia di approcci al tema relativo alla sua natura: i fautori di

una visione di essa come vero e proprio "giudizio", avente ad oggetto una valutazione di merito sulla consistenza dell'accusa, consistente in una prognosi sulla sua possibilità di successo nella fase dibattimentale (così, anche Corte cost. n. 335 del 2002), si fronteggiano con i sostenitori di una prospettiva comunque processualistica quale chiave di lettura per la funzione dell'udienza preliminare (ciò soprattutto per evitare il rischio che essa finisca col divenire un pregiudizio di merito sui fatti, che anticipi la cognizione piena del primo grado).

Tale dicotomia rimane tuttora leggibile negli orientamenti della stessa giurisprudenza di legittimità, mentre la sentenza che ancora oggi deve ritenersi essere la più importante tra quelle che hanno tentato una composizione tra le due diverse impostazioni è Sez. U, n. 39915 del 30/10/2002, Vottari, Rv. 222602, che ha sostanzialmente delimitato la regola di giudizio dell'udienza preliminare secondo indicazioni ancora attualmente seguite nel loro nucleo essenziale.

Tuttavia, se si guarda agli ultimi e più recenti approdi della giurisprudenza della Corte di cassazione, si potrà scorgere un notevole sforzo definitorio, quanto alla natura dell'udienza preliminare, con una "terza via" alla dicotomia ontologica sin qui prospettatasi (natura processuale/natura di merito): si richiamano, per tale diversa impostazione, Sez. 6, n. 290156 del 03/06/2015, Arvonio, Rv. 264053; Sez. 6, n. 33763 del 30/04/2015, Quintavalle, Rv. 264427, nonché la recentissima sentenza Sez. 6, n. 17385 del 2472/2016, Tali, Rv. 267074, che ha sostenuto, con chiarezza definitoria ed ampia motivazione, la natura della sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza preliminare, quale "sentenza di merito su di un aspetto processuale", poichè il giudice dell'udienza preliminare è chiamato a valutare non la fondatezza dell'accusa, bensì la capacità degli elementi posti a sostegno della richiesta di cui all'art. 416 cod. proc. pen., eventualmente integrati ai sensi degli artt. 421-*bis* e 422 cod. proc. pen., di dimostrare la sussistenza di una "minima probabilità" che, all'esito del dibattimento, possa essere affermata la colpevolezza dell'imputato.

È sulla base anche di tali premesse che occorrerà analizzare la decisione delle Sezioni Unite Amato del 2017, ripercorrendone la motivazione e le affermazioni di principio.

2. L'omessa notifica all'imputato dell'avviso per l'udienza preliminare equivale ad omessa citazione: la sentenza Sez. U, n. 7697 del 2017, Amato.

Le Sezioni Unite, con la sentenza **n. 7697 del 2017, Amato, cit.**, hanno affrontato un caso in cui era stata effettivamente omessa la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare all'imputato (art. 419 cod. proc. pen.).

In relazione a tale fattispecie concreta, la questione sottoposta alle Sezioni Unite è stata: "*Se l'omessa notifica all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare configuri un'ipotesi di nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, derivante dalla omessa citazione dell'imputato".*

Ebbene, la sentenza Amato rammenta anzitutto che la giurisprudenza di legittimità è consolidata nel ricondurre l'omissione della notifica della *citazione* alla "*omessa citazione"* che, ai sensi dell'art. 179 cod. proc. pen., determina una nullità assoluta ed insanabile, ciò in quanto il procedimento di notificazione è strumentale alla conoscenza della citazione stessa *(ex plurimis,* Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221402; Sez. U, n. 119 del 27/10/2004, dep. 2005, Palumbo, Rv. 229539).

Il problema interpretativo, dunque, viene ricondotto – su queste basi – a se *l'omesso avviso* previsto dall'art. 419 cod. proc. pen. equivalga o meno alla *omessa citazione*, sì da integrare la nullità assoluta di cui all'art. 179 cod. proc. pen.

Le Sezioni Unite, coerentemente alla loro precedente decisione del 2003 (n. 35358 del 2003, Ferrara, cit.), danno al quesito risposta positiva, facendo discendere da tale assunto la conseguenza per cui l'omissione dell'avviso dell'udienza preliminare produce una nullità assoluta ed insanabile, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, equiparabile all'omessa citazione dell'imputato.

La Corte ha precisato, inoltre, che la sanzione processuale di cui all'art. 179 cod. proc. pen. deve essere riferita non già alla sola citazione in giudizio in senso stretto, ma anche a quell'insieme di adempimenti che consente all'imputato, all'indagato o al condannato di partecipare ad una fase processuale che si conclude con una decisione.

In verità, sulla questione controversa (nuovamente) rimessa al Collegio nomofilattico, la sentenza Amato richiama le puntuali ed ampiamente argomentate considerazioni della sentenza delle Sezioni Unite, Ferrara, del 2003.

In particolare, a sostegno della tesi che, equiparando, per l'imputato, *omesso avviso* dell'udienza preliminare ed *omessa citazione* per l'udienza preliminare, fa discendere da tale mancata informazione conseguenze di nullità assoluta dell'udienza preliminare stessa, si evidenziano le seguenti ragioni tratte da Sez. U, Ferrara: a) l'avviso di udienza è notificato unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio del p.m. (atto di esercizio dell'azione penale, con la formulazione dell'imputazione), sicchè esso assume l'aspetto sostanziale e contenutistico di una *citazione*, essendo finalizzato a consentire la partecipazione della parte personalmente all'udienza; b) l'art. 479, comma 4, cod. proc. pen. utilizza l'espressione *citazione* per la chiamata in giudizio del responsabile civile e della persona civilmente obbligata, sicchè sarebbe del tutto illogico ritenere che, per il solo imputato, il legislatore non abbia previsto un atto avente valenza di citazione, sebbene denominato *avviso*; c) anche nell'udienza preliminare si procede alla costituzione delle parti ed è innegabile che il concetto di costituzione sia consequenziale a quello di citazione, in una prospettiva analoga al dibattimento (tanto che le disposizioni sulla contumacia – oggi assenza – dell'imputato sono state ricollocate dal legislatore proprio nell'ambito dell'udienza preliminare.

Ulteriore, fondamentale argomento adottato dalle Sezioni Unite per la decisione, anche questo aderendo alla precedente sentenza Ferrara, è quello della natura dell'udienza preliminare, oggi oramai concepita non più come mero filtro processuale, ma vero e proprio giudizio, il che ha prodotto un innalzamento di garanzie per l'imputato, tanto che già Sez. U, n. 39915 del 30/10/2002, Vottari, Rv. 222602-222603, in motivazione, segnalava esplicitamente un'accelerazione della disciplina dell'udienza preliminare verso un vero e proprio giudizio di merito, sebbene con l'applicazione di una regola di giudizio diversa dal dibattimento (la sostenibilità dell'accusa e della utilità del dibattimento).

Tale evoluzione ha trovato l'avallo, ricordano le Sezioni Unite, anche di alcune sentenze della Corte costituzionale (n. 224 e n. 335 del 2002).

Infine, un ultimo, rilevante indice interpretativo viene desunto (ai sensi dell'art. 12 delle preleggi) dalla stessa *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale* (Suppl. ord. n. 2, *G.U.* n. 250 del 24/10/1988), ove a pag. 57 può leggersi «è rimasta insanabile la omessa citazione che va intesa come riferita non al solo dibattimento, ma anche a momenti diversi, come ad esempio, l'udienza preliminare».

Peraltro, deve evidenziarsi come le Sezioni Unite Amato sottolineino che l'assimilazione dell'*avviso* alla *citazione*, nel panorama giurisprudenziale di legittimità, non è una novità.

Se ne rinviene traccia, difatti, in materia di misure cautelari, per l'udienza innanzi al Tribunale del riesame (artt. 309, comma 8, 324, comma 8, cod. proc. pen.), là dove l'omesso avviso comporta nullità assoluta (Sez. 1, n. 2020 del 28/03/1996, Di Giovanni, Rv. 204536; Sez. U, n. 29 del 25/10/2000, Scarlino, Rv. 216960); nonché nel procedimento di esecuzio-

ne, in cui l'art. 666, comma 3, cod. proc. pen. dispone che l'avviso dell'udienza venga notificato all'interessato e la relativa omissione ha sempre determinato, secondo consolidata giurisprudenza, una nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 272 del 11/03/1994, Sangiorgio, Rv. 196672; Sez. 1, n. 6168 del 04/11/1997, Zicchitella, Rv. 209134; Sez. 3, n. 1730 del 29/07/1998, Viscione, Rv. 211550; Sez. 2, n. 5495 del 17/11/1999, dep. 2000, Esposito, Rv. 216349; Sez. 2, n. 20904 del 03/04/2003, Giannini, Rv. 225089).

Nella giurisprudenza di legittimità successiva alle Sezioni Unite Amato, peraltro, è tornato il tema dell'avviso per l'udienza del riesame.

Sez. 5, n. 16224 del 16/3/2017, Arisi, Rv. 269698 ha, infatti, affermato che l'omesso avviso della data fissata per l'udienza di riesame, violando il diritto dell'indagato di partecipare al procedimento, è sanzionato con la nullità assoluta, insanabile e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, prevista dagli artt. 178, comma primo, lett. c) e 179, comma primo, cod. proc. pen. per il caso di omessa citazione dell'imputato. Nella specie l'avviso dell'udienza era stato notificato ad un avvocato non nominato difensore di fiducia né domiciliatario dall'indagato anziché presso il difensore di fiducia domiciliatario di quest'ultimo.

La pronuncia appare coerente con l'impostazione delle Sezioni Unite e si ricollega ad un precedente orientamento conforme (per tutte, cfr. Sez. 3, n. 9233 del 19/11/2015, M., Rv. 266455), contrapponendosi ad altra opzione che, invece, vede in tale ipotesi un caso di nullità solo di tipo intermedio (cfr. Sez. 2, n. 3694 del 15/2/2015, dep. 2016, Spinella, Rv. 265785; Sez. 2, n. 16781 del 8/4/2015, Ragaglia, Rv. 263762).

3. Le Sezioni Unite Amato e la nomofilachia.

Per arrivare alla conferma del principio già in passato adottato dalle Sezioni Unite, la sentenza Amato ripercorre le motivazioni delle sentenze che hanno rinnovato il contrasto, nonostante la pronuncia Ferrara del 2003, sottolineando criticamente la loro totale mancanza di confronto con le argomentazioni delle Sezioni Unite, neppure citate espressamente con gli estremi della sentenza, e, al contempo, svolgendo alcune importanti affermazioni sul tema della nomofilachia.

Un tale atteggiamento sembra alla Suprema Corte incoerente con un ordinamento come il nostro, che ha, nel tempo, mostrato sempre maggiore attenzione all'esigenza della certezza del diritto ed alla conseguente possibilità di prevedibilità delle decisioni (in tale prospettiva si pongono gli artt. 610, comma 2, e 618 cod. proc. pen., là dove è previsto che le Sezioni Unite siano investite nel caso in cui vi sia da dirimere un contrasto di giurisprudenza, ed il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 cod. proc. pen., al tempo della sentenza Amato solo prospettato nell'adozione ed oggi entrato in vigore con la legge n. 103 del 2017).

Da tali disposizioni si comprende come la funzione di nomofilachia affidata alla Corte di cassazione dall'art. 65 Ord. giud. sia stata nel tempo valorizzata attribuendo sempre maggiore rilievo al precedente di legittimità, ciò nella consapevolezza che l'uniforme interpretazione delle norme significa uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge, sicché la nomofilachia è diretta espressione del principio costituzionale contenuto nell'art. 3 Cost.

L'art. 65 Ord. giud. attribuisce tale funzione alla Corte di cassazione ed essa appartiene ad ogni sezione della Corte medesima.

Quando, in presenza di decisioni in contrasto, intervengono le Sezioni Unite per mettere fine ad una incertezza interpretativa, la decisione delle Sezioni Unite costituisce, perciò, una sorta di "*annuncio implicito di giurisprudenza futura che determina affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare*": in tale ipotesi la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le sezioni semplici devono prenderne atto.

Seguendo il filo del ragionamento delle Sezioni Unite, da quanto esposto consegue che una sentenza la quale determini un'*overruling,* per avere effettivamente tale ambizione e per poter incidere sulle valutazioni interpretative del giudice di merito, deve avere il carattere della consapevolezza dell'intenzione del mutamento della giurisprudenza e deve essere sostenuta da un tessuto argomentativo della motivazione rafforzato rispetto al precedente e caratterizzato da esaustiva persuasività.

Tali caratteri non si ritrovano, secondo la pronuncia in esame, nelle sentenze delle sezioni semplici della Corte di cassazione che hanno indotto nuovamente al contrasto in esame, inconsapevole e non argomentato, dicono le Sezioni Unite.

4. Omessa notifica ed irregolare notifica.

La fattispecie specifica sottoposta a giudizio (una notifica di avviso di udienza preliminare effettuata in un luogo non corrispondente né alla residenza né al domicilio eletto dall'imputato ed a mani di persona erroneamente individuata come la madre di questi) ha dato modo alle Sezioni Unite, con la sentenza Amato del 2017, di chiarire un altro, delicato punto interpretativo, collegato alla questione risolta e relativo alla differenza tra notifica radicalmente omessa, che dà luogo a nullità assoluta, e notifica irregolare, che invece determina una nullità solo a regime intermedio.

E difatti, nel senso della distinzione secondo l'endiadi "*omessa citazione/nullità assoluta–erronea notificazione della citazione/nullità intermedia"* la sentenza Amato richiama le stesse Sez. U, n. 119 del 27/10/2004, dep. 2005, Palumbo, Rv. 229540, là dove sottolineano che, in tema di notificazione della citazione dell'imputato, la nullità assoluta e insanabile prevista dall'art. 179 cod. proc. pen. ricorre soltanto nel caso in cui la notificazione della citazione sia stata omessa o quando, essendo stata eseguita in forme diverse da quelle prescritte, risulti inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte dell'imputato; la medesima nullità non ricorre invece nei casi in cui vi sia stata esclusivamente la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione, alla quale consegue la applicabilità della sanatoria di cui all'art. 184 cod. proc. pen..

In altre parole, la giurisprudenza di legittimità ritiene che solo la notificazione della citazione errata a tal punto da essere considerata "inesistente" equivale ad "omessa" citazione, sicchè deve ritenersi "omesso" quell'avviso il cui vizio sia talmente radicale da inficiare la stessa natura dell'atto in quanto tale, secondo l'insegnamento oramai consolidato di Sez. U, n. 17179 del 27/2/2002, Conti D, Rv. 221402, che ha affermato "la nullità della notificazione del decreto di citazione a giudizio dell'imputato, qualora incida direttamente sulla *vocatio in iudicium*, e quindi sulla regolare instaurazione del contraddittorio, deve essere equiparata all'omessa citazione dell'imputato medesimo, in quanto impedisce a quest'ultimo di conoscerne il contenuto e di apprestare la propria difesa, ed è, pertanto, assoluta e insanabile".

In tale ottica, la notifica inesistente perché radicalmente invalida equivale ad omessa citazione.

Le Sezioni Unite danno atto, invero, in chiave adesiva, che, in tempi recenti, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno elaborato una linea di tendenza volta ad utilizzare, nella decisione delle questioni di invalidità degli atti procedimentali, quello che è stato definito un *criterio di pregiudizio effettivo*.

Si spiega, così, che, per valutare se un *error in procedendo* si sia effettivamente consumato, si ricorre all'applicazione del principio di offensività processuale, secondo il quale perché sussista la nullità non è sufficiente che sia stato posto in essere un atto non conforme al tipo, ma è necessario valutare se la violazione abbia effettivamente compromesso le garanzie che l'ipotesi di invalidità era destinata a presidiare.

Tale strada è stata seguita della giurisprudenza di legittimità, che, nel tempo, ha elaborato orientamenti interpretativi i quali – pur rispettosi del principio di tassatività laddove la sanzione di nullità è direttamente collegata dalla norma, anche in funzione «dissuasiva», alla inosservanza di determinate forme – rapportano, in una prospettiva meno formalistica, l'invalidità alla presenza di un effettivo danno per la parte processuale quando la sanzione è collegata al risultato o scopo della prescrizione violata (in tal senso: Sez. U, n. 119 del 2005, Palumbo, cit., secondo la quale in tema di notificazione della citazione all'imputato, la nullità assoluta e insanabile prevista dall'art. 179 cod. proc. pen. non ricorre nei casi in cui vi sia stata esclusivamente la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione della notificazione, non incidente sulla effettiva conoscenza, e non equiparabile perciò, quanto ad effetti, alla omessa citazione, conseguendo in tal caso l'applicabilità della sanatoria di cui all'art. 184 cod. proc. pen.; la sentenza Sez. U, n. 10251 del 17/10/2006, dep. 2007, Michaeler, Rv. 235697; Sez. U, n. 19602 del 27/03/2008, Micciullo, Rv. 239396; Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, Rossi, dep. 2012, Rv. 251497).

Peraltro, nel caso di specie, le Sezioni Unite ritengono che la nullità della notificazione dell'avviso all'imputato abbia effettivamente inciso sulla validità della *vocatio in iudicium*, rilevando come la nullità della notificazione ha determinato la invalidità derivata dell'avviso di udienza preliminare all'imputato e che tale nullità va qualificata come assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 179 cod. proc. pen.

Infine, strumentale alla verifica della regolarità o meno della *vocatio in iudicium* è la questione che le Sezioni Unite risolvono, relativa alla composizione del fascicolo per il dibattimento, che, formato ai sensi dell'art. 431 cod. proc. pen., deve prevedere l'inserimento degli atti relativi alla notifica all'imputato dell'avviso per l'udienza preliminare, al fine di agevolare i poteri d'ufficio del giudice di rilevare nullità insanabili e garantire, in tal modo, la ragionevole durata del processo; ciò anche considerato che la tassatività dell'elencazione contenuta nell'art. 431 cod. proc. pen. attiene ai soli atti di indagine con valenza probatoria.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 35358 del 9/7/2003, Ferrara, Rv. 225361
Sez. U, n. 7697 del 24/11/2016, dep. 2017, Amato, Rv. 269027-269028-269029
Sez. 4, n. 46991 del 12/11/2015, Portera, Rv. 265662
Sez. 5, n. 49473 del 09/10/2013, Leone, Rv. 257182
Sez. 6, n. 17779 del 15/04/2010, R.E., Rv. 257181
Sez. U n. 119 del 27/10/2004, dep. 2005, Palumbo, Rv. 229540
Sez. U, n. 19602 del 27/3/2008, Micciullo, Rv. 239396
Sez. U, n. 155 del 29/9/2011, dep. 2012, Rossi, Rv. 251497
Sez. U, n. 39915 del 30/10/2002, Vottari, Rv. 222602
Sez. 6, n. 290156 del 03/06/2015, Arvonio, Rv. 264053
Sez. 6, n. 33763 del 30/04/2015, Quintavalle, Rv. 264427
Sez. 6, n. 17385 del 2472/2016, Tali, Rv. 267074
Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221402
Sez. U, n. 119 del 27/10/2004, dep. 2005, Palumbo, Rv. 229539
Sez. U, n. 39915 del 30/10/2002, Vottari, Rv. 222602-03
Sez. 1, n. 2020 del 28/03/1996, Di Giovanni, Rv. 204536
Sez. U, n. 29 del 25/10/2000, Scarlino, Rv. 216960
Sez. 1, n. 272 del 11/03/1994, Sangiorgio, Rv. 196672
Sez. 1, n. 6168 del 04/11/1997, Zicchitella, Rv. 209134
Sez. 3, n. 1730 del 29/07/1998, Viscione, Rv. 211550
Sez. 2, n. 5495 del 17/11/1999, dep. 2000, Esposito, Rv. 216349
Sez. 2, n. 20904 del 03/04/2003, Giannini, Rv. 225089
Sez. 5, n. 16224 del 16/3/2017, Arisi, Rv. 269698
Sez. 3, n. 9233 del 19/11/2015, M., Rv. 266455
Sez. 2, n. 3694 del 15/2/2015, dep. 2016, Spinella, Rv. 265785
Sez. 2, n. 16781 del 8/4/2015, Ragaglia, Rv. 263762
Sez. U, n. 17179 del 27/2/2002, Conti D, Rv. 221402
Sez. U, n. 10251 del 17/10/2006, dep. 2007, Michaeler, Rv. 235697
Sez. U, n. 19602 del 27/03/2008, Micciullo, Rv. 239396
Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, Rossi, dep. 2012, Rv. 251497

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 224 del 2002
Corte cost., sent. n. 335 del 2002

Sentenze della Corte EDU
Coeme ed altri c. Belgio, 22.6.2000

SEZIONE III

MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I

GIUDIZIO CAUTELARE DI RINVIO E TERMINE PER IL DEPOSITO DEL PROVVEDIMENTO

(Debora Tripiccione)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione controversa. – 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

1. Premessa.

La legge 16 aprile 2015, n. 47 ha modificato in più parti la disciplina delle impugnazioni cautelari. In tema di riesame di misure cautelari personali, è stata diversamente disciplinata la dicotomia temporale tra decisione e deposito dell'ordinanza con l'introduzione, accanto al termine perentorio di dieci giorni per la decisione della richiesta, del termine perentorio di trenta giorni per il deposito della motivazione (art. 309, comma 10, cod. proc. pen.). È stata, inoltre, prevista la facoltà per il giudice di disporre il prolungamento di tale termine fino al quarantacinquesimo giorno dalla decisione nei casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità. L'inosservanza di tale termine, al pari di quella relativa ai termini perentori di cinque giorni per la trasmissione degli atti e di dieci giorni per la decisione, determina l'inefficacia dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva.

Analoga disciplina, connotata, però, dal carattere ordinatorio del termine, è stata introdotta anche per il deposito della motivazione nel giudizio di appello (art. 310, comma 2, cod. proc. pen.). Nulla è, invece, mutato quanto al termine per la decisione in caso di ricorso per cassazione.

La riforma del 2015 ha, infine, introdotto una specifica disciplina del giudizio di rinvio con riferimento all'annullamento, su ricorso dell'imputato, dell'ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva ai sensi dell'articolo 309, comma 9, cod. proc. pen. (art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen.), prevedendo la medesima dicotomia fra il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti per la decisione del giudice di rinvio e quello di trenta giorni per il deposito dell'ordinanza. L'inosservanza di tali termini comporta l'inefficacia della misura, salvo che l'esecuzione sia sospesa ai sensi dell'art. 310, e l'impossibilità di rinnovarla se non sussistono eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate.

L'introduzione nel giudizio di rinvio di termini perentori per la decisione e per il deposito dell'ordinanza ha, dunque, portato al definitivo superamento dell'orientamento giurisprudenziale che escludeva l'applicabilità dell'art. 309, comma 10 cod. proc. pen. nel giudizio cautelare di rinvio, ritenendo applicabile la disciplina generale dei procedimenti in camera di consiglio e, in particolare, il termine per il deposito della decisione previsto dall'art. 128 cod. proc. pen. (Sez. U, n. 5 del 17/04/1996, D'Avino, Rv. 204463; Sez. 6, n. 22310 del 29/05/2006, Spagulo, Rv. 234736; Sez. 1, n. 30344 del 14/06/2013, Kirro Zhura, Rv. 256798).

La norma non prevede, tuttavia, la possibilità per il giudice di rinvio di disporre il prolungamento del termine per il deposito dell'ordinanza fino a quarantacinque giorni, diversamente da quanto, invece, stabilito negli artt. 309 e 310 cod. proc. pen.

Dinanzi a siffatto silenzio normativo, sono emerse nella giurisprudenza di legittimità due opposte interpretazioni in merito alla possibilità per il giudice di rinvio di disporre il prolungamento del termine per il deposito della motivazione.

2. La questione controversa.

Secondo una prima opzione ermeneutica, il giudice del rinvio non può disporre il prolungamento del termine di trenta giorni per il deposito della decisione, previsto dall'art. 311, comma 5-*bis* cod. proc. pen., fino al massimo di quarantacinque giorni (Sez. 2, n. 20248 del 06/05/2016, Ginese, Rv. 266898; Sez. 2, n. 23583 del 06/05/2016, Schettino). Si afferma, infatti, che tale possibilità, espressamente prevista dal legislatore del 2015 con riferimento al riesame e all'appello (artt. 309 e 310 cod. proc. pen.), non è stata introdotta anche per il giudizio cautelare di rinvio il cui procedimento è temporalmente scandito dal doppio termine di dieci giorni per la decisione (decorrente dalla ricezione degli atti) e di trenta giorni per il deposito dell'ordinanza (decorrente dalla decisione). Oltre a tale argomento di carattere letterale, la sentenza Ginese ha considerato la *ratio* sottesa all'introduzione dei termini perentori per la definizione del giudizio di rinvio. Secondo la Corte, infatti, tale previsione risponde all'esigenza di definire con la massima celerità la posizione di chi, pur essendosi visto riconoscere la fondatezza delle proprie ragioni dalla Suprema Corte, si trova, tuttavia, ancora sottoposto alla misura cautelare. La diversa disciplina prevista per il giudizio di rinvio riflette, infine, ad avviso della Corte, una valutazione di non particolare complessità del nuovo giudizio scaturito dall'annullamento con rinvio.

In continuità con tale opzione interpretativa, Sez. 2, n. 23583 del 06/05/2016, Schettino, dopo aver ribadito le medesime considerazioni della sentenza Ginese in ordine alla *ratio* della norma, ha affermato che l'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen. sottende l'esigenza di tutelare nella sua massima estensione la libertà personale, in conformità con l'art. 13 Cost. nonché con le norme delle convenzioni internazionali che sanciscono il diritto di ogni persona sottoposta ad arresto o detenzione a ricorrere al giudice per ottenere "entro brevi termini" (art. 5, par. 4 Cedu) o "senza indugio" (art. 9, par. 4, del Patto internazionale sui diritti civili e politici) una decisione sulla legalità della misura e sulla liberazione. Pertanto, in assenza di una specifica previsione normativa che consenta al giudice del rinvio di derogare al termine di trenta giorni previsto dalla legge per il deposito della motivazione, fissando un termine più ampio, ad avviso della Corte deve ritenersi *inutiliter dato* il termine di 45 giorni entro il quale il tribunale del riesame si sia riservato di decidere.

A conclusioni diametralmente opposte perviene, invece, il secondo orientamento espresso da Sez. 5, n. 18572 del 08/01/2016, Di Carluccio, Rv. 267219 e Sez. 1, n. 5502 del 05/10/2016, Celso. Secondo la sentenza Di Carluccio, sebbene la differente formulazione letterale degli artt. 309, comma 10 e 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen. possa orientare l'interprete ad escludere che il giudice del rinvio possa avvalersi della facoltà prevista dalla prima norma, occorre, tuttavia, considerare che la finalità perseguita dal legislatore con l'introduzione del comma 5-*bis* dell'art. 311 cod. proc. pen. è quella di equiparare la disciplina del procedimento di rinvio a quella ordinaria.

Osserva, infatti, la Corte che, sino alla riforma del 2015, la giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto che la disciplina applicabile al giudizio cautelare di rinvio era quella prevista dall'art. 127 cod. proc. pen., anziché quella del giudizio di riesame, cosicchè la decisione in sede di rinvio non era soggetta ad alcun termine perentorio. Ad avviso della Corte, con la

novella del 2015 il legislatore ha, invece, perseguito la diversa finalità di equiparare le due discipline, finalità che sarebbe pregiudicata ove si escludesse l'applicazione nel giudizio di rinvio dell'art. 309, comma 10, cod. proc. pen.

La principale argomentazione a sostegno di tale diversa impostazione ermeneutica attiene alla cognizione del giudice di rinvio che, secondo la giurisprudenza di legittimità (si richiama, tra le tante, Sez. 2, n. 16359 del 12/03/2014, Uni Land S.p.a., Rv. 261611), non è limitata alle precedenti acquisizioni, ma aperta alla sopravvenienza di nuovi elementi di fatto, sempre valutabili nel giudizio allo stato degli atti. L'ampiezza del perimetro cognitivo del giudice del rinvio, prosegue la Corte, rende, dunque, non giustificata la presunzione di minore complessità del giudizio di rinvio.

La successive sentenza della Sez. 1, n. 5502 del 05/10/2016, Celso, ponendosi in posizione di contrasto consapevole con l'orientamento più restrittivo, ha affermato che la diversa formulazione letterale degli artt. 309, comma 10, e 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., non può valere ad escludere la possibilità per il giudice del rinvio, in presenza di uno dei presupposti relativi alla complessità della motivazione (numero degli arrestati o gravità delle imputazioni), di prolungare il termine di deposito del provvedimento fino al quarantacinquesimo giorno, «*tenuto conto della ratio dell'introduzione, per la prima volta con l'art. 13 della legge n. 47 del 2015, di un sistema di termini – stabiliti a pena di inefficacia della misura coercitiva – corrispondente a quello previsto per il procedimento di riesame, anche nell'ipotesi in cui esso si svolga in sede di rinvio dalla Corte di cassazione*». Come già affermato dalla sentenza Di Carluccio, anche nella sentenza Celso la Corte individua la *ratio* e la funzione dell'introduzione del comma 5-*bis* nella finalità di superare il precedente, consolidato orientamento giurisprudenziale che escludeva l'operatività dei termini perentori previsti dall'art. 309, comma 10 cod. proc. pen. nel giudizio di rinvio ritenendoli incompatibili con i tempi e la funzione di tale giudizio. La Corte ha, inoltre, considerato che l'argomento utilizzato dall'opposto orientamento in merito alla presunzione di minore complessità del giudizio di rinvio si rivela carente di una portata dimostrativa generale in considerazione sia della sua natura di giudizio allo stato degli atti che delle peculiarità del caso concreto. In particolare, nel caso esaminato dalla Corte, l'annullamento con rinvio era stato determinato da ragioni di carattere esclusivamente processuale (l'invalidità della rinuncia alla richiesta di riesame formulata dal difensore dell'indagato in relazione alla quale il tribunale del riesame si era limitato a dichiarare l'inammissibilità del gravame), di talché al giudice del rinvio spettava il compito di procedere, per la prima volta, al riesame *funditus* dell'intero merito cautelare, richiedente un impegno motivazionale certamente più complesso di quello del giudice che aveva emesso l'ordinanza annullata. Sulla base di tali argomentazioni, la Corte ha ritenuto tempestivamente depositata l'ordinanza emessa dal tribunale del riesame, quale giudice del rinvio, entro il termine di 45 giorni dalla data della decisione, indicato nel dispositivo, in quanto espressione di una facoltà consentita dal combinato disposto degli artt. 309, comma 10, e 311, comma 5-*bis*, del codice di rito.

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Con la sentenza n. 47970 del 20/07/2017 (dep. 18/10/2017), Rezvumes, Rv. 270953 le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto affermando che "*nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento della ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva, il tribunale del riesame non può disporre, nel caso di particolare complessità della motivazione, il deposito dell'ordinanza in un termine non eccedente il quarantacinquesimo giorno, in analogia a quanto previsto dall'art. 309, comma 10, cod. proc. pen., ma deve depositare il provvedimento nel termine di trenta giorni previsto all'art. 311, comma 5-bis, cod. proc. pen., a pena di perdita di efficacia della misura*".

L'impianto motivazionale della decisione in esame ruota intorno alla considerazione del carattere generale della regola che prevede un termine perentorio per il deposito dell'ordinanza e, di contro, dell'eccezionalità della previsione che ne consente la proroga, come tale insuscettibile di interpretazione estensiva o analogica. Tale premessa ermeneutica muove dall'analisi della giurisprudenza sia della Corte costituzionale, in merito alla ragionevolezza della previsione di un termine breve per la decisione della richiesta di riesame (Corte cost. n. 126 del 1993 e n. 201 del 1996), che della Corte Edu sulla celerità (*speediness*) del processo in materia cautelare (Corte Edu, 15/11/2015, Reimprecht c. Austria), compreso il giudizio di cassazione (Corte Edu, 09/06/2005, Picaro c. Italia).

Un ulteriore argomento a sostegno dell'interpretazione restrittiva condivisa dal Supremo Consesso emerge dal tenore letterale del comma 5-*bis* dell'art. 311 cod. proc. pen. in cui non si rinviene alcun richiamo alla possibilità di proroga del termine per il deposito della motivazione prevista dall'art. 309, comma 10, cod. proc. pen. Tale dato letterale trova, inoltre, riscontro nel carattere sincronico delle interpolazioni operate dal legislatore del 2015, sintomatico dell'intenzione del legislatore di non equiparare la disciplina dei due termini, considerando che la permanenza *in vinculis* dell'imputato a seguito dell'annullamento con rinvio impone che si addivenga ad una decisione in tempi rapidi in sede di giudizio di rinvio.

Ad avviso delle Sezioni Unite, non ricorrono, inoltre, i presupposti per un'applicazione analogica della disposizione relativa alla proroga del termine per il deposito della motivazione. L'analogia, infatti, costituisce un «mezzo di integrazione dell'ordinamento» che, in presenza di una lacuna normativa, consente di applicare le norme che disciplinano un caso simile. Ebbene, la previsione della specifica disciplina del giudizio cautelare di rinvio contenuta all'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., induce ad escludere la ravvisabilità di un "vuoto" normativo. Il Supremo Consesso ha, inoltre, sottolineato che tale norma disciplina una situazione che non può considerarsi simile a quella presa in considerazione dall'art. 309, comma 10, cod. proc. pen. Mentre, infatti, quest'ultima disposizione riguarda la sola ipotesi del deposito della decisione del riesame, la norma di cui al comma 5-*bis* dell'art. 311 ha un portata più ampia in quanto opera in caso di annullamento sia di un'ordinanza di conferma (emessa dal tribunale del riesame) che di un'ordinanza dispositiva della misura coercitiva.

Ultimo argomento a sostegno dell'interpretazione restrittiva del comma 5-*bis* dell'art. 311 cod. proc. pen. attiene, infine, all'inesistenza di un principio generale di prorogabilità del termine per il deposito della motivazione. Osserva, infatti, il Supremo Consesso che la disciplina generale dei termini contenuta nel Titolo VI del Libro II del codice di procedura penale enuncia il principio di tassatività dei termini stabiliti a pena di decadenza (art. 173, comma 1) e dei casi in cui ne è consentita la proroga (art. 173, comma 2). In particolare, con riferimento al riesame, il legislatore ha espressamente disciplinato la proroga dei termini per la decisione del tribunale ricollegandola ad una situazione personale dell'imputato (art. 101, disp. att. cod. proc. pen.) ovvero ad una sua personale e giustificata richiesta (art. 309, comma 9-*bis*, cod. proc. pen.).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 5 del 17/04/1996, D'Avino, Rv. 204463
Sez. 6, n. 22310 del 29/05/2006, Spagulo, Rv. 234736
Sez. 1, n. 30344 del 14/06/2013, Kirro Zhura, Rv. 256798
Sez. 2, n. 16359 del 12/03/2014, Uni Land S.p.a., Rv. 261611
Sez. 5, n. 18572 del 08/01/2016, Di Carluccio, Rv. 267219
Sez. 2, n. 20248 del 06/05/2016, Ginese, Rv. 266898
Sez. 2, n. 23583 del 06/05/2016, Schettino
Sez. 1, n. 5502 del 05/10/2016, Celso
Sez. U, n. 47970 del 20/07/2017, Rezvumes, Rv. 270953

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 126 del 1993
Corte cost., sent. n. 201 del 1996

Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, 09/06/2005, Picaro c. Italia
Corte EDU, 15/11/2015, Reimprecht c. Austria

CAPITOLO II

SEQUESTRI E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

(Giuseppe Marra)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di proporzionalità nei sequestri preventivi cosiddetti "impeditivi". – 3. La proporzionalità nei sequestri preventivi ai fini di confisca.

1. Introduzione.

In premessa va evidenziato che il principio di proporzionalità, di matrice tedesca (in relazione non solo al diritto penale , quanto piuttosto all'intera area del diritto pubblico), ha assunto nell'ambito del diritto europeo, in particolare del diritto dell'Unione, un'indubbia centralità come strumento per individuare un canone di legittimità dell'uso del potere pubblico ove esso si pone in conflitto con i diritti individuali, *in primis* quelli inviolabili. La prima applicazione da parte della Corte di Giustizia viene fatta risalire addirittura al 1956, alla pronuncia sul caso *Federation Charbonniere c. Alta Autorità* (sent. del 29/11/1956, C-8/55), nella cui motivazione si osservava che ogni reazione pubblica dovrebbe sempre "*risultare commisurata all'importanza dell'atto illecito*". La consacrazione del principio presso la Corte di Lussemburgo viene poi collegata alla decisione sul caso *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970 (C. giust., del 17.02.1970, C-11/70). Inoltre è sufficiente sottolineare che esso è stato successivamente menzionato in modo espresso dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, elevata, in forza dell'art. 6 T.U.E., a fonte primaria dell'Unione, al pari dei Trattati; il principio è presente sia nell'art. 49 comma 3 in relazione alla proporzione tra le pene da infliggere ed i reati commessi, sia in termini generali dall'art. 52 comma 1, che dispone sotto la rubrica " *Portata dei diritti garantiti*" la seguente previsione: " *Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui* ".

Anche in forza di questa solida base normativa la Corte di Giustizia dell'Unione di regola utilizza, per verificare la legittimità dell'atto pubblico, il cosiddetto test di proporzionalità, che si articola attraverso i tre parametri della idoneità, della necessità e della proporzione in senso stretto. Come evidenziato da autorevole dottrina: "*Nelle pronunce della Corte di Lussemburgo, il test di proporzionalità non è, come nella nostra giurisprudenza, un criterio di decisione alternativo rispetto ad altri, ma un metodo argomentativo razionale e rigoroso per il controllo degli atti incidenti sulla sfera individuale, articolato in passaggi interpretativi e motivazionali predeterminati*". Ormai tutti concordano che il principio di proporzionalità è assunto a principio generale del diritto comunitario.

Vale la pena rammentare inoltre che il predetto principio è utilizzato anche dalla Corte E.D.U. (sebbene con caratteri di regola più sfuggenti) da un lato quale limite alla discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nel recepire i diritti e le libertà della Convenzione, e dall'altro, nel tempo, quale parametro di riferimento per la verifica della tutela effettiva di tutti i diritti fondamentali previsti dalla C.E.D.U. (si veda ad esempio C. eur., grande camera, 11.07.2006, n. 54810/00, *Jalloh c. Germany*, che sembra ripercorrere tutti i passaggi tipici del test di proporzionalità).

In estrema sintesi si può affermare che il principio di proporzionalità è diventato di fatto in ambito europeo uno strumento razionale in mano all'interprete per emanciparsi dai limiti della legalità formale, allo scopo di misurare l'intervento pubblico sulla sfera giuridica dell'individuo. Esso sottintende " *…l'idea che il concreto esercizio del potere, pur idoneo e necessario, (cioè, operato con il mezzo meno restrittivo possibile tra quelli egualmente efficaci), non debba in ultima istanza incidere in maniera intollerabile sulla sfera giuridica dell'interessato*.". Ovviamente il campo privilegiato di applicazione è il processo penale, che va ad impattare su diritti primari dell'individuo quali : la libertà personale, la dignità e la reputazione, la proprietà privata.

Con riguardo invece al diritto interno negli ultimi anni la giurisprudenza di legittimità si è consolidata nell'affermare che i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 cod. proc. pen. per le misure cautelari personali, sono applicabili anche alle misure cautelari reali (per le quali non è invece prevista nessuna disposizione al riguardo), costituendo essi oggetto di valutazione non eludibile da parte del giudice della cautela, tenuto a bilanciare beni giuridici di rango costituzionale in parte contrapposti, come possono essere il diritto alla salute ed alla salubrità dell'ambiente nei confronti del diritto alla libero esercizio dell'attività d'impresa e il diritto al lavoro per i dipendenti, ovvero il diritto alla tutela paesaggistica dei cittadini di fronte al diritto di proprietà o del diritto all'abitazione dei singoli che utilizzano beni immobili abusivi.

Tuttavia tale affermazione, che assume importanza assolutamente non marginale soprattutto nell'ambito del c.d. diritto penale dell'impresa (si pensi ai sequestri preventivi che hanno riguardato importanti complessi aziendali), è frutto di un'evoluzione giurisprudenziale maturata soprattutto negli ultimi dieci anni.

È sufficiente rammentare quanto sostenuto in epoca non troppo lontana dalla sentenza Sez. 3, n. 16818 del 16/01/2007, Rosato, Rv. 236490, la cui massima afferma: " *In tema di misure cautelari reali non sono applicabili i principi di adeguatezza e proporzionalità previsti dall'art. 275 cod. proc. pen., atteso che per tali misure non ricorre la necessità di scegliere tra diverse misure possibili come in materia di misure cautelari personali. (Fattispecie nella quale la Corte era chiamata a valutare il sequestro preventivo di un impianto in relazione all'ipotizzata violazione dell'art. 674 cod. pen. per l'emissione di fumi e polveri)* " (in precedenza, in senso conforme, Sez. 3, n. 4050/2003 del 13/11/2002, Angrisani, Rv. 223473). Il fulcro delle decisioni in tal senso è rinvenibile sostanzialmente in due argomenti: da un lato si evidenzia che la previsione della proporzionalità è contenuta solo nell'art. 275 cod. proc. pen., e non in altre norme, e dall'altro che l'ordinamento prevede solo per le misure cautelari personali una pluralità di misure con diversi gradi di afflittività, per cui solo in quell'ambito potrebbe trovare applicazione il principio di proporzionalità tra la gravità delle esigenze cautelari del caso concreto e la misura imposta dal giudice.

In senso contrario è stato osservato dalla dottrina che pur mancando una norma espressa come è l'art. 275 cod. proc. pen. per le misure cautelari personali, vi è però la possibilità da parte del giudice o del tribunale del riesame di una revoca anche parziale del decreto di sequestro (in particolare l'art. 324, comma 7, cod. proc. pen.), il che lascia presupporre che il provvedimento originario possa essere ritenuto eccedente o in altre parole sproporzionato rispetto alle esigenze cautelari in valutazione.

2. Il principio di proporzionalità nei sequestri preventivi cosiddetti "impeditivi".

Un'importante svolta in senso contrario alla giurisprudenza suddetta è stata segnata dalla sentenza Sez. 3, n. 42178 del 29/09/2009, Spini, Rv. 245172, che, con riferimento al sequestro preventivo finalizzato ad impedire l'aggravamento o la protrazione del reato

(art. 321, comma 1, cod. proc. pen.), ha affermato in massima: " È legittimo il sequestro preventivo su beni di proprietà di persone diverse dall'indagato o dell'imputato purchè sia rispettato il principio di proporzione tra esigenze generali di prevenzione e salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, determinandosi, in difetto, la violazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. (In motivazione la Corte ha ulteriormente affermato che il principio di proporzionalità nella limitazione dei diritti garantiti è altresì previsto dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., riconosciuta dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato con L. 2 agosto 2008, n. 130) ". Il caso riguardava la contestazione del reato di lottizzazione abusiva di un complesso turistico – alberghiero e di truffa in cui si era proceduto al sequestro preventivo anche degli immobili che erano stati acquistati in buona fede da soggetti estranei al reato che perciò vi abitavano legittimamente, i quali anzi risultavano come persone offese della truffa. In motivazione a Corte ha perciò ritenuto di precisare che " *….occorre che sia rispettato il principio di proporzione tra le esigenze generali di prevenzione che giustificano la misura cautelare reale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo colpito dal provvedimento limitativo. Tale principio viene pacificamente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alla protezione del diritto di proprietà prevista dall'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla CEDU (v., per esempio, la sentenza 17 luglio 2003 nel caso Luordo c. Italia, 68-70 della motivazione, ove sono richiamati alcuni precedenti); il rispetto del principio di proporzionalità nella limitazione dei diritti garantiti è previsto, altresì, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 52, comma 1, in relazione al diritto di proprietà previsto nel precedente art. 17), riconosciuta dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (art. 6, comma 1), di cui è stata autorizzata la ratifica con la L. 2 agosto 2008, n. 130. Occorre, quindi, che il sequestro preventivo su beni di proprietà di persone diverse dall'indagato (o imputato) ricerchi – per esprimersi con le parole della Corte di Strasburgo – un "giusto equilibrio" tra le necessità dell'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo; altrimenti la misura cautelare rischia di concretizzare una violazione della CEDU, Convenzione che l'Italia ha reso esecutiva con la L. 4 agosto 1955, n. 848, riconoscendo così anche il diritto di ogni persona che ne deduca la violazione ad adire "un'istanza nazionale" (art. 13) per prevenire la violazione stessa, prima ancora che per ottenere l'indennizzo previsto dall'art. 41*".

Di recente anche Sez. 3, n. 27840 del 23/03/2016, Calvisi, Rv. 267055 ha collegato il principio di proporzionalità nell'ipotesi di sequestro preventivo ai principi espressi dalla Corte E.D.U.. Infatti in motivazione si è affermato espressamente quanto segue: "*È il caso di segnalare che il rispetto principio di proporzionalità in materia di diritti fondamentali, specie con riferimento ai diritti di libertà personale e reale, è stato, anche recentemente, sottolineato dai Giudici di Strasburgo. La Corte Edu, nel decidere il caso Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria (sentenza, V Sezione, 21 aprile 2016, n. 46577), ha affermato, quantunque con riferimento all'ordine di demolizione dell'abitazione, come il giudice nazionale avesse dovuto, in quel caso, valutare e ponderare la difficile situazione personale dei ricorrenti e non limitarsi piuttosto ad un controllo meramente formale sulla illegalità o meno della costruzione. Come è stato condivisibilmente segnalato, il rispetto del principio di proporzionalità impone dunque che l'autorità giudiziaria valuti caso per caso se un determinato provvedimento possa ritenersi giustificato in considerazione delle ragioni espresse dal destinatario della misura, al fine di bilanciare il suo diritto alla tutela dell'abitazione ai sensi dell'art. 8 Convenzione Edu (o di altro diritto fondamentale come il diritto alla salute che nel caso in esame rileva) e l'interesse dello Stato ad impedire l'esecuzione di interventi edilizi in assenza di regolare titolo abilitativo, sicché deve essere il giudice a dover stabilire, tenuto conto*

delle circostanze del caso concreto dedotte dalle parti, se il provvedimento limitativo della libertà "reale" sia "proporzionato" rispetto allo scopo, riconosciuto peraltro legittimo dalla Corte Edu, che la normativa edilizia intende perseguire". Nel caso di specie la S.C. ha ritenuto quindi legittima l'autorizzazione da parte del giudice, all'uso, per finalità terapeutiche dell'imputato, dell'abitazione oggetto di sequestro preventivo in relazione a reato per violazione delle leggi urbanistiche , sempreché tale utilizzo non contrastasti con le finalità della misura cautelare in atto. Ciò in forza del principio di proporzionalità in materia di misure cautelari reali, che, come detto, imponeva in questo caso al giudice, un bilanciamento tra l'interesse dello Stato ad impedire la possibile protrazione del reato edilizio, ed il diritto del singolo alla tutela dell'abitazione e della salute.

Una volta indicata la cornice, anche sovranazionale, con importanti motivazioni dalla sentenza Sez. 3, n. 42178/2009, Spini di cui sopra, molte altre pronunce hanno ribadito la necessità di rispettare il principio di proporzionalità, con delle importanti aggiunte e specificazioni. Ad esempio va segnalata la sentenza Sez. 5, n. 8152 del 21/01/2010, Magnano ed altro, Rv. 246103, che ha affermato in massima: *" I principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 cod. proc. pen. per le misure cautelari personali, sono applicabili anche alle misure cautelari reali e devono costituire oggetto di valutazione preventiva e non eludibile da parte del giudice nell'applicazione delle cautele reali, al fine di evitare un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata. Ne consegue che, qualora detta misura trovi applicazione, il giudice deve motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato della misura cautelare reale con una meno invasiva misura interdittiva."* (conf. Sez. 3, n. 38411 del 7/10/2010, Valenzi, Rv. 248560; Sez. 3, n. 12500/2012 del 15/12/2011, Sartori, Rv. 252223; Sez. 5, n. 8382 del 16/01/ 2013, Caruso, Rv. 254712, nonché Sez. 4, n. 18603 del 21/03/2013, Camerini, Rv. 256068). La peculiarità di queste pronunce sta nel fatto che la Suprema Corte, nell'apprezzabile sforzo di fornire alla giurisprudenza di merito degli strumenti utili a declinare in concreto il principio di proporzionalità ed adeguatezza della misura cautelare reale, ha indicato, seppure in maniera piuttosto generica, la possibilità dell'utilizzo di misure cautelari interdittive alternativa al vincolo reale. È facile immaginare che la Corte si riferisse all'art. 290 cod. proc. pen. (*Divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali*), e quindi disporre provvedimenti interdittivi nei confronti degli imputati titolari o amministratori di imprese in sostituzione al sequestro preventivo dell'azienda che potrebbe causare una crisi irreversibile dell'impresa a seguito del blocco totale o parziale dell'attività aziendale.

Il principio della proporzionalità ha poi trovato applicazione anche in relazione al sequestro di beni immateriali come i *files* che navigano su internet. Infatti la sentenza Sez. 3, n. 21271 del 7/05/2014, Konovalov, Rv. 261509, ha affermato in massima il seguente principio di diritto: " *I principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità – dettati dall'art. 275 cod. proc. pen. per le misure cautelari personali – sono applicabili anche al sequestro preventivo, dovendo il giudice motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso una cautela alternativa meno invasiva. (Fattispecie nella quale la Corte ha ritenuto legittimo il sequestro preventivo di un intero "dominio" internet, in ragione della motivata impossibilità tecnica di oscurare il singolo file lesivo del diritto d'autore)."*

3. La proporzionalità nei sequestri preventivi ai fini di confisca.

In termini generali va evidenziato che la Suprema Corte ha più volte ribadito che per la funzione strumentale del sequestro preventivo e per i principi generali del diritto processuale, con il provvedimento cautelare non sia possibile ottenere più di quello che po-

trebbe essere conseguito con il provvedimento definitivo, in quanto uno degli aspetti che il giudice deve valutare ai fini dell'emissione della misura cautelare è costituito proprio dalla corrispondenza tra il valore dei beni oggetto della futura ablazione e l'entità del profitto o del prezzo del reato (cfr. Cass. Sez. 6, n. 28264 del 26/03/2013, Anemone ed altro, Rv. 255610; Sez. 2, n. 47066 del 26/11/2013, Pieracci, Rv. 257968; Sez. 2, n. 2488/2015 del 27/11/2014, Giacchetto, Rv. 261853).

Nello specifico sul principio di proporzionalità punto di riferimento è certamente la sentenza Sez. 6, n. 12515 del 27/01/2015, Picheca, Rv. 263656, che in massima ha affermato il: " *In tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, costituisce violazione del principio di proporzionalità la sottoposizione a sequestro di un bene di valore di gran lunga superiore rispetto al profitto confiscabile stimato, anche se con vincolo "formalmente" limitato sino alla concorrenza di tale profitto* ". Il caso riguardava un'ipotesi abbastanza frequente che si realizza con il sequestro preventivo di un immobile di valore notevolmente superiore al profitto confiscabile, mediante l'utilizzo della formula che il sequestro opera formalmente " *sino alla concorrenza dell'importo di XXX* " pari al profitto confiscabile. La S.C. ha ritenuto che tale accorgimento non è sufficiente a mutare la sostanza, ossia che il pregiudizio per l'indagato derivante dal vincolo reale è sostanzialmente sull'intero immobile.

Nella motivazione il Collegio ha poi affermato altri due importanti principi : in primo luogo che la valutazione in ordine al valore della *res* sottoposta a vincolo reale funzionale alla confisca per equivalente non possa essere rimandata alla fase esecutiva, ma debba essere operata già in sede di verifica dei presupposti della misura cautelare reale; in secondo luogo che la stima del bene attinto dal provvedimento cautelare deve essere fondata non sul valore catastale dell'immobile, ma su quello reale, vale a dire quello di mercato, che di solito, almeno per gli immobili di pregio nei centri storici è assai diverso dal primo ben più basso. In questo senso anche Sez. 6, n. 15807 del 9/01/2014, Anemone, Rv. 259702, che ha opportunamente precisato che la stima dei beni sottoposti alla misura cautelare deve fare riferimento al valore di mercato degli stessi, avendo riguardo al momento in cui il sequestro viene disposto (così evitando che il vincolo cautelare sia condizionato dalle fluttuazioni di mercato). Tuttavia non sono mancate anche sul punto decisioni in senso contrario, che hanno perciò ritenuto legittimo il sequestro per equivalente in cui la determinazione del valore economico dei beni da assoggettare fosse effettuata sulla base della rendita catastale, ritenendo questo un parametro maggiormente oggettivo rispetto all'andamento del mercato immobiliare (così Sez. 3, n. 19099 del 6/03/ 2013, Di Vora, Rv. 255328).

Si segnala poi la sentenza Sez. 2, n. 28399 del 24/05/2017, Esposito, che ha affrontato il tema, poco trattato in termini dogmatici ma importante in concreto, della restituzione all'imputato di quanto sequestrato in eccesso rispetto al quantum della confisca, nell'ipotesi in cui la sentenza di condanna non sia ancora divenuta irrevocabile. Nella specie si trattava perciò di stabilire se potesse darsi luogo alla restituzione di tale eccedenza prima dell'irrevocabilità della condanna, ovvero se tale incombenza, come sostenuto dall'ordinanza impugnata per cassazione, fosse da rinviare alla fase esecutiva.

Infatti, a fronte della richiesta dell'imputato di ottenere la restituzione di quanto eccedente la confisca (accertato dai giudici della cognizione al momento di determinare l'oggetto esatto della confisca per equivalente), vi era stato un rigetto dell'istanza motivata solo in ragione del fatto che la sentenza che aveva statuito la confisca non era ancora definitiva e quindi dovesse trovare applicazione l'art. 323, comma 3, cod. proc. pen., in cui è previsto che gli effetti del sequestro preventivo permangono nel caso di sentenza di condanna che ha disposto anche la confisca delle cose sequestrate.

La S.C., richiamando in premessa la consolidata giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che, in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, costituisce violazione del principio di proporzionalità la sottoposizione a sequestro di un bene di gran lunga superiore rispetto al profitto confiscabile stimato, ha quindi accolto il ricorso dell'imputato sull'assunto che in ordine alla statuizione relativa alla confisca si era formato il giudicato, dato che il P.M. non aveva impugnato (come avrebbe potuto anche fare ex art. 579, comma 3, cod. proc. pen.) il capo della sentenza relativa alla confisca e alla sua estensione. La Corte perciò, con un'attenta valutazione delle ragioni anche pratiche della difesa, non ha collegato il diritto alla restituzione delle somme sequestrate in esubero alla data di irrevocabilità della sentenza di condanna *tout court*, ma ha invece ritenuto di far riferimento al passaggio in giudicato della specifica statuizione relativa alla confisca, non più oggetto di motivi di impugnazione a differenza di altri capi della sentenza. In altri termini ha anticipato, in molti casi, il diritto alla restituzione dell'eccedente, non rinviando il tutto alla fase esecutiva della sentenza di condanna.

Nella stessa direzione anche la Sez. 6, n. 53834 del 26/10/2017, Tibi +1, secondo cui l'A.G. che procede " *…ha l'onere di definire non in termini approssimativi ma quanto più possibile precisi l'ambito di operatività del sequestro anche in termini quantitativi* "; il tribunale in sede cautelare, tenuto conto dei limiti istruttori che lo contraddistinguono, è tenuto però in ogni caso a procedere "*… all'analisi della consulenza di parte e alla individuazione puntuale della sua struttura e del suo contenuto..*", non potendo quindi rinviare questa valutazione al momento della confisca o alla fase esecutiva. La Corte ha giustificato tale rigore nell'accertamento già in fase cautelare affermando che: " *…il sequestro funzionale alla confisca, costituisce una misura che influisce in modo incisivo sulla proprietà e deve dunque avere una base legale ed essere specificamente commisurato all'entità per la quale esso è previsto e disciplinato, solo in tal modo essendo compatibile con quanto previsto dall'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U., come interpretato dalla Corte di Strasburgo (si veda la sen tenenza Varvara contro Italia, del 29/10/2013)*".

Per ultimo si segnala la sentenza Sez. 2, n. 33090 del 22/06/2017, Cascella, Rv. 270922, che ha affermato in massima quanto segue : " *Il principio di proporzionalità operante anche in materia di misure cautelari reali, trova il suo limite nell'ipotesi in cui il bene sequestrato (nella specie un immobile) sia indivisibile, nonché l'unico appartenente all'indagato. (In motivazione la Corte ha aggiunto che, qualora la quota indivisa del bene corrispondente al profitto del reato venga successivamente confiscata, l'imputato potrà tutelarsi, per la quota non confiscata, secondo le modalità previste dall'art. 599 ss. cod. proc. civ.)* " (conf. Sez. 2, n. 29911 del 7/06/2016, Cimino). Il Collegio ha spiegato in motivazione che ove il processo dovesse concludersi con una condanna dell'imputato e con la confisca della quota indivisa del bene corrispondente, egli potrà tutelarsi in sede di escussione del bene secondo le modalità previste dall'art. 599 e ss. cod. proc. civ., quindi in altra sede rispetto a quella del processo penale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione
Sez. 3, n. 4050/2003 del 13/11/2002, Angrisani, Rv. 223473
Sez. 3, n. 16818 del 16/01/2007, Rosato e altri, Rv. 236490
Sez. 5, n. 8152 del 21/01/2010, Magnano ed altro, Rv. 246103
Sez. 3, n. 38411 del 7/10/2010, I. Valenzi, Rv. 248560
Sez. 3, n. 42178 del 29/09/2009, Spini, Rv. 245172
Sez. 3, n. 12500/2012 del 15/12/2011, Sartori, Rv. 252223
Sez. 5, n. 8382 del 16/01/2013, Caruso, Rv. 254712
Sez. 3, n. 19099 del 6/03/2013, Di Vora, Rv. 255328
Sez. 4, n. 18603 del 21/03/2013, Camerini, Rv. 256068
Sez. 2, n. 47066 del 26/11/2013, Pieracci, Rv. 257968
Sez. 6, n. 15807 del 9/01/2014, Anemone, Rv. 259702
Sez. 3, n. 21271 del 7/05/2014, Konovalov, Rv. 261509
Sez. 2, n. 2488/2015 del 27/11/2014, Giacchetto, Rv. 261853
Sez. 6, n. 12515 del 27/01/2015, Picheca, Rv. 263656
Sez. 3, n. 27840 del 23/03/2016, P.M. in proc. Calvisi, Rv. 267055
Sez. 2, n. 29911 del 7/06/2016, Cimino
Sez. 2, n. 28399 del 24/05/2017, Esposito
Sez. 2, n. 33090 del 22/06/2017, Cascella, Rv. 270922
Sez. 6, n. 53834 del 26/10/2017, Tibi +1

Sentenze della Corte di Giustizia
C. giust. del 29/11/1956, C-8/55, *Federation Charbonniere c. Alta Autorità*
C. giust. del 17/02/1970, C-11/70 sul caso *Internationale Handelsgesellschaft*
Corte EDU, grande camera, del 11.07.2006, n. 54810/00, *Jalloh c. Germany*

CAPITOLO III

LUOGO DI PRESENTAZIONE DELLA RICHIESTA DI RIESAME DEL SEQUESTRO

(Andrea Venegoni)

SOMMARIO: 1. Le ragioni del contrasto – 2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione rimessa alle Sezioni Unite - 2.1. Primo orientamento: la presentazione nel tribunale del capoluogo di provincia - 2.2. Secondo orientamento: la presentazione nei luoghi di cui all'art. 582, comma 2, cod. proc. pen. – 3. La comparazione con il riesame delle misure personali ed il "favor impugnationis" – 4. Impugnazioni in procedimenti speciali – 5. Fonti sovranazionali – 6. Riassunto delle posizioni – 7. I termini della decisione delle Sezioni Unite.

1. Le ragioni del contrasto.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 47374 del 22 giugno 2017, hanno affrontato un argomento di natura processuale, relativo ad un aspetto specifico del riesame cautelare reale: l'individuazione del luogo di presentazione dell'istanza.

Nella specie, una richiesta di riesame di un sequestro era stata presentata presso la cancelleria del giudice che lo aveva emesso, e da questi trasmessa al giudice del capoluogo di provincia – competente a deciderla ai sensi dell'art. 324, comma 5, cod. proc. pen. - il quale la dichiarava inammissibile. Contro tale provvedimento, gli interessati ricorrevano in cassazione.

Il suddetto art. 324, comma 5, individua, infatti, in modo inequivoco il tribunale competente a decidere sull'istanza, indicandolo in quello del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento. Nel caso concreto, quindi, nessun dubbio sul fatto che tribunale competente a decidere sul ricorso in questione fosse il tribunale del capoluogo di provincia nella quale si trovava la sede del tribunale che aveva emesso il provvedimento impugnato.

Il problema, però, atteneva all'individuazione del luogo presso il quale la stessa deve essere presentata, luogo che, teoricamente, la normativa potrebbe anche non fare coincidere con la cancelleria del tribunale competente a decidere.

Al riguardo, l'art. 324, comma 1, cod. proc. pen., afferma che "la richiesta di riesame è presentata nella cancelleria del tribunale indicato nel comma 5"; tale disposizione individua il tribunale in quello del "capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento" che è anche quello individuato come competente a decidere.

Il comma 2 dell'art. 324, tuttavia, regolando la presentazione della richiesta, afferma che questa debba avvenire "con le forme previste dall'art. 582".

L'art 582 cod. proc. pen., norma generale sulle impugnazioni, prevede al comma 1 che, salvo che la legge disponga altrimenti, le stesse si presentano nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. Il comma 2 prevede, poi, la possibilità per le parti private ed i difensori di presentare l'impugnazione nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano, se lo stesso è diverso da quello dove ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, ovvero davanti ad un agente consolare all'estero.

Posto, allora, che la previsione di cui all'art. 324 commi 1 e 5 sulla possibilità di presentare il ricorso presso il giudice *ad quem* anziché presso il giudice *a quo* può intendersi come la realizzazione della clausola di riserva con cui si apre lo stesso art. 582 comma 1 ("salvo

che la legge disponga altrimenti"), la questione controversa atteneva all'ambito del rinvio che l'art. 324, comma 2, compie alle "forme" dell'art. 582, ed, in particolare, in primo luogo, se esso debba intendersi anche al comma 2 del suddetto articolo, che prevede la possibilità di presentare l'impugnazione anche nel tribunale o presso il giudice di pace del luogo in cui le parti si trovano, così come davanti ad agente consolare, nel caso in cui il ricorrente si trovasse all'estero, o se si riferisca alle modalità di presentazione dell'istanza menzionate nell'art. 582 diverse dal luogo (e, quindi, la presentazione personale o a mezzo di incaricato e gli incombenti del pubblico ufficiale che riceve l'istanza).

Dalla legge, quindi, emergevano due alternative interpretative per individuare il luogo di presentazione dell'istanza di riesame cautelare reale:

a) unicamente il tribunale del capoluogo di provincia in cui si trova l'ufficio del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, che è poi anche il tribunale competente a decidere, se si privilegia l'interpretazione secondo cui il luogo di presentazione è da individuarsi unicamente sulla base dell'art. 324, comma 1 e 5;
b) anche i luoghi indicati nell'art. 582, comma 2, se si privilegia l'interpretazione che si basa sul rinvio dell'art. 324, comma 2, alle forme di presentazione dell'impugnazione di cui all'art. 582 comma 2.

Sul punto si era formato un contrasto di giurisprudenza all'interno della Cassazione.

2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione rimessa alle Sezioni Unite.

Va detto, preliminarmente, che, per quanto la questione oggetto di esame fosse molto specifica e potesse sembrare quasi marginale nell'ambito del riesame reale, la stessa aveva, ed ha, però una significativa rilevanza anche pratica, in un momento storico in cui le misure cautelari reali hanno avuto uno sviluppo molto rilevante, sulla base del principio per cui, in determinate situazioni, hanno una efficacia uguale, se non maggiore, delle misure cautelari personali nel contrasto a taluni reati. Inoltre, è il contesto storico e socio economico in cui viviamo oggi che determina la rilevanza delle misure che aggrediscono i beni, in quanto anche le attività criminose sono sempre più focalizzate sul profitto economico e, al tempo stesso, beneficiano della possibilità di diversificazione anche geografica del loro svolgimento, cosicchè l'ipotesi che un bene sia sequestrato in un luogo anche molto lontano da quello in cui gli indagati si trovano non è affatto inusuale; da qui l'importanza di stabilire se il riesame contro tale provvedimento debba essere depositato esclusivamente presso il giudice *ad quem*, quindi in località che può essere anche molto distante da quella di abitazione degli interessati, o possa essere presentato presso l'ufficio più vicino al luogo dove le parti si trovano.

L'ordinanza impugnata, a sostegno della propria tesi di inammissibilità del ricorso, faceva riferimento ad un precedente della Corte di cassazione, in particolare, Sez. 3, n. 12209 del 3/2/2016, Lococo, Rv. 266375.

Quest'ultima sentenza, peraltro, era espressione solo di uno dei due orientamenti formatisi sul punto.

Negli anni, infatti, erano maturate sul tema, nella giurisprudenza della Corte Suprema, due tesi.

2.1. Primo orientamento: la presentazione nel tribunale del capoluogo di provincia.

Un primo orientamento, che si potrebbe definire più restrittivo, riteneva che la richiesta di riesame dovesse essere presentata solo nella cancelleria del tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che emesso il provvedimento, ritenendo, pertanto, inammissibile il gravame presentato nella cancelleria di altro tribunale.

Tale orientamento si basava sul fatto che l'art. 324, comma 1 e 5, cod. proc. pen. contiene una previsione specifica sul luogo di presentazione dell'istanza di riesame cautelare reale, e prevale quindi sulla norma di carattere generale di cui all'art. 582 cod. proc. pen., che, oltretutto, prevede la possibilità che altra disposizione di legge individui il luogo di presentazione di un gravame in deroga al criterio generale in essa contenuto ("salvo che la legge disponga altrimenti").

Il richiamo che l'art. 324, comma 2, opera al successivo art. 582 veniva, quindi, interpretato, in tale ottica, come relativo esclusivamente alle "forme" con le quali la richiesta va proposta e non già alle modalità del suo deposito, ed, in particolare, al luogo.

L'orientamento in esame considerava, altresì, che l'illustrata interpretazione non confligge con il principio del *favor impugnationis*. Invero, le modalità con cui ogni principio viene concretizzato nel dettato delle norme specifiche sono determinate – salvo, ovviamente, il limite delle superiori fonti costituzionali e sovranazionali – dal legislatore ordinario, il quale, nel caso in esame, lo ha conformato in modo inequivoco, al punto che, qualora si ritenesse che l'art. 582 fosse applicabile anche per quanto concerne l'individuazione del tribunale ove depositare la richiesta, si incorrerebbe in un chiaro contrasto con l'ulteriore principio della conservazione di un significato alla normativa.

Invero, si priverebbe di ogni incidenza il combinato disposto dell'art. 324, commi 1 e 5, il cui tenore letterale non lascia spazio per alcuna interpretazione diversa quanto alla identificazione del tribunale competente a decidere l'impugnazione quale unico ufficio ove depositare l'atto impugnatorio. D'altronde, la scelta legislativa di obbligo al deposito presso l'ufficio competente veniva vista anche come ragionevolmente ben sostenibile, in relazione alla natura cautelare del procedimento, e dunque alle necessità di semplificazione e di accelerazione che lo connotano.

Erano espressione di tale orientamento, in epoca recente, Sez. 2, n. 18281 del 29/1/2013, Bachar, Rv. 255753, secondo cui il richiamo che l'art. 324 cod. proc. pen. compie all'art. 582 c.p.p. concerne esclusivamente le "forme" con le quali la richiesta va proposta e non già il luogo del suo deposito, e la già citata Sez. 3, n. 12209 del 3/2/2016, Lococo, Rv. 266375, alla quale compiva espresso riferimento anche l'ordinanza oggetto della impugnazione da cui è derivato il rinvio della questione alle sezioni unite.

Il concetto, espresso anche da Sez. 3, n. 31961 del 2/7/2015, Borghi, Rv. 264189, era che l'applicazione del solo criterio di cui all'art. 324 comma 1 e 5 si doveva al fatto che la normativa non lasciava spazio ad una interpretazione diversa, sia perché l'art. 582 esordisce con il "rispetto" di discipline specifiche (l'incipit del comma 1 è: "Salvo che la legge disponga altrimenti"), sia e soprattutto perché l'art. 324, al comma 1 in combinato disposto con il comma 5, detta proprio una disciplina specifica sulle modalità di presentazione della richiesta di riesame nella cancelleria del Tribunale, che deve essere quella del Tribunale competente, cosicchè il rinvio al comma 2 deve intendersi limitato alle forme della richiesta, e non alle modalità del deposito ("la richiesta è presentata con le forme previste dall'art. 582").

In epoca più lontana, nello stesso senso: Sez. 6, n. 3539 del 6/12/1990, dep. 1991, Messora, Rv. 187018; Sez. 1, n. 4486 del 3/11/1992, del. 1993, Fedele, Rv. 194278; Sez. 4, n. 2921 del 27/11/1996, Banfi, Rv. 206612; Sez. 5, n. 2915 del 22/5/2000, Fontana e altro, Rv. 216655; Sez. 4, n. 33337 del 10/7/2002, Cannavacciuolo, Rv. 222663.

Va segnalato anche che, pur accogliendo tale interpretazione, Sez. 3, n. 16085 del 13/3/2002, Alfieri, Rv. 221342, tuttavia, non dichiarava inammissibile il gravame per le particolarità di fatto del caso specifico, in cui il giudice che aveva emesso il provvedimento apparteneva allo stesso tribunale presso il quale si trovava la sezione riesame competente

ad esaminare l'impugnazione, e quindi nella specie il riesame era stato depositato, in sostanza, presso l'ufficio competente per il riesame, ma in un'altra cancelleria, ed il passaggio da una cancelleria all'altra è stato considerato un mero passaggio interno.

2.2. Secondo orientamento: la presentazione nei luoghi di cui all'art. 582, comma 2, cod. proc. pen..

Il secondo orientamento, che si potrebbe definire più estensivo, riteneva, invece, che il rinvio compiuto dall'art. 324, comma 2, all'art. 582 permetta il deposito dell'istanza di riesame anche nei luoghi indicati in quest'ultima disposizione, ed in particolare, in riferimento al comma 2 di essa, anche nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui le parti si trovano, pur se questo è diverso da quello in cui è stato emesso il provvedimento, e presso un agente consolare all'estero. Una importante conseguenza di tale interpretazione, tra l'altro, attiene alla valutazione sulla tempestività del gravame. Se, infatti, la richiesta di riesame è depositata presso gli uffici menzionati nell'art. 582 entro il termine di dieci giorni dalla data di esecuzione del sequestro, secondo tale interpretazione lo stesso deve considerarsi tempestivo, ed è del tutto irrilevante, ai fini della valutazione di tale requisito, che l'atto pervenga o meno entro lo stesso termine al tribunale competente a decidere, il tribunale del capoluogo di provincia nel quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato.

La motivazione su cui si fondava tale orientamento si basava anche su un confronto con il riesame delle misure cautelari personali. Si affermava, infatti, che la formulazione letterale dell'art. 324 cod. proc. pen. è analoga a quella dell'art. 309 cod. proc. pen., atteso che, come al primo comma dell'art. 324 è previsto che la richiesta di riesame vada presentata alla cancelleria del tribunale indicato al comma 5 – vale a dire il tribunale capoluogo di provincia nel quale ha sede l'ufficio che emesso il provvedimento –, così l'art. 309 comma 4 contiene analogo rinvio al successivo comma 7, con l'unica differenza che il tribunale di riferimento per le misure personali è il capoluogo del distretto di Corte d'Appello; come, poi, il secondo comma del medesimo art. 324 dispone che "la richiesta è presentata con le forme previste dall'art. 582", specularmente il comma 4 dell'art. 309, secondo periodo, afferma "si osservano le forme previste dagli artt. 582 e 583".

Si osservava, conseguentemente, che non vi era alcun motivo per adottare, per le misure cautelari reali, una diversa interpretazione rispetto a quella consolidatasi per le misure cautelari personali, come compiutamente esposta nella pronuncia delle Sez. U, n. 11 del 18/6/1991, D'Alfonso, Rv. 187922, che aveva ritenuto che il riesame cautelare personale possa essere presentato non solo nella cancelleria del tribunale competente a decidere (appunto quello del capoluogo di corte d'appello), ma anche nei luoghi indicati nell'art. 582 comma 2. Tale lettura, poi, appariva confermata, almeno implicitamente, anche da Sez. U, n. 11 del 2000 che, nell'affrontare il problema della decorrenza del termine di cinque giorni per la trasmissione degli atti dall'autorità procedente, di cui all'art. 309, comma 5, nel riesame delle misure cautelari personali, partiva dal presupposto, esplicitamente espresso, che il problema si ponga in particolare quando la domanda è stata presentata nel luogo dove si trovano le parti ex art. 582, comma 2, dimostrando così che tale modalità di presentazione appartiene alla suddetta tipologia di riesame. Tale orientamento riteneva, infatti, che anche per l'art. 324 cod. proc. pen. il rinvio all'art. 582 (le "forme") sia a tutto l'articolo e non solo al primo comma, perché l'art. 582 è la norma generale in materia di impugnazioni. Di conseguenza, non vi era ragione, in mancanza di una deroga espressa prevista nell'art. 324 ed in conformità al principio generale del *favor impugnationis*, di non applicarla integralmente. Quello che rileva, quindi, è che il termine

di decadenza (nella specie di dieci giorni) sia rispettato al momento del deposito dell'istanza, sicché diventa irrilevante, ai fini della tempestività del gravame, che l'atto pervenga o meno entro lo stesso termine al tribunale competente del capoluogo di provincia nel quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato.

Erano espressione di tale posizione: Sez. 3, n. 47264 del 25/9/2014, Tucci, Rv. 261214, secondo cui il rinvio dell'art. 324, comma 2, all'art. 582 deve intendersi riferito anche al comma 2 di quest'ultima norma, posto che l'art. 582 cod. proc. pen., comma 2, non ha carattere eccezionale, essendo espressione del principio del *favor impugnationis*, sicché esso non va interpretato in senso restrittivo; nonché, Sez. 5, n. 38095 del 20/05/2015, Zhang Jianyun, Rv. 264836, che metteva anche in luce le ragioni di carattere testuale e sistematico che impongono di applicare i medesimi principi alla richiesta di riesame in materia reale, in considerazione dell'evidente parallelismo esistente tra le disposizioni di cui all'art. 309, co. 4 e 7, cod. proc. pen., su cui si è formato l'orientamento giurisprudenziale delle Sez. U in tema di riesame personale e le corrispondenti disposizioni di cui all'art. 324, co. 1, 2 e 5, che non consente, pena una evidente irrazionalità del sistema delle impugnazioni avverso i provvedimenti cautelari o ad essi assimilabili, di giungere ad una conclusione diversa.

Nello stesso senso si erano pronunciate anche: Sez. 3, n. 1369 del 27/5/2015, dep. 2016, Moscoloni, Rv. 265963; Sez. 2, n. 50315 del 16/9/2015, Mokchane, Rv. 265462; Sez. 2, n. 45341 del 4/11/2015, De Petrillo, Rv. 264872; Sez. 2, n. 50170 del 11/11/2015, Colasanti, Rv. 265465; Sez. 3, n. 23369 del 26/1/2016, Schena, Rv. 266822, Sez. 2, n. 2664 del 21/12/2016, dep. 2017, Visconti, Rv. 269111, che evidenziava anche la conseguenza per cui, una volta avvenuta la presentazione della richiesta nei luoghi di cui all'art. 582, comma 2, entro il termine di dieci giorni dalla data di esecuzione del sequestro, è del tutto irrilevante, ai fini della tempestività del gravame, che l'atto pervenga entro lo stesso termine al tribunale competente a decidere.

3. La comparazione con il riesame delle misure personali ed il "favor impugnationis".

Tuttavia, altri argomenti si potevano opporre a quest'ultima interpretazione. Quanto al parallelismo con il riesame contro le misure personali, l'interpretazione di altre norme avrebbe potuto dimostrare come lo stesso non sia assoluto.

Emblematico è il caso in cui si era trattato di valutare se anche al riesame reale fosse applicabile la previsione dell'art. 309 comma 5 cod. proc. pen., novellata dalla legge 8 agosto 1995, n. 332 che ha previsto che, dopo la presentazione del riesame, il presidente cura che sia dato avviso all'autorità procedente la quale "entro il giorno successivo e comunque non oltre il quinto giorno" trasmette gli atti al tribunale del riesame, e la previsione del successivo comma 10 che prevede, poi, che l'omessa trasmissione entro il termine determina la perdita di efficacia dell'ordinanza cautelare.

Si era posta, così, la questione se tale meccanismo potesse operare anche per il riesame reale, considerato che l'art. 324, comma 7, contiene addirittura un rinvio esplicito all'art. 309, comma 10, che, nella nuova formulazione, come detto, sancisce la perdita di efficacia della misura in caso di omessa trasmissione degli atti. Il fatto è, però, che il rinvio esisteva fin da epoca anteriore alla novella del 1995, e non aveva quindi, nella sua versione originaria, il significato che avrebbe potuto essergli attribuito dopo l'innovazione legislativa. Il tema è stato oggetto di esame da Sez. U, n. 26268 del 17/6/2013, Cavalli, Rv. 255582, che ha escluso che, in materia di riesame reale, l'omessa trasmissione degli atti entro il termine previsto dalla legge determini la perdita di efficacia della misura. Anche in questa sentenza la Corte ha ribadito il concetto per cui un diverso regime giuridico delle cautele reali da quelle personali non è irragionevole e quindi una differenza di disciplina può essere

giustificata. La sentenza si diffonde ad evidenziare che l'asserito parallelismo tra riesame personale e reale, che dovrebbe giustificare l'analogia di disciplina, non è, in realtà, mai esistito e, comunque, si è definitivamente spezzato con l'intervento legislativo del 1995 che ha chiaramente riguardato solo le misure personali. Vari fattori, secondo la sentenza, evidenziano che il legislatore non ha mai inteso sottoporre alla stessa disciplina il riesame reale e quello personale: la diversa collocazione delle norme nel codice del 1988, la disposizione dell'art 100 disp. att. che prevede la necessità di un incombente processuale solo per il riesame personale, e, in fondo, il fatto che la stessa Costituzione distingua nettamente tra la tutela della libertà individuale nell'art. 13 e la disciplina della proprietà (artt. 42-44) che prevede limitazioni e compressioni, seppure eventuali, di tale bene. Ma anche la giurisprudenza della Suprema Corte, evidenzia la sentenza, aveva già in passato distinto tra le due procedure, per esempio in tema di sospensione feriale dei termini, ritenuta applicabile al riesame reale, e, invece, rinunciabile nel riesame personale (Sez. U, n. 5 del 20/04/1994, Iorizzo, Rv. 197702).

Il legislatore del 1995, in particolare, si concentrò esclusivamente sulle misure personali, per cui il rinvio operato dall'art 324, comma 7, all'art. 309, comma 10, non si può interpretare come riferito alla nuova versione di quest'ultima norma post 1995. Non si tratta, infatti, di un rinvio "dinamico", ma è un rinvio statico-recettizio giustificato dal fatto che con l'intervento del 1995 il legislatore non ha inteso intervenire in materia di misure cautelari reali.

In conclusione, affermare che la questione oggetto dell'odierno esame dovesse avere disciplina analoga nel riesame reale ed in quello personale per il parallelismo tra i due istituti non era affatto scontato, considerata la diversità delle due categorie di misure, dei loro presupposti, della loro natura e dei beni che coinvolgono, diversità che, quanto meno ai fini sostanziali, si riflettono anche sull'ambito e sul contenuto del giudizio di riesame.

Se, poi, si vuole sottolineare la natura processuale della questione in discussione, va però detto che le differenze sopra evidenziate hanno indirizzato talune pronunce a confermare la diversità di disciplina anche in questioni formalmente di natura strettamente processuale.

Anche il rilievo del *favor impugnationis* come criterio interpretativo avrebbe potuto non essere assoluto e dirimente per risolvere il caso di specie. È vero che lo stesso è stato definito in alcune pronunce una "indiscutibile regola generale" delle impugnazioni (Sez. 6, n. 9093 del 14/01/2013, Lattanzi, Rv. 255718; Sez. 5, n. 41082 del 19/09/2014, Sforzato, Rv. 260766; Sez. 2, n. 16350 del 03/02/2016, Cerreto), e tuttavia la stessa Corte di Cassazione, sebbene a proposito di altra questione attinente alla specificità dei motivi di appello, ha affermato che esso "non può che operare nell'ambito dei rigorosi limiti rappresentati dalla natura intrinseca del mezzo di impugnazione", per cui il riconoscimento del principio non le ha impedito, nel caso di specie, di ritenere inammissibile l'appello per mancanza del suddetto requisito (Sez. U, n. 8825 del 26/10/2016, dep. 2017, Galtelli, Rv. 268823). In altri termini, il *favor impugnationis* è criterio utilizzabile per interpretare le norme allorché ci si trovi nell'alveo di operatività del mezzo di impugnazione in questione, ma non può trascendere la natura del mezzo di impugnazione, trasformandolo, per esempio, in un altro tipo di gravame sebbene analogo, né – si potrebbe chiosare con riferimento al caso concreto, qualora si accedesse all'interpretazione più restrittiva – permettere la creazione di modalità di impugnazioni non previste.

4. Impugnazioni in procedimenti speciali.

Ulteriore elemento che poteva ancora essere indagato ai fini del problema in questione era analizzare altre figure di impugnazione in procedimenti speciali per verificare come siano disciplinate le modalità di presentazione, con particolare riferimento al luogo, di tali

gravami. Si tratta, ovviamente, di discipline non attinenti al riesame reale, dalle quali quindi non si possono trarre indicazioni dirette per risolvere la questione oggetto di analisi. Tuttavia, esse avrebbero potuto aiutare a fornire un inquadramento sistematico del problema per l'interpretazione delle norme rilevanti nel caso di specie.

Ci si riferisce, in particolare, al procedimento di opposizione al decreto penale di condanna ed al ricorso straordinario per errore di fatto, di cui all'art. 625-*bis* cod. proc. pen.

L'opposizione a decreto penale è considerata dalla giurisprudenza costante una vera e propria impugnazione (Sez. 5, n. 35361 del 6/7/2010, Cheng, Rv. 248876; Sez. 4, n. 9603 del 18/2/2016, Filice, Rv. 266302), tanto che ad essa sono pienamente applicabili gli art. 582 e 583 quanto alle modalità di presentazione, in particolare relativamente all'uso del servizio postale.

Quanto al luogo di presentazione, è lo stesso art. 461, comma 1, cod. proc. pen. a prevedere che l'opposizione possa essere depositata non solo nella cancelleria del giudice "a quo", che ha emesso il decreto, ma anche nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace in cui si trova l'opponente.

In merito, poi, al ricorso straordinario per errore di fatto, sono intervenute le Sezioni Unite nel 2014 per affermare che lo stesso può essere presentato personalmente dal condannato, entro il termine di centottanta giorni dal deposito del provvedimento impugnato, presso la cancelleria della Corte di cassazione ovvero, entro lo stesso termine, presso la cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui il ricorrente si trova, in quanto l'art. 625-*bis* cod. proc. pen. non contiene alcuna deroga alla disposizione di carattere generale dell'art. 582 cod. proc. pen (Sez. U, n. 32744 del 27/11/2014, Zangari, Rv. 264049).

Infine, è anche pertinente al tema oggetto di analisi ricordare che in una ulteriore recentissima decisione, Sez. U, n. 42043 del 18/5/2017, Puica, la Cassazione, trattando il problema della verifica della tempestività della richiesta di restituzione nel termine a norma dell'art. 175, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., ha stabilito che il giudice, nel caso in cui la richiesta sia presentata a mezzo del servizio postale, debba fare riferimento alla data di spedizione piuttosto che a quella di ricezione dell'atto. Questo, si deve ritenere, sul presupposto che si tratta di un vero e proprio mezzo di impugnazione, da cui consegue l'applicabilità del suddetto principio generale espresso nell'art. 583. La decisione rappresenta, in questo senso, una ulteriore conferma da parte delle Sezioni unite che a tutti i mezzi di impugnazione, anche relativi a procedimenti speciali, si applicano sempre anche le regole generali di cui al libro IX del codice di rito.

5. Fonti sovranazionali.

Per completezza, l'analisi non avrebbe potuto essere esaurita senza uno sguardo alle fonti sovranazionali, atteso che il sistema delle impugnazioni attiene alla tematica del "giusto processo", in quanto una normativa eccessivamente restrittiva, che svuotasse di contenuto il diritto di ciascuno di impugnare, rendendolo, per esempio, troppo complesso dal punto di vista pratico, avrebbe potuto essere ritenuta confliggente con esso. Vengono così potenzialmente in rilievo l'art. 2 del protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), secondo il quale *"ogni persona dichiarata rea da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da un tribunale della giurisdizione superiore. L'esercizio di tale diritto, ivi inclusi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge"*, l'artt. 6 e 13 della Convenzione (quest'ultimo, in particolare, recita che *"ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali")*.

Potenziale rilevanza hanno anche l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea *("Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice")* e l'art. 48 comma 2, secondo cui "*Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato",* nel senso che un sistema di impugnazione eccessivamente oneroso per l'indagato, anche in termini di modalità di presentazione del gravame, potrebbe equivalere ad un sostanziale svuotamento di tali diritti.

Ora, nella dottrina che si è occupata specificamente del problema si è giunti alla conclusione per cui l'interpretazione della normativa sovranazionale porta ad affermare che la possibilità di avere un grado di appello all'interno del procedimento che riguarda l'interessato non è un diritto assoluto, se non per il condannato in primo grado. Modalità e sistemi di "razionalizzazione" delle impugnazioni non sono, quindi, necessariamente violazioni del principio del "giusto processo", come, del resto, riconosciuto espressamente anche nelle linee guida della Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ). Orbene, tra le linee guida che la CEPEJ ha elaborato nel dicembre 2008 sulla gestione dei tempi giudiziari, al punto II lett. D) dedicato alle regole processuali si sottolinea che:

1. *La procédure en première instance devrait être condensée, en respectant cependant le droit des usagers à un procès équitable et public. (La procedura in primo grado dovrebbe essere condensata pur rispettando il diritto degli utenti ad un processo giusto e pubblico).*

2. *Dans certains cas, les possibilités de recours peuvent être limitées. Dans d'autres (par exemple pour les petites créances), le recours peut être exclu, ou une autorisation d'appel peut être requise. Les recours manifestement non fondés peuvent être déclarés irrecevables ou rejetés dans le cadre d'une procédure sommaire.(In determinati casi, le possibilità di ricorso possono essere limitate. In alcuni, per esempio per i reati minori, il ricorso può essere escluso, o puo' essere prevista una autorizzazione per appellare).*

Questi principi vanno naturalmente analizzati anche alla luce della giurisprudenza che li riguarda in casi analoghi. La stessa Corte di cassazione ha già avuto modo di affrontare la questione in tema di accesso a mezzi effettivi di impugnazione nella sentenza a Sezioni Unite n. 8825/2017 sulla specificità dei motivi di appello, rilevando che la Corte EDU aveva già affermato che nella regolamentazione del diritto di accesso ad un tribunale, ed in particolare dei mezzi di impugnazione, lascia un certo margine di apprezzamento allo Stato che deve preoccuparsi del fatto che la sua disciplina non vanifichi di fatto il diritto, ma senza che ciò escluda che lo Stato stesso possa prevedere anche restrizioni alle modalità di accesso se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. 4, 16.6.2015, Mazzoni c. Italia, nonché la numerosa giurisprudenza ulteriormente citata nella sentenza della Cassazione).

Pare quindi di poter affermare l'indifferenza dei principi sovranazionali ad una questione quale quella in questione sul luogo di presentazione dell'istanza di riesame cautelare reale, atteso che, posto che la legge prevede la possibilità di impugnazione e che entrambe le opzioni interpretative sui luoghi di presentazione del gravame non appaiono irragionevoli né sproporzionate rispetto allo scopo, non si può affermare che entrambe o anche una delle due vanifichi di fatto l'esercizio del diritto ad impugnare e configuri quindi, in sostanza una violazione del principio del giusto processo.

6. Riassunto delle posizioni.

Volendo trarre una sintesi conclusiva da tutte le considerazioni sopra esposte, si possono porre a raffronto gli argomenti in favore di una tesi e dell'altra.

La dizione letterale dell'art. 324 comma 1 e 5 porta a ritenere che l'istanza di riesame reale debba essere presentata solo presso il tribunale competente e decidere. Una lettura ispirata al principio del *favor impugnationis*, però, autorizza ad interpretare il rinvio che l'art. 324 comma 2 compie all'art. 582 come relativo anche al secondo comma di quest'ultimo articolo, permettendo così, nel riesame reale, di presentare l'istanza anche presso il tribunale del luogo delle parti o presso un agente consolare. Tale lettura, che ha un forte appiglio non solo nell'applicazione del suddetto principio, ma anche nella uguale interpretazione che è stata data dalle Sezioni unite delle corrispondenti norme in tema di misure cautelari personali e dal fatto che nel nuovo codice il riesame è un istituto impugnatorio al quale non possono non applicarsi le norme generali sulle impugnazioni, rischia però di tradursi in una *interpretatio abrogans* dell'art. 324 comma 1 e 5.

Ad essa, inoltre, si può obiettare, come visto, che il riesame è sì un mezzo impugnatorio, ma di natura atipica, per cui norme speciali solo ad esso applicabili – come l'art. 324 comma 1 e 5 – non sono incompatibili con la sua natura. Inoltre il principio del *favor impugnationis*, come è stato ricordato dalle Sezioni unite, non può essere esteso al di fuori dei confini propri del mezzo di gravame, per cui si potrebbe dubitare che in base ad esso si possa leggere nelle norme una modalità diversa di impugnazione, se si accede all'interpretazione secondo cui l'art. 324 comma 1 e 5 regolano esplicitamente il luogo di deposito della stessa. Infine le stesse Sezioni unite, occupandosi del problema della perentorietà del termine di trasmissione degli atti, hanno messo in luce che il parallelismo tra riesame reale e personale non è assoluto; anzi, la giurisprudenza sia costituzionale che della stessa Cassazione ne aveva messo in rilievo in passato le differenze.

Tuttavia, l'analogia con la previsione dell'art. 309, comma 4, è notevole, e, pur ammettendo che non vi possa essere totale equivalenza tra il riesame reale e personale, ci si potrebbe chiedere se il sistema possa accettare – ferme restando le differenze tra misure reali e personali e gli aspetti sostanziali dei relativi riesami – che, per quanto attiene al solo specifico profilo del luogo di presentazione, le modalità debbano variare soltanto a seconda che esso riguardi una misura personale o una misura reale, senza contare che l'interpretazione estensiva permette di accedere al riesame reale anche gli interessati che si trovano all'estero per i quali, nell'interpretazione restrittiva, mancherebbe una norma di riferimento sulle modalità di presentazione dell'impugnazione.

Si evidenzia, infine, che nessuna delle soluzioni ipotizzate presenta aspetti che possano apparire in contrasto con le fonti sovranazionali in tema di giusto processo, atteso che in entrambi i casi si rientra nella discrezionalità nella disciplina delle impugnazioni che la stessa Corte EDU riconosce agli Stati e non si verrebbe a creare una situazione che possa integrare una violazione del suddetto principio.

7. I termini della decisione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto con la sentenza n. 47374 del 22 giugno 2017, nella quale hanno affermato il seguente principio di diritto:

"Ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen., in tema di misure cautelari reali, la richiesta di riesame può essere presentata, oltre che nella cancelleria del tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato, anche nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano le parti private o i difensori, diverso da quello in cui fu emesso il provvedimento, ovvero davanti a un agente consolare all'estero".

Le Sezioni Unite hanno, quindi, risolto il contrasto evidenziato sopra, accogliendo il secondo degli orientamenti ricordati, quello che amplia le possibilità del luogo di presentazione della richiesta di riesame.

Dopo avere ricordato le diverse posizioni manifestatesi in materia, l'argomento decisivo che la sentenza prende a base per la decisione è quello della necessaria analogia di disciplina del riesame reale con quello delle misure personali, per il quale la sezioni unite avevano riconosciuto fin dal 1991 l'interpretazione estensiva in merito al luogo di presentazione.

Anche per il riesame delle misure reali, quindi, afferma la sentenza, il rinvio dell'art. 324 cod. proc. pen. all'art. 582 cod. proc. pen. è globale, alla norma nella sua interezza. Ove il legislatore avesse voluto limitare il rinvio ai meri aspetti formali e non anche alle modalità di presentazione dell'impugnazione, lo avrebbe manifestato esplicitamente. In questo, la sentenza in commento riprende espressamente gli argomenti che le stesse sezioni Unite avevano posto a base della sentenza D'Alfonso del 1991 sul riesame delle misure personali, ritenendoli pienamente convincenti ed applicabili anche al caso di specie.

A fronte di questi, la sentenza ritiene debole l'argomento, a supporto della tesi restrittiva, volto a valorizzare esigenze di semplificazione e speditezza del procedimento, anche perché lo stesso si risolve in una inaccettabile diminuzione di garanzie.

La sentenza confuta anche un altro argomento a sostegno della tesi restrittiva, quello per cui quest'ultima sarebbe confermata dall'*incipit* dell'art. 582 cod. proc. pen ("salvo che la legge disponga altrimenti"), affermando che esso si presta in realtà a considerazioni opposte, perché l'inciso è coerente con una disciplina generale e non con una disciplina derogatoria di quella generale contenete il richiamo della norma generale.

Infine, la sentenza dà rilievo anche all'argomento per cui la tesi restrittiva escluderebbe, di fatto, la possibilità di tutela ai residenti all'estero, non ammettendo la possibilità di presentazione dell'istanza di riesame davanti agli agenti consolari.

Alla luce di tale decisione, deve, pertanto, ritenersi che oggi il sistema si presenti del tutto simmetrico per quello che riguarda la questione del luogo di presentazione dell'istanza di riesame di misura cautelare, equiparando la disciplina del riesame delle misure reali a quello delle misure personali.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 3, n. 12209 del 3/2/2016, Lococo, Rv. 266375
Sez. 2, n. 18281 del 29/1/2013, Bachar, Rv. 255753
Sez. 3, n. 31961 del 2/7/2015, Borghi, Rv. 264189
Sez. 6, n. 3539/91 del 6/12/1990, Messora, Rv. 187018
Sez. 1, n. 4486/93 del 3/11/1992, Fedele, Rv. 194278
Sez. 4, n. 2921 del 27/11/1996, Banfi, Rv. 206612
Sez. 5, n. 2915 del 22/5/2000, Fontana, Rv. 216655
Sez. 4, n. 33337 del 10/7/2002, Cannavacciuolo, Rv. 222663
Sez. 3, n. 16085 del 13/3/2002, Alfieri, Rv. 221342
Sez. 3, n. 47264 del 25/9/2014, Tucci, Rv. 261214
Sez. 3, n. 1369/2016 del 27/5/2015, Moscoloni, Rv. 265963
Sez. 2, n. 50315 del 16/9/2015, Mokchane, Rv. 265462
Sez. 2, n. 45341 del 4/11/2015, De Petrillo, Rv. 264872
Sez. 2, n. 50170 del 11/11/2015, Colasanti, Rv. 265465
Sez. 3, n. 23369 del 26/1/2016, Schena, Rv. 266822,
Sez. 2, n. 2664/2017 del 21/12/2016, Visconti, Rv. 269111
Sez. U, n. 26268 del 17/6/2013, Cavalli, Rv. 255582
Sez. U, n. 5 del 20/04/1994, Iorizzo, Rv. 197702
Sez. 6, n. 9093 del 14/01/2013, Lattanzi, Rv. 255718
Sez. 5, n. 41082 del 19/09/2014, Sforzato, Rv. 260766
Sez. 2, n. 16350 del 03/02/2016, Cerreto
Sez. U, n. 8825/2017 del 26/10/2016, Galtelli, Rv. 268823
Sez. 5, n. 35361 del 6/7/2010, Cheng, Rv. 248876
Sez. 4, n. 9603 del 18/2/2016, Filice, Rv. 266302
Sez. U, n. 32744 del 27/11/2014, Zangari, Rv. 264049

CAPITOLO IV

SEQUESTRO DEL COMPUTER O DI UN SUPPORTO INFORMATICO, RESTITUZIONE PREVIA ESTRAZIONE DI COPIA E INTERESSE A RICORRERE

(Paolo Bernazzani)

SOMMARIO: 1. Nuove tecnologie e tutela dei diritti fondamentali. Il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 40963 del 20/07/2017, Andreucci. – 2. I precedenti arresti giurisprudenziali. La sentenza delle Sezioni Unite del 2008, Tchmil. – 3. (Segue). Le decisioni successive. Il sequestro informatico alla luce della legge n. 48 del 2008. – 4. L'*iter* argomentativo seguito da Sez. U, Andreucci: natura e caratteristiche del "dato informatico". – 5. (Segue). Sequestro informatico ed estrazione di copia dei dati. – 6. (Segue). Le varie situazioni prospettabili in relazione all'oggetto del sequestro probatorio e gli effetti in tema di interesse a ricorrere.

1. Nuove tecnologie e tutela dei diritti fondamentali. Il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 40963 del 20/07/2017, Andreucci.

Il rapporto, complesso e controverso, che avvince l'affacciarsi di nuove tecnologie e la tutela dei diritti fondamentali nel processo penale incontra un luogo di confronto – o, alle volte, un terreno di scontro – privilegiato in tema di sequestro probatorio di materiale informatico: la peculiare natura dei dati oggetto di apprensione porta, invero, prepotentemente alla ribalta i "classici" temi della verifica giudiziale circa la legittimità dell'intervento ablativo e le categorie concettuali che presiedono alla relativa indagine, ponendo gli uni e le altre a confronto con profili problematici per molti versi nuovi ed inconsueti.

In tale prospettiva, fra le decisioni di maggior rilievo emesse dalle Sezioni Unite penali nel corso del 2017, va certamente annoverata Sez. U, n. 40963 del 20/07/2017, Andreucci, Rv. 270497, che ha enunciato il principio di diritto così massimato:

«*È ammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di conferma del sequestro probatorio di un computer o di un supporto informatico, nel caso in cui ne risulti la restituzione previa estrazione di copia dei dati ivi contenuti, sempre che sia dedotto l'interesse, concreto e attuale, alla esclusiva disponibilità dei dati*».

2. I precedenti arresti giurisprudenziali. La sentenza delle Sezioni Unite del 2008, Tchmil.

L'*iter* motivazionale che sostanzia la decisione in esame non poteva che prendere le mosse da una precisa ricognizione della fondamentale portata interpretativa del precedente arresto giurisprudenziale costituito da Sez. U, n. 18253 del 24/04/2008, Tchmil, Rv. 239397, secondo la quale «*una volta restituita la cosa sequestrata, la richiesta di riesame del sequestro, o l'eventuale ricorso per cassazione contro la decisione del tribunale del riesame, è inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse, che non è configurabile neanche qualora l'autorità giudiziaria disponga, all'atto della restituzione, l'estrazione di copia degli atti o documenti sequestrati, dal momento che il relativo provvedimento è autonomo rispetto al decreto di sequestro, né è soggetto ad alcuna forma di gravame, stante il principio di tassatività delle impugnazioni. (Fattispecie relativa a sequestro di un computer e di alcuni documenti)*».

Con tale pronunzia, le Sezioni Unite, assumendo quale specifico parametro normativo di riferimento gli artt. 258 e 262 cod. proc. pen., avevano sottolineato il carattere di autonomia del provvedimento acquisitivo della copia rispetto a quello che dispone il sequestro pro-

batorio, avvalorato dal rilievo che il primo non è indefettibilmente ricollegato al secondo, posto che la predetta acquisizione può conseguire anche all'esito di una perquisizione non seguita dal successivo sequestro, ovvero alla consegna spontanea o, ancora, all'adempimento del dovere di esibizione.

D'altro canto, si poneva in rilievo come l'estrazione di copia sia sempre il frutto di una determinazione discrezionale che esige una autonoma giustificazione circa la rilevanza probatoria dell'acquisizione in sé, certamente non surrogabile attraverso il mero richiamo all'esistenza di un pregresso provvedimento impositivo di un vincolo di temporanea indisponibilità, a fini probatori, della *res* oggetto di copia.

Da tali premesse scaturiva, dunque, quale inevitabile corollario, l'esclusione del carattere di impugnabilità, sia mediante richiesta di riesame sia attraverso altre forme di gravame, del provvedimento che dispone l'estrazione di copia degli atti o documenti sequestrati, in forza del principio di tassatività delle impugnazioni.

Le Sezioni Unite, nella sentenza Tchmil, non avevano neppure eluso la questione relativa all'eventuale, residua permanenza, nonostante l'avvenuta restituzione della cosa sequestrata, di un interesse ad impedire comunque l'ingresso della copia nel patrimonio probatorio utilizzabile nell'ambito del procedimento, onde, secondo una tesi, l'annullamento del sequestro all'esito del riesame avrebbe dovuto travolgere anche il conseguente provvedimento di acquisizione probatoria. La Corte aveva superato l'ostacolo osservando che, anche a voler riconoscere una qualche forma di interdipendenza fra sequestro probatorio e provvedimento che dispone l'estrazione di copia degli atti o dei documenti sequestrati, tale da comportare una propagazione della nullità, restava pur sempre una fondamentale differenza fra gli stessi, apprezzabile sotto il profilo della necessaria sussistenza di un interesse ad impugnare connotato dai requisiti della concretezza e dell'attualità, che deve esistere non soltanto all'atto della proposizione dell'impugnazione, ma anche al momento della decisione, perché questa possa incidere sulla situazione giuridica sottoposta a verifica giudiziale: invero, mentre è indiscutibile che il riesame proposto allorché il sequestro è ancora in atto risponde all'interesse, immediato ed attuale, alla restituzione, lo stesso non può dirsi con riferimento alle copie estratte, delle quali non è in atto né può ritenersi certa l'utilizzazione, dipendendo dalla strategia delle parti nel successivo giudizio e dalla decisione del giudice del procedimento principale. Decisione, per giunta, che non sarebbe in alcun modo condizionata dall'esito del giudizio incidentale del riesame, posto che le determinazioni assunte in tale sede non possono sortire effetti diretti in ordine alle questioni circa l'acquisizione e la utilizzabilità delle copie di cui trattasi, rientranti nella *plena cognitio* del giudice del merito.

3. *(Segue)*. Le decisioni successive. Il sequestro informatico alla luce della legge n. 48 del 2008.

Come ben posto in evidenza dall'ordinanza di rimessione (Sez. 6, ord. 29/03/2017, che ha investito le Sezioni Unite della questione «se sia o meno inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso per cassazione proposto avverso l'ordinanza del tribunale del riesame nel caso in cui sia stata disposta la restituzione al ricorrente degli originali dei documenti e dei supporti informatici sottoposti a sequestro probatorio previa estrazione di copia dei dati informatici»), se nel panorama giurisprudenziale successivo alla sentenza Tchmil si è registrato il formarsi di una linea interpretativa divergente rispetto all'orientamento appena rievocato, ciò è dovuto essenzialmente all'esigenza di rivalutare i presupposti del *dictum* delle Sezioni Unite alla luce delle innovazioni apportate dalla legge 18 marzo 2008, n. 48, che ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001.

La prima decisione che si è confrontata con il nuovo assetto normativo è Sez. 6, n. 24617 del 24/02/2015, Rizzo, Rv. 264093, secondo la quale «*in tema di mezzi di ricerca della prova, costituisce sequestro probatorio l'acquisizione, mediante estrazione di copia informatica o riproduzione su supporto cartaceo, dei dati contenuti in un archivio informatico visionato nel corso di una perquisizione legittimamente eseguita ai sensi dell'art. 247 cod. proc. pen., quando il trattenimento della copia determina la sottrazione all'interessato della esclusiva disponibilità dell'informazione*».

La motivazione della sentenza Rizzo, per l'appunto valorizzando le disposizioni introdotte dalla legge n. 48 del 2008 (con particolare riferimento al disposto degli artt. 635-*bis* e 635-*ter* cod. pen. ed alle norme del codice di rito che a tale dato attribuiscono un valore del tutto assimilabile a quello di un oggetto fisico, come gli artt. 248, 254, 254-*bis*, 256, 260 cod. proc. pen.), è del tutto esplicita nel riconoscere anche al "dato informatico" in quanto tale, e non solo al supporto che lo contiene, piena idoneità a formare oggetto di un provvedimento di sequestro.

Muovendo da tale premessa, la decisione in esame ha affermato che l'acquisizione dei dati mediante integrale riproduzione di quelli presenti nella memoria del computer – riproduzione che consente di ottenere un "clone" identico ed indistinguibile dall'originale – fa sì che gli stessi rimangano sotto sequestro, anche se il supporto fisico di memorizzazione sia stato restituito: sotto un profilo sostanziale, invero, in capo al titolare del dato permane pur sempre una perdita autonomamente valutabile, derivante dal fatto che il trattenimento della copia determina la sottrazione all'interessato dell'esclusiva disponibilità della "informazione" e, quindi, del valore in sé del dato.

Di qui la conclusione che, non disciplinando l'art. 258 cod. proc. pen. il caso in cui il documento trasferisca il proprio valore anche sulla copia, «la restituzione degli atti originali, cartacei o digitali, previa estrazione di copie» determina «il venir meno del sequestro solo laddove non permanga una perdita valutabile per il titolare del bene originale. Perdita che deve essere considerata sul piano di un diritto sostanziale e non deve invece essere considerata quanto al semplice interesse a che la data cosa non faccia parte del materiale probatorio (come afferma la già citata sentenza delle SS.UU.)».

Da tali premesse, secondo la sentenza Rizzo, scaturisce necessariamente, secondo l'impostazione in esame, la persistenza dell'interesse della parte a coltivare il ricorso in sede di riesame o per cassazione anche in caso di restituzione del computer, previa estrazione di copia informatica o riproduzione su supporto cartaceo dei dati in esso contenuti. In questi casi, infatti, la restituzione non comporta il venir meno del sequestro ove il clone ovvero la copia importi di per sé una effettiva privazione per il titolare del diritto.

Sulla scia della sentenza Rizzo, altra decisione (Sez. 3, n. 38148 del 23/6/2015, Cellino, Rv. 265181) ha riconosciuto che «in tema di sequestro probatorio, la restituzione, previo trattenimento di copia dei dati informatici estratti, dei beni materiali (server, computer e hard disk) coercitivamente acquisiti per effettuare le operazioni di trasferimento dei dati non comporta il venir meno del vincolo, con la conseguenza che permane l'interesse a richiedere il controllo giurisdizionale sulla legittimità del sequestro al competente tribunale del riesame. (In motivazione, la Corte ha osservato che le disposizioni introdotte dalla legge 48 del 2008 riconoscono al "dato informatico", in quanto tale, e non solo al supporto che lo contiene, la caratteristica di oggetto del sequestro; conforme risulta, altresì, Sez. 5, n. 25527 del 27/10/2016, dep. 2017, Storari, Rv. 269811).

Infine, attestata «su una posizione in un certo senso intermedia», è individuata dalle Sezioni Unite una successiva pronuncia (Sez. 2, n. 40831 del 09/09/2016, Iona, Rv. 267610) che, pur ricollegandosi ai principi enunciati dalla sentenza Tchmil, ha tenuto conto delle

argomentazioni sviluppate dalla sentenza Rizzo, affermando che la permanenza di un interesse all'impugnazione è ammissibile esclusivamente nel caso in cui sia dimostrato il valore autonomo dei dati copiati; il che avviene laddove il ricorrente dimostri il proprio concreto interesse all'esclusiva disponibilità delle informazioni contenute nei documenti informatici, facendo così ritenere l'estrazione di copia un vero e proprio "sequestro di informazione" autonomamente apprezzabile.

4. L'*iter* argomentativo seguito da Sez. U, Andreucci: natura e caratteristiche del "dato informatico".

Nell'affrontare la questione di diritto in esame, le Sezioni Unite dedicano ampio spazio, nella sistematica espositiva della trattazione, allo sviluppo di una premessa di fondo, che conduce a delineare prima una nozione di sistema informatico ed a tracciare poi una distinzione fra le componenti *hardware* (vale a dire il complesso di elementi fisici, quali, esemplificativamente, tastiere, *monitor*, *modem*, etc.) e *software* (inteso come l'insieme di istruzioni e procedure necessarie per il funzionamento stesso della macchina – *software* di base – o per farle eseguire determinate attività – *software* applicativo – e costituito da programmi o dati memorizzati su specifici supporti).

Ciò, s'intende, non a fini aridamente classificatori, ma all'eminente scopo di individuare la natura e le caratteristiche del "dato informatico", inteso quale parte integrante di un sistema informatico; evidente è, in tal senso, la linea di continuità e di sviluppo rispetto alla sentenza Rizzo del 2015, nella prospettiva di riconoscere al dato informatico, in sé considerato, la qualità di "cosa" sottoponibile a sequestro, indipendentemente ed a prescindere dal supporto che lo contiene.

In tale contesto argomentativo, osserva la Corte che, secondo la Convenzione di Budapest ratificata dalla legge 18 marzo 2008, n. 48, il sistema informatico è definito come «qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l'elaborazione automatica di dati», tenendo quindi conto anche della possibile interazione di più dispositivi. Il sistema è costituito dalle componenti *hardware* e *software* (il "contenitore" ed il "contenuto") e ciò che più rileva è che *l'*oggetto di un eventuale provvedimento può ricomprendere, come ricordato dalla stessa sentenza Rizzo, sussistendone la necessità, l'intero sistema (come nel caso in cui l'apprensione sia necessaria per esaminare grosse quantità di dati) ovvero il singolo dato, che ha una sua identità e consistenza fisica suscettibile di modificazioni (con riferimento a siti *web* o singole "pagine telematiche", cfr. Sez. U, n. 31022 del 29/01/2015, Fazzo, Rv. 264089).

Le Sezioni Unite, a tale proposito, rimarcano come la rilevanza della distinzione tra le diverse componenti, *hardware* e *software,* di un sistema informatico e tra sistema e dati di cui si è appena detto sia confermata dalle molteplici previsioni del codice penale e del codice di rito che accolgono chiaramente la qualificazione tipologica del documento informatico quale *res:* ad esempio, gli artt. 635-*bis*, 635-*ter*, *635-quater* e *635-quinquies* cod. pen., che distinguono il danneggiamento dell'integrità dei dati dal danneggiamento dell'integrità di un sistema, in tal modo attribuendo ai singoli dati una individualità fisica, nonché le disposizioni del codice di rito quali gli artt. 247, comma 1-*bis,* 248*,* comma 2*,* 256, comma 1, 259, comma 2, 260, comma 2, cod. proc. pen., 352, comma 1-*bis* e art. 354, comma 2, cod. proc. pen.

In tale contesto, dunque, deve riconoscersi che la nozione di "dato informatico" è pienamente accolta dal sistema penale, sia sotto il profilo del diritto sostanziale che sul piano processuale, sebbene la stessa, annota la Corte, risulti definita unicamente «per l'ampia indicazione dell'oggetto fisico», ossia mediante il richiamo a «dati, programmi ed informazioni»

e, più in generale, al concetto di *software* quale componente di un sistema informatico; il che non esclude, quindi, la possibilità di riferire tale nozione a "conformazioni diverse" dei dati, quali, ad esempio, l'ipotesi del *software* applicativo, finalizzato alla esecuzione di determinate operazioni, o quella del documento elettronico, inteso come rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, o, ancora, quella della riproduzione per immagine di atti o documenti cartacei.

Un ulteriore ed utile termine di riferimento, nella medesima prospettiva, è senza dubbio costituito dalla definizione contenuta nella citata Convenzione di Budapest, che designa come dato informatico «*qualunque presentazione di fatti, informazioni o concetti in forma suscettibile di essere utilizzata in un sistema computerizzato, incluso un programma in grado di consentire ad un sistema computerizzato di svolgere una funzione*», anche se la Corte non manca di rilevare, sulla scia di pertinenti analisi dottrinali, come il lessico e la terminologia del nostro legislatore non collimi sempre con esattezza con la definizione offerta dalla Convenzione stessa (come avviene, ad esempio, nel reato di frode informatica ex art. 640-*ter* cod. pen., in cui la nozione di "dato" è affiancata a quelle di "informazione" e "programma", pur essendo queste ultime ricomprese nella prima, più ampia).

Così fissata la nozione di "dato informatico", le Sezioni Unite pervengono ad una prima conclusione, ossia la sequestrabilità del dato stesso, secondo una disciplina che si preoccupa di tenere conto della peculiarità della *res,* ravvisabile più nelle sue caratteristiche fisiche e nelle sue specifiche modalità di conservazione e di elaborazione che non nel suo profilo contenutistico, quale rappresentazione di fatti, atti, e simili.

In tale prospettiva, il baricentro del discorso sembra spostarsi sull'esatta determinazione del "come" il dato informatico possa essere oggetto di una misura reale a valenza probatoria.

Le Sezioni Unite richiamano, significativamente, il rapporto esplicativo adottato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (punto 197), volto a chiarire che "sequestrare", in base alla Convenzione, «significa prendere il mezzo fisico sul quale i dati o le informazioni sono registrati oppure fare e trattenere una copia di tali dati o informazioni. "Sequestrare" include l'uso o il sequestro di programmi necessari ad accedere ai dati che si stanno sequestrando. Allo stesso modo in cui si usa il termine tradizionale "sequestrare", il termine "assicurare in modo simile" è incluso per indicare gli altri modi nei quali i dati intangibili possono essere portati via, resi inaccessibili o il suo controllo e in altro modo escluso per il sistema informatico».

Dunque, siamo di fronte ad una definizione di sequestro che contempla espressamente l'ipotesi di estrazione e trattenimento di una copia dei dati e delle informazioni di interesse.

Da quanto precede si evince, pertanto, che la restituzione, previa estrazione e trattenimento di copia dei dati informatici, dei beni materiali coercitivamente acquisiti non comporta, sempre e comunque, il venir meno del vincolo. Occorre, a questo punto, demarcare il discrimine fra i casi nei quali l'estrazione di copie vale quale sequestro e casi nei quali non è possibile affermare tale identità.

5. *(Segue)*. Sequestro informatico ed estrazione di copia dei dati.

E proprio su questo punto, ossia sul richiamo alla tendenziale equiparazione fra sequestro ed estrazione di copia del dato informatico, la motivazione della sentenza si sofferma particolarmente, nell'intento di ricercare i limiti entro i quali la stessa possa dirsi accoglibile.

La Corte pone in evidenza, innanzitutto, come lo stesso legislatore interno, attraverso la legge n. 48 del 2008, abbia introdotto una serie di disposizioni che fanno espresso riferimento a dati, informazioni e programmi in sé, nella loro essenza fisica e senza riferimento ai contenuti, prevedendo la possibilità di ricercarli tramite perquisizione del sistema informatico o telematico che li potrebbe contenere e, altresì, la possibilità di estrarre copie dei dati informatici secondo procedure, «peraltro non tipizzate» (cfr. Sez. 3, n. 37644 del 28/5/2015, R., Rv. 265180, relativa ad una fattispecie in cui la Corte ha rigettato il motivo di ricorso genericamente fondato sulla mancata indicazione, da parte del consulente tecnico del P.M., del cd. valore "hash" dei files ottenuti dai supporti informatici, peraltro in assenza di contestazione circa la mancata corrispondenza fra le copie estratte e i dati originariamente presenti sui supporti informatici nella disponibilità dell'imputato) che si preoccupano di assicurare due esigenze fondamentali: la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità (cfr. gli artt. 244, comma 2, 247, comma 1-*bis,* 254-*bis*, 256, comma 1, 260, comma 2, 354, comma 2, cod. proc. pen.).

È evidente, sotto tale ultimo profilo, il riferimento normativo all'ipotesi della c.d. *copia-immagine*, che deve riprodurre il dato duplicato nelle stesse identiche condizioni in cui si trova al momento della sua acquisizione, in considerazione dell'esigenza probatoria di assicurare non soltanto il contenuto informativo del dato, ma, altresì, il dato stesso ed il suo modo di essere, ossia il suo stato in un determinato momento, così permettendo di cristallizzare elementi di interesse investigativo quali, esemplificativamente, le date di creazione, di apertura, di ultima modifica, la posizione all'interno di una determinata cartella o gruppo di cartelle etc., nonché di potere estrarre ulteriori copie-immagine sulle quali potere effettuare – e, all'occorrenza, ripetere – gli accertamenti tecnici necessari e le analisi utili a fini investigativi, senza che ciò comporti l'irreversibile modifica delle condizioni originali dei dati stessi.

Quella esaminata non è, peraltro, l'unica ipotesi formulabile.

Le Sezioni Unite individuano, quindi, il differente caso in cui non sussiste la necessità di acquisire una copia-immagine, essendo sufficiente estrapolare una mera copia del contenuto del dato informatico, priva delle suddette caratteristiche.

Puntuale, in tale prospettiva, è il richiamo alla normativa dettata dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale), il cui art. 1, dopo aver definito (lett. *p*) il "documento informatico" come «*il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*», definisce, alla lett. *i-quater,* la "copia informatica" di documento informatico come «*il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento da cui è tratto su supporto informatico con diversa sequenza di valori binari*» e la distingue dal "duplicato informatico" di cui alla lettera *i-quinquies* («*il documento informatico ottenuto mediante la memorizzazione, sullo stesso dispositivo o su dispositivi diversi, della medesima sequenza di valori binari del documento originario*»). Analoga distinzione è, altresì, formulata con riferimento alla "copia informatica di documento analogico" ed alla "copia per immagine su supporto informatico di documento analogico", la prima essendo «*il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento analogico da cui è tratto*» e la seconda «*il documento informatico avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto*».

Infine, oltre alla distinzione fra copia-immagine (o "clone") e semplice copia, la Corte mostra di considerare in maniera ulteriormente differenziata «i casi in cui l'apprensione riguardi, essenzialmente, il *dato informatico in relazione al suo contenuto*» (corsivo nostro) «in quanto rappresentativo di atti o fatti, dunque quale vero e proprio documento, la cui particolarità è data soltanto dalle modalità di acquisizione e conservazione».

6. *(Segue)*. Le varie situazioni prospettabili in relazione all'oggetto del sequestro probatorio e gli effetti in tema di interesse a ricorrere.

Sulla base delle considerazioni così formulate, le Sezioni Unite pervengono ad una prima acquisizione, in base alla quale «il sequestro probatorio, secondo le diverse necessità, può colpire il singolo apparato, il dato informatico in sé, ovvero il medesimo dato quale mero "recipiente" di informazioni»: da tale distinzione scaturiscono rilevanti corollari in tema di interesse ad ottenere la restituzione dei beni oggetto della misura reale.

Con riferimento al primo caso, l'interesse ad ottenere la restituzione va riferito all'intero apparato o sistema in quanto tale, costituendo esso lo specifico oggetto del sequestro.

Nel secondo caso, oggetto di materiale apprensione è il dato informatico in sé, come riversato nella "copia-immagine" che riproduce il dato stesso nelle identiche condizioni in cui si trovava al momento del prelievo (costituisce, cioè, un "clone" identico all'originale), onde consentire, come detto, i necessari accertamenti tecnici e le analisi utili ai fini investigativi senza compromettere le condizioni originali dei dati stessi. Poiché qui l'interesse alla restituzione riguarda il dato in sé e non il supporto che lo conteneva *ab origine* o quello sul quale è stato duplicato, ne consegue che la semplice restituzione del supporto non può elidere la sussistenza di tale interesse, non equivalendo alla «esaustiva restituzione della cosa in sequestro; e ciò trova conferma anche nella ricordata definizione di "sequestro" offerta dalla convenzione di Budapest».

Infine, nel terzo caso, in cui non è il dato in sé a possedere rilievo, ma l'atto o il documento che è rappresentato sotto forma e nella veste di dato informatico, è possibile distinguere, come avviene per i documenti cartacei, la copia dall'originale, ossia dal documento elettronico originariamente formato.

Quali le conseguenze ultime, ai fini della risoluzione del quesito di diritto sottoposto al vaglio della Corte?

Nei primi due casi ipotizzati le Sezioni Unite escludono che possa trovare applicazione l'art. 258 cod. proc. pen., norma che riguarda espressamente i documenti, «mentre tale disposizione andrebbe considerata quando il dato informatico può essere ricondotto entro la nozione di atto o documento, nel qual caso andrebbero apprezzate le conclusioni cui è pervenuta la sentenza Tchmil».

Tuttavia, anche in tale ultimo caso, bisogna considerare l'ìpotesi particolare – che la sentenza Tchmil non aveva preso in esame, a differenza di parte della giurisprudenza successiva – in cui il documento informatico (ma anche di natura diversa) «trasferisca il proprio valore anche sulla copia», poiché in tal caso entra in gioco l'interesse alla «disponibilità esclusiva del "patrimonio informativo"», che non sarebbe soddisfatto dalla semplice restituzione fisica di quanto oggetto di sequestro.

In siffatte ipotesi, ad avviso delle Sezioni Unite, la mera restituzione della *res* non elimina il pregiudizio, «conseguente al mantenimento del vincolo sugli specifici contenuti rispetto al contenitore, incidente su diritti certamente meritevoli di tutela, quali quello alla riservatezza o al segreto».

Può in definitiva ritenersi che, in tali casi, nonostante la restituzione del supporto sul quale il dato è contenuto, permanga comunque un interesse all'impugnazione del provvedimento ablativo per la verifica della sussistenza dei presupposti applicativi.

In tale prospettiva, la decisione in esame valorizza le indicazioni fornite dalla Corte EDU, con particolare riferimento al diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU ed ai suoi corollari in tema di tutela della segretezza delle fonti giornalistiche (in proposito, merita ricordare Corte EDU, Grande Camera, 14/09/2010, Sanoma Uitgevers, B.V. contro Paesi

Bassi; Corte EDU, 19/01/2016, Gulcu c. Turchia), nonché, al diritto al rispetto della vita privata e familiare in relazione all'art. 8 CEDU (Corte EDU, 22/5/2008, Ilya Stefanov c. Bulgaria; Corte EDU, 02/04/2015, Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. Francia).

In tale contesto ermeneutico, l'approdo nomofilattico della decisione in esame pone, comunque, l'accento sul fatto che l'interesse ad impugnare deve indefettibilmente essere concreto ed attuale, oltre che specifico ed oggettivamente valutabile sulla base di elementi, la cui sussistenza è preciso onere del ricorrente dimostrare, che indichino in modo univoco l'interesse alla disponibilità esclusiva delle informazioni contenute nel documento.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione
Sez. U, n. 40963 del 20/07/2017, Andreucci, Rv. 270497
Sez. U, n. 18253 del 24/04/2008, Tchmil, Rv. 239397
Sez. 6, n. 24617 del 24/02/2015, Rizzo, Rv. 264093
Sez. 3, n. 38148 del 23/6/2015, Cellino, Rv. 265181
Sez. 5, n. 25527 del 27/10/2016, dep. 2017, Storari, Rv. 269811
Sez. 2, n. 40831 del 09/09/2016, lona, Rv. 267610
Sez. U, n. 31022 del 29/01/2015, Fazzo, Rv. 264089
Sez. 3, n. 37644 del 28/5/2015, R., Rv. 265180

Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, Grande Camera, 14/09/2010, Sanoma Uitgevers, B.V. contro Paesi Bassi
Corte EDU, 19/01/2016, Gulcu c. Turchia
Corte EDU, 22/5/2008, Ilya Stefanov c. Bulgaria
Corte EDU, 02/04/2015, Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. Francia

CAPITOLO V

RICORRIBILITÀ IN CASSAZIONE DELLA PARTE CIVILE E SEQUESTRO CONSERVATIVO

(Angelo Napolitano)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'approdo del 2014 e le origini del contrasto. – 3. L'ordinanza di rimessione n. 463 del 2017 ed i dubbi irrisolti. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Il presente contributo si prefigge lo scopo di ricostruire le oscillazioni giurisprudenziali con riferimento all'impugnabilità per cassazione, ad opera della parte civile, dell'ordinanza con cui il tribunale del riesame abbia annullato o revocato il sequestro conservativo disposto in prime cure ai sensi dell'art. 317 cod. proc. pen., fino all'ultimo arresto sul tema costituito dalla sentenza delle Sezioni Unite emessa all'udienza del 28/9/2017.

È interessante, dunque, ripercorrere i termini del dibattito giurisprudenziale e dottrinale, che hanno portato la Suprema Corte ad occuparsi della questione dopo appena tre anni dalla precedente decisione delle Sezioni Unite (intervenuta nel 2014) sul punto.

2. L'approdo del 2014 e le origini del contrasto.

La quinta Sezione della Corte, sulla base dei motivi di ricorso spiegati da un fallimento, costituitosi parte civile, che si era visto annullare in sede di riesame l'ordinanza di sequestro conservativo pronunciata dal Tribunale nei confronti di alcuni imputati di bancarotta fraudolenta, aveva rimesso alle Sezioni Unite, con ordinanza n. 463 del 2017, la risoluzione della questione se la parte civile sia o meno legittimata ad impugnare per cassazione l'ordinanza del riesame ad essa sfavorevole e, in caso positivo, se la legittimazione ad impugnare sia "a tutto campo", con riferimento cioè a tutti i motivi rientranti nel vizio della violazione di legge (art. 325, comma 1, cod. proc. pen.), oppure se la legittimazione a ricorrere sia rinvenibile solo nel caso in cui il giudice del riesame, omettendo di dare avviso dell'udienza camerale alla parte civile, ne abbia leso il diritto a contraddire rispetto alla richiesta di riesame presentata da colui che abbia subito il sequestro o abbia il diritto alla restituzione dei beni attinti dalla misura cautelare.

L'orientamento che nega alla parte civile la legittimazione al ricorso per cassazione contro l'ordinanza del riesame che annulla o revoca il sequestro conservativo si fonda sulla lettera dell'art. 325, comma 1, cod. proc. pen. che non ricomprende la parte civile tra i soggetti legittimati a proporre il ricorso per cassazione avverso le ordinanze emesse ex artt. 322-*bis* e 324 cod. proc. pen.

Né una diversa soluzione potrebbe predicarsi in base alla disposizione del secondo comma dell'art. 325 cod. proc. pen., che costituisce solo una specificazione del primo comma, nel senso che consente a tutti i soggetti indicati nel primo comma, tranne che al pubblico ministero, di esperire il ricorso *per saltum* contro il decreto di sequestro preventivo (non quello conservativo, che ha la forma dell'ordinanza) emesso dal giudice.

Inoltre, la ricorribilità in cassazione, ad opera della parte civile, delle ordinanze del tribunale del riesame in tema di sequestro conservativo non potrebbe essere affermata nemmeno sulla scorta dell'espressione apparentemente onnicomprensiva, quanto alla legit-

timazione ad impugnare, dell'art. 318 cod. proc. pen. (*"chiunque vi abbia interesse"*) che, legittimando in tesi la parte civile alla richiesta di riesame, la legittimerebbe di conseguenza anche al ricorso per cassazione.

La riportata espressione, infatti, andrebbe comunque riconnessa, nell'ambito dell'art. 318 cod. proc. pen., all'oggetto dell'impugnazione come delineato da tale disposizione: l'ordinanza di sequestro conservativo.

È chiaro, dunque, che la lesione che la citata disposizione pone a base dell'attribuzione del diritto di proporre richiesta di riesame è solo quella inferta con la concessione, anche parziale rispetto alla latitudine della corrispondente istanza, del sequestro conservativo.

Né la preclusione, per la parte civile, dell'esperimento di un'impugnazione avverso l'ordinanza di prime cure che neghi in tutto o in parte la concessione del sequestro conservativo, simmetrica rispetto alla preclusione del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame che abbia annullato o revocato in tutto o in parte l'ordinanza dispositiva del sequestro conservativo, potrebbe porsi in contrasto con norme costituzionali, in quanto con ordinanza di manifesta infondatezza n. 424 del 1998 la Corte costituzionale ha escluso l'incostituzionalità dell'ordito normativo in esame sulla base della considerazione che la parte civile potrebbe, comunque, esercitare l'azione civile nel suo ambito giurisdizionale proprio, dinanzi al giudice civile, godendo pertanto delle garanzie attribuite dal codice di rito civile.

L'orientamento favorevole alla tesi della legittimazione in capo alla parte civile a ricorrere per cassazione contro le ordinanze del tribunale del riesame di annullamento o revoca del sequestro conservativo concesso dal giudice di prime cure prende le mosse dalla sentenza della Sez. 4, n. 2394 del 21/6/1995, Tirelli, Rv. 202021, ribadita da ultimo con la sentenza della Sez. 5, n. 28082 del 5/4/2013, Fall. Soc. DKW s.r.l., Rv. 256320, che si fondava, essenzialmente, sulla già evidenziata onnicomprensività della lettera dell'art. 318 cod. proc. pen. in tema di legittimazione alla richiesta di riesame (*"chiunque vi abbia interesse"*), sulla asistematicità di un tessuto normativo che escludesse dalla possibilità di esperire la richiesta di riesame e poi, in caso di ulteriore soccombenza, il ricorso per cassazione proprio la parte civile alla quale pure l'ordinamento processuale penale attribuisce la legittimazione a chiedere l'emissione dell'ordinanza di sequestro conservativo a tutela dei suoi crediti nascenti dal fatto penalmente illecito (Sez. 5, n. 4622 del 7/11/2012, Dazzi, Rv. 254645; Sez. 5, n. 5021 del 17/12/2003, Feola, Rv. 228071).

L'orientamento restrittivo, formatosi più recentemente, ha come suoi capisaldi due sentenze della sesta sezione (Sez. 6, n. 20820 del 9/4/2013, Nola, Rv. 256231; Sez. 6, n. 5928 del 31/1/2012, Telecom Italia s.p.a., Rv. 252076).

Esso si fonda sul dato letterale delle norme in tema di ordinanza di sequestro conservativo e di impugnazione avverso la stessa (artt. 318, 324, 325 cod. proc. pen.), che non contempla il potere della parte civile di impugnare l'ordinanza di rigetto parziale o totale (l'art. 322-*bis* cod. proc. pen., infatti, si riferisce esclusivamente all'appello avverso i provvedimenti in materia di sequestro preventivo), oltre che sulla autorevole interpretazione della Corte costituzionale, che non ha ravvisato alcun *vulnus* ai principi costituzionali riveniente dalla mancata previsione di un mezzo processuale di reazione in capo alla parte civile, atteso il *favor separationis* tra la giurisdizione civile e quella penale cui è ispirata l'intera disciplina della costituzione della parte civile nel processo penale, che consente a quest'ultima di revocare la sua costituzione nel giudizio penale e di rimettere in gioco ogni sua pretesa dinanzi al giudice civile.

La sentenza delle Sezioni Unite, n. 47999 del 25/9/2014, Gulletta, Rv. 260895, ha sostanzialmente aderito all'indirizzo restrittivo da ultimo esposto.

Essa aveva optato nel senso di negare la legittimazione della parte civile a ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza di annullamento o di revoca in sede di riesame del provvedimento genetico di sequestro conservativo, lasciando sullo sfondo il problema dell'omesso avviso alla parte civile dell'udienza di riesame: pur sostenendo, con un *obiter*, che, a stretto rigore normativo (art. 324, comma 6, cod. proc. pen.), tale avviso non spetterebbe alla parte civile, tuttavia le Sezioni Unite avevano lasciato aperto uno spiraglio alla necessaria partecipazione al procedimento di riesame della parte civile, ancorandola sia al diritto vivente (vòlto al costante riconoscimento del diritto di partecipazione, e dunque di ricevere l'avviso dell'udienza, in capo alla parte civile), sia al rispetto dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa e di diritto al contraddittorio in giudizio.

In punto di diritto della parte civile a ricevere avviso dell'udienza di trattazione del riesame, e dunque di partecipare al relativo procedimento, il citato arresto delle Sezioni Unite ha dato atto che sin dagli anni '90 del secolo scorso la Corte riconosce il diritto in capo alla parte civile a partecipare al procedimento di riesame.

Tale orientamento favorevole alla partecipazione processuale della parte civile al procedimento di riesame supera il dato letterale dell'art. 324, comma 6, cod. proc. pen., che non contempla la parte civile tra le persone destinatarie dell'avviso dell'udienza di riesame, con la considerazione che il citato articolo disciplina un procedimento incidentale che si svolge, normalmente, nella fase delle indagini preliminari, quando non è ancora possibile la costituzione di parte civile, non senza rilevare che l'esclusione di essa dalla partecipazione al procedimento di riesame determinerebbe un *vulnus* ai principi costituzionali in tema di diritto di difesa. Ne consegue che l'omesso avviso alla parte civile dell'udienza di riesame comporterebbe la nullità dell'ordinanza per violazione degli artt. 178, lett. c), e 127, comma 5, cod. proc. pen. (Sez. 2, n. 11887 del 9/3/2006, Mauri, Rv. 233812; Sez. 2, n. 40831 del 10/10/2007, Capogna, Rv. 237964; Sez. 6, n. 25610 del 17/3/2008, Figini, Rv. 240366; Sez. 5, n. 28082 del 5/4/2013, Fall. Soc. DKW s.r.l., Rv. 256320; Sez. 6, n. 25449 del 3/5/2013, Fieschi Ravaschieri Del Drago, Rv. 255472).

Tuttavia, le Sezioni Unite del 2014 hanno posto in dubbio la certezza di questo approdo interpretativo, in quanto il dato letterale dell'art. 324, comma 6, cod. proc. pen. è inequivoco e difficilmente superabile, mentre il richiamo all'art. 127, comma 5, cod. proc. pen. non terrebbe conto della circostanza che il procedimento di riesame costituisce un modello speciale di procedimento camerale rispetto a quello generale delineato dall'art. 127 cod. proc. pen.

D'altro canto, però, lo stesso supremo consesso della giurisdizione ordinaria ha riconosciuto che la partecipazione della parte civile al procedimento di riesame è *"ius receptum"*, in quanto chi ha ottenuto un provvedimento a sé favorevole, anche solo in parte, deve essere posto in grado di contraddire nell'ambito dei procedimenti di impugnazione, attivati dalle controparti, di quel provvedimento.

Su questa scia argomentativa, le Sezioni Unite del 2014 hanno coerentemente affermato che anche nel procedimento camerale di cassazione attivato dai ricorsi contro le ordinanze del riesame che hanno confermato, anche se solo in parte, il sequestro conservativo disposto dal giudice di prime cure, occorre dare avviso dell'udienza alla parte civile affinché essa possa esercitare il suo diritto di difesa.

3. L'ordinanza di rimessione n. 463 del 2017 ed i dubbi irrisolti. La decisione delle Sezioni Unite.

Il dibattito intorno ai poteri di impugnazione della parte civile con riferimento all'ordinanza di rigetto totale o parziale dell'istanza di sequestro conservativo da essa proposta e all'ordinanza, emessa in sede di riesame, di annullamento o revoca, totale o parziale,

dell'ordinanza di sequestro conservativo emessa dal giudice di prime cure non si è sopito, nonostante l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite del 2014, seguito da altre pronunce (Sez. 2, n. 23086 del 14/5/2015, Consorzio di Casalpalocco, Rv. 263999; Sez. 3, n. 42230 del 19/2/2015, Ministero dell'Economia e Delle Finanze e altri, Rv. 264962).

Sicché, la quinta sezione della Corte di cassazione ha investito nuovamente le Sezioni Unite, sollecitando una diversa soluzione al problema dell'impugnabilità per cassazione dell'ordinanza di annullamento o revoca dell'ordinanza di sequestro conservativo emessa in prime cure, oltre che una soluzione definitiva alla questione se alla parte civile spetti l'avviso dell'udienza di trattazione del riesame.

In realtà, l'insofferenza determinata dall'esclusione del diritto della parte civile di impugnare l'ordinanza di rigetto totale o parziale dell'istanza di sequestro conservativo affonda le sue radici in un orientamento dottrinale critico nei confronti delle ragioni sottese all'ordinanza con cui la Corte costituzionale nel 1998 aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della mancata previsione del diritto della parte civile di impugnare l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sequestro conservativo; mancata previsione dalla quale poi deriverebbe, coerentemente, l'esclusione del diritto di impugnare l'ordinanza di annullamento o revoca del sequestro conservativo in origine chiesto ed ottenuto, emessa in sede di riesame da altri proposto (imputato e suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione).

La forte attenuazione, operata dal nuovo codice di procedura penale, del nesso di interdipendenza tra processo di accertamento del reato e azione civile di danno nascente dal reato, infatti, con la conseguente libera possibilità di scelta da parte del danneggiato di esercitare autonomamente l'azione di risarcimento del danno in sede civile, non sembra giustificare adeguatamente la limitazione di tutela offerta in sede penale contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sequestro conservativo, se si considera che con sentenza n. 253 del 1994 proprio la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'originario art. 669 *terdecies* cod. proc. civ. nella parte in cui non prevedeva la possibilità di proporre reclamo contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sequestro in sede civile.

Né coglierebbe nel segno il rilievo secondo il quale la parte civile che si sia vista rigettare l'istanza di sequestro conservativo potrebbe senza condizionamenti e senza pregiudizi scegliere di perseguire la strada dell'azione di risarcimento del danno in sede civile, se si considera che l'art. 75, comma 3, cod. proc. pen. dispone che il processo civile rimane sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale irrevocabile nel caso in cui il danneggiato eserciti l'azione in sede civile dopo essersi costituito parte civile nel processo penale.

Le sopra esposte ragioni, dunque, hanno determinato la nuova rimessione alle Sezioni Unite, che avevano dinanzi a sé tre possibilità: determinare un *revirement* rispetto all'arresto del 2014, riconoscendo con una interpretazione costituzionalmente orientata in capo alla parte civile il diritto di impugnare per cassazione, in condizioni di parità con le altre parti processuali, l'ordinanza con la quale il tribunale del riesame annulli o revochi, totalmente o parzialmente, il sequestro conservativo concesso in prime cure, quale conseguenza del connesso diritto di impugnare l'ordinanza con la quale il giudice di prime cure rigetti in tutto o in parte l'originaria istanza di sequestro conservativo; escludere *tout court* il diritto in capo alla parte civile di ricorrere per cassazione contro l'ordinanza di annullamento o di revoca, in tutto o in parte, del sequestro conservativo concesso in prime cure, perché non riconosciuto dal combinato disposto degli artt. 318, 322-*bis*, 324 e 325 cod. proc. pen., coerentemente con l'esclusione normativa della legittimazione ad impugnare l'ordinanza di rigetto totale o parziale dell'istanza di sequestro conservativo, ed in coerenza con il principio di tassatività dei casi e dei mezzi di impugnazione; adottare una soluzione mediana

tesa a salvaguardare quantomeno il diritto al contraddittorio della parte civile in sede di riesame proposto dalle controparti interessate ad ottenere la caducazione del sequestro conservativo concesso in prime cure, conseguentemente garantendo il suo diritto ad essere avvisata dell'udienza camerale di trattazione del riesame, pena la ricorribilità in cassazione dell'ordinanza, resa in sede di riesame ex art. 324 cod. proc. pen., di annullamento o revoca totale o parziale del sequestro conservativo originariamente concesso, sulla base di una interpretazione correttiva del comma 6 dell'art. 324 cod. proc. pen. integrata con le norme del modello tipico del procedimento in camera di consiglio, delineato dall'art. 127 cod. proc. pen., che sanziona con la nullità l'ordinanza emessa senza che sia data ad una parte la possibilità di partecipare al relativo procedimento. All'udienza del 28/9/2017 le Sezioni Unite della Corte hanno scelto proprio quest'ultima soluzione, che si pone nel solco del precedente arresto del 2014, che già aveva prospettato l'esigenza del riconoscimento alla parte civile della garanzia costituzionale minima consistente nel diritto di partecipare al procedimento di riesame nel quale fosse posto in discussione il sequestro conservativo da essa ottenuta dal giudice di prime cure a tutela del suo diritto di credito al risarcimento del danno da reato.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 4, n. 2394 del 21/6/1995, Tirelli, Rv. 202021
Sez. 5, n. 28082 del 5/4/2013, Fall. Soc. DKW s.r.l., Rv. 256320
Sez. 5, n. 4622 del 7/11/2012, Dazzi, Rv. 254645
Sez. 5, n. 5021 del 17/12/2003, Feola, Rv. 228071
Sez. 6, n. 20820 del 9/4/2013, Nola, Rv. 256231
Sez. 6, n. 5928 del 31/1/2012, Telecom Italia s.p.a., Rv. 252076
Sez. U, n. 47999 del 25/9/2014, Gulletta, Rv. 260895
Sez. 2, n. 11887 del 9/3/2006, Mauri, Rv. 233812
Sez. 2, n. 40831 del 10/10/2007, Capogna, Rv. 237964
Sez. 6, n. 25610 del 17/3/2008, Figini, Rv. 240366
Sez. 6, n. 25449 del 3/5/2013, Fieschi Ravaschieri Del Drago, Rv. 255472
Sez. 2, n. 23086 del 14/5/2015, Consorzio di Casalpalocco, Rv. 263999
Sez. 3, n. 42230 del 19/2/2015, Ministero dell'Economia e delle Finanze e altri, Rv. 264962

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 253 del 1994
Corte cost., ord. n. 424 del 1998

CAPITOLO VI

TUTELA DEL TERZO ESTRANEO, BENE IN SEQUESTRO PREVENTIVO E CONFISCA NON IRREVOCABILE

(Maria Cristina Amoroso)

SOMMARIO: Premessa. – 1. La posizione del terzo proprietario, estraneo al giudizio, rispetto al bene oggetto di sequestro preventivo di cui sia stata disposta la confisca con sentenza non irrevocabile. – 2. Il primo indirizzo interpretativo. – 3. Il secondo orientamento esegetico. – 4. La rimessione alla Corte costituzionale del mancato riconoscimento al terzo del diritto di impugnare la sentenza di confisca di un suo bene. – 5. Il terzo orientamento. La proponibilità dell'appello cautelare da parte del terzo anche dopo la sentenza di primo grado. – 6. La decisione delle Sezioni Unite n. 48126 del 20/07/2017, Muscari.

Premessa.

Tra i temi affrontati dalla giurisprudenza di legittimità nell'anno 2017, va segnalata la questione relativa all'individuazione degli strumenti processuali di tutela azionabili dal terzo proprietario del bene oggetto di sequestro preventivo, del quale sia stata disposta la confisca con sentenza non definitiva.

La problematica assume particolare rilievo nell'ipotesi in cui il terzo rimanga estraneo al giudizio di cognizione e non sia titolare di una autonoma facoltà d'impugnazione.

Esula da tale ambito, ad esempio, la posizione del terzo raggiunto da un sequestro funzionale alla confisca di prevenzione in quanto, come noto, tra le numerose norme che disciplinano il relativo procedimento, ve ne sono di specifiche a garanzia del suo diritto di partecipazione e del suo autonomo potere di impugnazione (art. 23 co. 2 e 3, e art. 27 co. 1 d.lgs. n. 159 del 2011).

Le Sezioni semplici della Corte di Cassazione, si sono occupate dell'argomento più volte, anche in relazione alla posizione del terzo (intestatario formale) raggiunto da sequestro funzionale alla confisca "allargata" prevista dall'art. 12-*sexies* del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

In relazione a quest'ultima tipologia di confisca, va segnalato che è stata sollevata dalla prima sezione, con ordinanza n. 8317 del 2016 (Sez. 1, ord. n. 8317 del 14/01/2016, Gatto, n.m.), la questione di legittimità costituzionale – con riferimento agli artt. 3, 24, 42, 111 e 117 Cost. – degli artt. 573, 579 co. 3 e 593 cod. proc. pen. nella parte in cui dette norme non prevedono, a favore dei terzi incisi nel diritto di proprietà per effetto della sentenza di primo grado, la facoltà di proporre appello sul solo capo contenente la statuizione di confisca.

E proprio in relazione ad un caso in cui veniva in rilievo la confisca prevista dall'art. 12-*sexies* si sono pronunciate le Sezioni Unite. (Sez. U, Sentenza n. 48126 del 20/07/2017, Muscari, Rv. 270938).

Nella presente rassegna, quindi, si affronterà il tema generale della tutela del terzo rimasto estraneo al procedimento di cognizione colto da provvedimento di confisca con sentenza non irrevocabile, e si illustreranno, brevemente, le contrapposte posizioni della giurisprudenza di legittimità e la soluzione fornita dalle Sezioni Unite.

1. La posizione del terzo proprietario, estraneo al giudizio, rispetto al bene oggetto di sequestro preventivo di cui sia stata disposta la confisca con sentenza non irrevocabile.

Il sistema di tutela riconosciuta al terzo è stato ripetutamente oggetto di attenzione, anche per le sue peculiari caratteristiche.

Il terzo, infatti, sebbene aggredito, in sede penale, nel suo diritto di proprietà in quanto titolare formale di un bene ritenuto, di fatto, nella disponibilità dell'imputato, non è contemplato quale "parte" del procedimento.

Tuttavia, pur non rivestendo tale ruolo, risulta comunque titolare di specifici "diritti procedurali": egli evidentemente rientra nell'ampia categoria delle persone alle quali "le cose sono state sequestrate", ed in quella di coloro che avrebbero "diritto alla restituzione" e, pertanto, gli viene riconosciuto il potere d'impugnazione cautelare del decreto di sequestro tramite il riesame previsto dall'art 322, comma 1, cod. proc. pen., e la legittimazione a proporre – in sede procedimentale – istanze di restituzione del bene, con possibilità di esperire, in caso di diniego, lo strumento dell'appello ai sensi dell'art. 322-*bis* cod. proc. pen, (con conseguente ricorribilità in cassazione dell'eventuale diniego ai sensi dell'art. 325, comma 1, cod. proc. pen.).

Nessuna tutela, però, gli risulta accordata a fronte della decisione di primo grado con la quale si dispone la confisca: per concorde interpretazione, gli è precluso impugnare in appello la decisione emessa in primo grado nei confronti dell'imputato, non solo perché manca una espressa disposizione facoltizzante in tal senso, ma anche per la circostanza che egli non è "parte" in senso formale del giudizio di primo grado.

In proposito si sostiene che il principio di tassatività delle impugnazioni concerne anche l'identificazione dei soggetti legittimati, in quanto l'art. 568, comma 3, cod. proc. pen. dispone che il diritto di impugnazione spetta soltanto a colui al quale la legge lo conferisce espressamente.

Si specifica, inoltre, che anche l'impugnazione per i soli interessi civili necessita di una norma facoltizzante, in quanto l'art. 573, comma 1, cod. proc. pen. prevede che essa "è proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del processo penale"; e che lo stesso principio riguarda anche l'impugnazione relativa alla confisca che, ai sensi dell'art. 579, comma 3, cod. proc. pen., va proposta con gli stessi mezzi previsti per i capi penali.

La tutela del terzo si "riespande" nuovamente dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna dell'imputato: divenuta irrevocabile la confisca, gli è pacificamente riconosciuto il potere di promuovere apposito incidente di esecuzione dinanzi al giudice, ai sensi dell'art. 665 cod. proc. pen.

Il problema affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza è stato, quindi, prevalentemente quello di individuare quali strumenti di tutela è possibile riconoscere al terzo nella specifica fase intercorrente tra la pronuncia della sentenza ed il suo passaggio in giudicato.

A fronte dell'evidente vuoto legislativo, la giurisprudenza ha elaborato nel tempo soluzioni non sempre coincidenti.

2. Il primo indirizzo interpretativo.

Un primo indirizzo interpretativo ha riconosciuto al terzo la sola possibilità di presentare richiesta di restituzione al giudice procedente ai sensi dall'art. 263 cod. proc. pen. e – in mancanza di uno specifico mezzo di impugnazione del rigetto di tale istanza – al fine di consentirgli quantomeno una tutela "sostanziale", ha esteso in suo favore, per via analogica,

la possibilità di proporre opposizione ai sensi dell'art. 667, comma 4, secondo periodo, cod. proc. pen. anche al fine di garantire il contraddittorio, nel rispetto della procedura prevista dall'art. 666 del codice di rito.

Il principio di diritto ha trovato enunciazione già nella sentenza Sez. 1, n. 2684 del 12/06/1991, Pini, Rv. 187679, ed è stato ribadito nella decisione Sez. 2, n. 14146 del 14/03/2001, Chiazzese, Rv. 218641 in cui si è specificato che l'ordine di confisca della cosa sequestrata, contenuto nella sentenza di condanna o di proscioglimento, fa stato solo nei confronti dei soggetti che, partecipando al procedimento di cognizione, avevano rivestito in esso la qualità di parte.

Secondo tale indirizzo interpretativo, quindi, il terzo, in presenza di una sentenza non definitiva in cui si disponeva la confisca del bene sottoposto a sequestro preventivo poteva chiederne la restituzione, esperendo incidente di esecuzione in due momenti: sia nel corso del procedimento, sia dopo la sua definizione e, avverso eventuali decisioni negative del giudice di merito, poteva proporre opposizione e, successivamente, ricorso per cassazione. (Sez. 1, n. 42107 del 30/10/2008, Banca Antonveneta S.p.A., Rv. 241844).

3. Il secondo orientamento esegetico.

All'indicato indirizzo interpretativo se ne contrapponeva un altro, di segno difforme, che non riconosceva al terzo alcuna forma di tutela prima del passaggio in giudicato della sentenza, e che sosteneva che egli fosse legittimato a rivolgersi al giudice dell'esecuzione solo dopo l'irrevocabilità della sentenza con cui era stata disposta la confisca del bene di sua proprietà.

Tale orientamento, implicitamente affermato in Sez. 6, n. 40388 del 26/05/2009, Armenise, Rv. 245473 e Sez. 1, n. 8533 del 09/01/2013, Zhugri, Rv. 254927, ripreso in Sez. 1, n. 47312 del 11/11/2011, Lazzoi, Rv. 251415, e precisato in Sez. 2, n. 5380 del 10/01/2015, Purificato, Rv. 262283, ha escluso "che la statuizione di confisca contenuta nella sentenza sia posta in discussione – durante la pendenza del processo e al di fuori dello stesso – da un soggetto terzo, che non è parte del rapporto processuale instaurato dinanzi al giudice della cognizione", in quanto un sistema così strutturato "potrebbe produrre un risultato (restitutorio) in contrasto con la pronuncia successiva relativa alla questione penale sovrastante, con la conseguenza di pregiudicare irrimediabilmente la materiale apprensione del bene e la sua effettiva confiscabilità, senza contare il palese contrasto che si verificherebbe con l'interesse fondamentale dell'ordinamento alla certezza delle situazioni giuridiche, vanificato dalla esecuzione provvisoria del dissequestro in contrasto con l'accertamento definitivo"(Sez. 2, n. 29904 del 26/05/2016, Buongiorno, n.m.).

Tale tutela, esercitabile solo in sede di esecuzione, veniva reputata compatibile con i principi della Costituzione e con la normativa della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, perché " a) al terzo non è riservato un trattamento deteriore rispetto alle altre parti processuali; b) al terzo non è frapposto ostacolo alla tutela dei suoi diritti; c) a seguito della pronuncia di condanna di primo grado il legislatore ha adottato un meccanismo idoneo a realizzare i diritti dei vari protagonisti del processo nel contemperamento dei possibili contrapposti interessi processuali"; (Sez. 2, n. 49371 del 21/07/2016, Martinetti, Rv. 268354).

Si affermava anche che il sistema così ricostruito non contrastava con i principi costituzionali posti a tutela del diritto di proprietà, poiché incideva solo sui modi e tempi nei quali il terzo poteva far valere i propri diritti sui beni, allo scopo di evitare la possibilità che si instaurasse contestualmente una sorta di "procedimento parallelo", che avrebbe potuto portare ad un contrasto di decisioni: "irrazionale sarebbe invece ritenere possibile, in presenza di un processo principale all'esito del quale i Giudici – all'evidenza sulla base delle

prove raccolte – hanno ritenuto di disporre la confisca di un bene, prevedere la possibilità che un terzo possa determinare la contestuale instaurazione di un 'procedimento parallelo' (quindi non meramente incidentale rispetto a quello principale, potenzialmente fondato anche su elementi diversi e senza neppure la partecipazione degli imputati del processo principale) che potrebbe portare ad un irrimediabile contrasto di decisioni". (Sez. 2, n. 5806 del 18/01/2017, D'Alonzo, Rv. 269239). Tra le sentenze che si esprimono nei termini da ultimo esposti, appare utile segnalarne una nella quale i giudici di legittimità si sono anche interrogati sulla tenuta costituzionale dell'interpretazione offerta.

4. La rimessione alla Corte costituzionale del mancato riconoscimento al terzo del diritto di impugnare la sentenza di confisca di un suo bene.

Come già accennato in precedenza, la sentenza Sez. 1, n. 8317 del 14/01/2016, Gatto, ha rimesso al vaglio della Corte costituzionale la disciplina positiva che non riconosce il diritto di impugnare la sentenza che ha disposto la confisca dei suoi beni al terzo rimasto estraneo al giudizio di cognizione.

Più precisamente, la Prima Sezione della Suprema Corte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 24, 42, 111 e 117 Cost., delle norme contenute negli artt. 573, 579, comma 3, e 593 cod. proc. pen. nella parte in cui dette disposizioni non consentono al terzo estraneo al reato di proporre appello avverso la sentenza di primo grado relativamente al capo contenente la statuizione di confisca.

Il caso di specie ha riguardato un'ipotesi di confisca ex art. 12-*sexies* della L. n. 316 del 1992 di numerosi beni formalmente intestati a terzi, ma di fatto ritenuti nella disponibilità di alcuni imputati; la questione proposta dai ricorrenti è stata ritenuta rilevante e non manifestamente infondata dalla Prima Sezione, che ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Appare quindi utile ripercorrere brevemente i passaggi salienti dell'iter motivazionale di tale valutazione.

In primo luogo la Prima Sezione ha speso un argomento di natura sistematica, fondato sul confronto tra la posizione del terzo intestatario del bene raggiunto da un provvedimento di sequestro funzionale a confisca "allargata" ex art. 12-*sexies* della L. n. 316 del 1992 e quella del terzo sottoposto, invece, a sequestro funzionale a confisca di prevenzione.

I giudici hanno ritenuto che, a fronte di una analoga posizione dei soggetti sottoposti a provvedimento ablatorio, sono stati riconosciuti margini di tutela profondamente diversi; in sede di prevenzione, infatti, è previsto un vero e proprio diritto del terzo a partecipare al procedimento e un suo autonomo potere di impugnazione del provvedimento conclusivo del giudizio di primo grado (cfr. art. 23, commi 2 e 3, e art. 27, comma 1, d.lgs. n. 159/2011), mentre in sede di confisca ex art. 12-sexies è solo consentita la possibilità di proporre impugnazione avverso il sequestro nel corso delle indagini preliminari o di presentare istanza fuori udienza tesa alla restituzione del bene nel corso del giudizio, ma non la facoltà di proporre appello avverso la decisione di primo grado.

Per la Suprema Corte, l'obiettiva diversità del livello di tutela offerto dall'ordinamento nei confronti dello stesso diritto (quello di proprietà), non trova alcuna giustificazione in termini di ragionevolezza ex art. 3 Cost.

La Corte ha ritenuto, inoltre, di desumere la non manifesta infondatezza dalla complessiva qualità della tutela offerta, ritenuta incompatibile con il parametro dell'effettività del diritto di difesa, in palese contrasto con i principi di cui agli artt. 24 e 42 Cost., oltre che degli artt. 6, comma 1, 13 e 1 prot. add. Convenzione europea, per come interpretati dalla giurisprudenza della Corte EDU.

In particolare si evidenzia che la possibilità di impugnare il provvedimento cautelare, ma non la decisione di primo grado che contiene la statuizione di confisca, priva il terzo di una tutela effettiva e lo pone nella condizione paradossale – non razionalmente giustificata e non compatibile con i principi del giusto processo – di aver minori poteri di intervento proprio quando la probabilità di privazione del suo diritto di proprietà in via definitiva appare maggiore.

Da ultimo, la Prima Sezione, evidenzia l'inidoneità dello strumento dell'incidente di esecuzione, in quanto esso realizza solo in via mediata il diritto alla prova del soggetto istante e "risulta indubbiamente influenzato dalla esistenza della decisione irrevocabile posta a monte, nel cui ambito ben potrebbero essere state presi in esame – senza contraddittorio effettivo con il titolare formale del diritto di proprietà – profili di ricostruzione probatoria e valutativi rilevanti anche in rapporto alla condizione giuridica del terzo, in potenziale violazione del principio del contraddittorio inteso come garanzia partecipativa del soggetto interessato ai momenti di elaborazione probatoria (di cui all'art. 111 Cost.)".

L'incidente di esecuzione presuppone la definitività della sentenza emessa *inter alios*, mentre la tutela da accordarsi al terzo, soprattutto in ragione delle norme convenzionali, deve avere i caratteri dell'effettività e della tempestività dovrebbe essere, quindi, "una facoltà di critica immediata alla decisione di primo grado, anche allo scopo di realizzare un unico momento di apprezzamento delle ragioni poste a base della ablazione patrimoniale in un contesto ispirato al contraddittorio effettivo con i diversi soggetti portatori di interessi neutralizzanti rispetto ai contenuti della decisione (imputato e terzo)".

5. Il terzo orientamento. La proponibilità dell'appello cautelare da parte del terzo anche dopo la sentenza di primo grado.

Appare rilevante evidenziare che i due filoni esegetici descritti erano espressioni di opinioni contrapposte in ordine al momento dell'esperibilità del rimedio dell'incidente di esecuzione (prima o dopo il giudicato), ma erano concordi nel ritenere che il diniego alla richiesta di restituzione delle cose sottoposte a sequestro, avanzata da terzi interessati, non fosse appellabile ex art. 322-*bis* cod. proc. pen.

Contestualmente a tale opzione interpretativa, nella giurisprudenza di legittimità vi erano anche decisioni in cui si sosteneva che i terzi, pur essendo soggetti estranei al procedimento penale inerente alla misura cautelare, erano portatori di un legittimo e concreto interesse giuridico alla restituzione dei beni e che pertanto "gli stessi, erano legittimati a proporre appello, ai sensi dell'art. 322-*bis* cod. proc. pen., avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di dissequestro disposta dal Tribunale".

Per tale orientamento l'intervento di una sentenza di condanna non irrevocabile con la quale fra l'altro veniva disposta la confisca, non mutava il titolo giuridico in base al quale i beni erano sottoposti a vincolo reale, poiché per essi il titolo continuava ad essere il sequestro preventivo (Sez. 3, n. 39715 del 06/10/2010, Pignatelli, Rv. 248624).

In termini perfettamente identici alla precedente, anche la Sez. 3, n. 42362 del 18/09/2013, Ariano, Rv. 256976 ha ulteriormente precisato che era proprio per tale motivo che il terzo proprietario veniva ritenuto portatore dell'interesse a contestare attraverso l'appello proposto al tribunale del riesame il permanere delle condizioni giustificative del vincolo, anche in presenza di una sentenza non irrevocabile che avesse disposto la confisca degli stessi beni.

In Sez. 1, n. 12769 del 12/02/2016, Verde, Rv. 266691, viene ulteriormente chiarito che, a differenza dell'imputato – che avendo partecipato compiutamente al giudizio, dopo la sentenza di condanna in primo grado e la confisca dei beni a lui sequestrati, può far

valere il proprio diritto alla restituzione solo attraverso lo strumento dell'impugnazione della sentenza *ex* art. 579, comma 3, cod. proc. pen., con la conseguente inammissibilità dell'impugnazione cautelare eventualmente proposta – il terzo è soggetto rimasto estraneo al processo, ed è perciò privo di legittimazione ad impugnare la sentenza, "disponendo dell'appello cautelare come unico rimedio attivabile per contestare il vincolo gravante sui beni fino al passaggio in giudicato della confisca, posto che solo in quel momento egli sarebbe legittimato a contestare il merito del provvedimento ablativo mediante la proposizione di apposito incidente di esecuzione nelle forme dell'art. 676 del codice di rito".

Il principio viene ulteriormente ribadito, in relazione ad una ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, in Sez. 2, n. 20685 del 21/03/2017, Ventisette, Rv. 270066, in cui si afferma che ove il sequestro venga disposto o eseguito su beni formalmente intestati a terzi ma nella disponibilità dell'indagato, unico mezzo per il terzo per rivendicarne l'esclusiva titolarità o disponibilità è il giudizio di riesame, in quanto la disponibilità del bene non attiene alla mera esecuzione della misura ma costituisce presupposto di legittimità della stessa.

6. La decisione delle Sezioni Unite n. 48126 del 20/07/2017, Muscari.

Il contrastante panorama giurisprudenziale descritto ha reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite: la Prima Sezione, con ordinanza del 21 febbraio 2017, n. 23322, ha rimesso al Supremo Consesso la trattazione del ricorso.

Nell'ordinanza di rimessione il Collegio, dopo avere diffusamente rappresentato i termini della vicenda processuale, ha specificamente osservato come l'indicata questione in ordine al problema se i terzi proprietari del bene confiscato, rimasti estranei al giudizio di cognizione, siano legittimati ad esperire incidente di esecuzione anche prima della irrevocabilità della sentenza che contenga la statuizione di confisca, non abbia avuto nel tempo un'interpretazione univoca nel panorama della giurisprudenza di legittimità.

La Sezione rimettente ha anche conferito dettagliata rappresentazione delle diverse pronunce espressive dei diversi orientamenti ermeneutici, di cui ha indicato i principali tratti e le più significative argomentazioni rese dalla giurisprudenza di legittimità, ed il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, quindi, hanno fornito risposta al quesito: "se il terzo rimasto estraneo al giudizio di cognizione, proprietario del bene oggetto di sequestro preventivo del quale sia stata disposta con sentenza la confisca, possa chiederne la restituzione e, in caso di diniego, proporre incidente di esecuzione prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile" (Sez. U, n. 48126 del 20/07/2017, Muscari, Rv. 270938).

Nella decisione si illustrano le argomentazioni per le quali viene escluso che il terzo, in pendenza del processo di cognizione, possa instaurare la procedura dell'incidente di esecuzione, si chiarisce quale sia la tutela alternativa accordatagli nella fase intercorrente tra la pronuncia della sentenza ed il passaggio in giudicato e si forniscono indicazioni per gestire i già proposti incidenti di esecuzione.

Le Sezioni Unite escludono nettamente che nel corso del processo di cognizione vi possa essere un incidente di esecuzione per molteplici ragioni che discendono anche dalla natura di questo processo e dal suo peculiare atteggiarsi nel caso di confisca disposta ai sensi dell'art. 12-*sexies*.

I giudici precisano che in queste ipotesi processo di esecuzione avrebbe il medesimo oggetto del processo principale in quanto volto ad accertare la titolarità del bene; si tratterebbe di un vero e proprio processo " convergente", che comporterebbe l'innegabile rischio di pervenire a soluzioni contrastanti rese dal medesimo giudice, a tacer del fatto che il pro-

cesso che ha per protagonista il terzo potrebbe essere fondato (anche) su elementi diversi da quelli proposti nel processo "principale" o "originario" a carico degli imputati, ai quali non sarebbe consentito partecipare nel processo convergente.

Aggiungono che una simile coesistenza è impedita non solo da ragioni funzionali, in quanto la competenza del giudice dell'esecuzione non è esercitabile da chi non è chiamato a svolgere quello specifico ruolo, ma anche da ragioni strutturali poiché non si vede "perché e come possa essere affidata al giudice della cognizione la procedura che il legislatore prevede per l'incidente di esecuzione; non si vede in qual modo chi ancora deve emettere una sentenza, ovvero ha già emesso una sentenza che non ha il carattere della definitività, possa comportarsi come se tale sentenza fosse venuta ad esistenza e fosse divenuta irrevocabile".

Esclusa la possibilità di far ricorso all'incidente di esecuzione prima del passaggio in giudicato della sentenza, la Suprema Corte si sofferma sulla ricostruzione della possibile tutela per il terzo, facendo esplicito riferimento a quel filone giurisprudenziale per il quale il terzo, prima del passaggio in giudicato della sentenza, può impugnare il diniego alla restituzione del bene in sede di appello cautelare.

La Corte, condividendo la terza prospettazione giurisprudenziale cui si è fatto riferimento, afferma che fin quando la decisione non è irrevocabile, il titolo dell'ablazione nei confronti del terzo è da individuare nel sequestro, ed è pertanto fisiologico che egli ricorra all'appello cautelare per contestare il vincolo gravante sui beni. Dopo il passaggio in giudicato della sentenza, invece, essendo il titolo ablatorio costituito dalla confisca anche nei confronti del terzo, sarà fisiologico il rimedio costituito dall'incidente di esecuzione.

Le Sezioni Unite affrontano, per completezza, anche il tema della compatibilità del procedimento cautelare con il giudizio di cognizione specificando che la natura incidentale del primo impedisce ogni interferenza con il *thema decidendum* " al pari di quanto accade in relazione alle misure cautelari personali, che, anche in pendenza del processo di cognizione e persino dopo la pronunzia di sentenza di condanna (in primo o in secondo grado), possono essere oggetto di rivalutazione e, in caso di risposta (ritenuta) insoddisfacente, impugnate al tribunale del riesame".

Da ultimo le Sezioni Unite forniscono risposta positiva sulla possibilità di riqualificare in appello cautelare il proposto incidente di esecuzione, sebbene a tale rimedio non sia riconosciuta natura di impugnazione.

Chiariscono che il potere di riqualificazione delle impugnazioni, in quanto espressione del un più ampio principio in base al quale spetta al giudice dare l'esatta qualificazione dell'atto sottoposto al suo esame, ben può trovare applicazione anche in relazione a quegli atti di parte che, pur non essendo qualificabili impugnazioni in senso stretto, siano comunque diretti ad ottenere rimedio a determinate situazioni, cioè ad ottenere – in contraddittorio – decisione favorevole al proponente; ed aggiungono che nel caso di specie "l'atto da convertire non solo è scorrettamente qualificato (dunque soggettivamente carente), ma è anche – in base a quel che si è premesso – oggettivamente improponibile, mentre l'atto in cui esso sarebbe convertibile è quello previsto dall'ordinamento, l'unico possibile (l'appello cautelare)".

Tale attività di riqualificazione, afferma la Corte, rientra in una "ordinaria attività di ortopedia procedimentale" finalizzata a dare coerenza al sistema, in ossequio al principio del *potius ut valeat quam ut pereat* vigente anche nel settore processualpenalistico, da cui discende l'obbligo per il giudice incompetente di trasmettere gli atti a quello competente.

Il principio affermato dalle Sezioni unite è quindi il seguente: "il terzo, prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, può chiedere al giudice della cognizione la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame. Qualora sia stata erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame", ed esso, sebbene enunciato in relazione alla specifica ipotesi di confisca ai sensi dell'art. 12-*sexies* appare destinato a trovare generale applicazione in tutti in casi in cui al terzo, che si trovi nelle medesime condizioni analizzate dalla Corte, non sia riconosciuto il potere d'impugnazione della decisione non definitiva in cui si dispone la confisca.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 2684 del 12/06/1991, Pini, Rv. 187679
Sez. 2, n. 14146 del 14/03/2001, Chiazzese, Rv. 218641
Sez. 1, n. 42107 del 30/10/2008, Banca Antonveneta S.p.A., Rv. 241844
Sez. 6, n. 40388 del 26/05/2009, Armenise, Rv. 245473
Sez. 3, n. 39715 del 06/10/2010, Pignatelli, Rv. 248624
Sez. 1, n. 47312 del 11/11/2011, Lazzoi, Rv. 251415
Sez. 1, n. 8533 del 09/01/2013, Zhugri, Rv. 254927
Sez. 3, n. 42362 del 18/09/2013, Ariano, Rv. 256976
Sez. 2, n. 5380 del 10/01/2015, Purificato, Rv. 262283
Sez. 1, ord. n. 8317 del 14/01/2016, Gatto, n.m.
Sez. 1, n. 12769 del 12/02/2016, Verde, Rv. 266691
Sez. 2, n. 29904 del 26/05/2016, Buongiorno, n.m.
Sez. 2, n. 49371 del 21/07/2016, Martinetti, Rv. 268354
Sez. 2, n. 5806 del 18/01/2017, D'Alonzo, Rv. 269239
Sez. 2, n. 20685 del 21/03/2017,Ventisette, Rv. 270066
Sez. U, n. 48126 del 20/07/2017, Muscari, Rv. 270938

SEZIONE IV

PROVE

CAPITLO I

LE PRIME APPLICAZIONI DELLA SENTENZA "SCURATO" NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ. LA LEGGE N. 103 DEL 2017

(Luigi Giordano)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I primi riflessi della sentenza Scurato nella giurisprudenza successiva: La sentenza "Romeo". – 3. (Segue). La sentenza "Di Guardo". – 4. (Segue). La sentenza "Occhionero". – 5. (Segue). la sentenza "Schirripa". – 6. I futuri sviluppi: La legge delega per la disciplina delle intercettazioni tramite captatore informatico.

1. Premessa.

Con la sentenza del 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, Rv. 266905-266906, come è noto, le Sezioni unite della Corte hanno affrontato il tema dell'impiego, per lo svolgimento di intercettazioni tra presenti, di programmi informatici inseriti a distanza in apparecchi elettronici come *smartphone*, computer o *tablet*. La Corte, in considerazione della natura itinerante dei dispositivi adoperati come moderne microspie e del fatto che accompagnano le persone anche nelle abitazioni, ha affermato che il nuovo strumento è utilizzabile per effettuare intercettazioni "tra presenti" nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata. In questi casi, infatti, trova applicazione la disciplina di cui all'art. 13 del decreto legge n. 151 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, che, derogando ai presupposti fissati dall'art. 266, comma secondo, cod. proc. pen., permette la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza che sia necessario che tali luoghi siano sedi di attività criminosa in atto. Al contrario, l'utilizzo del mezzo è stato escluso per i reati comuni perché, non essendo possibile prevedere i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico potrebbe essere introdotto, nel momento dell'autorizzazione non sarebbe possibile verificare il rispetto della condizione di legittimità richiesta dall'art. 266, comma secondo, cod. proc. pen.

Questa sentenza ha suscitato un dibattito particolarmente animato, nell'ambito del quale, seppur in estrema sintesi, è possibile enucleare due posizioni contrapposti.

Un orientamento ha espresso critiche decise, che sono state compendiate nella "*Denuncia dei rischi connessi all'installazione occulta di virus informatici su smartphone e tablet per finalità di indagine penale*", formulata nel luglio 2016 da alcuni docenti universitari, con la quale, traendo spunto dalla preoccupazione ingenerata dall'affermata legittimità, sia pure a determinate condizioni, del mezzo di ricerca della prova, si è auspicato l'intervento del legislatore per regolare la materia, realizzando un adeguato bilanciamento dei principi costituzionali e convenzionali coinvolti (il documento è reperibile nel sito istituzionale dell'Università di Torino).

Una diversa opinione, invece, ha invitato a distinguere l'uso della moderna tecnologia per effettuare intercettazioni tra presenti, che trova nelle disposizioni citate la base normativa, dal suo impiego per svolgere altre attività di ricerca della prova, come perquisire

a distanza gli archivi di computer, *tablet*, *smartphone*. Sotto quest'ultimo aspetto è stato affermato che l'ipotesi fuoriuscirebbe addirittura dal raggio d'azione degli art. 14 e 15 Cost. e, dunque, non basterebbe una disciplina normativa, ma sarebbe necessario l'affermazione di un nuovo (ed inedito) diritto fondamentale all'uso libero e riservato delle tecnologie informatiche, sulla falsariga di quanto avvenuto in altri ordinamenti ed in particolare in Germania a seguito di una nota sentenza della Corte costituzionale del 2008 (*Bundesverfassungsgericht* 27 febbraio 2008, 1 BvR 370/07).

Tra questi due poli possono essere poste le posizioni di coloro che hanno criticato la pronuncia in modo specifico per aver escluso l'uso del software in esame per le indagini reati diversi da quelli di criminalità organizzata nei casi in cui l'autorizzazione a svolgere intercettazioni fosse circoscritta alla captazione di dialoghi in luogo pubblico o aperto al pubblico, magari con l'impiego di un dispositivo fisso, controllabile a distanza. Questi profili, peraltro, sono stati affrontati dalla sentenza delle Sezioni unite, nella quale è stato sottolineato che il giudice deve svolgere un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto di legittimità previsto dall'art. 266, comma secondo, cod. proc. pen. nel momento in cui autorizza l'intercettazione e che deve essere evitato anche solo il rischio di compiere captazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen. in difetto dello svolgimento in corso dell'attività criminosa o senza poterne valutare la ricorrenza in concreto.

2. I primi riflessi della sentenza Scurato nella giurisprudenza successiva: La sentenza "Romeo".

Dopo l'intervento delle sezioni unite, il tema in esame è stato affrontato da successive decisioni della Corte di cassazione. Tra esse si segnala Sez. 6, n. 36874, del 13 giugno 2017, Romeo, Rv. 270812-270813-270814-270815-270816. Il giudizio concerneva l'impugnazione dell'ordinanza con la quale il Tribunale di Roma, sezione riesame, aveva confermato l'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere nei confronti di un imprenditore per il reato di corruzione propria. Per quello che qui interessa, tra i motivi proposti dalla difesa, uno riguardava specificamente l'utilizzabilità del *trojan* per svolgere intercettazioni in merito ad un'ipotesi delittuosa che, secondo la prospettazione difensiva, non permetteva il suo impiego e, comunque, all'interno di luoghi di privata dimora e al di là dell'effettivo svolgimento in essi di un'attività delittuosa.

La Corte ha ritenuto fondato questo motivo di ricorso, ritenendo che il Tribunale non avesse compiuto un controllo su tale profilo, sebbene fosse stato sollecitato da specifiche eccezioni formulate in sede di gravame cautelare.

Al riguardo, ha richiamato i principi delineati dalle Sezioni Unite nella sentenza "Scurato", ritenendo possibile l'uso del *trojan* solo per i reati di criminalità organizzata, dovendo intendersi per tali quelli elencati nell'art. 51, commi *3-bis* e *3-quater,* cod. proc. pen. nonché quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato.

In particolare, è stato rimarcato un punto della motivazione delle Sezioni Unite, evidentemente ritenuto fondamentale: «In considerazione della forza intrusiva del mezzo usato, la qualificazione del fatto reato, ricompreso nella nozione di criminalità organizzata, deve risultare ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione in modo rigoroso».

Nel caso di specie, secondo la decisione in commento, l'ordinanza impugnata aveva affermato solo in modo apodittico il collegamento tra la genesi dell'attività d'indagine e l'acquisizione di elementi in merito ad un'ipotizzata infiltrazione camorristica nelle attività dei servizi di pulizia svolti dall'impresa del ricorrente presso un ospedale, sebbene detti

elementi fossero decisivi ai fini della valutazione di utilizzabilità delle captazioni. La Corte, pertanto, ha devoluto al Tribunale del riesame nel giudizio di rinvio di verificare, nel materiale indiziario raccolto, la sussistenza di elementi di collegamento della condotta delittuosa oggetto del tema d'accusa cautelare con l'esistenza di associazioni criminali, in quanto solo in questo modo che avrebbe potuto giustificare l'utilizzazione del captatore informatico.

La sentenza, poi, ha aggiunto un secondo accertamento a quello appena descritto, consistente nell'accertamento della «coincidenza tra le ipotesi delittuose oggetto delle iscrizioni effettuate nel registro delle notizie di reato ex art. 335 cod. proc. pen. e quelle poi indicate nelle richieste e nei correlativi decreti di autorizzazione e proroga delle intercettazioni utilizzate nel presente procedimento che si riferiscono alla configurazione dell'ipotesi delittuosa ivi provvisoriamente contestata».

Anche tale accertamento è evidentemente finalizzato a verificare la sussistenza dei presupposti per l'utilizzazione del cd. *trojan* al fine di compiere intercettazioni ambientali, dal momento che, come è stato più volte evidenziato in precedenza, secondo la sentenza Scurato, in ragione della portata invasiva dello strumento tecnologico, esso deve essere riservato alle indagini relative ai soli reati di criminalità organizzata.

Questo secondo profilo, invero, presenta implicazioni molto delicate, come peraltro rilevato nella stessa sentenza in esame.

Per un verso, infatti, è stato precisato che la legittimità di un'intercettazione deve essere verificata al momento in cui la captazione è richiesta ed autorizzata, «non potendosi procedere ad una sorta di controllo diacronico della sua ritualità sulla base delle risultanze derivanti dal prosieguo delle captazioni e dalle altre acquisizioni», con l'importante conseguenza che «nel caso in cui un'intercettazione di comunicazione sia disposta applicando la disciplina prevista dall'art. 13, comma primo, del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152 … con riguardo ad una originaria prospettazione di reati di criminalità organizzata, le relative risultanze possono essere utilizzate anche quando il prosieguo delle indagini impone di qualificare i fatti come non ascrivibili alla suddetta area».

Per altro verso, in considerazione del mezzo tecnologico impiegato, occorre rispettare un onere motivazionale particolarmente intenso ai fini dell'emissione del provvedimento autorizzativo, «poiché la forza intrusiva del mezzo usato ed il potenziale vulnus all'esercizio delle libertà costituzionalmente tutelate devono essere prudentemente bilanciati con il rispetto dei canoni di proporzione e ragionevolezza, cosicché la qualificazione, pure provvisoria, del fatto come inquadrabile in un contesto di criminalità organizzata risulti ancorata a sufficienti, sicuri ed obiettivi elementi indiziari …».

Quest'ultima considerazione ha portato la Corte a sviluppare quella che appare l'affermazione più rilevante della decisione in commento. Essa consiste nel rilevare che la possibilità di impiegare mezzi tecnologici particolarmente invasivi conduce ad rimarcare la funzione di garanzia della motivazione del decreto autorizzativo delle intercettazioni. «Il bilanciamento tra i diritti costituzionali confliggenti, individuali e collettivi, deve intervenire proprio nella motivazione del provvedimento autorizzativo, che in tal senso viene ad assumere una fondamentale funzione di garanzia, spiegando le ragioni dell'assoluta indispensabilità dell'atto investigativo e indicando con precisione quale sia il criterio di collegamento tra l'indagine in corso e la persona da intercettare».

Il presupposto dei gravi indizi di reato, infatti, non ha una connotazione "probatoria", in chiave di valutazione prognostica della colpevolezza, ma esige un vaglio di particolare serietà delle esigenze investigative, che vanno riferite ad uno specifico fatto costituente reato, in modo da circoscrivere l'ambito di possibile incidenza dell'interferenza nelle altrui comunicazioni private.

In particolare, nel caso di richiesta di captazioni che contempli l'uso del programma del tipo "*trojan horse*", s'impone il rigoroso apprezzamento, già nella fase della richiesta, ma soprattutto in quella della successiva autorizzazione giudiziale, della solidità della qualificazione dell'ipotesi associativa, che non deve essere strumentalizzata al fine di ottenere l'autorizzazione di intercettazioni per mezzo del captatore informatico altrimenti non consentite.

3. *(Segue)*. La sentenza Di Guardo.

Nel corso del 2017, la Corte di Cassazione è intervenuta sul tema della motivazione del provvedimento che autorizza l'impiego del captatore informatico nel corso delle indagini anche con la sentenza Sez. 6, n. 15573, del 28/02/2017, Di Guardo, Rv. 269950-269951-269952. La decisione è stata emessa nell'ambito di un procedimento per i reati di associazione per delinquere, corruzione e turbata libertà degli incanti nel quale sono state disposte intercettazioni ambientali per mezzo del captatore informatico. I fatti oggetto delle indagini, sia nella richiesta del pubblico ministero di autorizzazione allo svolgimento delle intercettazioni, che nel provvedimento successivamente emesso dal G.i.p., non erano stati ricondotti all'illecito associativo e, dunque, ad un delitto di criminalità organizzata ex art. 13 del d.l. n. 152 del 1991. Il tribunale del riesame, tuttavia, aveva riqualificato tali fatti, ravvisando gli estremi del reato associativo nei fatti desumibili dal primo decreto autorizzativo, in tal modo giustificando l'impiego del mezzo tecnologico in esame per le captazioni.

Nel ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame che aveva confermato il provvedimento applicativo della custodia in carcere nei confronti degli indagati, è stata specificamente dedotta l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni compiute per mezzo del *trojan* in quanto eseguite senza rispettare i principi indicati dalla sentenza "Scurato", rilevando che l'iscrizione per il reato di cui all'art. 416 cod. pen., che legittimava l'impiego dello strumento tecnologico in esame, era avvenuta solo in epoca successiva all'inizio delle operazioni. In ogni caso, secondo la prospettazione difensiva, non sussistevano i presupposti indiziari di tale fattispecie delittuosa, dovendo pertanto concludersi per l'inutilizzabilità dei risultati delle captazioni.

La Corte, nel rigettare il ricorso, ha reputato infondato questo motivo, rilevando che il Tribunale del riesame aveva ritenuto sussistenti i presupposti per l'utilizzo del captatore informatico, osservando che «Dal tenore letterale del primo decreto autorizzativo … risulta evidente come il P.M. avesse portato all'attenzione del Gip la sussistenza di elementi indiziari sufficienti a prospettare la sussistenza di delitti di criminalità organizzata [...]». In una simile ipotesi, secondo la decisione in esame, è ammissibile la riqualificazione giuridica dei fatti da parte di un giudice diverso da quello che ha disposto le intercettazioni al fine di affermare la sussistenza dei presupposti che permettono le operazioni captative mediante il cd. agente intrusore.

Il G.i.p., infatti, può riqualificare i fatti sottoposti alla sua cognizione ai fini dell'autorizzazione di intercettazioni di comunicazione come concernenti reati di criminalità organizzata a norma dell'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, anche se la richiesta del Pubblico ministero faccia esclusivo riferimento alla disciplina ordinaria di cui agli artt. 266 e 267 cod. proc. pen. (cfr. Sez. 6, n. 34809 del 21/07/2015, Gattuso, Rv. 264447, nonché Sez. 6, n. 47109 del 22/11/2007, Alì, Rv. 238715). Analogamente, non determina l'illegittimità del decreto autorizzativo delle operazioni di intercettazione la mancata specificazione della sussistenza di gravi indizi di reato con riferimento al ruolo di partecipe qualificato di cui all'art. 416, comma primo, cod. pen. (cfr., Sez. 2, n. 685 del

20/11/2009 – dep. 2010 –, Bronzini, Rv. 246038, nonché Sez. 5, n. 784 del 15/02/2000, Terracciano, Rv. 215730), così chiaramente evidenziandosi, da parte della giurisprudenza, che non è assolutamente indispensabile una precisa qualificazione giuridica dei fatti nel provvedimento abilitativo all'attività captativa. Soprattutto, è stato ripetutamente affermato che l'omissione, nel decreto autorizzativo di intercettazioni per la durata di giorni quaranta, del riferimento ad uno dei reati di cui all'art. 13 legge n. 203 del 1991, non rende inutilizzabili le intercettazioni, se dal complesso della motivazione si evince che esse avevano ad oggetto attività criminose organizzate (così Sez. 5, n. 3193 del 11/11/2011, dep. 2012, Schettini, Rv. 252988, e Sez. 4, n. 22511 del 3/5/2007, Bleta, Rv. 237028, ma anche, in termini sostanzialmente omogenei, Sez. 5, n. 7023 del 24/11/2009, dep. 2010, D'Angelo, Rv. 246144).

Questi arresti giurisprudenziali, secondo la Corte, si pongono certamente in linea con l'elaborazione delle Sezioni unite che, proprio in materia di motivazione dei provvedimenti autorizzativi di intercettazioni di conversazioni, distingue tra la motivazione mancante o apparente e quella semplicemente difettosa (cfr., specificamente, Sez. U, n. 17 del 21/06/2000, Primavera, Rv. 216665, nonché Sez. U, n. 11 del 25/03/1998, Manno, Rv. 210610). In particolare, Sez. U, Primavera, cit., descrive la situazione di «difettosità» di motivazione come quella integrata da fattispecie «di incompletezza o insufficienza o non perfetta adeguatezza, ovvero di sovrabbondanza con ben probabili, in simili eccessi, slabbrature logiche; in una parola, di vizi che non negano e neppure compromettono la giustificazione, ma la rendono non puntuale. In tali casi il vizio va emendato dal giudice cui la doglianza venga prospettata, sia esso il giudice del merito, che deve utilizzare i risultati delle intercettazioni, sia da quello dell'impugnazione nella fase di merito o in quella di legittimità».

Secondo il collegio, inoltre, la soluzione proposta trova una conferma di natura sistematica nella previsione di cui all'art. 597, comma terzo, cod. proc. pen., che permette al giudice dell'impugnazione di merito di procedere ad una riqualificazione del fatto *ex officio* anche dando una definizione giuridica più grave, né si pone in contrasto con il diritto di difesa o con la garanzia del contraddittorio, essendo la decisione del Tribunale del riesame sindacabile in sede di legittimità.

4. *(Segue)*. La sentenza Occhionero.

La legittimità dell'uso del captatore informatico è poi stata oggetto della sentenza Sez. 5, n. 48370 del 30/05/2017, Occhionero. La vicenda ha tratto origine dalla denuncia presentata dal responsabile della sicurezza di una società pubblica il quale aveva ricevuto una e-mail, apparentemente inviata da uno studio legale, che conteneva in allegato un programma informatico capace di estrarre dati dal sistema informatico "bersaglio", superando i sistemi di protezione. Nel corso dell'inchiesta, sono state eseguite intercettazioni telematiche o informatiche, a loro volta per mezzo del captatore informatico. Quest'attività ha consentito di individuare, tra l'altro, alcuni *server* statunitensi nei quali erano memorizzati alcuni file abusivamente prelevati da computer in precedenza infettati dal predetto *software*. Il giudice delle indagini preliminari ha applicato la misura cautelare della custodia in carcere agli indagati per i reati di accesso abusivo ad un sistema informatico e telematico (art. 615-*ter* cod. pen.), aggravato dal danneggiamento di un sistema di interesse militare o di sicurezza pubblica nonché di intercettazione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-*quater* cod. pen.) e di installazione di apparecchiature atte ad intercettare comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-*quinquies* cod. pen.), questi ultimi aggravati perché il sistema informatico colpito era utilizzato da un ente pubblico. Avverso il provvedimento di conferma della custodia in carcere adottato dal Tribunale del riesame, gli indagati hanno proposto ricorso per cassazione, deducendo, tra l'altro, l'inutilizzabilità dei risultati

delle intercettazioni effettuate mediante il captatore informatico. Secondo la prospettazione difensiva sarebbero stati violati i principi elaborati dalla sentenza Scurato, perché sarebbero state disposte intercettazioni in un luogo di privata dimora, e segnatamente nel computer fisso collocato nell'abitazione di uno degli indagati, pur se non si procedeva per un reato di criminalità organizzata. In ogni caso, non sarebbero state compiute intercettazioni telematiche riconducibili al paradigma dell'art. 266-*bis* cod. proc. pen., ma una perquisizione o un'ispezione del computer "bersaglio", «con acquisizione (sequestro) della copia o meglio della fotografia di un documento statico (*screenshot*) che compare a video o è prelevato».

La Corte ha ritenuto infondato il motivo di ricorso, affermando che la sentenza Scurato si riferisce solo all'impiego del captatore informatico per realizzare "intercettazioni tra presenti" ed aggiungendo che da essa non può essere tratto un principio generale estensibile anche a diverse forme di captazione. La portata dei principi espressi dalle Sezioni unite, pertanto, non può essere estesa alle ulteriori forme di intercettazione, tra cui quelle telematiche ex art. 266-*bis* cod. proc. pen. compiute in esame. Con una affermazione incidentale, poi, ha aggiunto che «il supremo organo nomofilattico non … ha escluso la legittimità dell'uso di tale strumento captativo per le intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora dove si stia svolgendo l'attività criminosa».

Parimenti infondato è stato ritenuto il motivo di ricorso nella parte in cui è stato prospettato che l'attività investigativa compiuta nel caso di specie esulerebbe dal novero delle intercettazioni. La Corte, infatti, ha rilevato che le operazioni effettuate dalla polizia giudiziaria, «quanto meno in parte», sono consistite nella captazione in tempo reale di flussi informatici transitati sul computer dell'indagato, con acquisizione di dati contenuti nel computer, ovvero di flussi informatici transitati sui dispositivi. Si è quindi trattato di un'attività rientrante nel concetto di intercettazione, perché «dal provvedimento impugnato si ricava … che l'agente intrusore impiegato ha captato, comunque, anche un flusso di comunicazioni, richiedente un dialogo con altri soggetti, oltre a documentazione relativa ad un flusso unidirezionale di dati confinati all'interno dei circuiti del computer», secondo la distinzione proposta da una precedente sentenza della medesima Corte di cassazione (Sez. 5, n. 16556 del 14/10/2009 – dep. 2010 –, Virruso, Rv. 245954). Tale accertamento, secondo la Corte, rende irrilevante affrontare la questione della qualificazione giuridica dell'attività realizzata e, specificamente se l'acquisizione dei dati presenti nell'*hard disk* del computer costituisca intercettazione (come ritenuto per i messaggi di posta elettronica, anche se già ricevuti o spediti dall'indagato e conservati nella casella di posta, indipendentemente dal sistema intrusivo adottato dagli inquirenti, cioè tramite accesso diretto al computer o inserimento di un programma spia, da Sez. 4, n. 40903 del 28/06/2016, Grassi, Rv. 268227), oppure se integri una prova atipica (come ritenuto dalla sentenza "Virruso" dapprima citata che ha fatto rinvio alla disciplina di cui all'art. 189 cod. proc. pen.) ovvero, ancora, se richieda un provvedimento di perquisizione e sequestro (che, peraltro, nel caso di specie è stato impedito dalla condotta degli indagati che, avvedutisi dell'intervento della polizia giudiziaria per mezzo di un sistema di video-sorveglianza, hanno bloccato il funzionamento delle loro apparecchiature elettroniche, rifiutandosi poi di fornire le *password* di accesso).

L'irrilevanza della questione, inoltre, è derivata anche da un'altra ragione. Il ricorrente, infatti, non ha ottemperato all'onere di precisare, in ossequio al principio di specificità delle impugnazioni, quali dati captati tramite *trojan* fossero eventualmente colpiti dalla sanzione dell'inutilizzabilità, omettendo di chiarirne la decisività in riferimento al provvedimento impugnato, che è fondato anche su altri elementi indiziari (Sez. U, n. 23868 del 23/04/2009, Fruci, Rv. 243416).

5. *(Segue)*. La sentenza Schirripa.

Il tema della legittimità dell'uso del captatore informatico nelle indagini è stato oggetto anche della sentenza Sez. 1, n. 29169 del 28/06/2017, Schirripa. Nel corso delle indagini relative all'omicidio del Procuratore della repubblica presso il Tribunale di Torino, dott. Bruno Caccia, in particolare, sono state disposte intercettazioni tra presenti a mezzo di inoculazione di virus informatico nell'apparecchio cellulare in uso ad un indagato. Con il ricorso per cassazione avverso il provvedimento del Tribunale del riesame che aveva confermato la misura cautelare della custodia in carcere per concorso in omicidio premeditato, è stato dedotta, tra l'altro, inutilizzabilità dei risultati di queste captazioni.

La Corte ha rigettato questo motivo di ricorso, rimarcando la legittimità dell'impiego dell'agente intrusore perché, nel caso di specie, sia la richiesta di intercettazioni del pubblico ministero, che il provvedimento autorizzativo del Gip, avevano dato atto della matrice mafiosa del delitto. Le captazioni, pertanto, erano state autorizzate ex art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, nel pieno rispetto dei principi elaborati dalla pronuncia delle Sezioni unite illustrata in precedenza.

La disciplina speciale per le intercettazioni relative a reati di criminalità organizzata, più specificamente, in ragione della sua natura processuale, deve trovare applicazione anche per le indagini relative a reati commessi prima della sua introduzione, come appunto l'omicidio del dott. Caccia avvenuto il 26 giugno 1983. In forza della regola *tempus regit actum*, infatti, la disciplina e la validità di un atto dipende dalla sua conformità alla disciplina vigente nel momento in cui è stato formato e non a quella vigente all'epoca del fatto – reato.

6. I futuri sviluppi: La legge delega per la disciplina delle intercettazioni tramite captatore informatico.

La materia sta per essere oggetto di una compiuta disciplina normativa. La legge n. 103 del 2017, intitolata "*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*", infatti, all'art. 1, comma 84, lett. e), ha delegato il Governo, nell'ambito del decreto legislativo per la riforma delle regole in tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, all'adozione di una disciplina delle "*intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili*". Si tratta di una delega molto dettagliata che, al n. 3), prelude all'impiego del captatore informatico secondo margini più ampi rispetto a quelli fissati dalle Sezioni unite. Secondo detta disposizione, infatti, il decreto legislativo dovrà prevedere che l'attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. Fuori da tali casi, invece, e dunque per i reati diversi dai predetti, sarà possibile utilizzare l'agente intrusore nei luoghi di cui all'art. 614 cod. pen. soltanto qualora si stia svolgendo l'attività criminosa.

Non è quindi stata preclusa la possibilità di impiegare il captatore informatico per reati diversi da quelli di criminalità organizzata, ma occorrerà che siano rispettati i requisiti di cui all'art. 266, comma secondo, cod. proc. pen. Tale previsione è strettamente collegata a quella di cui al n. 1) del medesimo articolo della legge delega. È stato previsto, infatti, che il programma informatico dovrà essere attivato "da remoto". Questo profilo operativo, come si intuisce agevolmente, è determinante per poter garantire il rispetto del presupposto previsto dall'art. 266, comma secondo, cod. proc. pen., in quanto potrà limitare l'esecuzione delle registrazioni effettivamente solo ai luoghi in cui è dimostrato che sia in corso un'attività criminale.

Secondo lo stesso art. 1, comma 84, lett. e), n. 3), della legge citata, poi, «il decreto autorizzativo del giudice deve indicare le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini».

Tale indicazione appare strettamente connessa al presupposto delle intercettazioni di cui all'art. 267 cod. proc. pen., rappresentato dall'assoluta indispensabilità dello strumento per lo svolgimento delle indagini e che impone al giudice di ragionare secondo un criterio di residualità del mezzo. Trattandosi di uno strumento tecnologico molto invasivo delle prerogative individuali occorre che il suo impiego sia giustificato dall'impossibilità o, quanto meno, dalla difficoltà di realizzare le medesime intercettazioni tra presenti in un modo diverso.

La necessità di prevedere l'indicazione da parte del giudice delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini, tuttavia, lascia qualche perplessità in quanto sembra estendere l'oggetto della valutazione del giudice, in materia di intercettazione tra presenti compiute tramite captatore, anche ad un ambito concernente le "modalità esecutive" delle registrazioni. Si tratta di un profilo finora riservato all'ufficio del pubblico ministero. Il Gip, in altri termini, non deve solo verificare la sussistenza del profilo dell'indispensabilità del ricorso al mezzo di ricerca della prova delle intercettazioni, ma anche la scelta dell'utilizzo della "modalità esecutiva" del captatore informatico.

L'art. 1, comma 84, lett. e), n. 6), della legge n. 103 del 2017, inoltre, prevede che, fermi restando i poteri del giudice nei casi ordinari, ove ricorrano concreti casi di urgenza, il pubblico ministero potrà disporre le intercettazioni di cui alla presente lettera, limitatamente ai delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen., con successiva convalida del giudice entro il termine massimo di quarantotto ore, sempre che il decreto d'urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini. La disciplina del decreto d'urgenza, dunque, dovrà essere limitata ai soli reati di criminalità organizzata.

La legge delega, quindi, fissa le regole relative agli aspetti tecnici del programma informatico in esame. Alcune di esse sono molto dettagliate, in quanto il legislatore ha compreso che tali profili possono incidere direttamente sulle garanzie individuali.

In particolare, all'art. 1, comma 84, lett. e), n. 5) è stabilita la direttiva fondamentale: il decreto legislativo dovrà prevedere l'impiego soltanto di programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di riforma del codice di procedura penale, che tenga costantemente conto dell'evoluzione tecnica al fine di garantire che tali programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia.

All'art. 1, comma 84, lett. e), 1), è previsto che l'attivazione del microfono dovrà avvenire «solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico». Questa previsione, come è stato rilevato, è molto rilevante, perché si ritiene il controllo da remoto del programma permetterà di rispettare i limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice e di superare i timori espressi dalla sentenza "Scurato" di effettuare nel corso di indagini per reati comuni, in conseguenza della natura itinerante del mezzo adoperato, intercettazioni in abitazioni in cui non sia in corso un'attività criminale.

A tal proposito, il successivo n. 2) della norma appena indicata prevede che la registrazione audio dovrà essere avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell'art. 348, comma quarto, cod. proc. pen., su indicazione della polizia giudiziaria

operante che è tenuta a indicare l'ora di inizio e fine della registrazione. Con questa disposizione, dunque, si è preso atto che le operazioni informatiche necessitano dell'intervento di ausiliari che siano in possesso delle competenze tecniche idonee. Si allude agli operatori delle società informatiche che forniscono i software alla Autorità giudiziaria, i quali devono rispettare le indicazioni della polizia giudiziaria chiamata a dare esecuzione del decreto del giudice delle indagini preliminari. Le attività compiute, comunque, devono essere attestate nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'art. 268, comma primo, cod. proc. pen.

La legge delega, ancora, disciplina anche le modalità di trasferimento delle registrazioni. Al n. 4) sempre del medesimo articolo, in particolare, è previsto che detto trasferimento sia effettuato soltanto verso il *server* della procura in modo da garantire l'integrità delle registrazioni. In tal modo è impedita la cd. remotizzazione della registrazione che è ormai invalsa nella prassi e che, come ha chiarito anche la giurisprudenza, non incide sulla genuinità del dato registrato.

Al termine della registrazione, il captatore informatico dovrà essere disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante, allo scopo di evitare che esso possa continuare ad operare, in modo occulto, anche oltre la scadenza del decreto autorizzativo del giudice.

L'art. 1, comma 84, lett. e), n. 7, della legge delega n. 103 del 2017, quindi, prevede che i risultati delle intercettazioni compiute per mezzo del captatore informatico potranno essere utilizzati a fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo. Essi potranno essere impiegati come prova in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza di reato.

La legge delega, pertanto, ha fissato una regola che impedisce l'utilizzo dei risultati delle captazioni per la prova di un diverso reato anche se questo eventualmente rientra tra quelli che avrebbero potuto comunque permettere l'impiego del captatore informatico. Al riguardo, va rilevato che secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, qualora il mezzo di ricerca della prova sia legittimamente autorizzato all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen., i suoi esiti sono utilizzabili anche per gli altri reati di cui emergano gli estremi a seguito dell'attività di captazione (cfr., *ex pluribus*, Sez. 2, n. 9500 del 23/02/2016, De Angelis, Rv. 267784).

L'art. 266 cod. proc. pen., infatti, non esclude l'utilizzabilità delle intercettazioni nell'ipotesi del concorso di reati nel medesimo procedimento, pur essendo l'ipotesi di concorso di reati fenomeno del procedimento del tutto usuale e frequente. La locuzione "nei procedimenti relativi ai seguenti reati", pertanto, per esigenze di intrinseca coerenza sistematica, deve essere interpretata nel senso della sufficienza della presenza di uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen. all'interno del procedimento.

La norma, inoltre, richiama la disciplina di cui all'art. 270 cod. proc. pen. che, come è noto, richiede che il reato per il quale s'intende utilizzare le captazioni compiute in un altro procedimento rientri tra quelli particolarmente gravi tanto che il legislatore ha previsto l'arresto in flagranza di reato. Sul punto, peraltro, va segnalato che l'orientamento giurisprudenziale prevalente tende a "sterilizzare" la regola di esclusione della circolazione probatoria in esame, affermando che essa non operi quando i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per uno dei reati rientranti tra quelli indicati nell'art. 266 cod. proc. pen. sono utilizzati anche relativamente ad altri reati oggetto di procedimenti per i quali sussiste una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico con quello per cui si procede e nel quale è stato adottato il decreto autorizzativo (cfr. tra le altre Sez. 5, n. 45535 del 16/03/2016, Damiani De Paula; Sez. U, n. 32697 del 26/06/2014, Floris).

L'art. 1, comma 84, lett. e), n. 8), infine, stabilisce che non potranno essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 11 del 25/03/1998, Manno, Rv. 210610
Sez. 5, n. 784 del 15/02/2000, Terracciano, Rv. 215730
Sez. U, n. 17 del 21/06/2000, Primavera, Rv. 216665
Sez. 4, n. 22511 del 3/5/2007, Bleta, Rv. 237028
Sez. 6, n. 47109 del 22/11/2007, Alì, Rv. 238715
Sez. U, n. 23868 del 23/04/2009, Fruci, Rv. 243416
Sez. 5, n. 16556 del 14/10/2009, dep. 2010, Virruso, Rv. 245954
Sez. 5, n. 3193 del 11/11/2011, dep. 2012, Schettini, Rv. 252988
Sez. 2, n. 685 del 20/11/2009 dep. 2010, Bronzini, Rv. 246038
Sez. 5, n. 7023 del 24/11/2009, dep. 2010, D'Angelo, Rv. 246144
Sez. U, n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266905-266906
Sez. 6, n. 34809 del 21/07/2015, Gattuso, Rv. 264447
Sez. 4, n. 40903 del 28/06/2016, Grassi, Rv. 268227
Sez. 6, n. 15573, del 28/02/2017, Di Guardo, Rv. 269950-269951-269952
Sez. 6, n. 36874 del 13/06/2017, Romeo, Rv. 270812-270813-270814-270815-270816
Sez. 5, n. 48370 del 30/05/2017, Occhionero
Sez. 1, n. 29169 del 28/06/2017, Schirripa

SEZIONE V

LE IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

L'APPELLO E LA SPECIFICITÀ DEI MOTIVI DI IMPUGNAZIONE

(Marzia Minutillo Turtur)

SOMMARIO: 1. Premessa: l'ordinanza di inammissibilità per genericità dei motivi della Corte d'appello di Bologna del 24 maggio 2015 e la rimessione della questione alle Sezioni Unite. – 2. Gli orientamenti delle sezioni semplici sugli oneri formali imposti dall'art. 581 cod. proc. pen. – 3. La sentenza Galtelli e il superamento del contrasto. – 4. Le modifiche legislative introdotte con la Legge n. 103 del 2017 e la nuova formulazione dell'art. 546 cod. proc. pen. in correlazione con il disposto dell'art. 581 cod. proc. pen. – 5. Le pronunzie successive della Corte in materia di appello e specificità dei motivi.

1. Premessa: l'ordinanza di inammissibilità per genericità dei motivi della Corte d'appello di Bologna del 24 maggio 2015 e la rimessione della questione alle Sezioni Unite.

La questione oggetto di analisi trae origine dall'impugnazione dell'ordinanza del 24 maggio 2015 della Corte d'appello di Bologna, pronunziata ex art. 591, comma 2, cod. proc. pen., con la quale veniva dichiarata l'inammissibilità dell'appello proposto dal Galtelli nella ricorrenza del difetto di specificità dei motivi ai sensi dell'art. 581, lett. c) del cod. proc. pen. In particolare secondo la decisione dei giudici di appello emergeva un'assoluta genericità delle richieste, rappresentate dalla domanda di riduzione della pena in quanto "eccessiva in considerazione delle modalità del fatto".

L'impugnazione veniva ritenuta del tutto deficitaria in mancanza di qualsiasi riferimento ad elementi oggettivi di valutazione che avrebbero dovuto essere correlati con la motivazione della decisione. Il difensore del Galtelli proponeva ricorso per cassazione lamentando la violazione dell'art. 606, lett. e), del cod. proc. pen. quanto alla affermata ricorrenza di genericità dell'atto di appello. In sede di esame preliminare veniva segnalata la particolare rilevanza della questione, che ex art. 610, comma 2, cod. proc. pen. è stata rimessa dinnanzi alle Sezioni Unite. La particolare rilevanza della questione è stata individuata quanto ad un fondamentale punto di snodo del sistema processuale penale delle impugnazioni, rappresentato dal c.d. "filtro" in sede d'impugnazione ex art. 591 cod. proc. pen., con possibile conseguente declaratoria d'inammissibilità nel caso in cui difettino i requisiti dell'art. 581 cod. proc. pen. La disciplina vigente (in seguito modificata) evidenziava una chiara volontà del legislatore di improntare la materia ad un rigoroso formalismo allo scopo di allontanare impugnazioni dilatorie e pretestuose, con particolare rilevanza del requisito della specificità, così determinante da poter portare ad una declaratoria di inammissibilità adottata anche d'ufficio in sede di legittimità, se non rilevata dal giudice dell'impugnazione. La questione si incentra dunque sulla valida articolazione del principio dispositivo, nel senso che l'effettiva operatività dell'effetto devolutivo *ope legis* consegue necessariamente ad una valida e

corretta articolazione dell'atto di impugnazione, sicché viene rimessa alle Sezioni Unite la necessaria valutazione del se, e a quali condizioni e limiti, il difetto di specificità dei motivi di appello comporti l'inammissibilità dell'impugnazione.

2. Gli orientamenti delle sezioni semplici sugli oneri formali imposti dall'art. 581 cod. proc. pen.

Occorre segnalare come sulla questione si siano formati nel tempo diversi e contrapposti orientamenti interpretativi. Una prima impostazione si caratterizza per il suo atteggiamento antiformalistico non solo quanto al requisito della specificità dei motivi di appello, ma anche in relazione agli altri requisiti previsti e disciplinati dall'art. 581 cod. proc. pen. In tal senso, secondo Sez. 1, n. 23932 del 15/05/2013, Marini, Rv. 255813, quanto all'erronea indicazione del provvedimento impugnato (ritenuta superabile ove non ricorra nel complesso incertezza nell'individuazione dell'atto dall'insieme delle argomentazioni proposte) in applicazione del principio del "*favor impugnationis*"*;* così le Sez. U, n. 6903 del 27/05/2016, Aiello, Rv. 268965, che hanno escluso l'inammissibilità dell'impugnazione nel caso in cui il capo della sentenza impugnato sia stato erroneamente indicato, purché possa essere adeguatamente individuato sulla base della lettura complessiva dei motivi di impugnazione (nello stesso senso diverse e risalenti pronunzie, tra le molte Sez. 6, n. 539 del 17/02/1998, Sacco, Rv. 210753); ed ancora quanto alle richieste, desumibili implicitamente dai motivi, se dagli stessi emergano in modo inequivoco, Sez. 5, n. 23412 del 06/05/2003, Carotossidis, Rv. 224932; Sez. 6, n. 29235 del 18/05/201, Amato, Rv. 248205.

Il problema interpretativo maggiore si è tuttavia posto proprio in relazione all'articolazione dei motivi di appello per i quali è esplicitamente richiesta la specificità quale requisito essenziale dell'impugnazione, da correlare alla necessità di giungere ad una critica argomentata e completa avverso la sentenza contestata. L'orientamento antiformalistico tende dunque anche in questo campo a puntualizzare la sostanziale diversità tra ricorso in appello e ricorso in cassazione, giungendo ad una considerazione meno stringente del requisito della specificità in applicazione del principio del "*favor impugnationis*" ed evidenziando come tuttavia tale valutazione debba essere riferita alla c.d. genericità "estrinseca" dei motivi di appello, quindi alla mancata correlazione con le ragioni di fatto e di diritto della sentenza impugnata (restando ancorata a valori estremamente rigorosi la considerazione della c.d. genericità intrinseca dei motivi, fondati su considerazioni generiche ed astratte o non pertinenti al caso concreto). Si è quindi sostenuta la necessità di evitare un'esasperazione del formalismo, quando complessivamente sia possibile ricostruire gli elementi dell'atto d'impugnazione (così escludendo ad esempio che possa essere ritenuta inammissibile la censura, riproposta con l'atto di appello, già esaminata e confutata dal giudice di primo grado, in applicazione del principio devolutivo che caratterizza l'appello e del "*favor impugnationis*", Sez. 2, n. 36406 del 27/06/2012, Livrieri, Rv. 253983; Sez. 6, n. 3721 del 24/11/2015, Sanna, Rv. 265827; Sez. 3, n. 31939 del 16/04/2015, Falasca Zamponi, Rv. 264185). Proprio in considerazione della diversità strutturale del giudizio di appello alcune decisioni, seguendo in modo meno netto l'orientamento non formalistico, hanno tuttavia affermato che non si possa giungere ad una pronunzia di inammissibilità nel caso di mera riproposizione di difese disattese dal giudice di primo grado, considerata la possibile rivisitazione, in modo integrale, del punto oggetto di contestazione nella decisione di primo grado. In tal senso, Sez. 6, n. 13449 del 12/02/2014, Kasem, Rv. 259456, che ha affermato che la genericità dell'appello o del ricorso per cassazione va valutata in base a parametri diversi, quale conseguenza della differente conformazione strutturale dei due giudizi, e che soltanto in relazione al secondo costituisce motivo di inammissibilità, per aspecificità, la mancanza di

correlazione tra le ragioni argomentative della decisione impugnata e quelle poste a fondamento dell'impugnazione; così è stata anche esclusa l'inammissibilità dell'appello nel caso di motivo articolato solo in relazione ad una richiesta di mera rivalutazione delle prove espletate in primo grado: in tal senso Sez. 6, n. 50613 del 06/12/2013, Kalboussi, Rv. 258508 e Sez. 6, n. 18746 del 21/01/2014, Raiani. Rv. 261094, che hanno sostenuto il principio secondo il quale non è inammissibile, per genericità dei motivi, l'appello che ripropone questioni già tutte prospettate in primo grado e disattese dal primo giudice, essendo connaturata a tale mezzo di impugnazione una piena "revisio prioris istantiae", ovviamente nei limiti del devoluto.

A questo orientamento si è contrapposta da tempo una impostazione maggiormente rigorosa e formalistica che afferma con continuità la necessità di una sostanziale omogeneità nella valutazione della specificità estrinseca tra motivi di appello e motivi di ricorso per cassazione, e ciò sia in considerazione della struttura del giudizio di appello, quale strumento di controllo e censura su specifici punti e per specifiche ragioni – con la conseguente articolazione di una critica specifica, mirata e puntale della decisione impugnata – che in correlazione alla necessità di affrontare con i motivi sempre l'effettiva *"ratio decidendi*" della decisione mediante confutazione dialettica ed articolata delle soluzioni poste a fondamento della decisione impugnata, Sez. 1, n. 4031 del 25/02/1991, Pace, Rv. 187950; Sez. 3, n. 12355 del 17/03/2014, Palermo, 259742; Sez. 6, n. 22445 del 08/05/2009, Candita, Rv. 244181; Sez. 6, n. 8700 del 21/01/2013, Leonardo, Rv. 254584; Sez. 5, n. 28011 del 15/02/2013, Sammarco, Rv. 255568. Secondo tale diverso orientamento dunque il giudizio di appello non costituisce un nuovo giudizio, ma un momento di controllo e censura su singoli punti e per specifiche ragioni della decisione impugnata; occorre quindi, perché l'impugnazione possa essere ritenuta ammissibile, che essa si svolga e si esplichi mediante una critica specifica, necessariamente puntuale, della decisione impugnata, al fine di ottenere, proprio in correlazione con le argomentazioni della sentenza e la sua ratio, una decisione che sia corretta in fatto e diritto. Altre decisioni, ponendosi in sostanziale continuità con tale impostazione, ma arricchendone le ragioni a sostegno, hanno affermato, che è inammissibile l'appello fondato su motivo che si limiti ad una generica indicazione dell'articolo di legge asseritamente violato senza esplicitare chiaramente la censura mossa, e che non illustri le ragioni dell'asserita erronea valutazione delle prove, arrestandosi alla prospettazione di astratte plurime spiegazioni dei comportamenti ascritti ai soggetti coinvolti dall'accertamento penale, Sez. 6, n. 21873 del 03/03/2011, Puddu, Rv. 250246; sono anche state ritenute non adeguate, al fine di integrare la specificità dei motivi di appello, plurime e alternative spiegazioni ai comportamenti tenuti dai soggetti coinvolti nella vicenda processuale, in mancanza della indicazione delle ragioni per cui si ritiene errata la valutazione delle prove realizzata dal giudice; si può dunque giungere ad una rivalutazione del fatto, ma solo ed esclusivamente nei limiti di quanto dedotto dalla parte appellante. Occorre dunque, secondo Sez. 6, n. 37392 del 02/07/2014, Alfieri, Rv. 261650, una correlazione completa e concreta alle argomentazioni della decisione impugnata, con particolare riferimento al diverso atteggiarsi dei motivi di critica in caso cui si deducano questioni di fatto e di diritto; infatti si è chiarito come pur potendo essere richiamate le argomentazioni di diritto già proposte in primo grado, tale richiamo non possa prescindere dal confronto con il caso concreto oggetto del giudizio e della decisione, in tal senso anche Sez. 3, n. 29612 del 05/05/2010, W.E., Rv. 247741. Si è inoltre estesa la verifica relativa al c.d. obbligo di motivazione rafforzata, nel caso di appello del P.M. avverso sentenza assolutoria, non solo con riferimento al provvedimento decisorio in appello volto a superare il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ma anche in relazione al ruolo dell'appellante e alla modalità di articolazione del relativo motivo di

riforma della sentenza assolutoria, Sez. 6, n. 546 del 18/11/2015, dep. 2016, D'Ambrosio, Rv. 265883; Sez. 6, n. 25711 del 17/05/2016, Vitelli, Rv. 267011. Occorre dunque che i motivi di appello contengano le ragioni che confutano e sovvertono sul piano strutturale e logico le valutazioni del primo giudice, non apparendo sufficiente la mera riproposizione di temi reputati in primo grado insufficienti o inidonei.

3. La sentenza Galtelli e il superamento del contrasto.

Con la sentenza Sez. U, n. 8825 del 27/10/2016, Galtelli, Rv. 268823, è stato superato il contrasto tra le diverse impostazioni delle sezioni semplici. Le Sezioni Unite hanno esplicitamente affermato e chiarito come il secondo orientamento sia da ritenere più coerente e conforme al dettato normativo, perché l'assimilazione dell'appello e del ricorso per cassazione, in applicazione della previsione di cui agli artt. 581 e 591 cod. proc. pen., chiarisce in modo inequivoco che tra i requisiti di ammissibilità dell'appello rientrano anche l'enunciazione e l'argomentazione di rilievi critici, puntuali e centrati, alle ragioni di fatto e di diritto poste a base della sentenza impugnata. Evidenzia in primo luogo la decisione i tratti comuni tra i due diversi mezzi di impugnazione, considerando la collocazione sistematica (Titolo I Libro IX), la lettura in combinato disposto degli art. 581 e 591 cod. proc. pen., la struttura semplificata conseguente, ex art. 591 lett. c), per giungere alla pronunzia d'inammissibilità, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Precisa quindi quelli che possono essere considerati come tratti distintivi, con particolare riferimento all'appello quale mezzo d'impugnazione a critica libera, per il quale non sono tipizzate dal legislatore le categorie dei motivi di censura, mentre il ricorso per cassazione si caratterizza quale mezzo di impugnazione a critica vincolata. È stato dunque chiarito come in tale contesto debba essere collocato il contrasto giurisprudenziale oggetto del giudizio, che ha tratto origine dalla tensione esistente tra il principio di specificità dell'appello, ex art. 581, comma 1, lett. c) del cod. proc. pen., norma che non distingue tra appello e ricorso per cassazione, e il principio devolutivo derivante dall'art. 597, comma 1, cod. proc. pen., secondo il quale la cognizione del giudice di appello non si limita ai motivi proposti dalle parti, ma si estende ai punti della decisione ai quali i motivi si riferiscono. Il contrasto è stato dunque valutato e considerato alla luce della c.d. specificità "estrinseca", ovvero quanto all'esplicita correlazione tra motivi di impugnazione e ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata. Le Sezioni Unite hanno quindi affermato come la riferibilità della questione alla specificità "estrinseca" non trovi ostacolo nella giurisprudenza della Corte EDU ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, rimanendo nell'ambito della piena discrezionalità dei singoli stati la disciplina e gestione delle modalità di accesso al giudizio, anche con specifico riguardo alle condizioni di ricevibilità di un ricorso, sempre tuttavia in applicazione del principio di proporzionalità. Nello stesso senso si è analizzata e confermata la compatibilità della questione della specialità estrinseca con l'art. 2 del Protocollo n. 7 della Convenzione, che al primo comma prevede la possibilità per ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale di far esaminare la dichiarazione di condanna o colpevolezza ad una giurisdizione superiore: tale disposizione secondo la giurisprudenza europea si deve riferire alla disciplina di questioni istituzionali, quale l'adeguato accesso ad una corte di appello e l'ampiezza del riesame da questa effettuato, con riferimento alla ampiezza del potere discrezionale conferito ai singoli stati nel disciplinare le modalità di esercizio del relativo diritto. È dunque considerata pienamente ammissibile una disciplina che realizzi un filtro nella gestione dell'ammissibilità dell'impugnazione, purché risulti rispettato il criterio di proporzionalità. Conseguentemente la Corte ha affermato che l'analisi correlata del di-

sposto di cui all'art. 581, comma 1, lett. c), 591, comma 1, lett. c) e 597 cod. proc. pen., con particolare riferimento a quest'ultima disposizione, evidenzia come l'art. 591 cod. proc. pen. non può essere interpretato nel senso che sia sufficiente, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, che i motivi si riferiscano semplicemente ai punti della decisione, e questo perché l'espressione "si riferiscono" deve essere riempita di un suo proprio significato in correlazione con il disposto dell'art. 581, comma 1, lett. c) cod. proc. pen., sicché non può che essere intesa come necessaria indicazione, in forma specifica, della ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni specifica richiesta in relazione ai punti della sentenza, e dunque in considerazione della motivazione della sentenza che sorregge i punti predetti. Ne consegue secondo la decisione in commento che la "*piena cognitio*" che caratterizza i poteri del giudice di appello intanto rileva se e nei limiti in cui tale giudice sia stato legittimamente investito dei suoi poteri, dunque con pieno rispetto anche dei presupposti di cui all'art. 581 cod. proc. pen. anche in considerazione ed attuazione di valori pregnanti e di rilevo costituzionale. Viene quindi chiarito come la necessità della specificità estrinseca dei motivi di appello è da correlare al fatto che essi non sono diretti all'introduzione di un nuovo giudizio, del tutto distinto e sganciato da quello di primo grado, ma sono destinati invece all'attivazione di uno strumento di controllo della decisione impugnata, ma solo sulla base di specifiche ragioni attinenti ai punti in cui si è articolato il ragionamento decisorio. La ragione di tale scelta interpretativa viene individuata nella struttura del giudizio penale, a carattere accusatorio, sicché le censure alla decisione debbono esplicarsi mediante una critica mirata e puntuale della decisione impugnata. La specificità del motivo non è dunque un elemento attenuato in appello rispetto al ricorso per cassazione, pur essendo l'oggetto del giudizio esteso alla rivalutazione del fatto, ma poiché l'appello è impugnazione a carattere devolutivo, tale rivalutazione può avvenire esclusivamente nel limite di quanto la parte ha effettivamente voluto sottoporre alla valutazione del giudice di secondo grado con i motivi di impugnazione. Si esclude quindi in modo reciso la possibile considerazione del giudizio di appello come "revisio prioris instantiae", nell'esigenza di delimitare la sequenza logico – cronologica del processo in applicazione del valore costituzionale della ragionevole durata dello stesso. Solo presentando un appello caratterizzato da motivi volti a confutare e sovvertire sul piano strutturale e logico le valutazioni del primo giudice si potrà considerare effettivamente ricorrente il requisito della specificità, con conseguente investitura del giudice mediante i poteri decisori di cui all'art. 597, comma 2, lett. b) cod. proc. pen., con possibile verifica di tutte le risultanze processuali e considerazione di tutti i punti della sentenza di primo grado che non abbiano formato oggetto di specifica critica, senza alcun vincolo derivante dalle alternative decisorie proposte con i motivi di appello.

In conclusione quindi la decisione analizza la portata effettiva della specificità, anche estrinseca dei motivi di appello, affermando l'ammissibilità dell'appello che riproponga questioni di fatto già dedotte in prima istanza e disattese, proprio in relazione alla rivisitazione integrale del punto di sentenza oggetto di doglianza, con i medesimi poteri del primo giudice prescindendo dalle ragioni concretamente dedotte nel motivo. Ancora si è affermato come non possa rientrare nel sindacato d'inammissibilità la diretta valutazione della manifesta infondatezza dei motivi di appello, mai menzionata nelle disposizioni richiamate ed esaminate quale causa d'inammissibilità. L'insieme delle considerazioni articolate ha portato dunque la Corte ad affermare che l'appello (al pari del ricorso per cassazione) è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata.

4. Le modifiche legislative introdotte con la Legge 103 del 2017 e la nuova formulazione dell'art. 546 cod. proc. pen. in correlazione con il disposto dell'art. 581 cod. proc. pen.

La necessaria correlazione tra la specificità dei motivi di appello e sentenza impugnata è divenuta oggetto di esplicita previsione di legge con l'entrata in vigore della Legge n. 103 del 2017. Si è infatti definito e disciplinato con la nuova previsione dell'art. 546 cod. proc. pen. un modello legale e standardizzato di motivazione della decisione di merito, che ha trovato un proprio speculare riscontro con l'introduzione di una serie di requisiti formali di ammissibilità dell'impugnazione. L'art. 546, comma 1, lett. e), cod. proc. pen. prevede che la sentenza debba contenere la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati, nonché l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie sotto diversi aspetti (accertamento dei fatti e circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla sua qualificazione giuridica, punibilità e determinazione della pena, responsabilità civile e accertamento di fatti dai quali dipende la applicazione di norme processuali). Ne deriva un evidente rafforzamento della correlazione tra motivazione della sentenza e motivo di impugnazione, sicché l'enunciazione dei diversi requisiti dell'impugnazione ai sensi dell'art. 581 cod. proc. pen. dovrà necessariamente essere specifica, allargando così il tema della specificità a tutti gli elementi della impugnazione e non solo ai motivi come originariamente previsto (capi e punti della decisione, richieste, prove inesistenti o omesse o erroneamente valutate, richieste anche istruttorie).

Deve dunque essere riscontrata una evidente volontà del legislatore della riforma di strutturare il nuovo giudizio di appello come un giudizio di controllo, di conseguente verifica ed eliminazione degli errori eventualmente riscontrati nel provvedimento impugnato. Ne consegue la necessità per l'appellante, in piena linea con i principi fissati dalla sentenza Galtelli (Sez. U n. 8825 del 27/10/2016, Galtelli, Rv. 268823) di realizzare con i propri motivi e richieste una critica articolata e ragionata mediante specifici motivi incentrati sui punti decisivi della sentenza di primo grado così come individuati con la previsione del nuovo art. 546 cod. proc. pen. Occorre ancora ricordare come nella complessa attività di riforma il legislatore abbia anche previsto ai sensi dell'art. 603 cod. proc. pen., in applicazione di principi emersi da diverse sentenze della Corte EDU, che in caso di impugnazione di sentenza assolutoria per giungere ad una opposta decisione di condanna sia obbligatoria la rinnovazione della prova dichiarativa assunta in primo grado (argomento oggetto di altre decisioni della Corte commentate in questa rassegna). Chiare dunque le finalità del legislatore in sede di riforma mediante la configurazione di un giudizio a critica vincolata, caratterizzato tuttavia da un pieno e completo rispetto del principio del contraddittorio tra le parti (aspetto che porta tuttavia a configurare un vero e proprio giudizio nuovo con assunzione delle prove dichiarative in caso di impugnazione di sentenza di assoluzione e volontà di riforma in condanna).

L'obbligo di specificità dei diversi elementi dell'impugnazione è dunque direttamente collegato e condizionato dalla ampiezza e struttura concreta della motivazione nei suoi diversi punti secondo la previsione di cui all'art. 546 cod. proc. pen., sicché ad una motivazione articolata e specifica sui diversi elementi indicati dal legislatore dovrà necessariamente seguire un appello caratterizzato da analoga puntualità e specificità.

5. Le pronunzie successive della Corte in materia di appello e specificità dei motivi.

La decisione delle Sezioni Unite, unita alla riforma legislativa sopra citata, ha dunque portato ad un consolidamento della situazione in tema di appello e specificità ormai non solo dei motivi, ma anche delle richieste in relazione ai punti e capi della sentenza. In

applicazione dei principi evidenziati dalla sentenza Galtelli e dell'analisi dalla stessa emergente circa la struttura del giudizio di appello Sez. 2, n. 31650 del 28/06/2017, Ciccarelli, Rv. 270627, ha affermato che è inammissibile il ricorso per cassazione con cui si deduca, con unico motivo, una violazione di legge verificatasi nel giudizio di primo grado, se non si procede alla specifica contestazione del riepilogo dei motivi di appello, contenuto nella sentenza impugnata, che non menzioni la medesima violazione come doglianza già proposta in sede di appello, in quanto, in mancanza della predetta contestazione, il motivo deve ritenersi proposto per la prima volta in cassazione, e quindi tardivo. Viene quindi esplicitata la necessità di una specifica contestazione circa la ricorrenza di violazione di legge proprio in correlazione alle argomentazioni sul punto utilizzate o meno dal giudice di primo grado. Ove la parte non abbia provveduto alla effettiva articolazione di un motivo specifico sul punto sarà impossibile considerare la predetta violazione a maggior ragione in caso di successivo ricorso per cassazione. Sez. 3, n. 38638 del 26/04/2017, Criscuolo, Rv. 270799, ha chiarito come l'inammissibilità dell'appello per difetto di specificità dei motivi rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della decisione impugnata è rilevabile anche nel giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 591, comma 4, cod. proc. pen., confermando dunque quanto già evidenziato in senso conforme dalla sentenza Galtelli, quanto alla assoluta necessità di una completa comparazione e correlazione tra le ragioni dell'impugnazione e la sentenza di primo grado, tanto che l'eventuale genericità seppure non rilevata dal giudice d'appello è invece pienamente rilevabile anche nel giudizio di cassazione. Seppure con pronunzia di poco precedente anche la Sez. 6, n. 10539 del 10/02/2017, Lorusso, Rv. 269379, ha chiarito al portata del concetto di specificità dei motivi di appello, evidenziando come non basti la formulazione apparente di moltissime censure alla sentenza di primo grado, poiché occorre pur sempre una reale correlazione con i passaggi motivazionali e decisori della sentenza di primo grado, sicché si deve ritenere inammissibile, perché generico, il ricorso per cassazione articolato in un numero abnorme di motivi (nella specie settantanove) concernenti gli stessi capi d'imputazione e i medesimi punti e questioni della decisione, in quanto tale eccessiva prolissità e verbosità rende confusa l'esposizione delle doglianze e difficoltosa l'individuazione delle questioni sottoposte al vaglio dell'organo della impugnazione. Sez. 2, n. 50664 del 24/10/2017, Malvone, ha affermato che non ricorre il vizio di motivazione ove il giudice di appello abbia giustificato il giudizio di bilanciamento tra le circostanze nei termini dell'equivalenza, quando l'appellante abbia richiesto esclusivamente la concessione di un'attenuante, senza nulla specificare in tema di bilanciamento, poiché, per adeguarsi all'obbligo di necessaria specificità dei motivi di appello, l'appellante che invoca la concessione di un'attenuante deve anche richiederne l'applicazione, in presenza di ritenute circostanze aggravanti, in via prevalente. La decisione rappresenta una evidente applicazione dei principi già enunciati dalla sentenza Galtelli e nella sua puntualità chiarisce esattamente come debba articolarsi in materia di circostanze il profilo della specificità del motivo di appello (che deve necessariamente ed esplicitamente coinvolgere il profilo del bilanciamento ove se ne ritenga necessaria una rivalutazione). Sez. 7, n. 53842 del 15/09/2017, Lorusso, ha dichiarato l'inammissibilità di ricorso, avente ad oggetto ordinanza del Tribunale di sorveglianza con il quale era stato rigettato il reclamo – impugnazione proposto avverso rigetto di reclamo ex art. 35-*bis* l. n. 354 del 1975, evidenziandone la assoluta genericità poiché lo stesso non individua singoli aspetti del provvedimento impugnato da sottoporre a censura giurisdizionale, ma tende in realtà a provocare una nuova e non consentita valutazione dei presupposti applicativi del provvedimento adottato. Viene quindi nuovamente richiamato il principio della necessaria correlazione tra argomentazioni poste a base del provvedimento impugnato e

impugnazione, come paradigma ormai omogeneo sia per l'atto di appello che per il ricorso per cassazione. Sez. 2, n. 49191 del 12/10/2017, Malvone, ha ritenuto corretta la decisione della Corte di appello in ordine all'intervenuta formazione di giudicato parziale su capo di imputazione in assenza di specifiche doglianze proposte dall'appellante sul punto. In particolare la Corte nella sua decisione ha richiamato l'orientamento delle Sezioni Unite Galtelli quanto alla specificità dei motivi di appello, sottolineando ancora una volta la necessità di enunciati ed argomentati rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto proposte dal primo giudice nella decisione impugnata, fermo restando che tale onere di specificità è direttamente proporzionale alla specificità con cui le predette ragioni siano state esposte nel provvedimento impugnato. Nel caso concreto la Corte ha dunque evidenziato come non sia sufficiente nei motivi di appello contestare la credibilità della parte offesa che ha reso dichiarazioni relativamente a plurimi episodi delittuosi, occorrendo comunque specificare per quale ragione la contestata credibilità determini l'insussistenza di uno specifico quadro probatorio in relazione a ciascun singolo capo di imputazione e reato per il quale è intervenuta la condanna. Ne consegue dunque che a fronte di differenti capi di imputazione scaturiti dalle dichiarazioni di un'unica persona offesa, è onere dell'appellante, per non incorrere nel vizio di inammissibilità dell'impugnazione, segnalare per ciascuno di essi il singolo aspetto d'inattendibilità delle dichiarazioni.

Sez. 2, n. 56391 del 23/11/2017, Quattrocchi, affronta in modo analitico i temi già posti dalla SU Galtelli ed in applicazione del combinato disposto dell'art. 581 e 591 cod. proc. pen. ha dichiarato ai sensi dell'art. 591, comma 4, cod. proc. pen., l'inammissibilità dell'appello quanto al punto della responsabilità del ricorrente in cassazione, poiché l'atto di appello non conteneva alcuno specifico riferimento alle ragioni argomentative proposte dal giudice di primo grado. In particolare nel caso concreto era stata affermata la responsabilità del ricorrente per il reato di riciclaggio posto in essere con una serie di condotte tra loro collegate e che trovavano in via principale la propria origine da una attività di sostituzione targhe. In sede di appello il ricorrente aveva semplicemente contestato che tale condotta potesse costituire ed integrare il reato di riciclaggio, senza confrontarsi in alcun modo con le articolate argomentazioni del giudice di primo grado, che aveva motivatamente argomentato in ordine alle diverse condotte poste in essere progressivamente dall'imputato per giungere all'occultamento della provenienza del bene.

Sottolinea la decisione, richiamando la decisione della SU Galtelli nella sua articolata motivazione e la successiva evoluzione normativa in tema di appello e inammissibilità, come il giudizio di appello debba essere inteso come un giudizio di controllo, critico, in presenza di un obbligo della parte appellante di confrontarsi con tutte le ragioni argomentative poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità, così che l'atto d'appello si deve ritenere inammissibile nel caso in cui si limiti a negare valenza dimostrativa a condotte che ne siano inequivocabilmente dotate. In mancanza dell'articolazione di ragioni critiche a fronte delle valutazioni articolate in primo grado dal giudice l'atto di appello avrebbe dunque dovuto essere dichiarato inammissibile già in sede di appello, essendo caratterizzato da una negazione apodittica della responsabilità dell'imputato. Sez. 2, n. 56395 del 23/11/2017, Floresta, affronta sempre il tema della specificità dei motivi di appello, ma in una diversa prospettiva. Viene infatti ritenuta la fondatezza del motivo proposto con ricorso per cassazione per la sostanziale assenza di motivazione, caratterizzata da genericità, in presenza di una mera conferma delle valutazioni del giudice di primo grado senza alcuna elaborazione critica delle stesse, a fronte di motivi di appello specificamente proposti in ordine alla responsabilità dell'imputato e riferibilità allo stesso di diverse condotte di reato. Nel caso concreto dunque la parte appellante aveva rispettato i requisiti necessari e la spe-

cificità dei motivi di appello secondo i principi e criteri enunciati dalle SU Galtelli, mentre non si è attenuta ai principi predetti la decisione della Corte di appello nel suo procedere motivazionale, caratterizzato da una mera ripetizione della motivazione di condanna di primo grado, senza rispondere in modo analitico e puntuali alle specifiche contestazioni sollevate dalla parte appellante.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 8825 del 27/10/2016, Galtelli, Rv. 268823
Sez. 1 n. 23932 del 15/05/2013, Marini, Rv. 255813
Sez. U, n. 6903 del 27/05/2016 , Aiello, Rv. 268965
Sez. 6, n. 539 del 17/02/1998, Sacco, Rv. 210753
Sez. 5, n. 23412 del 06/05/2003, Carotossidis, Rv. 224932
Sez. 6, n. 29235 del 18/05/201, Amato, Rv. 248205
Sez. 2, n. 36406 del 27/06/2012, Livrieri, Rv. 253983
Sez. 3, n. 31939 del 16/04/2015, Falasca Zamponi, Rv. 264185
Sez. 6, n. 13449 del 12/02/2014, Kasem, Rv. 259456
Sez. 6, n. 50613 del 06/12/2013, Kalboussi, Rv. 258508
Sez. 6, n. 18746 del 21/01/2014, Raiani, Rv. 261094
Sez. 3, n. 12355 del 17/03/2014, Palermo, 259742
Sez. 6, n. 22445 del 08/05/2009, Candita, Rv. 244181
Sez. 6, n. 8700 del 21/01/2013, Leonardo, Rv. 254584
Sez. 5, n. 28011 del 15/02/2013, Sammarco, Rv. 255568
Sez. 1, n. 4031 del 25/02/1991, Pace, Rv. 187950
Sez. 6, n. 21873 del 03/03/2011, Puddu, Rv. 250246
Sez. 6, n. 37392 del 02/07/2014, Alfieri, Rv. 261650
Sez. 3, n. 29612 del 05/05/2010, W.E., Rv. 247741
Sez. 6, n. 546 del 18/11/2015, dep. 2016, D'Ambrosio, Rv. 265883
Sez. 6, n. 25711 del 17/05/2016, Vitelli, Rv. 267011
Sez. 2, n. 31650 del 28/06/2017, Ciccarelli, Rv. 270627
Sez. 3, n. 38638 del 26/04/2017, Criscuolo, Rv. 270799
Sez. 6, n. 10539 del 10/02/2017, Lorusso, Rv. 269379
Sez. 2, n. 50664 del 24/10/2017, Stracuzzi
Sez. 7, n. 53842 del 15/09/2017, Lorusso
Sez. 2, n. 49191 del 12/10/2017, Malvone

CAPITOLO II

LA RINNOVAZIONE DELLE PROVE NEL GIUDIZIO D'APPELLO

(Matilde Brancaccio)

SOMMARIO: 1. *Overturning* in appello e obbligo di rinnovazione istruttoria: i molti volti di una questione controversa. – 2. Un anno di giurisprudenza post-Dasgupta: quando è davvero necessario rinnovare la prova? – 3. Obbligo di rinnovazione e rito abbreviato: la questione risolta dalle Sezioni Unite n. 18620 del 2017, Patalano. – 4. La riforma assolutoria non richiede l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa: il contrasto dopo la sentenza Dasgupta e la decisione delle Sezioni Unite "Troise". – 5. Prospettive e futuri scenari.

1. *Overturning* in appello e obbligo di rinnovazione istruttoria: i molti volti di una questione controversa.

Le vicende della riforma in appello della sentenza di primo grado e dell'eventuale obbligo di rinnovazione istruttoria del giudice di secondo grado sembravano nel 2016 aver raggiunto approdi di maggior stabilità, rispetto agli ultimi, tormentati anni di controversa interpretazione giurisprudenziale, riposando sulle affermazioni delle Sezioni Unite contenute nella nota sentenza n. 27620 del 28/4/2016, Dasgupta, Rv. 267486-267492.

Le Sezioni Unite erano intervenute, infatti, a sciogliere i dubbi di compatibilità tra l'art. 6 CEDU ed il principio del *fair trial*, declinato dalla giurisprudenza delle Corti europee, con il sistema di assunzione della prova dichiarativa in appello previsto dal nostro diritto interno, nel caso in cui si intenda riformare in secondo grado l'esito assolutorio di primo grado, riassunzione prevista solo a determinate condizioni sino alla recente novella legislativa di cui alla legge n. 103 del 2017, che ha modificato significativamente il precedente assetto, introducendo l'art. 603, comma 3-*bis,* cod. proc. pen.; in base a tale norma, come noto, attualmente è previsto che, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone (sempre) la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

Il tema affrontato dalle Sezioni Unite Dasgupta era quello, specifico, dunque, dell'*overturning* da proscioglimento a condanna, riferito alla sussistenza di un contrasto tra la possibilità, prevista dal nostro sistema processuale (prima della modifica attuata con la citata legge n. 103 del 2017), che il ribaltamento della pronuncia assolutoria in grado d'appello fosse basato su una valutazione della prova dichiarativa meramente "cartolare" e la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, che tale rovesciamento dell'esito del giudizio assolutorio di primo grado, fondato sulla valutazione di prove dichiarative, impone avvenga necessariamente mediante una nuova, diretta assunzione dei testimoni nel giudizio di impugnazione, salve circostanze eccezionali, ai sensi dell'art. 6, par. 1 e 3, lett. d), CEDU.

Le Sezioni Unite – partendo dalla ricostruzione del quadro di rilevabilità di eventuali contrasti della disciplina interna con la normativa convenzionale e dal procedimento elaborato dalle cd. *sentenze gemelle* della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, nonché dall'affermazione secondo cui i principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali costituiscono un vincolo per il giudice nazionale, se riferiti ad un orientamento convenzionale "consolidato" ovvero ad una decisione "pilota", in coerenza con la recente sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 – hanno stabilito che la previsione contenuta nell'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU im-

plica che il giudice di appello, in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado (anche se emessa all'esito del giudizio abbreviato), a seguito dell'impugnazione del pubblico ministero con cui si adduca una erronea valutazione delle prove dichiarative, non può riformare in chiave di condanna la sentenza impugnata, senza avere proceduto, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., a rinnovare l'istruzione dibattimentale ed a risentire i testi le cui dichiarazioni sui fatti del processo siano state ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado (cfr. Rv. 267487).

Costituisce, infatti, secondo le stesse Sezioni Unite Dasgupta, orientamento consolidato della giurisprudenza europea quello secondo cui, nel giudizio d'appello, è consentita l'affermazione di responsabilità dell'imputato prosciolto in primo grado sulla base di prove dichiarative solo se vengano nuovamente, direttamente, assunti i testimoni nel giudizio di impugnazione, in caso contrario incorrendosi nella violazione dell'art. 6 CEDU e, in particolare del par. 3, lett. *d),* che assicura il diritto dell'imputato di «esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico» (in tal senso, si richiamano la nota sentenza della Corte EDU *Dan c. Moldavia* del 05/11/2011, sino alle più recenti *Manolachi c. Romania* del 05/03/2013 e *Flueraş c. Romania* del 09/04/2013, alle quali altre, anche recentissime sono seguite: si pensi a *Lorefice c. Italia* del 29.6.2017).

L'*overturning di condanna* impone, dunque, la rinnovazione istruttoria in appello.

Con il corollario, tuttavia, che vuole non in ogni caso necessaria tale rinnovazione, bensì soltanto quando la prova dichiarativa, della cui diversa valutazione si verta in chiave di riforma, sia considerata *decisiva* secondo i criteri pure dettati dalle Sezioni Unite.

La sentenza Dasgupta ha anche provato a formulare un *identikit:* costituiscono *prove decisive* quelle che hanno determinato, o anche soltanto contribuito a determinare, l'assoluzione di primo grado e che, pur in presenza di altre fonti di prova di diversa natura, se espunte dal complesso materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee ad incidere sull'esito del giudizio, nonché quelle che, pur ritenute dal primo giudice di scarso o nullo valore, siano, invece, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti – da sole o insieme ad altri elementi di prova – ai fini dell'esito della condanna.

Se questa è la definizione "positiva" di *prova decisiva*, la Suprema Corte ha fornito anche indicazioni sulla prova che tale "non è": non si ritiene decisivo quell'apporto dichiarativo il cui valore probatorio, in sé non idoneo a formare oggetto di diversificate valutazioni tra primo e secondo grado, si combini con fonti di prova di diversa natura non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o addirittura pretermesse dal primo giudice, ricevendo soltanto da queste, nella valutazione del giudice di appello, un significato risolutivo ai fini dell'affermazione della responsabilità (si è, in tal modo, secondo taluni commentatori, circoscritta la valutazione di attendibilità al solo piano "intrinseco", tenendo fuori dalla rilevanza il profilo estrinseco di essa).

Egualmente, non vi è necessità di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale qualora della prova dichiarativa non si discuta il contenuto probatorio, ma la sua qualificazione giuridica, come nel caso di dichiarazioni ritenute dal primo giudice bisognose di riscontri *ex* art. 192, commi 3 e 4, cod. proc. pen. e inquadrabili dall'appellante in una ipotesi di testimonianza pura (le Sezioni Unite citano, in tal senso, Sez. 3, n. 44006, del 24/09/2015, B., Rv. 265124).

La risoluzione della questione devoluta alle Sezioni Unite e l'affermazione del principio di diritto richiamato, con la naturale espansione a ricomprendere la definizione del campo di accezione del concetto di *prova* decisiva, tuttavia, non hanno esaurito i temi interpretativi che ruotano intorno agli obblighi istruttori del giudice di secondo grado nel momento in cui è chiamato al controllo della sentenza impugnata.

La pronuncia Dasgupta, infatti, nel complesso ed ampio ragionamento motivazionale portato avanti, pur esprimendosi anche in merito al caso inverso, rispetto a quello deciso, di *overturning assolutorio* di una precedente affermazione di responsabilità penale in primo grado, nonchè anche in relazione all'ipotesi in cui l'*overturning* di condanna riguardasse una pronuncia di contenuto assolutorio emessa con rito abbreviato, per entrambi i casi aveva dettato la linea formulando – secondo molti dei commenti più accreditati in dottrina – dei meri *obiter* (benchè in un caso inserito nello stesso principio di diritto enunciato, come per l'applicabilità dei *criteri Dasgupta* anche alla riforma della sentenza di assoluzione resa in abbreviato), con tutto quel che ne deriva in termini di forza vincolante del valore dell'affermazione di principio.

Tanto è vera tale constatazione che non a caso, nel 2017, i dubbi relativi a tali aspetti interpretativi sono tornati alla ribalta e hanno dovuto essere affrontate e risolte dalle Sezioni Unite autonome questioni riguardanti proprio i due cruciali nodi dell'applicabilità dei *criteri Dasgupta* all'ipotesi di riforma in appello in chiave di condanna del giudizio assolutorio di primo grado emesso con rito abbreviato (la cui soluzione si è avuta con la decisione Sez. U, n. 18620 del 19/1/2107, Patalano, Rv. 269785-269787) ed a quella di *overturning assolutorio* (risolta all'udienza delle Sezioni Unite del 21.12.2017, per cui è nota solo l'informazione provvisoria di decisione).

Inoltre, è stato sin da subito del tutto evidente – e leggibile nelle tracce della giurisprudenza di legittimità dell'anno 2017 – che la pur netta affermazione di principio della pronuncia Dasgupta rispetto all'*overturning di condanna* avesse bisogno di "vivere" nella prassi interpretativa per potersi meglio vedere definita nei contorni ed ambiti di applicabilità, dovendo necessariamente essere valutata in relazione ai diversi casi concreti.

L'esito dell'analisi – come si vedrà di qui a poco – evoca un interrogativo a cui non sempre è semplice dare una risposta univoca: e cioè quando realmente ci si trovi dinanzi ad un obbligo di rinnovazione secondo i *criteri Dasgupta*, e ad un vizio di motivazione da rilevare nel giudizio di cassazione, e quando non.

È necessario, pertanto, guardare alla questione della rinnovazione della prova in appello sotto diversi aspetti e seguire i vari percorsi della giurisprudenza sui differenti temi problematici.

2. Un anno di giurisprudenza post-Dasgupta: quando è davvero necessario rinnovare la prova?

Nel 2017, come si è anticipato, la questione della rinnovazione della prova (dichiarativa) in appello ha visto, da un lato, la riproposizione e la soluzione di alcune delle questioni già affrontate indirettamente dalle Sezioni Unite nella pronuncia Dasgupta del 2016, rimaste sul campo poiché evidentemente non del tutto condivise nelle correnti profonde della giurisprudenza di legittimità; dall'altro, la vivace declinazione dei *criteri Dasgupta* nella casistica di volta in volta prospettatasi al giudizio della Suprema Corte, che ha disegnato il volto reale dell'obbligo di rinnovazione nel caso di *overturning di condanna*, facendone spesso emergere un ambito ben più circoscritto di applicazione, rispetto a quello che si poteva immaginare solo un anno fa.

Accanto alla riaffermazione dei principi contenuti nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2016 (fatta salva la questione riferita all'applicabilità di essi ai processi di primo grado definiti con rito abbreviato, per la quale si è aperto subito un nuovo fronte di dissenso, poi sfociato nell'ulteriore sentenza del massimo collegio di legittimità, la già citata Sez. U, n. 18620 del 2017, Patalano, di cui si dirà tra poco), la precisazione di confini ed ambiti applicativi ha portato a risultati non sempre tra loro coerenti, sicchè diventa legittimo domandarsi in quali casi sia realmente da ritenersi operativo l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa.

Una prima questione enucleabile ha riguardato il tema "*rinnovazione-riqualificazione giuridica*."

Si ritrovano, così, pronunce che, su di un piano generale, hanno esteso la portata dei principi della sentenza Dasgupta, segnalando la necessità di rinnovazione in appello dell'istruttoria relativa alla prova dichiarativa non soltanto nei casi di ribaltamento della precedente sentenza di assoluzione, ma anche nel caso di riqualificazione giuridica dell'ipotesi delittuosa ritenuta dal giudice di primo grado ed in relazione alla quale la sentenza riformata aveva comunque espresso un giudizio di colpevolezza dell'imputato (Sez. 1, n. 29165 del 18/5/2017, H., Rv. 270280; nella specie si era avuta una riqualificazione in appello del reato di omicidio colposo, con violazione di norme del codice della strada, in omicidio volontario; conforme Sez. 2, n. 24478 del 8/5/2017, Salute, Rv. 269967).

D'altra parte, si è, invece, ritenuto che la diversa qualificazione giuridica del fatto effettuata in grado di appello, in assenza del ribaltamento di una precedente sentenza assolutoria e di un diverso apprezzamento delle prove dichiarative, non impone l'obbligo per il giudice di procedere alla rinnovazione di queste ultime (Sez. 2, n. 28957 del 3/4/2017, D'Urso, Rv. 270109; si veda anche, in tema, la recente Sez. 5, n. 54296 del 28/6/2017, Pesce).

È utile richiamarsi alla motivazione di tale opzione (riferita alla sentenza n. 28957 del 2017, cit.) secondo cui la diversa qualifica "in diritto" effettuata in grado di appello di una condotta contestata "in fatto" in modo invariato nel corso di tutta la progressione processuale, anche se produce un aggravamento della posizione dell'imputato non è una situazione riconducibile al ribaltamento della sentenza assolutoria che è alla base della giurisprudenza della Corte EDU "letta" alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite Dasgupta, poiché le due situazioni sono differenti e la rinnovazione è necessaria solo quando la progressione processuale vede la successione "assoluzione- condanna" e non quando viene confermata la condanna per lo stesso fatto seppur diversamente (e più gravemente) qualificato. In tale ultimo caso non si effettua alcuna rivalutazione del fatto, che rimane lo stesso, mutando solo la qualifica giuridica; né tantomeno si rivaluta *in peius,* su base cartolare, la prova dichiarativa assunta in contraddittorio (nel caso di specie, oltretutto, si sottolinea che l'iniziale contestazione, sulla quale si era svolto il primo grado, corrispondeva a quella più grave poi riqualificata in appello, sicchè in relazione ad essa l'imputato aveva avuto la piena possibilità di esercitare il diritto di difesa).

Un ulteriore tema interpretativo interessante è quello in base al quale si è circoscritto l'obbligo di rinnovazione stabilito dalle Sezioni Unite Dasgupta, escludendolo nell'ipotesi in cui il giudice abbia riformato la sentenza assolutoria di primo grado non già in base al diverso apprezzamento di una prova dichiarativa, bensì all'esito della differente interpretazione della fattispecie concreta, fondata su una *complessiva valutazione dell'intero compendio probatorio* (Sez. 5, n. 42746 del 9/5/2017, Fazzini, Rv. 271012; Sez. 5, n. 33272 del 28/3/2017, Carosella, Rv. 270471; Sez. 3, n. 19958 del 21/9/2016, dep. 2017, Chiri, Rv. 269782, che ha valorizzato il rapporto della prova dichiarativa con altre prove di diversa natura; nell'anno precedente, Sez. 2, n. 54717 del 1/12/2016, Ciardo, Rv. 268826 ha escluso l'obbligo di rinnovazione nel caso in cui in appello ci si limiti a valorizzare integralmente una deposizione solo parzialmente considerata – per una svista, una dimenticanza o un vero e proprio "salto logico" – da parte del primo giudice).

Si è pure affermato che il principio di necessaria riassunzione in appello della prova dichiarativa, la cui diversa e positiva valutazione di attendibilità abbia determinato la riforma della decisione assolutoria di primo grado e la pronuncia di una sentenza di condanna, non si applica nell'ipotesi di *motivazione generica* della sentenza del primo giudice, che non contenga valutazioni specifiche sull'attendibilità delle dichiarazioni utilizzate, ma si limiti a

riportarne il contenuto, dovendo ritenersi, in tal caso, che difetti il presupposto applicativo del principio, e cioè l'esistenza di una effettiva valutazione negativa sull'attendibilità della prova dichiarativa da parte del giudice di primo grado (Sez. 5, n. 12783 del 24/1/2017, Caterino, Rv. 269596).

Non è mancata, d'altra parte, l'affermazione, maggiormente rigorosa dal punto di vista dell'applicazione dei *criteri Dasgupta*, secondo cui l'obbligo, per il giudice di appello, di procedere anche d'ufficio alla rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa nel caso di riforma di una sentenza assolutoria di primo grado (nel caso di specie, si trattava, peraltro, di un giudizio abbreviato), emessa sulla base del diverso apprezzamento di una dichiarazione ritenuta decisiva, ricorre anche nel caso in cui non si sia proceduto a valutare diversamente l'attendibilità del dichiarante, quanto, piuttosto, a dare una differente interpretazione del significato delle sue dichiarazioni (Sez. 3, n. 24306 del 19/1/2017, I., Rv. 270630).

Altro spunto di rilievo nella lettura del percorso interpretativo dell'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa in caso di *overturning di condanna* si è avuto con riferimento alla *qualifica del teste* la cui dichiarazione ha formato oggetto della prova della cui riassunzione si verte.

In particolar modo si è valutata la figura del *teste autore di elaborato peritale o di consulenza*.

Una tesi ha optato per la necessità di procedere alla rinnovazione dell'assunzione della prova dichiarativa costituita dall'esame di tale categoria di testimoni (tra quelle massimate, cfr. Sez. 4, n. 6366 del 6/12/2016, dep. 2017, Maggi, Rv. 269035).

Altra tesi ha invece affermato che non sussiste l'obbligo per il giudice di procedere alla rinnovazione dibattimentale della dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico, non trattandosi di una prova dichiarativa decisiva assimilabile a quella del testimone (Sez. 5, n. 1691 del 14/9/2016, dep. 2017, Abbruzzo, Rv. 269529).

Infine, recentemente, una pronuncia che tratta un tema estremamente delicato merita di essere segnalata, in attesa di verificare se essa si svilupperà in un orientamento più consolidato: Sez. 2, n. 55068 del 26/9/2017, Panariello ha affermato che il giudice d'appello che intenda procedere alla "*reformatio in peius*" di una sentenza assolutoria di primo grado non ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa cartolare acquisita ai sensi dell'art. 500, comma 4, cod. proc. pen. a seguito dell'accertamento della subornazione del testimone, a condizione che non sussistano elementi indicativi di una successiva modifica di tale condizione.

Nella sentenza si affronta una questione particolarmente complessa, che ha ad oggetto anzitutto l'interferenza tra l'interpretazione delle Corti europee in tema di rinnovazione della prova dichiarativa e quella in materia di tutela del teste vulnerabile e di utilizzabilità, in determinate condizioni, della prova dichiarativa meramente cartolare.

La Seconda Sezione rileva una "distonia" tra le due opzioni giurisprudenziali (richiamando per la seconda tesi le sentenze *Tabery e Al-Kawaja c. Regno Unito* del 15/12/2011; *Tseber c. Repubblica Ceca* del 22/11/2012; *Schatschaschwili c. Germania* del 15/12/2015, che consentono di fondare le sentenze di condanna su dichiarazioni predibattimentali cartolari, qualora esse risultino accompagnate da adeguate garanzie procedurali; ovvero *Accardi c. Italia* del 20.1.2005 che legittima l'acquisizione delle dichiarazioni assunte mediante incidente probatorio). Ci si orienta, pertanto, nel ritenere rilevante, ai fini di un *overturning* corretto dal punto di vista del rispetto dei criteri CEDU, che il giudice d'appello non giudichi secondo un compendio probatorio *deprivato* rispetto a quello del giudice di primo grado. Il canone di rinnovazione della prova dichiarativa in appello, pertanto, varrà nella

misura in cui già in primo grado la prova dichiarativa sia stata assunta oralmente nel contraddittorio delle parti, mentre non varrà nell'ipotesi opposta e, dunque, neppure nel caso in esame alla Corte di dichiarazioni acquisite ai sensi dell'art. 500, comma 4, cod. proc. pen.

Inoltre, secondo tale impostazione, l'insussistenza di un obbligo di rinnovare la prova dichiarativa del teste subornato deriverebbe anche dalla stessa *ratio decidendi* delle Sezioni Unite nelle sentenze Dasgupta e Patalano, che presuppongono una testimonianza "assumibile" e perciò rinnovabile, circostanza che non si verifica nel caso in cui il teste sia, appunto, subornato e, pertanto, inidoneo a garantire l'ingresso nel processo di contenuti probatori credibili e affidabili.

È necessario, a questo punto, operare un confronto tra l'esposizione delle motivazioni principali della citata sentenza n. 55068 del 2017 e alcune affermazioni della sentenza Dasgupta (cfr. par. 8.6) riferite all'obbligo di rinnovazione per le diverse tipologie di dichiaranti, ivi compresi i testi "vulnerabili", per i quali è fatta "salva la valutazione del giudice sulla indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le dovute cautele, ad un ulteriore stress", ovvero alla possibilità di fondare il convincimento del giudice d'appello sulle dichiarazioni precedentemente rese nel caso in cui sia provato che la sottrazione all'esame non dipenda da attività illecite poste in essere da terzi.

Quello che si rivela, dunque, è un quadro interpretativo che ancora necessita di interventi chiarificatori.

3. Obbligo di rinnovazione e rito abbreviato: la questione risolta dalle Sezioni Unite n. 18620 del 19/1/2017, Patalano.

Si ricorderà che le Sezioni Unite, già nella sentenza Dasgupta del 2016, avevano riferito l'obbligo di rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa nel caso di *overturning di condanna* anche al giudizio di primo grado svoltosi con rito abbreviato, formulando un *obiter dictum* rispetto al caso da decidere, basandosi sulla considerazione che risultano identici poteri di integrazione probatoria al giudice dell'appello sia nel caso di giudizio ordinario che in caso di giudizio svoltosi secondo tale rito speciale (richiamando in proposito Corte cost., sent. n. 470 del 1991) e ritenendo irrilevante che gli apporti dichiarativi siano stati valutati in primo grado sulla base dei soli atti di indagine ovvero a seguito di integrazione probatoria a norma dell'art. 438, comma 5, o dell'art. 441, comma 5, cod. proc. pen., dovendosi dare prevalenza al principio "*generalissimo*" dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Tale affermazione, proprio perché formulata in *obiter dictum*, non aveva convinto una parte della giurisprudenza di legittimità, sicchè si era riproposta la questione dopo alcune pronunce successive alla sentenza Dasgupta che, in aperto dissenso da essa, si ricollegavano all'orientamento maggioritario sino al momento della decisione delle Sezioni Unite del 2016 (cfr., prima della pronuncia Dasgupta, Sez. 2, n. 33690 del 23/05/2014, De Silva, Rv. 260147; Sez. 2, n. 40254 del 12/06/2014, Avallone, Rv. 260442; Sez. 2, n. 32655 del 15/07/2014, Zanoni, Rv. 261851; Sez. 3, n. 11658 del 24/02/2015, P., Rv. 262985; Sez. 3, n. 38786 del 23/06/2015, U., Rv. 264793; successivamente, cfr. Sez. 3, n. 43242 del 12/07/2016, C., Rv. 267626).

La questione, peraltro, è stata riproposta dall'ordinanza del collegio rimettente (Sezione Seconda 28/10/2016-9/11/2016) unicamente sotto il profilo della possibile trasposizione dei *criteri Dasgupta* al caso della pronuncia assolutoria di primo grado emessa con rito abbreviato non condizionato; secondo l'impostazione sul tema contraria a quella delle Sezioni Unite del 2016, infatti, il giudice d'appello non è obbligato a rinnovare l'istruttoria mediante l'esame dei dichiaranti, fermo restando il dovere di fornire una motivazione "rafforzata" e fatta comunque salva la scelta di incrementare il compendio probatorio con l'audizione dei dichiaranti, qualora lo reputi necessario per superare, nel caso concreto, ogni ragionevole dubbio.

È interessante analizzare, sia pur sinteticamente, le argomentazioni della sentenza n. 43242 del 2016, che si contrappone apertamente alle conclusioni delle Sezioni Unite Dasgupta in tema di abbreviato. Secondo detta pronuncia, le Sezioni Unite avrebbero compiuto un *obiter dictum* non coerente con il proprio ragionamento, dal momento che il dovere di riascolto in contraddittorio del dichiarante, sintonico con le forme del rito ordinario, doveva ritenersi invece dissonante rispetto al rito abbreviato non condizionato: essendo illogico obbligare il giudice di appello a ricondurre nei canoni propri di un giudizio dibattimentale il rito speciale attraverso un contatto diretto con la fonte della prova dichiarativa che il giudice di primo grado non ha avuto per espressa scelta dello stesso imputato. Inoltre, l'argomento adoperato dalle Sezioni Unite per superare la contraddizione – e cioè l'assunto per cui il dovere di attivare l'ascolto diretto del dichiarante non deriva tanto da un obbligo convenzionale, essendo piuttosto la conseguenza del canone "generalissimo" del necessario superamento del "ragionevole dubbio" – è giudicato dalla sentenza difforme non risolutivo, perché "proverebbe troppo" e comporterebbe che l'acquisizione orale della prova fosse obbligata anche in primo grado, tranne nell'ipotesi in cui la sentenza sia assolutoria, demolendo così la struttura del rito abbreviato, pur mantenendone una conseguenza in termini sanzionatori che più non avrebbe logica premiale.

Effettivamente, andando a rammentare più specificamente le ragioni che avevano portato le Sezioni Unite a fornire una risposta positiva alla questione dell'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa anche nel caso in cui il primo grado assolutorio si fosse svolto con il rito abbreviato, esse si ritrovano principalmente nella sottolineatura che il dovere del giudice di appello di rinnovare, anche d'ufficio, l'esame delle fonti di prova dichiarative ritenute decisive, in vista di un *overturning di condanna*, discende non tanto e non solo dalla necessità di una interpretazione adeguatrice rispetto ai principi della CEDU, come espressi dalla Corte di Strasburgo, ma, prima ancora, dal rispetto del criterio "generalissimo" dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, ispiratore della decisione del giudice penale.

Tale criterio "generalissimo" implica l'obbligo di escludere che possa reputarsi superato il dubbio ogniqualvolta, di fronte ad una diversa valutazione della prova dichiarativa che conduca ad un risultato peggiorativo nei confronti dell'imputato, il giudice di appello non abbia provveduto, in attuazione dei canoni di oralità e immediatezza, alla rinnovazione della istruttoria dibattimentale dinanzi a sé, nei casi di difforme valutazione delle dichiarazioni ritenute decisive dal primo giudice ai fini dell'assoluzione.

Sulla base di tali condivise considerazioni le Sezioni Unite, con la nuova pronuncia del 2017, Sez. U, n. 18620 del 19/1/2107, Patalano, Rv. 269785-269787, hanno ribadito il principio secondo cui, in caso di riforma in senso di condanna di una precedente pronuncia assolutoria, sussiste la necessità dell'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria relativa alla prova dichiarativa in appello, pur quando il giudizio di primo grado si sia svolto con rito abbreviato non condizionato, determinandosi altrimenti un vizio di motivazione; con la precisazione che è fatta salva l'ipotesi in cui la lettura della prova compiuta dal primo giudice sia stata travisata per omissione, invenzione o falsificazione, per la quale non ricorre obbligo di rinnovazione, poiché in questo caso la difformità cade sul significante (sul documento) e non sul significato (sul documentato) e, perciò, non può sorgere alcuna esigenza di rivalutazione di tale contenuto attraverso una nuova audizione del dichiarante.

Secondo le Sezioni Unite Patalano, utilizzando la prospettiva dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* come criterio di giudizio insuperabile e "generalissimo", risulta chiara la stretta correlazione tra tale canone, il dovere di motivazione rafforzata da parte del giudice della impugnazione in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado, il dovere di rinno-

vazione della istruzione dibattimentale e i limiti alla *reformatio in peius*, che ha come logica conseguenza la trasposizione di tali principi anche nel caso in cui il giudizio assolutorio di primo grado si sia svolto con rito abbreviato.

Quel che viene in rilievo, secondo tale logica, è la maggior forza persuasiva e la necessità di motivazione rafforzata alle quali obbliga il criterio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* nel caso in cui si voglia riformare un'assoluzione in condanna, perché, mentre la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, bensì la mera non certezza della colpevolezza.

Mutuando le parole di dottrina che già molti anni addietro aveva posto il problema e fornito la soluzione, coerente anche con l'impostazione della giurisprudenza di legittimità in tema di obblighi motivazionali del giudice d'appello (si vedano, per tutte, due storiche decisioni delle Sezioni Unite: Sez. U, n. 33748 del 12/7/2005, Mannino, Rv. 231679 e Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222139), la sentenza Patalano afferma che: *la regola "oltre ogni ragionevole dubbio" pretende dunque (ben al di là della stereotipa affermazione del principio del libero convincimento del giudice) percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, standards conclusivi di alta probabilità logica, dovendosi riconoscere che il diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa, estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa e razionale della prova*.

Su queste basi, si fondano le ragioni del perché sia inevitabile che, anche nel caso di giudizio assolutorio di primo grado emesso con rito abbreviato, si applichino i *criteri Dasgupta* per la rinnovazione della prova dichiarativa.

L'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado, infatti, travalica ogni pretesa di simmetria processuale legata al rito poiché, implicando l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non rileva rispetto alla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria, che rafforza significativamente la stessa presunzione d'innocenza, valore sottostante alla regola di giudizio b.a.r.d. (l'espressione deriva dall'acronimo inglese *beyond any resonable doubt*, che equivale al nostro *al di là di ogni ragionevole dubbio*).

In sintesi, si afferma che, affinchè l'*overturning* si concretizzi davvero in una motivazione rafforzata, che raggiunga lo scopo del convincimento "*oltre ogni ragionevole dubbio*", non si può fare a meno dell'oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive.

Secondo le Sezioni Unite Patalano, anche nell'ambito del giudizio abbreviato l'imperativo della motivazione rafforzata è destinato ad operare in tutta la sua ampiezza attraverso l'effettuazione obbligatoria di una istruttoria – quantunque non espletata nel giudizio di primo grado – e con l'assunzione per la prima volta in appello di una prova dichiarativa decisiva.

Non vi è dubbio che le opposte tesi in campo partano da piani di ragionamento del tutto diversi e, per questo, inconciliabili: le Sezioni Unite, prima nella sentenza Dasgupta, poi in quella Patalano, basano il proprio convincimento su presupposti epistemologici, afferenti al valore della prova dichiarativa ed alla verifica di essa nel giudizio svolto secondo la regola b.a.r.d., nonché su un obbligo di motivazione rafforzata identico per la riforma di condanna in appello, a prescindere dal rito secondo cui si sia svolto il giudizio di primo grado; la tesi che contraddice tali approdi insiste su una logica strettamente processuale, legata alle ragioni del rito abbreviato ed alla sua struttura, ritenute legittime anche da un punto di vista di compatibilità costituzionale, logica che, applicando i *criteri Dasgupta*, risulterebbe "tradita" ed elusa.

Infine, si evidenziano due ulteriori affermazioni della decisione Patalano.

Secondo la sentenza, l'avvenuta "costituzionalizzazione del giusto processo" induce a configurare il giudizio di appello che abbia ribaltato una sentenza assolutoria, pur se a seguito del rito abbreviato, un "nuovo" giudizio, in cui il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato, come già osservato, solo impiegando il metodo migliore per la formazione della prova. L'appello in tal caso non si risolve, infatti, in una mera sede di valutazione critica, in fatto e in diritto, dei percorsi motivazionali del giudice di primo grado, ma in un giudizio "asimmetrico" rispetto a quello di primo grado nel quale è comunque necessaria un'integrazione probatoria, non più da considerare in termini di eccezionalità rispetto ad un primo grado di giudizio connotato dalla presunzione di regolare esaustività dell'accertamento.

Inoltre, come già era stato per le Sezioni Unite Dasgupta, si evidenzia che l'obbligo di rinnovazione trova applicazione anche nel caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado, ai fini delle statuizioni civili, sull'appello proposto dalla parte civile, essendo anche in questo caso in gioco la garanzia del giusto processo a favore dell'imputato coinvolto in un procedimento penale (cfr. Rv. 269787).

4. La riforma assolutoria non richiede l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa: il contrasto dopo la sentenza Dasgupta e la decisione delle Sezioni Unite "Troise".

Le Sezioni Unite Dasgupta si sono pronunciate, in un chiaro passaggio motivazionale, anche sul tema *dell'overturning assolutorio* escludendo che l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa decisiva sussista nel caso di ribaltamento in appello della decisione di condanna e di conseguente riforma in senso assolutorio, poiché in tal caso non si pone un problema di applicazione del canone dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*.

Successivamente, la gran parte della giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente ed espressamente confermato il principio, ribadendo che l'obbligo di rinnovazione non sussiste nel caso di *overturning* assolutorio, non venendo in rilievo, in tal caso, il principio del superamento del "ragionevole dubbio" (in tal senso, tra le sentenze massimate, Sez. 3, n. 42443 del 7/6/2016, G., Rv. 267931; Sez. 5, n. 35261 del 6/4/2017, Lento, Rv. 270721; Sez. 5, n. 2499 del 15/11/2016, dep. 2017, Vizza, Rv. 269073; Sez. 3, n. 46455 del 17/2/2017, M., Rv. 271110, secondo cui "*l'assoluzione dopo una condanna non deve superare alcun dubbio, perché è la condanna che deve intervenire al di là di ogni ragionevole dubbio, non certo l'assoluzione, possibile anche ex art. 530, comma 2, cod. proc. pen.*").

In altre pronunce, si è posto in risalto come, all'assenza di tale obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa in caso di *overturning* assolutorio, si accompagni, tuttavia, la necessità che il giudice d'appello strutturi la motivazione della propria decisione assolutoria in maniera rafforzata, dando puntuale ragione delle difformi conclusioni assunte (Sez. 4, n. 4222 del 20/12/2016, dep. 2017, Mangano, Rv. 268948; Sez. 3, n. 29253 del 5/5/2017, C., Rv. 270149; Sez. 3, n. 6880 del 26/10/2016, dep. 2017, DL., Rv. 269523), sebbene non manchino pronunce in senso contrario su tale specifico punto (Sez. 3, n. 46455 del 17/2/2017, M., Rv. 271110; Sez. 5, n. 29261 del 24/2/2017, S., Rv. 270868).

Peraltro, la tesi favorevole alla necessità di motivazione rafforzata anche in caso di riforma della condanna in assoluzione costituiva orientamento maggioritario anche prima della pronuncia Dasgupta (già optavano per la necessità di una "motivazione rafforzata", o – secondo l'espressione utilizzata da alcune sentenze – di una "nuova e compiuta struttura motivazionale che dia ragione delle difformi conclusioni assunte", tra quelle massimate: Sez. 6, n. 46742 del 8/10/2013, Hamdi Rhida, Rv. 257332; Sez. 6, n. 1253 del 28/11/2013, dep. 2014, Ricotta, Rv. 258005; Sez. 2, n. 50643 del 18/11/2014, Fu, Rv. 261327; Sez. 4, n. 35922 del 11/7/2012, Ingrassia, Rv. 254617). Ciò perché, come si è efficacemente sintetizzato, il giudice di appello, che, in radicale riforma della sentenza di condanna di primo grado,

pronunci sentenza di assoluzione, ha l'obbligo di confutare in modo specifico e completo le argomentazioni della decisione di condanna, essendo necessario scardinare l'impianto argomentativo-dimostrativo di una decisione assunta da chi ha avuto diretto contatto con le fonti di prova (Sez. 5, n. 21008 del 6/5/2014, Barzaghi, Rv. 260582).

Il principio di *motivazione rafforzata* riposa, infatti, sulle affermazioni della "storica" sentenza delle Sezioni Unite – la pronuncia Sez. U, n. 33748 del 12/7/2005, Mannino, Rv. 231679, già cit. –, che ha stabilito, in linea generale, l'obbligo, nel caso in cui il giudice di appello riformi totalmente la decisione di primo grado, di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato (prima ancora, un'altra pronuncia delle Sezioni Unite, n. 6682 del 4/2/1992, Musumeci, Rv. 191229 si era espressa sul tema in modo analogo).

Analizzando le ragioni profonde della scelta operata dalle Sezioni Unite con riguardo all'*overturning assolutorio*, deve evidenziarsi come il ragionamento della pronuncia Dasgupta si snodi attraverso una ricostruzione che ha un filo conduttore preciso: quello delle garanzie per l'imputato, rappresentate dalla struttura stessa del processo accusatorio, dalla presunzione di innocenza e dalla regola dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, quest'ultima concepita come principio generalissimo che informa il nostro sistema processuale e costituisce canone di ragionamento funzionale ad un esito di condanna, non già di assoluzione.

Le Sezioni Unite valorizzano l'apporto informativo che deriva dalla diretta percezione della prova orale come condizione essenziale della correttezza e completezza del ragionamento sull'apprezzamento degli elementi di prova, mettendolo in relazione con l'accresciuto *standard* argomentativo imposto per la riforma di una sentenza assolutoria dalla regola del "ragionevole dubbio", che si collega direttamente al principio della presunzione di innocenza.

Il paradigma di tale impostazione di ordine sistematico si evidenzia, poi, nell'affermazione contenuta in sentenza secondo cui il dovere di "motivazione rafforzata" da parte del giudice della impugnazione, in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado, il canone "*al di là di ogni ragionevole dubbio*", il dovere di rinnovazione della istruzione dibattimentale ed i limiti alla *reformatio in pejus "si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale*".

In tale visione, evidentemente, non c'è spazio per giungere alle medesime conclusioni nello speculare e diverso caso in cui, basandosi su una differente valutazione della prova dichiarativa nei due gradi di giudizio, la riforma in appello pervenga ad esiti assolutori rispetto ad una pronuncia di condanna in primo grado.

E difatti, la sentenza Dasgupta afferma nettamente che il ribaltamento in chiave assolutoria di un precedente giudizio di condanna, pur se operato dal giudice d'appello senza rinnovazione della istruzione dibattimentale, è "*perfettamente in linea con la presunzione di innocenza"*, presidiata dai criteri di giudizio di cui all'art. 533 cod. proc. pen. E ciò perché, si dice ancora, in tale ipotesi non deve farsi questione del principio di "*oltre ogni ragionevole dubbio*", canone indispensabile di giudizio solo nel caso di esiti di condanna.

Le Sezioni Unite, infine, prendono apertamente le distanze dall'unico precedente all'epoca massimato (Sez. 2, n. 32619 del 24/04/2014, Pipino, Rv. 260071) che aveva affermato, viceversa, la necessità di dover previamente procedere a rinnovazione della prova dichiarativa, al di là del riconosciuto dovere di "motivazione rafforzata", anche nel caso di riforma della sentenza di condanna in senso assolutorio da parte del giudice di appello.

È proprio, invece, seguendo l'opzione della sentenza n. 32619 del 2014, ed ampliandola con ulteriori argomentazioni, che una pronuncia successiva alle Sezioni Unite Dasgupta si è posta in contrasto con le conclusioni proposte dal massimo collegio nomofilattico a proposito di obbligo di rinnovazione istruttoria e *overturning assolutorio*.

Sez. 2, n. 41571 del 20/6/2017, Marchetta, Rv. 270750 ha affermato che sussiste l'obbligo per il giudice di appello, sancito dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, di escutere nuovamente i dichiaranti, qualora valuti diversamente la loro attendibilità rispetto a quanto ritenuto in primo grado, poiché detto obbligo costituisce espressione di un generale principio di immediatezza e trova applicazione non solo nel caso di riforma della decisione assolutoria, ma anche quando il giudice d'appello intenda riformare la sentenza di condanna emessa in primo grado, e cioè nell'ipotesi inversa.

Anche la sentenza "Marchetta", così come quella "Pipino", è stata pronunciata con riferimento specifico alle dichiarazioni rese dalla persona offesa ed alla loro mancata riassunzione in sede di appello.

Le ragioni motivazionali di tale recente arresto giurisprudenziale, difforme, dunque, dall'orientamento maggioritario, autorevolmente rappresentato anche dalle Sezioni Unite, prendono il via dalla considerazione (basata su un *excursus* giurisprudenziale) che l'obbligo di *motivazione cd. rafforzata* deve essere ricondotto all'ipotesi di riforma radicale della sentenza, a prescindere dall'epilogo decisorio di condanna piuttosto che di assoluzione (nel caso di specie, la sentenza impugnata viene ritenuta deficitaria già sotto questo profilo), ed assorbe il principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, poiché offre un campo più ampio di intervento al giudice di legittimità, fondato sulla verifica della complessiva tenuta motivazionale della decisione di riforma in appello.

Pur facendo proprie alcune affermazioni della sentenza Dasgupta, e, più ancora, di quella Patalano, legate alla necessità di adottare il metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile, in caso di riforma in appello della sentenza di primo grado, la pronuncia Marchetta si oppone alle loro conclusioni circa la non necessità di procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa in appello nel caso in cui il giudice di secondo grado si determini in senso assolutorio rispetto ad un precedente *decisum* di condanna, adducendo: a) ragioni sistematiche; b) ragioni di coerenza con il più profondo contenuto della giurisprudenza europea; c) il richiamo al ruolo della "vittima" nel processo penale sulla base dei più recenti interventi legislativi.

Le ragioni di riferimento sistematico vengono ricondotte:

- alla ritenuta "oggettivizzazione" del principio del "giusto processo", da parte del legislatore costituzionale che ha introdotto l'art. 111 Cost., individuando il principio stesso come un'esigenza obiettiva ed irrinunciabile dell'ordinamento costituzionale, prima ancora che come una pretesa di parte (si cita Corte. cost. n. 131 del 1996);
- al principio di legalità dettato dall'art. 25 Cost., che implica la "legalità nel procedere", salvaguardata dal canone di obbligatorietà dell'azione penale, che concretizza il principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (si citano le sentenze nn. 190 del 1970 e 96 del 1975);
- alla stessa struttura dell'ordine giudiziario, che vede il pubblico ministero, titolare del potere di impugnazione, quale organo autonomo e indipendente, obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione (il richiamo è a Corte cost. n. 88 del 1991, nonché n. 111 del 1993, che evoca la ricerca della verità come fine primario del processo penale). In tale ottica, il potere di impugnazione del pubblico ministero ha come scopo istituzionale quello di assicurare la corretta applicazione della legge penale nel caso concreto e, in tal modo, l'effettiva attuazione dei principi di legalità ed eguaglianza nella prospettiva della tutela dei molteplici interessi al cui presidio sono poste le norme incriminatrici (si cita Corte cost. n. 26 del 2007).

Da tali ragioni sistematiche la sentenza Marchetta – citando ancora Corte cost. n. 26 del 2007 – afferma che il canone "*al di là di ogni ragionevole dubbio*" rappresenta la risultante di una valutazione e non incide sul giudizio di certezza che i diversi gradi di giurisdizione mirano a rafforzare, indipendentemente dai diversi approdi decisori, di colpevolezza o di innocenza, dei distinti giudizi, sicchè, se il pubblico ministero è portatore di una prospettiva di legalità processuale e la pluralità di gradi di giurisdizione tende alla certezza della decisione, in vista del raggiungimento della verità processuale e per l'attuazione del principio di legalità, allora anche nell'ipotesi di ribaltamento di condanna in assoluzione deve essere necessario adottare lo stesso parametro di giudizio circa la necessità di riassumere la prova dichiarativa. Se il ragionevole dubbio è il risultato di una valutazione ed impone l'adozione del metodo oralità/immediatezza, tale metodo deve essere utilizzato sempre, in qualsiasi ipotesi di decisioni contrastanti nei due gradi di giudizio. Si verificherebbe, altrimenti, l'aporia sistematica secondo cui condannare *ex actis* in appello non sarebbe consentito, laddove assolvere *ex actis* sarebbe possibile.

Inoltre, anche una corretta analisi della giurisprudenza della Corte EDU e delle più recenti innovazioni legislative nell'ottica della tutela della vittima all'interno del processo penale condurrebbe a concludere per l'applicabilità dell'obbligo di rinnovazione anche all'*overturning assolutorio*. Essa non distingue, infatti, tra pronunce in tema di *colpevolezza* o di *innocenza* quando richiede che il giudice chiamato a decidere debba valutare direttamente le prove, udire i testimoni e verificarne l'attendibilità, anzi alcune sentenze recenti della Corte EDU aprono espressamente la valutazione sulla equità/iniquità del processo ai sensi dell'art. 6 CEDU alla verifica del rispetto non soltanto dei *diritti della difesa* ma anche dell'*interesse del pubblico e delle vittime a che gli autori del reato siano debitamente perseguiti* (in tal senso, si citano, tra le altre, le sentenze *Ben Moumen c. Italia* del 23/6/2016; *Taxquet c. Belgio [GC]*, n. 926 del 2005; *Gäfgen c. Germania [GC]*, n. 22978 del 2005), conferendo rilievo anche ai diritti dei testimoni stessi (cfr. Doorson c. Paesi Bassi del 26 marzo 1996; *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* n. 26766 del 2011); sempre maggior tutela, altresì, viene conferita – secondo la sentenza Marchetta – dalla Corte EDU ai diritti della parte civile (si evidenziano in tal senso le sentenze *Beganovic c. Croazia* del 25/6/2009; *Alikaij e altri c. Italia* del 29/3/2011; *Kosteckas c. Lithuania* del 13/6/2017).

L'ultimo degli argomenti logico-interpretativi utilizzati dalla pronuncia Marchetta è quello che fa leva sul mutato scenario normativo interno, proponendosi una ricostruzione storica, attraverso le innovazioni legislative procedurali che si sono negli anni susseguite, che insiste sul ruolo sempre più centrale assunto dalla persona offesa nel processo penale: divenuta vero e proprio soggetto processuale con il nuovo codice di rito del 1988, essa, con alcuni, recenti interventi normativi, in attuazione della direttiva 2012/29/UE (il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, cui ha fatto seguito la legge 23 giugno 2017, n. 103), ha assunto una veste sempre più rilevante, sino a "*ridefinire il volto del processo*" che si presenta oggi con una *inedita dimensione triadica*, caratterizzata, sul versante della "vittima-persona offesa", da ampi diritti di partecipazione, di conoscenza dello sviluppo processuale e di tutela in sede penale dei propri diritti.

L'evidente contrasto tra le affermazioni della sentenza Marchetta e quelle delle Sezioni Unite contenute nella sentenza Dasgupta ha imposto, dunque, un loro nuovo pronunciamento, all'udienza del 21/12/2017 sulla questione se sussista l'obbligo di rinnovare la prova dichiarativa ritenuta decisiva anche in caso di riforma assolutoria e non soltanto nell'ipotesi di *overturning* di condanna.

Ebbene, stando alla informazione provvisoria diffusa dalle Sezioni Unite, sono stati confermati in tutto i principi già stabiliti in motivazione dalla sentenza del 2016 Dasgupta.

Si legge, infatti, con riferimento alla questione controversa (sorta da un ricorso del Procuratore Generale della Corte d'Appello di Napoli avverso la riforma assolutoria della decisione di condanna di primo grado dell'imputato Troise dai reati di concorso in omicidio e porto e detenzione di armi, senza che fossero riascoltati i testi utilizzati per fondare il primo giudizio e basandosi prevalentemente su una perizia che aveva escluso il valore probatorio delle immagini di un sistema di videosorveglianza che aveva ritratto l'autore del delitto) la seguente affermazione:

"Nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice d'appello non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado. Tuttavia, il giudice di appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell'art. 603 cod. proc. pen.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado."

Dunque, appare evidente che la sentenza Troise, della quale non sono ancora note le motivazioni, ha deciso nel senso di dare continuità interpretativa all'indirizzo espresso dalla pronuncia Dasgupta quanto all'insussistenza di un obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa decisiva anche nei casi di *overturning assolutorio*.

Del resto, si è detto che il piano del ragionamento motivazionale che aveva portato le Sezioni Unite, prima con la sentenza del 2016, poi con la pronuncia Patalano, ad analizzare l'obbligo di rinnovazione nel giudizio di riforma in appello era fondato, prima ancora che sul rispetto della giurisprudenza europea in tema di *fair trial*, su principi generali costitutivi del nostro stesso ordinamento costituzionale e processual-penale (presunzione d'innocenza, canone di giudizio del *ragionevole dubbio*, necessità di motivazione rafforzata), tutti rivolti a delineare le garanzie per l'imputato nel processo dinanzi ad un'accusa a lui rivolta, sicchè, venendo a mancare, come accade nell'esito assolutorio, il bisogno di argomentare *beyond any resonable doubt*, non è richiesto l'obbligo di rinnovare l'istruttoria decisiva in appello.

Peraltro, pochi giorni prima della decisione delle Sezioni Unite del 21.12.2017, un'altra, rilevante pronuncia di legittimità – Sez. 6, n. 55748 del 14/9/2017, Allavena – si era iscritta nella teoria di decisioni adesive alle ragioni di Sez. U, n. 27620 del 28/4/2016, Dasgupta, Rv. 267486-267492, escludendo, nell'ipotesi di *overturning assolutorio*, la sussistenza della violazione dell'art. 6 CEDU in caso di mancata rinnovazione dell'istruttoria sulla prova dichiarativa decisiva.

In particolare, la sentenza ha evidenziato, con ampia motivazione, che solo quando si riforma una sentenza di assoluzione viene in questione il principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, il quale impone che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sia sorretta da elementi dirimenti, tali da evidenziare l'insostenibilità dell'esito assolutorio. Al contrario, per il ribaltamento della sentenza di condanna di primo grado è sufficiente la mera plausibilità processuale della ricostruzione alternativa del fatto proposta dalla difesa.

Si è aggiunto che il principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* opera in favore del solo imputato, il che rende necessitato il ricorso al metodo di assunzione diretta della prova dichiarativa, epistemologicamente più affidabile, unicamente per il sovvertimento in appello della decisione assolutoria di primo grado.

Ancora, sotto il versante del principio di immediatezza nell'acquisizione della prova dichiarativa – individuato dalle Sez. U Dasgupta per essere, nel modello di giudizio ordinario, "il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa" della prova orale e "condizione essenziale della correttezza e completezza del

ragionamento sull'apprezzamento degli elementi di prova" – non ha carattere assoluto e risulta recessivo là dove, come in caso di riforma di una sentenza di condanna, il principio del ragionevole dubbio non venga in questione.

Infine, con una precisazione che porta maggior chiarezza sugli esiti della più che decennale elaborazione interpretativa riferita al concetto generale, si precisa che l'uso corrente dell'unica locuzione "*motivazione rafforzata*" per ogni caso di ribaltamento non corrisponde ad identici obblighi dimostrativi: quelli necessari per giungere ad una decisione di riforma in senso assolutorio sono di natura sostanzialmente differente rispetto a quelli necessari nel caso di *overturning* di condanna, essendo asimmetrici "*gli statuti probatori imposti dalla presunzione di innocenza e dal suo corollario del ragionevole dubbio*" (la certezza della colpevolezza per la condanna, il dubbio processualmente plausibile per l'assoluzione).

Per la sentenza di condanna lo standard imposto dall'art. 533, comma 1, cod. proc. pen. corrisponde simmetricamente e specularmente a quanto l'art. 530, comma 2, cod. proc. pen. stabilisce per la sentenza di assoluzione.

A tali differenti statuti probatori corrispondono, dunque, diversi oneri motivazionali, a seconda che l'*overturning* riguardi una sentenza di assoluzione ovvero una di condanna. Infatti, mentre nel primo caso al giudice d'appello si impone l'obbligo di argomentare circa la configurabilità del diverso apprezzamento come l'unico ricostruibile al di là di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti vizi logici o inadeguatezze probatorie che abbiano minato la permanente sostenibilità del primo giudizio (si cita Sez. 6, n. 8705 del 24/01/2013, Farre, Rv. 254113); nel secondo caso il giudice d'appello dovrà giustificare soltanto la perdurante sostenibilità di ricostruzioni alternative del fatto, pur dovendosi confrontare con le ragioni addotte a sostegno della decisione impugnata, giustificandone l'integrale riforma (si cita Sez. 2, n. 50643 del 18/11/2014, Rv. 261327), non potendo comunque limitarsi ad inserire nella struttura argomentativa della riformata pronuncia delle generiche notazioni critiche di dissenso, ma essendo invece necessario che egli riesamini, sia pure in sintesi, il materiale probatorio vagliato dal primo giudice e quello eventualmente acquisito in seguito, per offrire una nuova e compiuta struttura motivazionale che dia ragione delle difformi conclusioni assunte (il riferimento è a Sez. 6, n. 1253 del 28/11/2013, Ricotta, Rv. 258005; Sez. 6, n. 46742 del 8/10/2013, Hanndi Ridha, Rv. 257332).

Infine, la sentenza ritiene razionalmente giustificato, alla stregua delle regole costituzionali e convenzionali del giusto processo, il diverso e meno rigoroso protocollo di assunzione cartolare della prova dichiarativa per il caso di riforma assolutoria.

Lo stesso art. 6 CEDU, infatti, conferma l'asimmetria di statuti probatori per la riforma in senso di condanna e per quella in senso di assoluzione, là dove all'enunciazione formale della presunzione di innocenza (par. 2), segue l'elenco dei diritti che all'accusato sono in conseguenza riconosciuti, tra i quali quello di "esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico" (par. 3, lett. d).

Tali norme ribadiscono "*la necessaria finalizzazione dei metodi di assunzione della prova dichiarativa alla concreta realizzazione della presunzione di innocenza e del diritto di difesa e la possibile recessività di forme di contraddittorio per la prova orale connotate da immediatezza allorché i diritti dell'accusato non soffrano, per questo, alcun nocumento*."

Un'elaborazione approfondita, come appare evidente, che probabilmente farà sentire la sua eco anche nelle future motivazioni della sentenza Troise.

In questa ottica, infatti, molto interessante è proprio il riferimento che l'informazione provvisoria sottolinea alla necessità che la motivazione dell'assoluzione in riforma sia "*puntuale ed adeguata*", idonea, cioè, a fornire una razionale giustificazione della difforme convinzione raggiunta rispetto al giudice di primo grado.

Probabilmente vedremo, poi, al deposito della motivazione della sentenza Troise, come si riempirà di ulteriori contenuti e distinguo l'endiadi utilizzata dalle Sezioni Unite per delineare, nell'ipotesi di specie, il concetto generale di *motivazione rafforzata*, unico ma "a geometria variabile", come giustamente posto in risalto dalla sentenza n. 55748 del 2017, in ragione dell'esito di riforma deciso.

In tal modo le Sezioni Unite sembrano aver sciolto anche quello che abbiamo visto essere uno dei dubbi interpretativi immediatamente sorti dopo la pronuncia Dasgupta, e cioè se, in caso di assoluzione, pur non ritenendosi sussistente alcun obbligo di rinnovazione istruttoria, esista pur sempre o non la necessità per il giudice d'appello di proporre una motivazione rafforzata, dando puntuale ragione delle difformi conclusioni assunte.

Si potrà fare chiarezza, altresì, sulla valenza del principio di motivazione rafforzata anche nella giurisprudenza europea, visto che esso viene evocato, anche recentemente in modo significativo, come uno dei criteri principali – alternativi alla rinnovazione della prova dichiarativa – per evitare di incorrere nella violazione dei principi di cui all'art. 6 CEDU (cfr. le sentenze della Corte EDU *Chiper c. Romania* del 27/06/2017, che richiama la precedente *Kashlev c. Estonia* del 26.4.2016, con le quali si è esclusa la violazione dell'art. 6 CEDU quando la rinnovazione non si è tenuta ma l'ordinamento comunque ha assicurato adeguate garanzie contro arbitrarie o irragionevoli valutazioni della prova o ricostruzioni dei fatti, come l'obbligo per il giudice di appello, in caso di riforma del proscioglimento, di esporre una motivazione particolarmente approfondita – "*particularly thorough*" – sulle ragioni del mutato apprezzamento delle risultanze processuali, con l'evidenza degli errori compiuti dal giudice di primo grado, e la previsione di un controllo sul rispetto di quell'obbligo).

5. Prospettive e futuri scenari.

All'esito dell'analisi sin qui condotta, appare chiaro che la rinnovazione della prova in appello ha offerto lo spunto per interrogarsi su temi profondi del nostro sistema processuale, non soltanto con riferimento al giudizio di secondo grado.

Si può affermare, così, che, nella prospettiva delle Sezioni Unite, la presunzione d'innocenza costituisce il sostrato valoriale del canone dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, al quale canone di giudizio è funzionale la percezione diretta della prova dichiarativa nel contraddittorio e strumentale il principio d'immediatezza della sua acquisizione; ma essa è anche un principio di rango assolutamente primario per l'ordinamento sovranazionale, rientrante tra gli elementi costitutivi della più generale nozione di *processo equo*.

Dunque, in tale ottica, il principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* si ricollega direttamente alla presunzione di innocenza, la quale, in ultima analisi, partecipa alla definizione dello *standard* argomentativo della motivazione, nelle vesti della necessità di una *motivazione rafforzata* (in tal senso, cfr. Sez. U, Dasgupta).

Risulta evidente, altresì, che molte delle affermazioni alle quali è giunta la giurisprudenza delle Sezioni Unite non sono state sempre frutto di un percorso evolutivo condiviso, ma, piuttosto, di una indicazione di tendenza che ha avuto bisogno anche di ulteriori interventi delle stesse Sezioni Unite per stabilizzarsi.

Con la decisione del 21/12/2017 siamo, infatti, alla terza pronuncia del massimo collegio nomofilattico resa intorno alla questione "rinnovazione della prova dichiarativa decisiva-riforma della sentenza di primo grado in appello"; e le prospettive future non sembrano del tutto prive di aspetti ulteriormente problematici, soprattutto per quel che riguarda l'*overturning* di condanna della sentenza di primo grado resa in abbreviato.

La Seconda Sezione, infatti, con ordinanza del 8/11/2017, dep. il 12.12.2017, n. 55419, ha messo in dubbio l'attualità delle affermazioni delle Sezioni Unite Patalano, stante la nuova formulazione dell'art. 603, comma 3-*bis* cod. proc. pen., ad opera della legge 23.6.2017, n. 103 (che, in ipotesi di riforma in chiave accusatoria, sembra escludere la necessità della rinnovazione in appello, nei casi di prove meramente cartolari), nonché l'intervento della decisione della Corte EDU *Fornataro c. Italia* del 26/9/2017 (con cui la Corte EDU ha dichiarato la manifesta infondatezza della doglianza sollevata dal ricorrente in relazione all'art. 6 CEDU ed alla valenza nel giudizio d'appello della prova testimoniale percepita solo *ex actis* dal decidente).

In tale sentenza, la Corte EDU sembra rievocare l'argomento secondo cui non sussiste violazione dell'equo processo quando si utilizza una prova dichiarativa in chiave accusatoria da parte di un giudice che non l'ha assunta direttamente, là dove ciò segua alla libera scelta dell'imputato (come nel caso di rito abbreviato).

Ed è proprio tale considerazione, unita all'argomento dell'interpretazione letterale e sistematica della nuova disposizione di cui all'art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., a spingere la Seconda Sezione a chiedere un nuovo intervento delle Sezioni Unite.

La prospettiva, che sorge alla fine del 2017, di modifica di un orientamento espresso dalla sentenza Patalano solo all'inizio del 2017 è sintomatica di quanto il principio dell'obbligo di rinnovazione istruttoria anche nel caso di riforma di sentenza di primo grado emessa con rito abbreviato sia stato non del tutto accettato da una parte della giurisprudenza di legittimità (del resto, ciò era già sembrato evidente dal cambio di relatore avutosi al momento della decisione delle Sezioni Unite Patalano, segno tangibile di una distanza di vedute anche in quell'occasione, all'interno della camera di consiglio).

Un ultimo tassello, temporalmente parlando, viene oggi a porsi, tuttavia, anche rispetto a tale recentissima ordinanza di rimessione, restituita il giorno 22 dicembre 2017 dalle Sezioni Unite alla Seconda Sezione penale della Corte, all'esito della decisione Troise, rilevando la necessità di una rivalutazione della riproposta questione, relativa all'obbligo della rinnovazione nel caso di riforma di sentenza di primo grado emessa con rito abbreviato, una volta che saranno depositate le motivazioni della sentenza stessa.

Una tale restituzione lascia presagire che probabilmente le Sezioni Unite potrebbero intervenire già in sede di motivazione della sentenza Troise (con un altro *obiter*?) sulla oramai annosa vicenda interpretativa, che, tuttavia, non è difficile prevedere prosegua ancora.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 27620 del 28/4/2016, Dasgupta, Rv.267486-267492
Sez. 3, n. 44006, del 24/09/2015, B., Rv. 265124
Sez. U, n. 18620 del 19/1/2107, Patalano, Rv. 269785-269787
Sez. 1, n. 29165 del 18/5/2017, H., Rv. 270280
Sez. 2, n. 24478 del 8/5/2017, Salute, Rv. 269967
Sez. 2, n. 28957 del 3/4/2017, D'Urso, Rv. 270109
Sez. 5, n. 54296 del 28/6/2017, Pesce
Sez. 5, n. 42746 del 9/5/2017, Fazzini, Rv. 271012
Sez. 5, n. 33272 del 28/3/2017, Carosella, Rv. 270471
Sez. 3, n. 19958 del 21/9/2016, dep. 2017, Chiri, Rv. 269782
Sez. 2, n. 54717 del 1/12/2016, Ciardo, Rv. 268826
Sez. 5, n. 12783 del 24/1/2017, Caterino, Rv. 269596
Sez. 3, n. 24306 del 19/1/2017, I., Rv. 270630
Sez. 4, n. 6366 DEL 6/12/2016, DEP. 2017, MAGGI, RV. 269035
Sez. 5, n. 1691 del 14/9/2016, dep. 2017, Abbruzzo, Rv. 269529
Sez. 2, n. 55068 del 26/9/2017, Panariello
Sez. 2, n. 33690 del 23/05/2014, De Silva, Rv. 260147
Sez. 2, n. 40254 del 12/06/2014, Avallone, Rv. 260442
Sez. 2, n. 32655 del 15/07/2014, Zanoni, Rv. 261851
Sez. 3, n. 11658 del 24/02/2015, P, Rv. 262985
Sez. 3, n. 38786 del 23/06/2015, U., Rv. 264793
Sez. 3, n. 43242 del 12/07/2016, C., Rv. 267626
Sez. U, n. 33748 del 12/7/2005, Mannino, Rv. 231679
Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222139
Sez. 3, n. 42443 del 7/6/2016, G., Rv. 267931
Sez. 5, n. 35261 del 6/4/2017, Lento, Rv. 270721
Sez. 5, n. 2499 del 15/11/2016, dep. 2017, Vizza, Rv. 269073
Sez. 3, n. 46455 del 17/2/2017, M., Rv. 271110
Sez. 4, n. 4222 del 20/12/2016, dep. 2017, Mangano, Rv. 268948
Sez. 3, n. 29253 del 5/5/2017, C., Rv. 270149
Sez. 3, n. 6880 del 26/10/2016, dep. 2017, DL, Rv. 269523
Sez. 3, n. 46455 del 17/2/2017, M., Rv. 271110
Sez. 5, n. 29261 del 24/2/2017, S., Rv. 270868
Sez. 6, n. 46742 del 8/10/2013, Hamdi Rhida, Rv. 257332
Sez. 6, n. 1253 del 28/11/2013, dep. 2014, Ricotta, Rv. 258005
Sez. 2, n. 50643 del 18/11/2014, Fu, Rv. 261327
Sez. 4, n. 35922 del 11/7/2012, Ingrassia, Rv. 254617
Sez. 5, n. 21008 del 6/5/2014, Barzaghi, Rv. 260582
Sez. 2, n. 32619 del 24/04/2014, Pipino, Rv. 260071

Sez. 2, n. 41571 del 20/6/2017, Marchetta, Rv. 270750
Sez. 6, n. 55748 del 14/9/2017, Allavena
Sez. 6, n. 8705 del 24/01/2013, Farre, Rv. 254113
Sez. 2, n. 50643 del 18/11/2014, Rv. 261327
Sez. 2, ordinanza n. 55419 del 8.11.2017

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 348
Corte cost., sent. n. 349 del 2007
Corte cost., sent. n. 49 del 2015
Corte cost., sent. n. 470 del 1991
Corte cost., sent. n. 131 del 1996
Corte cost., sent. n. 190 del 1970
Corte cost., sent. n. 96 del 1975
Corte cost., sent. n. 88 del 1991
Corte cost., sent. n. 111 del 1993
Corte cost., sent. n. 26 del 2007

Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, *Dan c. Moldavia* del 05/11/2011
Corte EDU, *Manolachi c. Romania* del 05/03/2013
Corte EDU, *Flueraş c. Romania* del 09/04/2013
Corte EDU, *Lorefice c. Italia* del 29/6/2017
Corte EDU, *Tahery e Al-Kawaja c. Regno Unito* del 15/12/2011
Corte EDU, *Tseber c. Repubblica Ceca* del 22/11/2012
Corte EDU, *Schatschaschwili c. Germania* del 15/12/2015
Corte EDU, *Accardi c. Italia* del 20/1/2005
Corte EDU, *Ben Moumen c. Italia* del 23/6/2016
Corte EDU, *Taxquet c. Belgio [GC]*, n. 926 del 2005
Corte EDU, *Gäfgen c. Germania [GC]*, n. 22978 del 2005
Corte EDU, *Doorson c. Paesi Bassi* del 26 marzo 1996
Corte EDU, *Beganovic c. Croazia* del 25/6/2009
Corte EDU, *Alikaij e altri c. Italia* del 29/3/2011
Corte EDU, *Kosteckas c. Lithuania* del 13/6/2017
Corte EDU, *Chiper c. Romania* del 27.6.2017
Corte EDU, *Kashlev c. Estonia* del 26.4.2016
Corte EDU, *Fornataro c. Italia* del 26.9.2017

CAPITOLO III

I POTERI DECISORI DELLA CORTE DI CASSAZIONE NELLA RIDETERMINAZIONE DELLA PENA

(Andrea Antonio Salemme)

SOMMARIO: 1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite e gli orientamenti in contrasto. – 2. Cenni alla giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen. prima della riforma di cui alla legge 23 giugno 2017, n. 103. – 3. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite. – 4. Gli argomenti addotti dalle Sezioni Unite a sostegno della decisione.

1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite e gli orientamenti in contrasto.

Con un'articolata ordinanza, Sez. 4, n. 47059 del 19/10/2017, Matrone – relativa ad un caso in cui l'imputato spiegava ricorso per cassazione lamentando la (presunta) illegalità della pena di euro 500 di multa inflittagli per il delitto di lesioni personali colpose, siccome (in tesi) superiore al minimo edittale di cui all'art. 590, comma 1, cod. pen. – rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del procedimento alle Sezioni Unite in ordine alla questione controversa concernente i limiti entro cui la Corte di cassazione, nel caso di applicazione di una pena illegale da parte del giudice di merito, può procedere alla rideterminazione della stessa in base all'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen., come modificato dall'art. 1, comma 67, della legge 23 giugno 2017, n. 103.

Secondo l'ordinanza, la nuova lett. l), cit., a termini della quale la Corte di cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio, tra l'altro, se «ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio», legittima la Corte stessa a rideterminare la pena ogniqualvolta l'accertamento in fatto esperito dal giudice di merito e rassegnato nella sentenza impugnata sia sufficiente a consentire alla stessa di farlo. Detta soluzione è infatti l'unica ad attribuire un significato operativo alla modifica intercorsa, che, altrimenti, resterebbe relegata ad una dimensione riduttivamente ricognitiva; al contrario, la propugnata interpretazione evolutiva trova ragion d'essere in «una prospettiva di ampliamento dei poteri della Cassazione» in sede di annullamento senza rinvio, prospettiva di ampliamento che si ispira al modello della decisione della causa nel merito nei giudizi civili da parte della Corte medesima ai sensi dell'art. 384, comma 2, cod. proc. civ. (nel testo sostituito dall'art. 12 del D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40). Effettivamente, tanto più ampi sono i poteri decisionali della Corte – con estensione della decisione anche al merito – in conseguenza dell'annullamento della sentenza impugnata, tanto minori sono i casi di rinvio, cosicché, in definitiva, il potere della Corte di rideterminare la pena affonda le radici nella «"ratio" deflattiva che ispira la novella». Nondimeno l'attribuzione alla Corte della possibilità di riformulare il trattamento sanzionatorio – osserva ancora l'ordinanza – non è indiscriminata, bensì limitata ai soli casi in cui «l'accertamento compiuto nella sentenza impugnata fornisce dati tali da consentire detto giudizio». Verificatasi tale condizione, il potere di rideterminazione costituisce «certamente» esercizio di «discrezionalità», che tuttavia non implica «nuovi accertamenti in fatto, ma [è] collegata ai parametri acquisiti nella sentenza di merito».

Riteneva la Sez. 4 che la proposta interpretazione si ponesse in contrasto con l'avviso espresso da Sez. 6, n. 44874 dell'11/09/2017, Dessì, la quale, pur dopo la L. n. 103 del 2017, avrebbe, a suo dire, «inteso dare conferma all'orientamento consolidato, secondo cui il presupposto affinché la Corte di cassazione possa procedere alla determinazione della pena è la mera possibilità di correggere la decisione, senza sostituire giudizi di merito, incompatibili con le attribuzioni tipiche del giudice di legittimità».

In realtà, la sent. Dessì – dichiarata, in una fattispecie riguardante la commissione di plurimi delitti di truffa aggravata in continuazione, l'estinzione di quelli più risalenti per prescrizione – ha sì annullato la sentenza impugnata con rinvio per la rideterminazione della pena rispetto ai residui, ma consta aver tenuto espressamente conto della modifica della lett. l) ex lege n. 103 del 2017, escludendone l'applicazione in funzione proprio di quanto dalla stessa previsto: più precisamente, una nuova quantificazione del trattamento sanzionatorio in conseguenza del parziale scioglimento del vincolo della continuazione era nella specie impedito da una manchevole ricostruzione dei fatti nella loro dimensione storico-temporale. Illuminante, a tale riguardo, è quella considerazione (che leggesi al par. 11 delle motivazioni in diritto) secondo cui gli elementi di valutazione occorrenti alla Corte per compiere tale operazione avrebbero implicato una diretta disamina degli atti del giudizio e non, semplicemente, come invece pretende la lett. l), laddove condiziona la rideterminazione alle «statuizioni del giudice di merito», della sola sentenza impugnata.

I due poli del paventato conflitto, nei termini testé sunteggiati, erano dunque rappresentati soltanto, da un lato, dalla stessa ordinanza di rimessione e, dall'altro, dalla sent. Dessì.

Sulla nuova lett. l) del comma 1 dell'art. 620 cod. proc. pen. si era pronunciata anche Sez. 6, n. 52186 del 27/10/2017, Putzu, la quale – nel giudicare fondato un ricorso avverso una sentenza emessa in sede di rinvio che aveva obliterato, nella quantificazione della pena irroganda all'imputato, di tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti generiche già concesse con le due precedenti decisioni di merito – ha fatto applicazione di tale disposizione per annullare la sentenza stessa senza rinvio, procedendo direttamente alla rideterminazione della pena. Talché la sent. Putzu pare assimilabile all'ordinanza di rimessione nell'affermazione della necessità pratica di evitare un giudizio di rinvio superfluo; trattasi però di un'assimilazione solo di principio, atteso che, nel caso deciso dalla sent. Putzu, non veniva in linea di conto l'esercizio di alcun potere discrezionale ad opera della Corte, la quale, anzi, si è semplicemente limitata a prender atto della determinazione della diminuzione di pena per le circostanze attenuanti generiche costantemente calcolata, nei due precedenti gradi di merito, nella misura massima consentita, per l'effetto applicando essa medesima tale misura {nell'ult. par. delle motivazioni in diritto, leggesi che, «avuto riguardo alle 'connotazioni puramente aritmetichÈ [virgolette aggiunte, n.dr.] [del] calcolo (attenuanti generiche già concesse nella misura massima consentita di riduzione di un terzo della pena-base), [alla] correzione [dell'errore] può e deve procedere questa stessa Corte di legittimità a norma dell'art. 620, lett. l), cod. proc. pen. (come modificato dalla legge n. 103/2017), apparendo del tutto superfluo un nuovo rinvio al giudice di merito»}.

2. Cenni alla giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen. prima della riforma di cui alla legge 23 giugno 2017, n. 103.

Sotto il vigore della previgente formulazione della lett. l) del comma 1 dell'art. 620 cod. proc. pen., a termini della quale la Corte di cassazione era abilitata a pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio «in ogni altro caso in cui [… riteneva] superfluo il rinvio ovvero [poteva] essa medesima procedere alla determinazione della pena o dare i provvedimenti necessari», la Corte si è sempre dimostra restia ad effettuare da sé una nuova

quantificazione della pena, spingendosi a tanto solo qualora fossero applicabili meccanismi di calcolo predeterminati per espressa previsione di legge (come nel rito abbreviato, anche condizionato: Sez. 3, n. 37837 del 06/05/2014, M., Rv. 260258, che riprende Sez. 1, n. 8082 del 11/02/2010, Visentin, Rv. 246330) o comunque "automatici" in forza dell'estensione dei criteri dosimetrici utilizzati dal giudice di merito (Sez. 4, n. 15589 del 06/03/2006, Cantani, Rv. 233972, che ha rideterminato la pena nel minimo, avendo il giudice di merito erroneamente condannato l'imputato ad una pena inferiore al minimo).

L'insegnamento costantemente affermato era nel senso che «la possibilità, riconosciuta alla Corte di cassazione dall'art. 620, lett. l), cod. proc. pen., di procedere direttamente alla determinazione della pena deve ritenersi circoscritta alle ipotesi in cui alla situazione da correggere possa porsi rimedio senza accertamenti e valutazioni discrezionali su circostanze e punti controversi, suscettibili di diversi apprezzamenti di fatto, che rimangono in quanto tali operazioni incompatibili con le attribuzioni del giudice di legittimità» (Sez. 5, n. 6782 del 06/12/2016, Laconi, Rv. 269450, Sez. 4, n. 41569 del 27/10/2010, Negro, Rv. 248458 e Sez. 5, n. 5247 del 27/03/1991, Nicoletta, Rv. 187140).

3. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.

Sul descritto panorama giurisprudenziale interviene Sez. U, n. 3464 del 30/11/2017, dep. 2018, Matrone, a dirimere quel che è definito un contrasto più «apparente» che reale, atteso che nella sent. Dessì «non si disconosceva il contenuto innovativo della riforma […], ma si riteneva tale operazione impraticabile nel caso concreto».

Osservano nondimeno le Sezioni Unite come la «questione proposta [… ponga comunque …] all'attenzione delle [stesse] una problematica di ben più ampio respiro, che investe, al di là del caso particolare della rideterminazione in sede di legittimità di una pena inflitta in termini illegali nel giudizio di merito, o della quale è comunque necessaria la rideterminazione […], il significato complessivo della modifica dell'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen.», sotto il profilo dell'individuazione dei «presupposti che consentono alla Corte di cassazione, ove rilevi le condizioni per l'accoglimento di taluno dei motivi di ricorso e per l'annullamento della sentenza impugnata sui punti relativi, di ritenere superfluo il rinvio al giudice di merito e di provvedere direttamente alle statuizioni occorrenti, e dei limiti in cui tale potere può essere esercitato».

Ampliato in tali termini il perimetro della questione controversa, le Sezioni Unite giungono alla conclusione secondo cui «la Corte di cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio se ritiene superfluo il rinvio e se, anche all'esito di valutazioni discrezionali, può decidere la causa alla stregua degli elementi di fatto già accertati o sulla base delle statuizioni adottate dal giudice di merito, non risultando perciò necessari ulteriori accertamenti di fatto».

Aderiscono dunque le Sezioni Unite all'interpretazione evolutiva della lett. l) del comma 1 dell'art. 620 cod. proc. pen. propugnata dall'ordinanza di rimessione, quantunque in concreto non facciano applicazione dell'enunciato principio, dal momento che la pena inflitta all'imputato – considerato che il delitto ascrittogli è attribuito alla competenza del giudice di pace, con conseguente applicabilità delle modifiche alle cornici edittali stabilite dall'art. 52, comma 1, lett. a), del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 – non viola il minino (non più coincidente con quello dell'art. 590, comma 1, cod. pen.).

4. Gli argomenti addotti dalle Sezioni Unite a sostegno della decisione.

Senza voler in questa sede neppure abbozzare un tentativo di commento alla sentenza oggetto del presente contributo, che, per le premesse ermeneutiche assunte e per le con-

seguenze, non solo processuali, ma soprattutto sistematico-ordinamentali, della decisione, merita una riflessione sedimentata nel tempo, ci si limita ad osservare che il cuore dell'analisi condotta dal Massimo Consesso concerne l'istituzione di un "parallelismo" tra la non necessità di ulteriori accertamenti di fatto, che la lett. l) sintatticamente collega al ritenere la Corte di poter decidere («… se la Corte ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto…») e le statuizioni del giudice di merito sulla cui base la Corte può rideterminare la pena («… o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito …»). Afferma invero il Collegio che «l'intento del legislatore [della novella è] quello di ampliare la possibilità, per la Corte di cassazione in sede penale, di decidere il ricorso senza rinvio, in una prospettiva che tende ad assimilare il relativo potere a quello già riconosciuto nel giudizio di legittimità civile dall'art. 384 cod. proc. civ.».

In un quadro siffatto, «il richiamo della norma ad una decisione da assumersi 'sulla base delle statuizioni del giudice di merito' esplicita, per le determinazioni relative alla diversa quantificazione della pena, le modalità della valutazione sottesa in termini più generali al giudizio con il quale la Corte di cassazione 'ritiene di poter deciderÈ il ricorso, che si è visto essere posto dalla norma quale precondizione per l'operatività della fattispecie di annullamento senza rinvio in esame. Ne segue che le statuizioni di cui sopra sono previste quali parametri [ad un tempo] fondanti e orientativi della decisione del ricorso senza rinvio».

Sul versante assiomatico, vale l'assunto per cui, in tanto la Corte è messa nella condizione di ritenere di poter decidere, in quanto disponga di sufficienti statuizioni del giudice di merito: peraltro, il concetto in sé di sufficienza delle statuizioni del giudice di merito implica, di converso, la non necessità – e quindi la superfluità – del giudizio di rinvio, alla stregua di un'acquisizione già da lunga pezza radicata in giurisprudenza (come ricordano le stesse Sezioni Unite, che citano Sez. 6, n. 26226 del 15/03/2013, Savina, Rv. 255784, a termini della quale «nel giudizio di cassazione l'annullamento della sentenza di condanna va disposto senza rinvio quando, per l'avvenuta puntuale e completa disamina del materiale acquisito ed utilizzato nel giudizio di merito, il giudizio di rinvio non potrebbe in alcun modo colmare la situazione di vuoto probatorio storicamente accertata»; in precedenza, per teorizzazioni analoghe, Sez. 6, n. 37098 del 19/07/2012, Conti, Rv. 253380, nonché le due Sez. U, n. 45276 del 30/10/2003, Andreotti, Rv. 226100, e Sez. U, n. 22327 del 30/10/2002, Carnevale; già rispetto all'art. 539, n. 9, cod. proc. pen., Sez. 1, n. 118 del 20/10/1994, Olivieri, Rv. 200084).

Percorso detto versante (rivolto al recupero della continuità rispetto al passato), per valicarlo in direzione di quello (proiettato al futuro e perciò costituente il "proprium" della decisione delle Sezioni Unite) della costruzione di una "concretezza operativa" dell'annullamento senza rinvio, oltretutto non limitata alla rideterminazione della pena, è giust'appunto sull'addentellato delle ridette, sufficienti, statuizioni del giudice di merito che il giudizio della Corte, pur discrezionale, può dispiegarsi. Orbene, poiché la strada che la Corte può percorrere è già tracciata dal contenuto delle statuizioni medesime, è giocoforza concludere che si verta in ipotesi di «una 'discrezionalità vincolata', il cui esercizio è vincolato, infatti, da tali statuizioni. In primo luogo, dalla loro effettiva esistenza, intesa in senso processuale quale desumibilità dai provvedimenti di merito; in secondo luogo, dalla loro adeguatezza a sostenere una decisione senza rinvio in sede di legittimità; inoltre, dal delimitare le stesse il perimetro del materiale utilizzabile per la decisione della Corte di cassazione; infine, dal determinare entro questi limiti il contenuto di tale decisione».

Il dato di fondo, connotato da prorompente dinamicità, è che la discrezionalità, di per se stessa, non costituisce più un ostacolo insormontabile, per la Corte, a "completare" la propria decisione in punto di controllo della legittimità del provvedimento impugnato con

l'assunzione di ulteriori decisioni "di merito" in grado di definire la "res litigiosa", tra cui la rideterminazione della pena: decisioni che si confrontano bensì "con il fatto", nondimeno attraverso il testo del provvedimento stesso, con conseguente divieto di accesso alle emergenze probatorie rassegnate negli atti dei giudizi di merito.

In buona sostanza, la Corte di cassazione, sull'onda dell'economia processuale, anche nel settore penale, così come già nel settore civile a seguito degli interventi novellistici che a più riprese hanno inciso sul tessuto dell'art. 384 cod. proc. civ., cambia volto, assumendo connotazioni che la avvicinano al modello di una giurisdizione di terza istanza.

Dovrà attendersi un congruo lasso di tempo per fare bilanci circa l'effettiva incidenza deflattiva della riforma dell'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen.: oggi, al fine di creare le condizioni per farla funzionare, può solo convenirsi con il monito finale delle Sezioni Unite, diretto ai giudici di merito in sede di redazione delle motivazioni dei loro provvedimenti, circa l'urgenza che essi si facciano carico di una ricostruzione quanto più possibile chiara, e quindi completa e puntuale, ancorché non ridondante, dei vari profili di fatto implicati dalla vicenda (con l'esplicitazione, ad esempio, non solo dei singoli passaggi nel calcolo della pena finale, ma soprattutto delle ragioni volte ad esplicitare il motivo dell'individuazione di un certo "quantum" di pena), onde consentire alla Corte, nell'eventualità, di evitare il giudizio di rinvio (e quindi un aggravio del loro stesso lavoro).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 3464 del 30/11/2017, dep. 2018, Matrone
Sez. 6, n. 52186 del 27/10/2017, Putzu
Sez. 4, n. 47059 del 19/10/2017, dep. 2017, Matrone
Sez. 6, n. 44874 dell'11/09/2017, Dessì
Sez. 5, n. 6782 del 06/12/2016, Laconi, Rv. 269450
Sez. 3, n. 37837 del 06/05/2014, M., Rv. 260258
Sez. 6, n. 26226 del 15/03/2013, Savina, Rv. 255784
Sez. 6, n. 37098 del 19/07/2012, Conti, Rv. 253380
Sez. 4, n. 41569 del 27/10/2010, Negro, Rv. 248458
Sez. 1, n. 8082 del 11/02/2010, Visentin, Rv. 246330
Sez. 4, n. 15589 del 06/03/2006, Cantani, Rv. 233972
Sez. U, n. 45276 del 30/10/2003, Andreotti, Rv. 226100
Sez. U, n. 22327 del 30/10/2002, Carnevale
Sez. 1, n. 118 del 20/10/1994, Olivieri, Rv. 200084
Sez. 5, n. 5247 del 27/03/1991, Nicoletta, Rv. 187140

CAPITOLO IV

L'APPLICABILITÀ DELLE SANZIONI SOSTITUTIVE NEL GIUDIZIO DI APPELLO

(Debora Tripiccione)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione controversa. – 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Il quinto comma dell'art. 597 cod. proc. pen. prevede una deroga espressa all'effetto parzialmente devolutivo dell'appello laddove attribuisce al giudice di appello la possibilità di applicare d'ufficio la sospensione condizionale della pena, la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale e una o più circostanze attenuanti e di procedere, quando occorre, al giudizio di comparazione ex art. 69 cod. pen.

Tale potere rappresenta una sostanziale novità rispetto al precedente impianto del codice del 1930, ispirato al principio generale dell'effetto parzialmente devolutivo dell'appello, sancito all'art. 515 (il cui contenuto è stato trasfuso nell'attuale art. 597, comma 1, cod. proc. pen.). La sua introduzione era prevista dalla direttiva n. 91 della legge delega del 16 febbraio 1987 n. 81, limitatamente alla concessione dei benefici di legge e delle circostanze attenuanti. Secondo quanto si legge nella relazione ministeriale al progetto preliminare del codice di procedura penale, la scelta di delimitare il potere d'ufficio del giudice d'appello all'applicazione della sospensione condizionale della pena, della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale e delle circostanze attenuanti fu determinata dall'inopportunità di attribuire a tal fine dei *"poteri istruttori al giudice di appello che finirebbe con l'ottenere dei poteri più ampi di quelli del giudice di primo grado"*. Il potere di comparazione fu introdotto solo nel testo definitivo del codice in quanto "*logicamente collegato con quello di applicare di ufficio circostanze attenuanti*" (Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale).

La norma in esame è stata considerata da Sez. U, n. 7346 del 16/03/1994, Magotti, Rv. 197700, quale eccezione alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo sancita dal comma 1. In virtù del carattere eccezionale del potere officioso del giudice di appello, la giurisprudenza di legittimità ha, pertanto, ritenuto che il giudice di appello non può escludere d'ufficio delle circostanze aggravanti ritenute sussistenti da quello di primo grado (Sez. 6, n. 800 del 06/12/2011, Bidognetti, Rv. 251529; Sez. 2, n. 47025 del 03/10/2013, Cogotti, Rv. 257752) o mitigare d'ufficio il trattamento sanzionatorio (Sez. 6, n. 7994 del 17/06/2014, Riondino, Rv. 262455; Sez. 4, n. 46584 del 06/10/2004, Vannicola, Rv. 230402; Sez. 4, n. 11875 del 12/10/1994, Silvestri, Rv. 200404). La questione relativa all'applicabilità d'ufficio delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi ha, invece, determinato l'affermarsi di due contrastanti orientamenti.

2. La questione controversa.

Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità il giudice d'appello, in assenza di uno specifico motivo di gravame, non può applicare d'ufficio le sanzioni sostitutive. Tale opzione ermeneutica fa leva sul carattere eccezionale dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen che, in deroga al principio dell'effetto parzialmente devolutivo dell'appello,

attribuisce "specificamente, e non esemplificativamente", al giudice dell'impugnazione dei poteri discrezionali. Si esclude, pertanto, qualsiasi interpretazione estensiva ed analogica di tale norma che, in violazione dell'art. 14 preleggi, attribuisca al giudice d'appello dei poteri diversi da quelli tassativamente indicati dal legislatore, come quello di sostituire le pene detentive brevi, ove ciò non costituisca uno specifico motivo d'impugnazione, ma sia sollecitato nel corso del giudizio (Sez. 5, n. 2039 del 17/01/1997, Amici, Rv. 208671; Sez. 1, n. 166 del 26/09/1997, Gargano, Rv. 209438; Sez. 5, n. 9391 del 04/06/1998, Margiotta, Rv. 211446; Sez. 6, n. 9704 del 20/04/2000, Ricci, Rv. 217644; Sez. 5, n. 44029 del 10/10/2005, Della Cerra, Rv. 232536; Sez. 6, n. 39512 del 22/05/2009, Rapisarda, Rv. 245372; Sez. 4, n. 12947 del 20/02/2013, Pilia, Rv. 255506).

Tale principio di diritto era stato affermato durante la vigenza del codice del 1930 (in cui l'art. 515 cod. proc. pen. era strutturato sulla base del solo effetto parzialmente devolutivo dell'appello). In particolare, Sez. 4, n. 8181 del 21/01/1985, Scarpetta, Rv. 170465, ha affermato che il principio sancito all'art. 515 cod. proc. pen. trova eccezione soltanto quando sussistono delle cause di non punibilità o di non procedibilità che il giudice è obbligato a dichiarare in ogni stato e grado del procedimento ovvero quando sussista una stretta connessione tra i punti della decisione fatti oggetto del gravame e quelli non specificamente indicati nei motivi di appello, di modo che, per il carattere essenziale del vincolo connettivo, sia impossibile esaminare i primi senza estendere l'esame agli altri. In applicazione di tale principio, la Corte ha escluso che possa ravvisarsi una correlazione tra il potere discrezionale del giudice di sostituzione delle pene detentive brevi e l'obbligo della declaratoria di determinate cause di non punibilità e di non procedibilità.

Tale interpretazione ha continuato a trovare consenso anche dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale. Sin dai primi arresti sul tema, la Corte, confrontandosi con la previsione di cui all'art. 58, l. 24 novembre 1981, n. 689, che attribuisce al giudice il potere discrezionale di sostituire la pena detentiva, ha affermato che tale potere può essere esercitato d'ufficio solo dal giudice di primo grado mentre nel giudizio d'appello tale potere può essere esercitato solo nei limiti dell'effetto devolutivo collegato alla richiesta contenuta nei motivi d'impugnazione (Sez. 4, n. 4843 del 23/03/1990, Martellotti, Rv. 183923; Sez. 6, n. n. 4302 del 20/03/1997, Manzella, Rv. 208887. In senso conforme, sotto la vigenza del codice del 1930: Sez. 6, n. 8241 del 11/04/1984, Cianciolo, Rv. 165982; Sez. 4, n. 3351 del 17/12/1984, Traverso, Rv. 168647). In particolare, la sentenza Martellotti ha escluso che la legge n. 689 del 1981 abbia implicitamente conferito al giudice d'appello il potere di riformare d'ufficio la sentenza di primo grado in ordine alla sostituzione della pena detentiva, trattandosi di un potere discrezionale il cui mancato esercizio non può essere oggetto di riesame in assenza di un rituale gravame.

Altro argomento a sostegno della tesi in esame attiene all'autonomia della questione relativa alla sostituzione della pena detentiva: Sez. 3, n. 43595 del 09/09/2015, Russo, Rv. 265207, ha, infatti, affermato che la devoluzione del punto relativo al trattamento sanzionatorio, non è sufficiente ad attribuire al giudice di appello la cognizione del punto relativo alla mancata applicazione della sanzione sostitutiva che deve costituire oggetto di uno specifico motivo di gravame (art. 581 cod. proc. pen.). La Corte ha, pertanto, escluso che il giudice d'appello possa procedere d'ufficio alla sostituzione della pena inflitta in primo grado, ove ciò non rientri tra i temi specificamente devoluti con l'atto d'appello, non solo in considerazione del carattere eccezionale e tassativo delle deroghe al principio devolutivo contenute all'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., ma anche della natura delle sanzioni sostitutive e delle peculiarità del giudizio demandato al giudice. Ad avviso della Corte, infatti, le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi hanno natura di pene vere e

proprie, e non di semplici modalità esecutive della pena sostituita. Ciò in ragione del loro carattere afflittivo, della loro convertibilità, in caso di revoca, nella pena sostituita residua, e dello stretto collegamento esistente con la fattispecie penale cui conseguono. La Corte ha anche valutato la peculiare connotazione del giudizio demandato al giudice che, nel procedere alla sostituzione della pena detentiva, deve tenere conto non solo dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen., ma anche dell'idoneità della sanzione sostitutiva a realizzare le finalità di reinserimento sociale del condannato.

Tali argomentazioni sono state riprese da Sez. 6, n. 6257 del 27/01/2016, Sapiente, Rv. 266500, per escludere l'unitarietà del punto della sentenza relativo al trattamento sanzionatorio. Ad avviso della Corte, infatti, "*la decisione sulla concessione delle sanzioni sostitutive implica la risoluzione di una pluralità di questioni, ben distinte da quelle che attengono alla commisurazione della pena, e che involgono (almeno potenzialmente) anche il compimento di accertamenti istruttori ulteriori rispetto a quelli necessari per la commisurazione della pena*".

Infine, Sez. 4, n. 6750 del 06/11/2013, n. 6750, Ricigliano, pur aderendo all'orientamento in esame, ha interpretato in chiave ulteriormente restrittiva l'effetto devolutivo del gravame con riferimento al caso in cui con l'atto di impugnazione sia stata indicata specificamente la sanzione sostitutiva da applicare (nella fattispecie la pena pecuniaria). Ad avviso della Corte, infatti, sia il carattere eccezionale dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., ostativo ad un'interpretazione analogica, che la mancata inclusione nei benefici concedibili d'ufficio del potere di applicare le sanzioni sostitutive, impediscono al giudice d'appello di provvedere alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa da quella richiesta dall'imputato.

La soluzione favorevole all'applicabilità d'ufficio da parte del giudice d'appello delle sanzioni sostitutive si fonda, invece, su tre ordini di considerazioni: la mancanza di un espresso divieto normativo, la struttura ontologica della sanzione sostitutiva quale diversa qualità della sanzione e l'unitarietà del punto relativo al trattamento sanzionatorio.

I primi due argomenti sono stati sviluppati da Sez. 4, n. 6526 del 05/05/1995, Marchetti, Rv. 201708 e da Sez. 4, n. 6892 del 19/06/1996, Falchi, Rv. 205216. In particolare, la sentenza Marchetti ha posto l'accento sulla *ratio* dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen. che, svincolando il potere discrezionale del giudice dai limiti dell'effetto devolutivo, *"è finalizzato a mitigare la pena inflitta"* in considerazione del fatto e della personalità dell'imputato. Proprio la considerazione della finalità perseguita dal legislatore e *"della varietà e consistenza"* dei benefici espressamente previsti dalla norma, consente, ad avviso della Corte, di adottare un'interpretazione che, in assenza di un espresso divieto normativo, ne estende l'operatività anche all'applicabilità delle sanzioni sostitutive. Secondo la pronuncia in esame, sarebbe, infatti, incoerente precludere al giudice di appello la possibilità di concedere la sostituzione della pena, "*che consiste sostanzialmente nella scelta di una diversa qualità della sanzione*", considerato che si tratta di un beneficio "*indubbiamente meno consistente della sospensione condizionale della pena, le cui conseguenze giuridiche sono più favorevoli al reo*". Pertanto, la formulazione dello schema normativo con riferimento a determinati benefici concedibili d'ufficio non ne impedisce un'interpretazione estensiva alla luce dell'identità del denominatore concettuale e della *ratio* della disposizione di legge "*che è ispirata all'esigenza di adeguare il trattamento ed il tipo sanzionatorio alla situazione concreta dell'imputato*".

In altri e successivi arresti la Corte ha, invece, posto l'accento sull'unicità del punto relativo al trattamento sanzionatorio ritenendo che, ove questo sia stato devoluto con i motivi di impugnazione, ai sensi dell'art. 58, l. 24 novembre 1981, n. 689, può attribuirsi al giudice d'appello il potere discrezionale di intervenire sulla pena, applicando una san-

zione sostitutiva (Sez. 6, n. 786 del 12/12/2006, Moschino, Rv. 235608; Sez. 3, n. 26710 del 05/03/2015, Natalicchio, Rv. 264022; Sez. 4, n. 22789 del 09/04/2015, Ligorio, Rv. 263894; Sez. 4, n. 33586 del 22/03/2016, Magini, Rv. 267441).

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Con la sentenza n. 12872 del 19/01/2017 (dep. il 13/03/2017), Punzo, Rv. 269125, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto affermando che «*Il giudice di appello non ha il potere di applicare d'ufficio le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi se nell'atto di appello non risulta formulata alcuna specifica e motivata richiesta con riguardo a tale punto della decisione, dal momento che l'ambito di tale potere è circoscritto alle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 597, comma quinto, cod. proc. pen., che costituisce una eccezione alla regola generale del principio devolutivo dell'appello e che segna anche il limite del potere discrezionale del giudice di sostituire la pena detentiva previsto dall'art. 58 della legge n. 689 del 1981*».

Nel ribadire il carattere eccezionale delle deroghe al principio devolutivo previste dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., il Supremo Consesso ha escluso la possibilità di includere in via interpretativa le sanzioni sostitutive tra i benefici concedibili d'ufficio dal giudice di secondo grado attraverso il richiamo al criterio dell'adeguamento della pena al caso concreto ovvero alla portata generale della previsione contenuta all'art. 58 della l. n. 689 del 1981. Ad avviso delle Sezioni Unite, infatti, tale norma, ove attribuisce al giudice il potere discrezionale di sostituire la pena detentiva "nei limiti fissati dalla legge", deve essere interpretata nel senso che tale potere non è esercitabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo ed incontra un limite nel rispetto dell'ambito della cognizione del giudice di appello segnato dall'effetto devolutivo.

Il Supremo Consesso ha, inoltre, escluso la possibilità di ritenere le questioni relative all'applicazione delle sanzioni sostitutive incluse nel punto relativo al trattamento sanzionatorio sia in considerazione della natura autonoma di tali sanzioni, già affermata da Sez. U, n. 11397 del 25/10/1995, Siciliano, Rv. 202870, che del principio relativo alla specificità dei motivi di appello, recentemente precisato da Sez. U, n. 8825 del 27/10/2016, Galtelli, Rv. 268822, in forza del quale nell'appello, come nel ricorso per cassazione, è necessaria una specifica enunciazione dei motivi unitamente ad un'argomentazione critica rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della decisione impugnata.

Una volta affermata la natura di vera e propria pena autonoma delle sanzioni sostitutive, e non di semplice modalità esecutiva della pena sostituita, le Sezioni Unite hanno, conseguentemente, affermato la natura parimenti autonoma del "punto" della decisione relativo alla loro concessione, escludendo che tale ultima questione possa considerarsi compresa nel gravame relativo al trattamento sanzionatorio.

Ad avviso delle Sezioni Unite, infine, tale natura di pena autonoma delle sanzioni sostitutive, confermata dal loro collegamento a parametri ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 133 cod. pen., comporta che la relativa questione non possa essere considerata come connessa con quella relativa al trattamento sanzionatorio, con conseguente inapplicabilità del principio per il quale sono oggetto di devoluzione non solo i punti in senso stretto ma anche quelli che, pur non investiti in via diretta dai motivi di impugnazione, risultino a questi legati da vincoli di connessione essenziale logico-giuridica, pregiudizialità, dipendenza o inscindibilità (affermato da Sez. U, n. 10251 del 17/10/2006, Michaeler, Rv. 235699 in tema di appello incidentale, Sez. 5, n. 30828 del 29/5/2014, Valenti, Rv. 260484 in materia cautelare e Sez. 6, n. 13675 del 03/02/2016, Pisani, Rv. 266731 in materia di appello principale).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 8241 del 11/04/1984, Cianciolo, Rv. 165982
Sez. 4, n. 3351 del 17/12/1984, Traverso, Rv. 168647
Sez. 4, n. 8181 del 21/01/1985, Scarpetta, Rv. 170465
Sez. 4, n. 4843 del 23/03/1990, Martellotti, Rv. 183923
Sez. U, n. 7346 del 16/03/1994, Magotti, Rv. 197700
Sez. 4, n. 11875 del 12/10/1994, Silvestri, Rv. 200404
Sez. 4, n. 6526 del 05/05/1995, Marchetti, Rv. 201708
Sez. 4, n. 6892 del 19/06/1996, Falchi, Rv. 205216
Sez. 5, n. 2039 del 17/01/1997, Amici, Rv. 208671
Sez. 6, n. 4302 del 20/03/1997, Manzella, Rv. 208887
Sez. 1, n. 166 del 26/09/1997, Gargano, Rv. 209438
Sez. 5, n. 9391 del 04/06/1998, Margiotta, Rv. 211446
Sez. 6, n. 9704 del 20/04/2000, Ricci, Rv. 217644
Sez. 4, n. 46584 del 06/10/2004, Vannicola, Rv. 230402
Sez. 5, n. 44029 del 10/10/2005, Della Cerra, Rv. 232536
Sez. 6, n. 786 del 12/12/2006, Moschino, Rv. 235608
Sez. 6, n. 39512 del 22/05/2009, Rapisarda, Rv. 245372
Sez. 6, n. 800 del 06/12/2011, Bidognetti, Rv. 251529
Sez. 4, n. 12947 del 20/02/2013, Pilia, Rv. 255506
Sez. 2, n. 47025 del 03/10/2013, Cogotti, Rv. 257752
Sez. 4, n. 6750 del 06/11/2013, Ricigliano
Sez. 6, n. 7994 del 17/06/2014, Riondino, Rv. 262455
Sez. 3, n. 26710 del 05/03/2015, Natalicchio, Rv. 264022
Sez. 4, n. 22789 del 09/04/2015, Ligorio, Rv. 263894
Sez. 3, n. 43595 del 09/09/2015, Russo, Rv. 265207
Sez. 6, n. 6257 del 27/01/2016, Sapiente, Rv. 266500
Sez. 4, n. 33586 del 22/03/2016, Magini, Rv. 267441
Sez. U, n. 12872 del 19/01/2017 Punzo, Rv. 269125

CAPITOLO V

CONCORSO TRA CAUSA ESTINTIVA DEL REATO E NULLITÀ ASSOLUTA

(Mariaemanuela Guerra)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le ragioni del contrasto. – 2.1. Le indicazioni derivanti dalle procedenti pronunce delle Sezioni Unite. – 3. La soluzione resa dalle Sezioni Unite Iannelli. – 4. Osservazioni.

1. Premessa.

Tra le decisioni di maggior rilievo emesse dalle Sezioni unite penali, nel corso del 2017, deve certamente essere annoverata Sezione Unite n. 28954 del 27/04/2017, Iannelli, Rv. 269809-810, intervenuta sul delicato rapporto tra causa di nullità assoluta ed insanabile e interesse alla immediata definizione del processo in presenza di una causa estintiva del reato. L'occasione per l'intervento delle Sezioni unite è stata offerta da un'ordinanza di rimessione della Terza Sezione (n. 9140 del 17/02/2017) chiamata a pronunciarsi in un caso di sentenza predibattimentale d'appello che aveva prosciolto l'imputato per intervenuta prescrizione del reato, emessa *de plano* in violazione del contraddittorio.

Nel caso di specie, la Corte d'appello aveva pronunciato, ad esito di una camera di consiglio fissata senza avviso alle parti, sentenza con la quale aveva dichiarato non doversi procedere, per essersi il reato estinto per intervenuta prescrizione, nei confronti dell'imputato, condannato in primo grado ordine al reato di cui agli artt. 110, 81 cpv., 544-*ter*, primo e secondo comma, cod. pen. (per avere sottoposto numerosi cavalli a maltrattamenti, concorrendo, quale medico veterinario, alla somministrazione di sostanze dannose per la loro salute al fine di migliorarne le prestazioni agonistiche).

In particolare, la Corte territoriale aveva ritenuto che non sussistessero i presupposti per un proscioglimento nel merito a norma dell'art. 129 cod. proc. pen., dato che «le ampie e motivate argomentazioni del primo giudice» conducevano a escludere elementi per ritenere, in termini di incontestabilità, la insussistenza del fatto o la estraneità ad esso dell'imputato o la non rilevanza penale di quanto accertato.

L'imputato, a mezzo del proprio difensore, aveva ricorso per cassazione chiedendo l'annullamento della sentenza d'appello, deducendo: in primo luogo, la violazione degli artt. 601, commi 3 e 6, e 429, comma 1, lett. *f),* cod. proc. pen., a causa dell'omessa citazione in giudizio, con conseguente nullità assoluta e insanabile *ex* artt. 178, comma 1, lett. c), e 179, comma 1, cod. proc. pen., della pronunciata sentenza, essendo stato inibito il suo diritto di difesa; in secondo luogo, la violazione dell'art. 129, comma 2, cod. proc. pen., per mancato pieno proscioglimento nel merito, giustificato sulla base di quanto specificamente dedotto nell'atto di appello, in merito al contenuto delle conversazioni intercettate, agli apporti della consulenza tecnica di parte e ai risultati delle indagini difensive.

La Terza Sezione, investita del ricorso, rimetteva il procedimento alle Sezioni Unite, ravvisando i presupposti di cui all'art. 618 cod. proc. pen., a causa del contrasto interpretativo esistente sulla seguente questione di diritto: *«se la Corte di cassazione debba dichiarare la nullità della sentenza predibattimentale pronunciata in violazione del contraddittorio, con cui è stata dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione o, invece, debba dare prevalenza alla causa estintiva del reato.».*

2. Le ragioni del contrasto.

Il quesito formulato dalla Sezione rimettente rimanda al più generale ambito dei rapporti tra declaratoria di determinate cause di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p. e altre declaratorie che, analogamente, devono essere pronunciate d'ufficio in ogni stato e grado del processo: nella fattispecie, è una causa estintiva del reato (la prescrizione) che convive con una nullità assoluta e insanabile, derivante dall'omessa citazione a giudizio dell'imputato appellante (artt. 178, comma 1, lett. *c)*, 179, comma 1, 429, comma 1, lett. *f)* e 601, commi 3 e 6, cod. proc. pen.).

Il problema è l'individuazione della declaratoria prevalente, in quanto nel corso degli anni la giurisprudenza ha coltivato interpretazioni divergenti dando così vita a un contrasto esegetico rilevante ai fini della decisione del caso in esame.

Un primo indirizzo, muovendo dall'affermazione di principio consolidata, secondo cui nel giudizio di appello non è consentita né la pronuncia di sentenza predibattimentale di proscioglimento *ex* art. 469 cod. proc. pen., e nemmeno una pronuncia *de plano* ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., in quanto l'obbligo del giudice di dichiarare immediatamente la sussistenza di una causa di non punibilità presuppone un esercizio della giurisdizione con effettiva pienezza del contraddittorio *(ex multis,* Sez. 2, n. 33741 del 04/05/2016, Ventrella, Rv. 267498; Sez. 6, n. 50013 del 24/11/2015, Capodicasa, Rv. 265701, Sez. 2, n. 42411 del 04/10/2012, Napoli, Rv. 254351; Sez. 5, n. 44619 del 23/11/2005, Lossetto, Rv. 232718), riteneva che l'eventuale decisione emessa *de plano,* anche dichiarativa dell'intervenuta prescrizione, viziata da nullità assoluta, comportasse la doverosa regressione del procedimento (Sez. 6, n. 13853 dell'8/03/2017, Stasi; Sez. 6, n. 10952 del 4/01/2017, Kinsley; Sez. 2, n. 11490 del 14/12/2016, Raffaelli; Sez. 6, n. 1423 del 13/12/2016, Crocchi; Sez. 2, n. 33741 del 4/05/2016, Ventrella, Rv. 267498; Sez. 6, n. 18486 del 22/01/2015, Rinaldi; Sez. 4, n. 50075 del 20/11/2015, Maio; Sez. 6, n. 50013 del 24/11/2015, Capodicasa, Rv. 265700-01; Sez. 6, n. 10960 del 25/02/2015, Paternò Tavecchio, Rv. 262833; Sez. 5, n. 13316 del 14/02/2013, Pesce, Rv. 254984; Sez. 2, n. 42411 del 4/10/2012, Napoli, Rv. 254351; Sez. 6, n. 24062 del 10/05/2011, Palau Giovanetti, Rv. 250499; Sez. 3 n. 1550 del 1/12/2010, Gazzerotti, Rv. 249428; Sez. 1, n. 26815 del 19/06/2008, Karwowski; Sez. 2, n. 47432 del 25/11/2009, Mazza, Rv. 246796; Sez. 3, n. 31405 del 14/06/2006, Minguzzi; Sez. 3, n. 43310 del 26/10/2005, Perduca, Rv. 233121; Sez. 2, n. 12525 del 10/03/2005, Aggelopulos; Sez. 2, n. 41498 del 6/10/2004, Morgante, Rv. 230577; Sez. 1, n. 48914 del 20/11/2003, Galati, Rv. 226835; Sez. 3, n. 40 del 14/11/2003, Spinella, Rv. 227638; Sez. 3, n. 39960 del 20/09/2002, Zecchini, Rv. 222686; Sez. 6, n. 22648 del 2/05/2001, Piscicelli, Rv. 219006; Sez. 6, 2615 del 5/06/2000, D'Alessandro, Rv. 216653; Sez. 4, n. 3237 del 31/05/2000, Battista, Rv. 216843; Sez. 3, n. 7928 del 18/05/1998, Agrifoglio, Rv. 211542).

Secondo tale prospettiva, dunque, doveva prevalere l'esigenza di recuperare la fase d'appello per garantire la pienezza del contraddittorio, stante la peculiarità di tale causa di nullità (Sez. 6, n. 10960 del 25/02/2015, Tavecchio, Rv. 262833) ed i fisiologici limiti di cognizione del giudizio di legittimità rispetto a quello d'appello. E difatti, mentre per la Cassazione la valutazione di tale evidenza – indispensabile perché la causa di merito prevalga su quella estintiva (art. 129, comma 2, cod. proc. pen.) – è ridotta al contenuto delle sentenze e degli atti di impugnazione, il giudice di appello può usufruire di tutti gli atti del processo di primo grado e, dunque, anche le ragioni che possono portare ad un'assoluzione piena sono in questa fase più ampie e qualitativamente diverse da quelle spendibili davanti al giudice di legittimità, tali, pertanto, da assicurare il rispetto delle legittime aspettative dell'imputato ad una decisione completamente liberatoria.

Suddetta impostazione, inoltre, richiamava a riscontro Corte cost., sent. n. 249 del 1989, che, nell'interpretare le modalità applicative dell'art. 152 dell'abrogato codice Rocco, ha precisato che la decisione resa allo stato degli atti è diversa se resa nel merito o dal giudice di legittimità, giacché solo nel primo caso si possono prendere in esame e vagliare direttamente le risultanze processuali, mentre la Corte di cassazione ha un perimetro di giudizio limitato alla situazione di fatto emergente dalla sentenza impugnata.

Un secondo orientamento, invece, attribuiva prevalenza alle esigenze di immediata definizione del procedimento, escludendo la regressione dello stesso ove, a fronte dell'accertata nullità della sentenza pronunciata *de plano,* risulti comunque maturata la prescrizione. Di conseguenza, il principio di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, sancito dall'art. 129 cod. proc. pen., imporrebbe che nel giudizio di cassazione, qualora ricorrano contestualmente una causa estintiva del reato – nel caso di specie la prescrizione – e una nullità processuale assoluta e insanabile, sia data prevalenza alla prima, in tutte le ipotesi in cui l'operatività della causa estintiva non presupponga specifici accertamenti e valutazioni riservati al giudice di merito, nel qual caso, assumerebbe rilievo pregiudiziale la nullità, in quanto funzionale alla necessaria rinnovazione del relativo giudizio. In altri termini, la declaratoria di nullità della sentenza sarebbe giustificabile esclusivamente ove sia prospettata la concreta necessità di un giudizio di merito potenzialmente idoneo a condurre ad una decisione assolutoria maggiormente favorevole per l'imputato. Secondo questa impostazione, pertanto, l'imputato non può limitarsi ad eccepire la nullità per violazione del contraddittorio, essendo invece necessario che nel ricorso indichi specificamente gli atti del processo dai quali risulti la causa di proscioglimento nel merito di immediata evidenza.

Tale indirizzo, come di seguito illustrano, richiama il principio affermato da Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403, sia pur riferito a diversa fattispecie, in virtù del quale la regola di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità sancita dall'art. 129 cod. proc. pen. impone che nel giudizio di cassazione, qualora ricorrano contestualmente sulla base della costatazione dello stato degli atti, una causa estintiva del reato e una nullità processuale assoluta e insanabile, sia data prevalenza alla prima (Conf., Sez. 4, n. 7886 del 26/02/2016, Miano; Sez. 3, n. 42703 del 7/07/2015, Pisani, Rv. 265194; Sez. 6, n. 24628 del 4/06/2015, Candioli; Sez. 2, n. 6338 del 18/12/2014, Argentieri, Rv. 262761; Sez. 5, n. 51135 del 19/11/2014, Dondè, Rv. 261919; Sez. 2, 16/10/2014, n. 2545, Riotto, Rv. 262277; Sez. F, n. 50834 *del* 04/09/2014, Raso, Rv. 261888; Sez. 4, n. 36896 del 13/06/2014, Volpato, Rv. 260299; Sez. 6, n. 20065 dell'1/04/2014, Di Napoli, Rv. 259726; Sez. 3, n. 8831 del 13/01/2009, Iannò, Rv. 243003; Sez. 6, n. 21459 del 26/03/2008, Pedrazzini, Rv. 240066; Sez. 5, n. 32704 dell'11/07/2003, Bolla, Rv. 225822).

2.1. Le indicazioni derivanti dalle procedenti pronunce delle Sezioni Unite.

Sulla problematica dei rapporti tra causa estintiva del reato e nullità assoluta, esistevano già altri interventi delle Sezioni Unite che, chiamate a pronunciarsi su specifici profili in tema di immediata declaratoria di cause di non punibilità, avevano reso soluzioni esegetiche non uniformi.

Risalendo agli anni '80, sotto la vigenza del vecchio codice di rito, Sez. U, n. 1785, del 27/11/1982, Di Giovanni, Rv. 157662, e Sez. U, n. 2407 del 31/01/1987, Tanzi, Rv. 175210, avevano indicato la soluzione nella prevalenza della causa di estinzione sulla nullità, a condizione che non ci si trovasse in presenza di una nullità assoluta ed insanabile nel qual caso doveva prevalere quest'ultima.

Per la precisione, le due pronunce richiamate si riferivano al caso di estinzione del reato per l'applicazione dell'amnistia e hanno affermato che per travolgere gli atti del procedimento, il vizio determinante la nullità deve essere di tale gravità da invalidare la costituzione dell'intero rapporto processuale e pregiudicare il corretto esercizio dei diritti di difesa dell'imputato. Viceversa, se la nullità non è tale da scardinare il rapporto processuale fin dal principio (diversamente cioè da un vizio inerente al decreto di citazione o all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero), torna a prevalere il "fatto giuridico sostanziale" costituito dall'amnistia, rendendo inutile la ripetizione di attività conseguenti all'annullamento, cui comunque dovrebbe sempre seguire la dichiarazione di estinzione del reato.

Con riferimento al caso di concorrenza tra nullità determinata da una diversa qualificazione dell'impugnazione e prescrizione del reato, è da ricordare Sez. U, n. 7902 del 3/02/1995, Bonifazi, Rv. 201547, che ha sostenuto la non prevalenza assoluta della prescrizione, qualora, a fronte di un reato prescritto, si accerti l'erronea investitura della Corte con un atto di appello. Secondo tale prospettiva, pertanto, la Suprema Corte aveva trasmesso gli atti alla Corte d'appello, ritenendo di non poter dichiarare l'immediata causa di non punibilità, secondo una delle formule previste dall'art. 129 cod. proc. pen., in quanto l'interesse alla regolare instaurazione del giudizio di impugnazione era prioritario rispetto a quello dell'*exitus processus*.

Più di recente, invece, è stata accordata prevalenza all'obbligo dell'immediata applicabilità della causa estintiva imposto dall'art. 129 cod. proc. pen. In particolare, Sez. U, 1021 del 28/11/2001, dep. 2002, Cremonese, Rv. 220511, ritenendo che l'estinzione del reato precluda comunque l'acquisizione di ulteriori prove, imponendo di decidere allo stato degli atti, ha sostenuto come sia da privilegiare comunque l'esigenza della immediata definizione del processo, per cui «*qualora già risulti una causa di estinzione del reato, la sussistenza di una nullità di ordine generale non è rilevabile nel giudizio di cassazione, in quanto l'inevitabile rinvio al giudice di merito è incompatibile con il principio dell'immediata applicabilità della causa estintiva*» (cfr., Sez. 6, n. 6583 del 13/01/1991, Bonzagni, Rv. 187431; Sez. 4, n. 11065 del 5/06/1984, Fumo, Rv. 167074; Sez. 4 n. 800 del 10/04/1981, Rv. 149230). Sulla stessa linea si colloca Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403, che, temperando il principio sopraespresso da Sez. U, Cremonese, ha puntualizzato che: «*il principio di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità sancito dall'art. 129 cod. proc. pen. impone che nel giudizio di cassazione, qualora ricorrano contestualmente una causa estintiva del reato e una nullità processuale assoluta e insanabile, di dare prevalenza alla prima, salvo che l'operatività della causa estintiva non presupponga specifici accertamenti e valutazioni riservati al giudice di merito, nel qual caso assume rilievo pregiudiziale la nullità, in quanto funzionale alla necessaria rinnovazione del relativo giudizio*». Secondo tale indirizzo, pertanto, solo in casi particolari, le questioni di nullità processuali assolute ed insanabili possono assumere carattere pregiudiziale rispetto alla causa estintiva: ciò può verificarsi quando l'operatività della causa estintiva non sia "pacifica", non emergendo *ictu oculi* dalla mera ricognizione allo stato degli atti, ma presupponga un accertamento di fatto rientrante nelle prerogative esclusive del giudice di merito.

Una posizione diversa, invece, ha espresso Sez. U, n. 12283 del 25/01/2005, De Rosa, Rv. 230530, che, nell'affermare la nullità di ordine generale per violazione del contraddittorio della sentenza di proscioglimento emessa *de plano* dal G.ip., investito della richiesta di rinvio a giudizio, senza fissare l'udienza preliminare, ne aveva disposto l'annullamento con trasmissione degli atti al giudice di merito per un nuovo giudizio. La particolarità di quest'ultima pronuncia risiede nella circostanza che il provvedimento impugnato era una

sentenza di proscioglimento pienamente liberatoria nei confronti dell'imputato, pronunciata con la formula "per non aver commesso il fatto", in applicazione dell'art. 129 cod. proc. pen., avendo il giudice ritenuto evidente – sulla base degli atti – la completa estraneità dell'imputato dalle accuse formulate. Ebbene, le Sezioni Unite hanno puntualizzato come l'obbligo di immediata declaratoria di una causa di non punibilità contenuto nell'art. 129 cod. proc. pen. non deve e non può mai penalizzare il principio del contraddittorio, quale garanzia di intervento dialettico delle parti prima dell'emanazione di un provvedimento destinato a spiegare effetti su di esse, trattandosi di esigenza preminente sul piano dei valori da tutelare.

Infine, Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, Rv. 244275, in tema di sindacato di legittimità sui vizi della motivazione in presenza di cause di estinzione del reato, ha ribadito la prevalenza di quest'ultima, con la conseguenza che, in presenza di una causa di estinzione del reato, in sede di giudizio di legittimità è escludere la rilevazione del vizio di motivazione della sentenza impugnata, che dovrebbe ordinariamente condurre all'annullamento con rinvio.

3. La soluzione resa dalle Sezioni Unite Iannelli.

Le Sezioni Unite, Iannelli hanno aderito alla ricostruzione esegetica secondo la quale «*Nell'ipotesi di sentenza d'appello pronunciata "de plano" in violazione del contradditorio tra le parti, che, in riforma della sentenza di condanna di primo grado, dichiari l'estinzione del reato per prescrizione, la causa estintiva del reato prevale sulla nullità assoluta ed insanabile della sentenza, sempreché non risulti evidente la prova dell'innocenza dell'imputato, dovendo la Corte di cassazione adottare in tal caso la formula di merito di cui all'art. 129, comma secondo, cod. proc. pen.*» (Rv. 269810).

Dopo aver ribadito il principio, consolidato nella giurisprudenza, secondo cui nel giudizio d'appello non è consentita la pronuncia di sentenza predibattimentale di proscioglimento ai sensi dell'art. 469 ovvero dell'art. 129 cod. proc. pen., poiché la declaratoria di una causa di non punibilità presuppone necessariamente un esercizio della giurisdizione con effettiva pienezza del contraddittorio, il Supremo consesso ha riconosciuto affetta da nullità assoluta ed insanabile la sentenza d'appello emessa, come nel caso all'esame, senza la preventiva interlocuzione tra le parti, essendo il contraddittorio valore di rango costituzionale (art. 111, secondo comma, Cost.), ampiamente valorizzato dalla giurisprudenza EDU, quale postulato indefettibile di ogni pronuncia terminativa del processo. Il principio enunciato sul punto è stato così massimato: «*Nel giudizio d'appello non è consentito pronunciare sentenza predibattimentale di proscioglimento ai sensi dell'art. 469 cod. proc. pen., in quanto il combinato disposto degli artt. 598, 599 e 601 cod. proc. pen. non effettua alcun rinvio, esplicito o implicito, a tale disciplina, né la pronuncia predibattimentale può essere ammessa ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., poiché l'obbligo del giudice di dichiarare immediatamente la sussistenza di una causa di non punibilità presuppone un esercizio della giurisdizione con effettiva pienezza del contraddittorio.*» (Rv. 269809*)*.

Tuttavia, pur in presenza della predetta causa di nullità assoluta ed insanabile le Sezioni Unite hanno riconosciuto la prevalenza della causa estintiva del reato, sulla base delle seguenti articolate considerazioni.

In primo luogo, vengono richiamati i principi espressi dalla precedente pronuncia Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403 (che, a sua volta, rimanda al precedente arresto di Sez. U, 1021 del 28/11/2001, dep. 2002, Cremonese, Rv. 220511), secondo la quale nel concorso fra una causa estintiva e una nullità processuale nel giudizio di cassazione, prevale la prima, a meno che l'operatività della stessa non presupponga accertamenti rientranti

nella competenza del giudice di merito. Secondo tale ricostruzione, pertanto, quando non è necessario alcun accertamento per il riconoscimento della causa estintiva, in quanto emergente *ictu oculi* dalla mera ricognizione allo stato degli atti, pur in presenza di una nullità, non è giustificato l'annullamento della decisione impugnata, perché la regressione violerebbe il principio della immediata declaratoria della causa estintiva, per dare spazio a un'inutile dilatazione dell'attività processuale idonea a protrarre conseguenze pregiudizievoli per il cittadino, quali la permanenza del carico pendente. Conseguentemente, il cittadino non potrebbe pretendere la rinnovazione ai fini di un'assoluzione nel merito senza rinunciare alla prescrizione; e ciò in quanto la declaratoria di nullità e l'annullamento del provvedimento impugnato deve presupporre necessariamente un interesse concreto dell'imputato alla rinnovazione del giudizio di merito viziato da nullità assoluta per violazione del contraddittorio. Diversamente ragionando, verrebbero vanificate le esigenze di giustizia e celerità, nonché lo stesso *favor rei*, consentendosi che a carico di un cittadino persista, oltre il necessario, una pendenza processuale.

In secondo luogo, vengono in rilievo i principi espressi da Sez. U. n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, Rv. 244275, che ha affrontato la questione delle cause di estinzione nell'ambito del sindacato di legittimità sui vizi di motivazione, affermando la prevalenza della causa estintiva.

Peraltro, sottolineano le Sezioni Unite, Iannelli, la pronuncia ex art. 129 cod. proc. pen. può essere senza dubbio emessa dalla Corte di legittimità, attesa la sua applicabilità «in ogni stato e grado del processo», sia con riferimento alle cause di rito sia, secondo lo schema decisorio dell'annullamento senza rinvio, con riferimento alle cause di merito, ex art. 129, comma 2, cod. proc. pen., in tutti i casi in cui l'evidenza dell'innocenza sia non già "apprezzabile", bensì semplicemente "constatabile" in modo evidente dalla motivazione della sentenza impugnata e dagli atti processuali, specificamente indicati nei motivi di gravame (e ciò ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., come modificato dalla legge n. 46 del 2006).

Alla luce delle considerazioni sopraesposte, le Sezioni Unite hanno affermato i principi di diritto come sopra riportati e, applicandoli al caso esaminato, hanno dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse, perché, nonostante la riconosciuta nullità assoluta e insanabile della impugnata sentenza predibattimentale emessa *de plano,* la regressione del procedimento al giudice di merito avrebbe comportato lo stesso esito processuale, ovvero il proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione del reato, non emergendo dal complesso delle questioni e degli argomenti sollevati con il secondo motivo di ricorso, elementi che rendessero evidente *ictu oculi* la prova della sua innocenza.

4. Osservazioni.

Le Sezioni unite in esame, nel giudizio di bilanciamento tra diritto al contraddittorio – a tutela del quale è preordinata la declaratoria di nullità assoluta – e le esigenze di economia processuale e rapida definizione del processo – alla cui salvaguardia è improntata la disciplina del proscioglimento immediato *ex* art. 129 c.p.p. – hanno riconosciuto prevalenza alle seconde, indicando, quale contemperamento in *favor rei* il necessario proscioglimento nel merito, di cui al 129, comma 2, cod. proc. pen., nel caso di evidenza della prova dell'innocenza dell'imputato. Ed infatti, precisa il Supremo collegio, quando tale evidenza «risulti dalla motivazione della sentenza impugnata e dagli atti del processo, specificamente indicati nei motivi di gravame, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. **e**), cod. proc. pen. – come novellato dalla legge 20 febbraio 2006, n. 46 – in conformità ai limiti di deducibilità del vizio di motivazione», la sentenza di proscioglimento nel merito prevale

su quella di estinzione del reato, e la Corte di cassazione può direttamente pervenire a tale conclusione del processo, con un annullamento senza rinvio ai sensi dell'art. 620, comma 1, lett. l) c.p.p.

È di tutta evidenza che l'intento perseguito dalla pronuncia in esame sia quello di valorizzare l'esigenza di celerità ed efficienza, compendiata nel principio costituzionale della ragionevole durata del processo, per cui, rilevata l'esistenza di una causa di estinzione, ha valore prioritario l'effetto sostanziale effettivamente realizzato con la definizione del processo pur in presenza di una causa di nullità tale da inficiare l'instaurazione di un regolare processo. Ed invero, l'applicazione dell'enunciato principio consente di definire in sede di legittimità quei processi che, diversamente, per effetto dell'annullamento con rinvio conseguente alla declaratoria di nullità, sarebbero da rimettere alla ulteriore valutazione del giudice del rinvio (e nella prassi si registrano già pronunce conformi rese su ricorsi analoghi a quello oggetto di Sez. U, Iannelli – ovvero fattispecie di sentenza predibattimentale d'appello dichiarativa dell'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, viziata da nullità assoluta in quanto pronunciata *de plano* (cfr., Sez. 4, n. 45831 del 18/07/2017, Pacifici; Sez. 2, Sentenza n. 55522 del 10/11/2017, Gammeri; Sez. 3 n. 55784 del 25/10/2017, Rossetto).

Ad ogni modo è da rimarcare che, a temperamento del principio di prevalenza della causa di estinzione, a presidio del diritto di difesa dell'imputato, privato nei casi soprarichiamati della possibilità di interloquire in contraddittorio, sono previste le condizioni, puntualizzate rispettivamente da Sez. U, Conti e da Sez. U, Iannelli, per cui per pervenire all'immediata declaratoria di prescrizione del reato, è necessario, non solo che tale causa estintiva emerga dagli atti senza la necessità di accertamenti e valutazioni di merito, ma anche che sia da escludere *ictu oculi* l'innocenza dell'imputato.

Diverso è il caso in cui vi siano questioni civili da valutare. In tali ipotesi la giurisprudenza è concorde nel riconoscere la necessaria rilevazione e dichiarazione della nullità in sede di giudizio di legittimità, sottolineando che solo nel dibattimento di merito può procedersi alla delibazione relativamente ai capi della sentenza che concernono le statuizioni civili, nel rituale contraddittorio delle parti (cfr. Sez. 5, n. 21172 del 19/12/2016, dep. 2017, Agaci, Rv. 270047: «*E illegittima la sentenza "predibattimentale" con la quale il giudice di appello dichiari l'estinzione del reato per prescrizione, qualora in primo grado la parte civile abbia proposto richiesta di condanna dell'imputato al risarcimento dei danni, in quanto solo nel dibattimento può procedersi alla delibazione di merito relativamente ai capi della sentenza che concernono gli interessi civili, nel contraddittorio delle parti*»; Sez. 5, n. 54015 del 30/10/2017, Consalvi; Sez. 3, n. 38662 del 31/05/2017, Lanzano; Sez. 2, n. 3221 del 07/01/2014, Macchia, Rv. 258817; Sez. 5, n. 39217 del 11/07/2008, Crippa, Rv. 242326; Sez. 6, n. 21459 del 26/03/2008, Pedrazzini, Rv. 240066; Sez. 5, n. 38228 del 24/06/2008, Maurizi, Rv. 241314; Sez. 5, n. 44619 del 23/11/2005, Lossetto, Rv. 232718; Sez. 5, n. 16504 del 21/04/2006, Miatello, Rv. 234452; Sez. 1, n. 30802 del 15/04/2002, Mattiolo, Rv. 222176; Sez. 5, n. 26064 del 09/06/2005, dep. 14/07/2005, Colonna, Rv. 231916), giungendo riconoscere la sussistenza dell'interesse della parte civile all'impugnazione (Sez. 3, n. 3083 del 18/10/2016, dep. 2017, Sdolzini, Rv. 268894; Sez. 4, n. 3314 del 06/12/2012, dep. 22/01/2013, Uras, Rv. 255263).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 4, n. 800 del 10/04/1981, Criscuolo, Rv. 149230
Sez. U, n. 1785, del 27/11/1982, Di Giovanni, Rv. 157662
Sez. 4, n. 11065 del 5/06/1984, Fumo, Rv. 167074
Sez. U, n. 2407 del 31/01/1987, Tanzi, Rv. 175210
Sez. 6, n. 6583 del 13/01/1991, Bonzagni, Rv. 187431
Sez. U, n. 7902 del 3/02/1995, Bonifazi, Rv. 201547
Sez. 3, n. 7928 del 18/05/1998, Agrifoglio, Rv. 211542
Sez. 6, n. 2615 del 5/06/2000, D'Alessandro, Rv. 216653
Sez. 4, n. 3237 del 31/05/2000, Battista, Rv. 216843
Sez. 6, n. 22648 del 2/05/2001, Piscicelli, Rv. 219006
Sez. U, 1021 del 28/11/2001, dep. 2002, Cremonese, Rv. 220511
Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403
Sez. 1, n. 30802 del 15/04/2002, Mattiolo, Rv. 222176
Sez. 3, n. 39960 del 20/09/2002, Zecchini, Rv. 222686
Sez. 5, n. 32704 dell'11/07/2003, Bolla, Rv. 225822
Sez. 3, n. 40 del 14/11/2003, Spinella, Rv. 227638
Sez. 1, n. 48914 del 20/11/2003, Galati, Rv. 226835
Sez. 2, n. 41498 del 6/10/2004, Morgante, Rv. 230577
Sez. U, n. 12283 del 25/01/2005, De Rosa, Rv. 230530
Sez. 2, n. 12525 del 10/03/2005, Aggelopulos
Sez. 5, n. 26064 del 09/06/2005, Colonna, Rv. 231916
Sez. 3, n. 43310 del 26/10/2005, Perduca, Rv. 233121
Sez. 5, n. 44619 del 23/11/2005, Lossetto, Rv. 232718
Sez. 5, n. 16504 del 21/04/2006, Miatello, Rv. 234452
Sez. 3, n. 31405 del 14/06/2006, Minguzzi
Sez. 6, n. 21459 del 26/03/2008, Pedrazzini, Rv. 240066
Sez. 1, n. 26815 del 19/06/2008, Karwowski
Sez. 5, n. 38228 del 24/06/2008, Maurizi, Rv. 241314
Sez. 5, n. 39217 del 11/07/2008, Crippa, Rv. 242326
Sez. 3, n. 8831 del 13/01/2009, Iannò, Rv. 243003
Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, Rv. 244275
Sez. 2, n. 47432 del 25/11/2009, Mazza, Rv. 246796
Sez. 3 n. 1550 del 1/12/2010, Gazzerotti, Rv. 249428
Sez. 6, n. 24062 del 10/05/2011, Palau Giovanetti, Rv. 250499
Sez. 2, n. 42411 del 04/10/2012, Napoli, Rv. 254351
Sez. 4, n. 3314 del 06/12/2012, dep. 2013, Uras, Rv. 255263
Sez. 5, n. 13316 del 14/02/2013, Pesce, Rv. 254984
Sez. 2, n. 3221 del 07/01/2014, Macchia, Rv. 258817
Sez. 6, n. 20065 dell'1/04/2014, Di Napoli, Rv. 259726

Sez. 4, n. 36896 del 13/06/2014, Volpato, Rv. 260299
Sez. F, n. 50834 *del* 04/09/2014, Raso, Rv. 261888
Sez. 2, n. 2545 del 16/10/ 2014, Riotto, Rv. 262277
Sez. 5, n. 51135 del 19/11/2014, Dondè, Rv. 261919
Sez. 2, n. 6338 del 18/12/2014, Argentieri, Rv. 262761
Sez. 6, n. 18486 del 22/01/2015, Rinaldi
Sez. 6, n. 10960 del 25/02/2015, Tavecchio, Rv. 262833
Sez. 6, n. 24628 del 4/06/2015, Candioli
Sez. 3, n. 42703 del 7/07/2015, Pisani, Rv. 265194
Sez. 6, n. 50013 del 24/11/2015, Capodicasa, Rv. 265701
Sez. 4, n. 50075 del 20/11/2015, Maio
Sez. 4, n. 7886 del 26/02/2016, Miano
Sez. 2, n. 33741 del 04/05/2016, Ventrella, Rv. 267498
Sez. 2, n. 11490 del 14/12/2016, Raffaelli
Sez. 6, n. 1423 del 13/12/2016, Crocchi
Sez. 3, n. 3083 del 18/10/2016, dep. 23/01/2017, Sdolzini, Rv. 268894
Sez. 5, n. 21172 del 19/12/2016, dep. 03/05/2017, Agaci, Rv. 270047
Sez. 6, n. 10952 del 4/01/2017, Kinsley
Sez. 6, n. 13853 dell'8/03/2017, Stasi
Sez. 3, n. 38662 del 31/05/2017, Lanzano
Sez. 4, n. 45831 del 18/07/2017, Pacifici
Sez. 3, n. 55784 del 25/10/2017, Rossetto
Sez. 5, n. 54015 del 30/10/2017, Consalvi
Sez. 2, n. 55522 del 10/11/2017, Gammeri

CAPITOLO VI

SENTENZA CUMULATIVA E RILEVABILITÀ AUTONOMA DELLA PRESCRIZIONE

(Francesca Costantini)

SOMMARIO: 1. Premessa: ricorso parzialmente inammissibile avverso sentenza cumulativa e prescrizione. – 2. La tesi contraria alla rilevabilità della prescrizione. – 3. La tesi favorevole alla rilevabilità della prescrizione. – 4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite "Aiello". – 5. La successiva giurisprudenza delle Sezioni semplici.

1. Premessa: ricorso parzialmente inammissibile avverso sentenza cumulativa e prescrizione.

Nell'ambito della più generale tematica relativa alla individuazione degli spazi di cognizione rimessi al giudice dell'impugnazione inammissibile ed alla possibilità per lo stesso di rilevare eventuali cause di non punibilità ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., **è stata sott**oposta al vaglio delle Sezioni Unite penali la particolare questione volta a stabilire "se, in caso di ricorso avverso una sentenza di condanna che riguardi più reati, cioè una sentenza plurima o cumulativa, l'ammissibilità di motivi afferenti uno o più di essi renda, per ciò solo, ammissibile il ricorso anche relativamente agli altri reati, i cui pertinenti autonomi motivi risultino inammissibili, con la conseguenza di consentire la dichiarazione di prescrizione anche per essi, qualora sia trascorso il relativo termine".

Occorre premettere che sul tema dei rapporti tra inammissibilità dell'impugnazione e prescrizione del reato si sono avuti, nel corso degli anni, plurimi interventi delle Sezioni Unite che hanno elaborato un ormai consolidato orientamento secondo il quale, in caso di ricorso per cassazione comunque inammissibile, anche per manifesta infondatezza dei motivi, è preclusa la possibilità di rilevare e dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione, sia ove questa sia maturata in epoca successiva alla pronuncia della sentenza impugnata sia ove sia maturata in epoca antecedente. Il riconoscimento della prevalenza della forza preclusiva dell'inammissibilità rispetto alla prescrizione poggia sulla considerazione per cui il ricorso inammissibile, in quanto affetto da un vizio o da una anomalia contenutistica, è atto meramente apparente, inidoneo a determinare il passaggio del procedimento all'ulteriore grado di giudizio sì che la cognizione della questione da parte del giudice dell'impugnazione risulta inibita per la formazione del giudicato interno (Sez. U, n. 32 del 21/12/2000, n. 32, De Luca, Rv. 217266). La specifica ipotesi in cui la prescrizione sia maturata prima della sentenza di appello, poi, è stata esaminata in tempi recenti da Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015, Ricci, Rv. 266818 che, ribadendo quanto già in epoca più risalente sostenuto da Sez. U, n. 23428 del 22/06/2005, Bracale, Rv. 231164, ha affermato il principio secondo il quale "L'inammissibilità del ricorso per cassazione preclude la possibilità di rilevare d'ufficio, ai sensi degli artt. 129 e 609 comma 2, cod. proc. pen., l'estinzione del reato per prescrizione maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, ma non rilevata né eccepita in quella sede e neppure dedotta con i motivi di ricorso".

La questione oggetto della pronuncia oggi in esame non risultava, tuttavia, immediatamente riconducibile a tale consolidato orientamento di legittimità, presentando profili di peculiarità in quanto attinente a vicende in cui non tutti i motivi di ricorso sono inammissibili e pertanto involgente un giudizio sulla struttura delle sentenze plurime o cumulative

ed in particolare sul grado di autonomia riconoscibile alle diverse parti di una sentenza pronunciata nell'ambito di un processo relativo a più imputazioni nei confronti di un unico imputato e sull'attitudine di ciascuna di dette parti di passare separatamente in giudicato. Conseguentemente, la giurisprudenza delle sezioni semplici non era univoca registrandosi sul tema due contrapposti orientamenti.

2. La tesi contraria alla rilevabilità della prescrizione.

L'indirizzo interpretativo prevalente, seguito da numerose sentenze della Suprema Corte, si poneva in termini rigidamente restrittivi escludendo ogni possibilità per la Corte di cassazione, in caso di ricorso su contestazioni plurime, di pronunciare anche d'ufficio l'estinzione di un reato per prescrizione intervenuta dopo la sentenza di appello, allorché il motivo di ricorso in relazione a tale specifico reato sia inammissibile, ma i motivi di ricorso relativi alle altre contestazioni siano ammissibili. Si riteneva, infatti, che "l'autonomia della statuizione di inammissibilità del ricorso per cassazione in relazione ad un capo di imputazione impedisce la declaratoria di estinzione per prescrizione del reato con esso contestato, pur in presenza di motivi ammissibili con riferimento agli altri addebiti" (Sez. 5, n. 15599 del 05/04/2015, Zagarella, Rv. 263119). Da ciò si faceva conseguentemente derivare l'applicazione del consolidato orientamento giurisprudenziale, citato in premessa, secondo il quale nel caso di ricorso per cassazione comunque inammissibile – anche per manifesta infondatezza dei motivi – è preclusa la possibilità di rilevare e dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione, qualora questa maturi in epoca successiva alla pronuncia della sentenza impugnata. A conclusioni sostanzialmente sovrapponibili erano giunte, in precedenza, tra le altre, Sez. 4, n. 51744 del 12/12/2014, Campagnaro, Rv. 261576; Sez. 6, n. 33030 del 24/07/2014, A., Rv. 259860; Sez. 4, n. 50334 del 22/02/2013, La Chimia, Rv. 257846 e Sez. 6, n. 6924 del 22/02/2012, Fantauzza, Rv. 256556.

Si osservava in tali pronunce che in caso di sentenza cumulativa relativa a più imputazioni i singoli capi della sentenza sono autonomi anche ai fini dell'impugnazione, stante il principio della pluralità delle azioni penali, tante per quanti sono gli imputati e, per ciascun imputato, tante quante sono le imputazioni. Conseguentemente, «per quanto i diversi capi siano contenuti in una sentenza documentalmente unica con la quale il giudice di merito ha statuito in ordine alle distinte imputazioni, ognuno di essi conserva la propria individualità e passa in cosa giudicata se non investito da impugnazione». A sostegno di tale conclusione veniva, inoltre, ricordato che l'art. 610 comma 3, cod. proc. pen., consente la separazione dei giudizi anche da parte della Corte di cassazione, a definitiva conferma che "all'interno dell'unico, ma complesso, rapporto processuale che si costituisce nel caso di processo oggettivamente cumulativo (pluralità di contestazioni nei confronti di un unico soggetto), le singole contestazioni, che rappresentano distinti capi della sentenza, mantengono la loro individualità. Si precisava, altresì, che l'ipotesi esaminata non era quella di mancata originaria impugnazione del punto della responsabilità all'interno di un unico capo di imputazione, ma quella della preclusione, che non è idonea a far acquistare alla relativa statuizione l'autorità di cosa giudicata, qualora si sia in presenza di impugnazione ammissibile relativa ad altri punti della deliberazione. Trattandosi, infatti, di una sentenza plurima o cumulativa, a cagione della confluenza in un unico processo dell'esercizio di più azioni penali, con la costituzione di una pluralità di rapporti processuali, ciascuno dei quali inerente ad una singola imputazione, verrebbe in rilievo la nozione di "capo" della sentenza, là dove ciascuna decisione emessa relativamente ad uno dei reati attribuiti all'imputato rappresenta un atto giuridico completo, tale da poter costituire, da solo, anche separatamente, il contenuto di una sentenza.

Si evidenziava, conseguentemente, che se più ed autonome tra loro, sono le *regiudicande*, tanti quanti sono i capi di imputazione, plurimi saranno i "rapporti di impugnazione" che si costituiscono uno per ciascun capo a sua volta corrispondente a ciascun reato, precisandosi, ancora, che la unicità del ricorso non implica l'inscindibilità delle sottese situazioni processuali corrispondenti ad imputazioni diverse, come deve ritenersi confermato dal fatto che ove venga proposto da più parti un unico gravame avverso la stessa sentenza per capi che autonomamente riguardano i diversi ricorrenti, esso darà luogo a più rapporti processuali scindibili in tanti processi quanti sono i ricorrenti. Né può ritenersi che il diritto dell'imputato alla prescrizione, da più parti rivendicato in termini di prerogativa costituzionalmente protetta, possa imporre una soluzione interpretativa diversa in quanto, laddove l'estinzione sia maturata nelle more tra la sentenza di secondo grado e il giudizio di cassazione, il decorso del tempo acquisisce rilievo solo in presenza di una ragione, prospettata e prospettabile in termini tali da poter ritenere validamente incardinato il rapporto processuale sotteso al controllo di legittimità mediante la indicazione di motivi consentiti *ex* 606 cod. proc. pen. o non manifestamente infondati; ciò avuto riguardo alla specifica imputazione oggetto di condanna e contestazione innanzi alla Corte, non ad ogni possibile altro capo di decisione.

3. La tesi favorevole alla rilevabilità della prescrizione.

A fronte dell'orientamento sopra delineato, volto ad escludere la rilevabilità della prescrizione in caso di inammissibilità dei motivi di ricorso avverso il capo della sentenza relativo ad una delle imputazioni, come segnalato nell'ordinanza di rimessione, si registrava altro indirizzo di segno opposto sostenuto da Sez. 2, n. 31034 del 19/07/2013, Santacroce, Rv. 256557 e Sez. 5, n. 16375 del 15/04/2014, Cavina, Rv. 262763. In tali arresti si affermava il principio secondo il quale "la Corte di cassazione deve rilevare la prescrizione del reato maturata dopo la pronuncia della sentenza impugnata, anche nel caso in cui la manifesta infondatezza del ricorso risulti esclusa con riferimento ad altro reato". In Sez. 2, n. 31034/13, Santacroce ci si limitava però ad affermare che la fondatezza della doglianza sulla intervenuta prescrizione di uno dei reati contestati, escludendo la manifesta infondatezza del ricorso e dunque la insussistenza del rapporto processuale in sede di legittimità, rapporto invece legalmente instauratosi, impone la dichiarazione di prescrizione anche per il diverso delitto contemplato in altro capo.

Nella successiva Sez. 5, n. 16375/14, Cavina, analogamente, la Corte affermava di condividere l'orientamento secondo cui la Corte di cassazione deve rilevare la prescrizione del reato maturata dopo la pronuncia della sentenza impugnata anche nel caso in cui la manifesta infondatezza del ricorso risulti esclusa con riferimento ad altro reato. Tale orientamento, infatti, ad avviso del Collegio, valorizzerebbe l'instaurazione, ad opera di siffatto ricorso, di un valido rapporto processuale (da intendersi nel suo complesso) e dunque l'attitudine del ricorso stesso ad introdurre il rapporto processuale di impugnazione in relazione a tutti i reati. Di conseguenza, la prescrizione nel frattempo maturata potrebbe essere dichiarata anche in relazione al reato rispetto al quale il motivo di ricorso è inammissibile.

4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite "Aiello".

Con **sentenz**a n. 6903 del 27/05/2016, dep. 2017, Aiello, Rv. 268966, le Sezioni Unite, nel risolvere l'evidenziato contrasto, hanno affermato che *"l'autonomia dell'azione penale e dei rapporti processuali inerenti ai singoli capi di imputazione impedisce che l'ammissibilità dell'impugnazione per uno dei reati possa determinare l'instaurazione di un valido rappor-*

to processuale anche per i reati in relazione ai quali i motivi dedotti siano inammissibili, con la conseguenza che per tali reati, nei cui confronti si è formato il giudicato parziale, è preclusa la possibilità di rilevare la prescrizione maturata dopo la sentenza di appello".

Il Supremo consesso ha preso le mosse dall'analisi dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sviluppatasi sul tema dell'autonomia dei rapporti processuali di impugnazione relativi ai singoli capi e punti nel caso di ricorso avverso una sentenza plurima o cumulativa, osservando che da tempo la giurisprudenza delle Sezioni Unite è consolidata nell'affermare il principio dell'autonomia dei singoli capi della sentenza cumulativa. Si richiamano sul punto gli insegnamenti offerti da Sez. U, n. 373 del 16/01/1990, Agnese, Rv. 186164; Sez. U, n. 20 del 09/10/1996, Vitale, Rv. 206170; Sez. U, n. 1 del 28/06/2000, Tuzzolino, Rv. 216239 e Sez. U, n. 10251 del 09/03/2007, Michaeler, Rv. 235699, che tutte hanno espresso analoghe considerazioni circa l'autonomia delle statuizioni relative ai diversi "capi" nei processi cumulativi ad ogni effetto giuridico, quindi anche ai fini dell'impugnazione e del giudicato, in caso di pluralità delle azioni penali seppure riunite in una sentenza documentalmente unica. La Corte ha, pertanto, precisato che "in caso di sentenza cumulativa relativa a più imputazioni, quindi, i singoli capi della sentenza sono autonomi ad ogni effetto giuridico e, perciò, anche ai fini dell'impugnazione, stante il principio della pluralità delle azioni penali, tante per quanti sono gli imputati e, per ciascun imputato, tante quante sono le imputazioni; con la conseguenza che, per quanto i diversi capi siano contenuti in una sentenza documentalmente unica con la quale il giudice di merito ha statuito in ordine alle distinte imputazioni, ognuno di essi conserva la propria individualità e passa in cosa giudicata se non investito da impugnazione e con l'ulteriore conseguenza che le cause estintive del reato sono applicabili indipendentemente dai limiti devolutivi dell'impugnazione, tranne l'ipotesi in cui esse attengano ad un capo di sentenza passato in giudicato perché non toccato, nella sua interezza, dalle censure formulate con i motivi di gravame operando in tal caso la preclusione processuale correlata all'effetto devolutivo delle impugnazioni ed al principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni". Tali conclusioni trovano, ad avviso della Corte, specifico sostegno normativo in alcune disposizioni del codice di rito:

- l'art. 581, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., che prevede, a pena di inammissibilità, che nell'atto di impugnazione siano enunciati, tra l'altro, "i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione";
- l'art. 335 cod. proc. pen. che prevede l'iscrizione da parte del pubblico ministero nell'apposito registro di "ogni notizia di reato" nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito, e si fa esplicito riferimento a "nuove iscrizioni", nel caso in cui il pubblico ministero acquisisca nel corso delle indagini elementi in ordine ad ulteriori fatti costituenti reato;
- gli artt. 17 e 18 cod. proc. pen. che disciplinano la riunione e la separazione di processi anche con riferimento al giudizio di cassazione;
- l'art. 533 cod. proc. pen. il quale prevede che se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione;
- l'art. 624 cod. proc. pen. che disciplina il caso dell'annullamento parziale da parte della Corte di cassazione della sentenza impugnata che assume "autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata" e prescrive che la Corte, quando occorre, dichiari nel dispositivo quali parti della sentenza diventano irrevocabili.

Alla luce di tali considerazioni, le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto come sopra riportato e, applicandolo al caso esaminato, hanno annullato senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente al capo in relazione al quale il ricorso si presentava ammissibile, rilevando l'intervenuta prescrizione, ed hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso in relazione al diverso capo rispetto al quale i motivi di impugnazione risultavano manifestamente infondati, escludendo per esso la rilevabilità della prescrizione intervenuta successivamente alla sentenza di appello. Sotto tale ultimo profilo, la Corte ha dato applicazione al consolidato orientamento secondo il quale, il ricorso inammissibile, in quanto affetto da un vizio o da una anomalia contenutistica, è atto meramente apparente, inidoneo a determinare il passaggio del procedimento all'ulteriore grado di giudizio sì che la cognizione della questione da parte del giudice dell'impugnazione risulta inibita per la formazione del giudicato interno ed è preclusa la possibilità di rilevare e dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione, sia ove questa sia maturata in epoca successiva alla pronuncia della sentenza impugnata sia ove sia maturata in epoca antecedente. (Sez. U, n. 32 del 21/12/2000, De Luca, Rv. 217266, nonché da ultimo, Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015, Ricci, Rv. 266818).

5. La successiva giurisprudenza delle Sezioni semplici.

Il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Aiello è stato ribadito, nel corso dell'ultimo anno, da Sez. 3, n. 20899 del 25/01/2017, Bruno, Rv. 270130, che ne ha ulteriormente specificato la portata applicativa con particolare riferimento all'ipotesi di sentenza di condanna cumulativa che riguardi più reati unificati dal vincolo della continuazione. La fattispecie esaminata dalla Terza Sezione riguarda il reato di cui all'art. 2 comma 1-*bis*, della legge n. 638 del 1983, in relazione all'omesso versamento di ritenute previdenziali per le mensilità da febbraio 2008 fino ad ottobre 2009 per cui la Corte, attesa la inammissibilità del ricorso riguardante le mensilità afferenti l'anno 2008, ha escluso di poter rilevare la prescrizione comunque intervenuta successivamente alla sentenza impugnata nonostante l'annullamento della pronuncia relativamente alle mensilità dell'anno 2009. Il collegio ha, dunque, ritenuto sicuramente applicabile il richiamato principio anche alle ipotesi, come quella esaminata, nelle quali i singoli reati siano avvinti dal vincolo della continuazione, in ragione della ravvisata identità del disegno criminoso, precisando che tale unificazione non vale certo a trasformare più reati in uno solo. A tal proposito ha ricordato come più volte la giurisprudenza di legittimità abbia precisato che la continuazione tra più reati dà luogo unicamente ad una unità giuridica fittizia rilevante *quoad poenam* mentre per tutti gli altri effetti resta integra l'autonomia e la struttura delle violazioni singole, che debbono considerarsi distinte ed autonome tra loro (si ricordano sul punto, Sez. 3, n. 5444 del 10/01/1975, dep. 1976, Latini, Rv. 133993; Sez. U, n. 10928 del 10/10/1981, Cassinari, Rv. 151241; Sez. 2, n. 8894 del 24/02/1984, Gallini, Rv. 166266). Ha richiamato, inoltre, proprio quanto affermato nella pronuncia delle Sezioni Unite "Aiello" circa l'autonomia dei capi di una sentenza affermando come tale autonomia non possa che valere anche per ognuno dei reati unificati dal vincolo della continuazione. La Corte, ponendosi dunque in linea con l'insegnamento offerto dalle Sezioni Unite, ha concluso che "*in caso di ricorso avverso una sentenza di condanna cumulativa, che riguardi più reati unificati dal vincolo della continuazione, l'autonomia dell'azione penale e dei rapporti processuali inerenti ai singoli capi di imputazione impedisce che l'ammissibilità dell'impugnazione per uno dei reati possa determinare l'instaurazione di un valido rapporto processuale anche per i reati in relazione ai quali i motivi dedotti siano inammissibili, con la conseguenza che per tali reati, nei cui confronti si è formato il giudicato*

parziale, è preclusa la possibilità di rilevare la prescrizione maturata dopo la sentenza di appello", rilevando come una diversa soluzione che facesse dipendere la conclusione processuale della estinzione per prescrizione semplicemente in ragione della unificazione o meno *ex* art. 81, cpv., cod. pen. di condotte comunque distinte e come tali integranti altrettanti capi di imputazione "parrebbe prestare il fianco a decise censure sotto il profilo del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 3, n. 5444 del 10/01/1975, dep. 1976, Latini, Rv. 133993
Sez. U, n. 10928 del 10/10/1981, Cassinari, Rv.151241
Sez. 2, n. 8894 del 24/02/1984, Gallini, Rv. 166266
Sez. U, n. 373 del 16/01/1990, Agnese, Rv. 186164
Sez. U, n. 20 del 09/10/1996, Vitale, Rv. 206170
Sez. U, n. 1 del 28/06/2000, Tuzzolino, Rv. 216239
Sez. U, n. 32 del 21/12/2000, De Luca, Rv. 217266
Sez. U, n. 23428 del 22/06/2005, Bracale, Rv. 231164
Sez. U, n. 10251 del 09/03/2007, Michaeler, Rv. 235699
Sez. 6, n. 6924, del 22/02/2012, Fantauzza, Rv. 256556
Sez. 6, n. 50334 del 22/02/2013, La Chimia, Rv. 257846
Sez. 2, n. 31034 del 19/07/2013, Santacroce, Rv. 256557
Sez. 4, n. 51744 del 12/12/2014, Campagnaro, Rv. 261576
Sez. 6, n. 33030 del 24/07/2014, A., Rv. 259860
Sez. 5, n. 16375 del 15/04/2014, Cavina, Rv. 262763
Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015, Ricci, Rv. 266818
Sez. 5, n. 15599 del 15/04/2015, Zagarella, Rv. 263119
Sez. 3, n. 20899 del 25/01/2017, Bruno, Rv. 270130

CAPITOLO VII

EFFETTO ESTENSIVO DELL'APPELLO E PRESCRIZIONE

(Giuseppe Marra)

SOMMARIO: 1. La questione controversa.- 2. Le precedenti sentenze delle Sezioni Unite.- 3 La decisione delle Sezioni Unite n. 3391 del 26/10/2017, dep. 2018, Visconti.

1. La questione controversa.

La Quinta Sezione ha rimesso alle Sezioni Unite la risoluzione di un contrasto giurisprudenziale inerente la portata applicativa dell'effetto estensivo dell'impugnazione disciplinato dall'art. 587 cod. proc. pen., in particolare sul punto se la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione pronunciata nel giudizio di impugnazione operi anche in favore del coimputato non impugnante solo qualora detta causa estintiva sia maturata prima dell'irrevocabilità della sentenza nei confronti dello stesso ovvero – fermo restando il presupposto che l'impugnazione non sia fondata su motivi esclusivamente personali dell'impugnante – anche nell'ipotesi in cui la causa di estinzione sia maturata dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna nei confronti del coimputato non impugnante, affermando peraltro che il contrasto non si poteva ritenere risolto dalla sentenza Sez. U, n. 19054 del 20/12/2012, dep. 2013, Vattani, Rv. 255297, in quanto essa si era espressa sul tema in via incidentale, senza peraltro prendere in considerazione il diverso orientamento già allora emerso nella giurisprudenza di legittimità.

La vicenda processuale traeva origine da una sentenza della Corte di appello di Napoli che aveva dichiarato non doversi procedere per essere i reati estinti per prescrizione (ritenendo non sussistessero i presupposti per una pronuncia ex art. 129, comma 2, cod. proc. pen.) nei confronti sia dell'impugnante sia del coimputato non appellante nei cui confronti la sentenza di condanna era perciò divenuta nel frattempo irrevocabile. I giudici d'appello avevano dato atto in motivazione dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, decidendo di seguire il filone interpretativo in base al quale il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti del non impugnante non sarebbe di ostacolo all'estensione nei suoi confronti della declaratoria di estinzione dei reati per prescrizione, ai sensi dell'art. 587 cod. proc. pen., affermando a tal proposito che l'unica condizione prevista dalla predetta norma è che l'impugnazione non sia fondata su motivi esclusivamente personali, a nulla rilevando invece che la prescrizione nel caso di specie si fosse verificata successivamente all'irrevocabilità della sentenza di condanna per il non appellante. Avverso la suddetta decisione della Corte territoriale proponeva ricorso per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte di appello di Napoli, denunciando l'inosservanza o erronea applicazione degli artt. 157 cod. pen., 531, comma 1, 650, comma 1, e 587, comma 1, cod. proc. pen., per avere la sentenza impugnata seguito erroneamente l'orientamento già disatteso da Sez. U, n. 19054/13, Vattani.

L'articolata ordinanza di rimessione della Quinta Sezione ha quindi esposto in maniera compiuta gli orientamenti contrapposti prendendo spunto in premessa da altre due precedenti sentenze delle Sezioni Unite, ossia: Sez. U, n. 7157 del 18/06/1983, Carbonello, Rv. 160067 (ancora in vigore il codice di rito abrogato), e, Sez. U, n. 9 del 24/03/1995, Cacciapuoti, Rv. 201304-05, le quali si sono pronunciate su questioni diverse ma comunque incidenti rispetto al tema sopra indicato, come si vedrà meglio di seguito.

È stato quindi riassunto un primo orientamento ritenuto prevalente secondo cui (in termini generali) l'estensione dell'impugnazione nei casi contemplati dall'art. 587 cod. proc. pen., non preclude il formarsi *ab initio* del giudicato per chi non ha proposto impugnazione, con la conseguenza che la declaratoria di estinzione del reato non può essere pronunciata anche nei confronti del coimputato non impugnante, se il giudicato di colpevolezza si è formato nei suoi confronti prima del verificarsi dell'effetto estintivo, e ciò a prescindere dalla circostanza che i motivi di impugnazione siano o meno esclusivamente personali (si veda tra le altre Sez. 2, n. 9731 del 25/11/2016, dep. 2017, Fiore, Rv. 269219; Sez. 5, n. 15623 del 27/01/2016, Di Martino, Rv. 266551; Sez. 2, n. 26708 del 20/05/2009, Borrelli, Rv. 244664; Sez. 6, n. 23251 del 18/03/2003, Cammardella, Rv. 226007; Sez. 1, n. 12369 del 23/10/2000, Russo, Rv. 217393).

Un secondo orientamento segnalato ha invece ritenuto che l'estensione al coimputato non impugnante della prescrizione del reato per effetto della disposizione di cui all'art. 587 cod. proc. pen. si produce anche ove detta causa estintiva sia maturata successivamente al passaggio in giudicato della sentenza nei suoi confronti, dato che l'unica condizione preclusiva all'effetto estensivo dell'impugnazione è costituita dalla natura strettamente personale del motivo di impugnazione della sentenza di condanna (così Sez. 2, n. 33429 del 12/05/2015, Guardì, Rv. 264139; Sez. 3, n. 10223 del 24/01/2013, Mikulic, Rv. 254640; Sez. 4, n. 10180/2005 del 11/11/2004, Antoci ed altro, Rv. 231133; Sez. 3, n. 9553 del 8/07/1997, Curello, Rv. 209631; Sez. 3, n. 3621 del 4/11/1997, Giampaoli, Rv. 209969).

L'ordinanza di rimessione ha preso posizione a favore di quest'ultimo, partendo dalla premessa che l'estensione dell'impugnazione prevista dall'art. 587 cod. proc. pen., realizza da un lato l'estensione dei motivi di impugnazione non strettamente personali e dall'altro l'estensione della sentenza in *favor rei* emessa nel conseguente giudizio di impugnazione. In questo quadro: " *….le questioni ex art. 129 cod. proc. pen. e, tra esse, quella della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione sono rilevabili anche oltre i limiti della devoluzione promossa dall'impugnazione : ora, mentre la comunanza del motivo a norma dell'art. 587 cod. proc. pen. (che ben può investire non la causa estintiva del reato, ma, ad esempio, come nel caso di specie, la sussistenza del fatto) opera, innanzi tutto, sul piano dell'impugnazione, assicurandone l'estensione anche al coimputato non impugnante, l'esercizio – anche oltre il devolutum – dei poteri officiosi di cui all'art. 129 cod. proc. pen. con la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione "spezza" la simmetria tra effetto estensivo dell'impugnazione ed effetto estensivo della sentenza, facendo sì che la decisione debba essere pronunciata anche nei confronti del coimputato non impugnante, sempre che la fattispecie estintiva del reato sia comune anche a quest'ultimo (e, dunque, non vengano in rilievo elementi che comportino la differenziazione dei termini prescrizionali per i due coimputati). Di conseguenza, in linea con il secondo orientamento (cfr. le citate sentenze Antoci e Mikulic), è opinione del Collegio che la distinzione tra natura "personale" e natura "non personale" della fattispecie estintiva del reato per prescrizione correlata, secondo l'impostazione del primo orientamento, al momento in cui essa si perfeziona rispetto al passaggio in giudicato della pronuncia di condanna per il coimputato non impugnante, resti, in radice, priva di rilievo, poiché decisivo, ai fini che qui interessano, è, per un verso, che l'impugnazione proposta dal coimputato non sia fondata su motivi esclusivamente personali e, per altro verso, che la causa estintiva del reato per prescrizione, applicata all'impugnante dal giudice dell'impugnazione, sia anch'essa comune al coimputato non impugnante, ossia a quest'ultimo applicabile alla data (non già anteriore all'irrevocabilità, nei suoi confronti, della sentenza non impugnata, bensì) della pronuncia dello stesso giudice dell'impugnazione".*

Il tema controverso individuato dalla sezione rimettente è quindi relativo all'estensione al coimputato non impugnante della causa estintiva sopravvenuta al passaggio in giudicato della sentenza di condanna nei suoi confronti, avvalendosi della disciplina contenuta nell'art. 587 cod. proc. pen., in cui è previsto, in termini generali, che l'impugnazione effettuata da uno degli imputati che ha una posizione comune dal punto di vista sostanziale o processuale, giova anche agli altri imputati se essa è fondata su motivi non esclusivamente personali ovvero motivi che attengono a violazioni di legge processuale.

2. Le precedenti sentenze delle Sezioni Unite.

Ancora in vigore il codice di rito del 1930, in cui la disciplina dell'effetto estensivo dell'impugnazione era regolato dall'art. 203, norma sostanzialmente identica all'art. 587 del nuovo codice, vi è stato l'arresto giurisprudenziale segnato dalla sentenza Sez. U, n. 7157 del 18/06/1983, Carbonello, Rv. 160067, che ha risolto il contrasto relativo al tema, diverso ma per certi versi propedeutico a quello in esame, della formazione del giudicato per i coimputati non impugnanti nell'ipotesi in cui l'impugnazione sia fondata su motivi strettamente personali, come era avvenuto nel caso di specie . La sentenza delle Sezioni Unite in massima ha quindi affermato il seguente principio: "*Il carattere esclusivamente personale dei motivi implica la inoperatività dell'effetto estensivo anche nell'ipotesi di causa sopravvenuta di estinzione del reato (fattispecie in tema di amnistia, nella quale, sulla base dello enunciato principio, si è posto in rilievo il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti del coimputato non impugnante, precisandosi che l'esigenza di evitare giudicati contrastanti attraverso l'estensione dell'impugnazione non ha qui significato, posto che la posizione di ciascun imputato risulta essere del tutto autonoma rispetto a quella degli altri)*".

La sentenza Carbonello, ha perciò affermato che nel caso in cui il coimputato impugnante abbia presentato motivi estensibili, solo in tale evenienza nei confronti degli altri coimputati non impugnanti non interverrebbe il passaggio in giudicato della sentenza di condanna comune. Ed allora, eliminato l'ostacolo della formazione del giudicato in caso di impugnazione fondata su motivi non esclusivamente personali (e si può aggiungere , sempreché la stessa non sia inammissibile), secondo le Sezioni Unite, Carbonello, la causa estintiva sopravvenuta (es. l'amnistia o la prescrizione del reato) poteva essere applicata *ex officio*, ai sensi dell'art. 152 cod. proc. pen. abrogato, dal giudice del gravame in favore del non impugnante, assicurando in tal modo, per quanto possibile, la *par condicio* degli imputati che si trovassero in situazioni sostanziali o processuali identiche o interdipendenti. Va subito però sottolineato che tale importante sentenza da parte del massimo consesso è rimasta isolata in quanto, come si vedrà di seguito, la successiva giurisprudenza, anche delle Sezioni Unite, si è poi consolidata nell'affermare che nei confronti del coimputato non impugnante si forma il giudicato al momento di irrevocabilità della sentenza; a seguito dell'accoglimento dei motivi di impugnazione non esclusivamente personali da parte di chi ha coltivato l'impugnazione, si procederebbe quindi a revocare il predetto giudicato ai sensi dell'art. 587 cod. proc. pen., norma contenente un rimedio straordinario volto ad evitare il contrasto tra giudicati, ovviamente nell'ottica del *favor rei*. Come si vedrà anche di seguito il punto centrale della questione appariva essere il tema della formazione del giudicato nei confronti del non impugnante, dato che molte pronunce avevano assunto come base concettuale per escludere l'applicazione della causa estintiva successiva all'irrevocabilità della sentenza di condanna, proprio il limite dato dall'esistenza del giudicato per chi non ha impugnato o ha proposto un'impugnazione inammissibile.

Il successivo intervento delle Sezioni Unite sul tema è individuato dalla n. 9, del 24/03/1995, Cacciapuoti, Rv. 201304, che ha affermato in massima questo principio: "*Il fenomeno processuale dell'estensione dell'impugnazione in favore del coimputato non impugnante (o l'impugnazione del quale sia stata dichiarata inammissibile), di cui all'art. 587 cod. proc. pen., opera di diritto come rimedio straordinario che, al verificarsi dell'evento consistente nel riconoscimento, in sede di giudizio conclusivo sul gravame, del motivo non esclusivamente personale dedotto dall'imputato diligente, è idoneo a revocare il giudicato in favore del non impugnante, rendendo questi partecipe del beneficio conseguito dal coimputato; ne deriva conseguentemente che, fino a quando non si sia verificato tale effetto risolutivo, il predetto fenomeno processuale non spiega influenza alcuna sulla esecutorietà della sentenza relativa al rapporto processuale individuo concernente il non impugnante od equiparato* ".

Va sottolineato perciò che la sentenza delle Sez. U, Cacciapuoti non ha affrontato in maniera specifica la questione oggetto dell'ultima rimessione, ossia l'estensione al non impugnante della causa estintiva sopravvenuta all'irrevocabilità della sua condanna. La Corte si è infatti limitata ad affermare che il fenomeno processuale dell'estensione dell'impugnazione in favore del coimputato non impugnante (o l'impugnazione del quale sia stata dichiarata inammissibile), opera di diritto come rimedio straordinario che, solo al verificarsi dell'evento consistente nel riconoscimento, in sede di giudizio conclusivo sul gravame, del motivo non esclusivamente personale dedotto dall'imputato diligente, è idoneo a revocare il giudicato in favore del non impugnante, rendendo questi partecipe del beneficio conseguito dal coimputato, con la conseguenza che fino a quando non si sia verificato tale effetto risolutivo, l'impugnazione altrui non spiega influenza alcuna sulla esecutorietà della sentenza relativa al rapporto processuale concernente il non impugnante od equiparato (In questi termini, vi sono conformi le sentenze: Sez. 1, n. 52972 del 7/10/2014, Roman, Rv. 261698; Sez. 1, n. 23650 del 5/05/2005, Billi, Rv. 231919; Sez. 5, n. 15446 del 17/02/2004, Koshi, Rv. 228758).

Da questa pronuncia non si potevano perciò ricavare elementi interpretativi decisivi per risolvere il problema dell'ambito applicativo dell'art. 587 cod. proc. pen. in relazione alle cause estintive sopravvenute al passaggio in giudicato della sentenza nei confronti del coimputato non impugnante. Certamente la sentenza Cacciapuoti, è fondamentale per coloro che sostengono la tesi secondo cui l'impugnazione del coimputato non comporta alcuna influenza sull'esecutorietà della sentenza di condanna relativamente al non impugnante o equiparato, nei cui confronti, ad avviso della Suprema Corte, si formerebbe perciò il giudicato; il citato art. 587 è considerato perciò uno strumento straordinario idoneo a revocare il giudicato in favore del non impugnante, così evitando il consolidamento di un contrasto tra giudicati, sempre nei limiti del *favor rei*.

Ultima dal punto di vista cronologico è la già citata sentenza Sez. U, n. 19054 del 20712/2012, dep. 2013, Vattani ed altro, Rv. 255297, che, tra i vari principi di diritto massimati, ha espresso anche questo : " *La declaratoria di estinzione del reato non può essere pronunciata anche nei confronti del coimputato non impugnante in forza dell'effetto estensivo dell'impugnazione di cui all'art. 587 cod. proc. pen., se il giudicato di colpevolezza si è formato nei suoi confronti prima del verificarsi dell'effetto estintivo, in ragione del decorso del termine di prescrizione successivamente alla emissione della sentenza"*. Va precisato però (come ha fatto la Quinta Sezione) che la rimessione alle Sezioni Unite all'epoca aveva ad oggetto tutt'altra questione, per cui sul tema qui di interesse la sentenza n. 19054 del 2013, Vattani, ha operato una valutazione *incidenter tantum*, senza effettuare quindi una specifica analisi sull'esistente contrasto giurisprudenziale, ragion per cui questa decisione non è stata ritenuta di ostacolo a riportare il tema *de quibus* all'attenzione del massimo Collegio.

3. La decisione delle Sezioni Unite n. 3391 del 26/10/2017, dep. 2018, Visconti.

Con decisione presa in data 26 ottobre 2017 le Sezioni Unite (con sentenza n.3391/2018, depositata il 24 gennaio 2018) hanno risolto il contrasto nel senso di escludere l'estensione della sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione al coimputato che non ha impugnato, salvo che la causa estintiva si sia verificata in data anteriore al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, così confermando quando già sostenuto dalla sentenza Sez. U Vattani.

La sentenza ha motivato la decisione ricostruendo in via preliminare i tratti peculiari della prescrizione e dell'effetto estensivo dell'impugnazione ex art. 587 cod. proc. pen., per poi trarre le conclusioni interfacciando i due istituti.

Quanto alla prescrizione del reato è stato evidenziato che l'estinzione del reato per il decorso del termine di prescrizione si sostanzia nella relazione tra un imputato, il reato da lui commesso e il tempo trascorso, relazione che cessa definitivamente e perde ogni ragion d'essere quando nei confronti dell'imputato sia intervenuta sentenza irrevocabile. In particolare è stato osservato che il verificarsi della prescrizione nel corso del processo " *…dipende da scelte individuali (sul rito o inerenti la proposizione di mezzi di impugnazione) ed è legato anche alle situazioni personali degli imputati (si pensi alla presenza della recidiva solo per alcuni di essi)* ", evidenziando poi che ciò che rileva " *…è il rapporto tempo intercorrente tra l'imputato e il tempo del " suo" processo, da un lato, e il predeterminato termine di prescrizione , dall'altro, restando ininfluenti le cause del maturare della prescrizione*". Da queste poche frasi della motivazione appare evidente che le Sez.U n.3391/2018 ritengono che la prescrizione sia collegata ad una scelta processuale del tutto personale degli imputati (se proseguire o meno il processo con l'impugnazione), non rilevando perciò in alcun modo la circostanza che essa può essere rilevata *ex officio*, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., dal giudice, come aveva invece evidenziato l'ordinanza di rimessione, che sotto questo profilo perciò intendeva rendere la causa estintiva "non esclusivamente personale".

Quanto invece all'effetto estensivo dell'impugnazione, le Sezioni Unite hanno premesso che esso riguarda questioni o situazioni oggettive concernenti il merito della condanna o il processo, sostanzialmente uguali ("comuni") per tutti gli imputati coinvolti, si pensi, ad esempio, alla valutazione dell'attendibilità o meno di una prova dichiarativa riguardante in modo identico più imputati, alla decisione sulla utilizzabilità o meno di una intercettazione riguardante nello stesso modo più imputati o al giudizio su un vizio processuale incidente su più imputati in modo identico. Questi sarebbero perciò i casi in cui i motivi di impugnazione sono da valutare "non esclusivamente personali", come richiesto dall'art. 587, comma 1, cod. proc. pen., per i quali soli opererebbe il fenomeno dell'estensione dell'impugnazione in favore del coimputato non impugnante.

La prescrizione quindi, per le ragioni sopra evidenziate, non rientra tra le questioni considerate "non esclusivamente personali", ragione di per sé ostativa all'effetto estensivo *de quo.*

L'altro punto nodale della presente decisione è la conferma dell'interpretazione assolutamente maggioritaria in giurisprudenza (Sez. U, n. 9 del 24/03/1995, Cacciapuoti, Rv. 201305, e successivamente Sez. U, n. 19054 del 20/12/2012, Vattani, Rv. 255297; Sez. 2, n. 9731 del 25/11/2016, dep. 2017, Fiore, Rv. 269219; Sez. 5, n. 15623 del 27/01/2016, Di Martino, Rv. 266551; Sez. 2, n. 26078 del 20/05/2009, Borrelli, Rv. 244664; Sez. 6, n. 23251 del 18/03/2003, Cammardella, Rv. 226007; Sez. 1, n. 12369 del 23/10/2000, Russo, Rv. 217393; Sez. 6, n. 2381 del 12/12/1994, dep. 1995, Zedda, Rv. 201245), secondo cui la valida impugnazione proposta dal coimputato – ancorchè sostenuta da motivo non esclusivamente

personale – non impedisce che diventi irrevocabile la sentenza relativamente al rapporto concernente l'imputato non impugnante, nei cui confronti la sentenza acquista quindi la sua esecutorietà.

Tale affermazione di principio, fortemente contrastata dalla dottrina, porta con sé la conseguenza che per l'imputato non impugnante si determina una "*cesura"* , che sancisce per questi " …*la fine del tempo del processo e priva in radice di giustificazione logica e giuridica ogni ulteriore computo nei suoi confronti del termine di prescrizione del reato*".

Tale "*cesura*" non è invece riscontrabile nel caso in cui la prescrizione sia maturata prima del passaggio in giudicato della sentenza nei confronti del coimputato non impugnante, per cui in siffatta ipotesi l'effetto estensivo della declaratoria di estinzione del reato opererebbe anche in suo favore. Va detto che in realtà si tratta però di un'ipotesi del tutto residuale dal punto di vista del suo possibile accadimento.

In conclusione, sul solco della giurisprudenza prevalente, le Sezioni Unite n.3391/2018 hanno quindi affermato il seguente principio : "*L'effetto estensivo ex art. 587 cod. proc. pen. della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione non opera in favore del coimputato concorrente nello stesso reato non impugnante se detta causa estintiva è maturata dopo la irrevocabilità della sentenza emessa nei confronti del medesimo".*

Tale conclusione, secondo quanto sostenuto anche dalla Procura generale nella memoria presentata nel corso del giudizio, non creerebbe alcuna violazione della *ratio* sottesa all'effetto estensivo previsto dall'art. 587 citato, ossia evitare il contrasto di giudicati ed assicurare la giustizia sostanziale per tutti gli imputati. Infatti, ha osservato il massimo Collegio che in tali casi (un coimputato condannato ed uno prosciolto per prescrizione a seguito di impugnazione), " *..possono derivare giudicati diversi ma non per questo contradditori, scaturenti dal fluire del tempo e da vicende del processo frutto di scelte personali*."

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 7157 del 18/06/1983, Carbonello, Rv. 160067
Sez. U, n. 9 del 24/03/1995, Cacciapuoti, Rv. 201304
Sez. U, n. 19054/2013 del 20/12/2012, Vattani ed altro, Rv. 255297
Sez. 3, n. 9553 del 8/07/1997, Curello, Rv. 209631
Sez. 3, n. 3621 del 4/11/1997, Giampaoli, Rv. 209969
Sez. 1, n. 12369 del 23/10/2000, Russo, Rv. 217393
Sez. 6, n. 23251 del 18/03/2003, Cammardella, Rv. 226007
Sez. 5, n. 15446 del 17/02/2004, Koshi, Rv. 228758
Sez. 4, n. 10180/2005 del 11/11/2004, Antoci, Rv. 231133
Sez. 1, n. 23650 del 5/05/2005, Billi, Rv. 231919
Sez. 2, n. 26708 del 20/05/2009, Borrelli, Rv. 244664
Sez. 3, n. 10223 del 24/01/2013, Mikulic, Rv. 254640
Sez. 1, n. 52972 del 7/10/2014, Roman, Rv. 261698
Sez. 2, n. 33429 del 12/05/2015, Guardì, Rv. 264139
Sez. 2, n. 9731 del 25/11/2016, dep. 2017, Fiore, Rv. 269219
Sez. 5, n. 15623 del 27/01/2016, Di Martino, Rv. 266551
Sez. U, n. 3391 del 26/10/2017, dep. 2018, Visconti.

CAPITOLO VIII

SOSPENSIONE FERIALE DEI TERMINI E DEPOSITO DELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA

(Mariaemanuela Guerra)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le ragioni del contrasto – 3. Gli arresti della giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite "Giacomini" – 4. La soluzione resa dalle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Le Sezione Unite della Suprema Corte, sono state investite del problema della applicabilità dell'istituto della sospensione feriale, di cui all'art. 1, legge 7 ottobre 1969, n. 742, ai termini di deposito della sentenza.

Nel caso di specie, la Corte d'appello aveva dichiarato inammissibile per tardività l'appello presentato in data 29 ottobre 2015 dall'imputato avverso la sentenza di primo grado, depositata il 31 luglio 2015, che lo aveva condannato per il reato di cui all'art. 95 d.P.R. 30 maggio 2002, n.115. La Corte territoriale aveva, infatti, rilevato che il termine per la proposizione dell'impugnazione era scaduto il 15 ottobre 2015, in considerazione del fatto che il *dies a quo* doveva considerarsi decorrente, ai sensi dell'art. 585, comma 1, lett. c), e comma 2, lett. c), cod. proc. pen., dall'1 settembre 2016, ovvero dal primo giorno successivo alla fine del periodo di sospensione feriale dei termini.

Il difensore dell'imputato aveva proposto ricorso per cassazione avverso la citata ordinanza ai sensi dell'art. 606, lett. c), cod. proc. pen., per inosservanza dell'art. 585 cod. proc. pen., sostenendo che il termine di 45 giorni per la proposizione dell'appello avrebbe dovuto essere computato anche considerando la sospensione feriale dall'1 al 31 agosto da applicarsi anche al termine di deposito della sentenza di primo grado. L'impugnazione proposta il 20 ottobre 2015 era, quindi, da ritenersi tempestiva, poiché il relativo termine di decadenza, decorrente dal 27 settembre, era destinato a maturare 1'11 novembre 2015, e, cioè, ben dopo la data di effettiva presentazione del gravame.

La Quarta Sezione, investita del ricorso, con ordinanza depositata in data 14 giugno 2017, ha rimesso il procedimento alle Sezioni Unite, ravvisando i presupposti di cui all'art. 618 cod. proc. pen., stante l'esistenza di un potenziale contrasto nella giurisprudenza di legittimità sulla seguente questione di diritto: «Se i termini per la redazione della sentenza, quale presupposto di decorrenza dei termini per l'impugnazione, debbano o meno ritenersi soggetti alla sospensione nel periodo feriale dopo l'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67 e le modifiche apportate al periodo feriale dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.».

2. Le ragioni del contrasto.

Non era la prima volta che la questione veniva all'esame del Supremo consesso: già nel 1996, Sez. U, n. 7478 del 19/06/1996, Giacomini, RV 205335 si erano pronunciate nel senso di escludere la sensibilità di detti termini previsti per il giudice: «*Il termine per la redazione della sentenza di cui all'art. 544 cod. proc. pen. - alla scadenza del quale decorre l'ulteriore termine per l'impugnazione, ai sensi dell'art. 585 cod. proc. pen. - non è soggetto alla sospensione nel periodo feriale prevista dall'art. 1 legge 7 ottobre 1969, n. 742; con la*

conseguenza che, ove venga a cadere in detto periodo, l'ulteriore termine per proporre impugnazione comincia a decorrere dalla fine del periodo di sospensione.». Sostanzialmente, Sez. U. Giacomini ha osservato come la disciplina sulla sospensione dei termini processuali nel periodo feriale manifesti il proprio significato sulla base dell'analisi testuale e sistematica della disposizione contenuta nell'art. 1 legge 7 ottobre 1969, n. 742, da riferirsi, appunto, esclusivamente ai termini previsti per gli atti di parte, e, pertanto, come sia destinata a rimanere immune da rivisitazioni che siano fatte derivare, al di fuori di un esplicito intervento legislativo, da modifiche di sistemi normativi distinti e autonomi da essa, quale quelli riguardanti l'Ordinamento giudiziario e le ferie dei magistrati.

La nuova rimessione viene motivata dalla Quarta Sezione sul rilievo di doversi discostare dall'indirizzo interpretativo espresso da Sez. U, Giacomini, a favore della soluzione della sospendibilità nel periodo feriale anche del termine per la redazione della sentenza, di cui all'art. 544 cod. proc. pen. In particolare, l'opportunità di mutare l'interpretazione consolidata sarebbe giustificata dal mutamento del quadro normativo nazionale e sovranazionale successivo alla citata decisione.

Primariamente la Sezione evidenzia il collegamento tra la questione in esame ed il diritto dell'Unione Europea in tema di organizzazione dell'orario di lavoro e diritto alle ferie, rimarcando come successivamente alla pronuncia delle Sez. U, Giacomini, sia intervenuta a Nizza nel dicembre 2000 la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dotata di valore vincolante pari ai Trattati all'interno dell'ordinamento dell'Unione; con essa, ha fatto ingresso nella normativa eurounitaria l'affermazione, solenne e concreta, del principio della pariordinazione, attorno al valore centrale e unificante della dignità della persona, dei diritti civili, politici, economici e sociali, con la rilevante promozione anche dei diritti sociali fondamentali a diritti di rango (almeno) pari a quello delle libertà economiche. Già nel 2001 (Corte giustizia 26/06/2001 Bectu c. Secretary of State for Trade and Industry) era stata prospettata la conferma piena del carattere di diritto sociale fondamentale del diritto alle ferie annuali retribuite ai sensi dell'art. 31, par. 2, della Carta.

Inoltre, tra le fonti europee vincolanti è da ricordare la Direttiva 2003/88/CE del 4 novembre 2003, che disciplina taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro e, all'art. 7, le ferie annuali.

Ebbene, alla luce delle sopracitate fonti, come interpretate dalla Corte di giustizia europea, il principio di effettività della fruizione del periodo di ferie costituisce diritto vivente dell'Unione (Corte giustizia 11/11/2015, Kathleen Greenfield c. The Care Bureau Ltd). In particolare, nella giurisprudenza della Corte di giustizia si rinvengono pronunce su questioni pregiudiziali che non solo riconoscono il diritto alle ferie retribuite quale principio di diritto sociale dell'Unione espressamente sancito dagli artt. 31, par. 2, della Carta di Nizza e 7 della direttiva 2003/88/CE (Corte giustizia, 8/11/2012, Heimann e Toltschin) ma, inoltre, negano la possibilità che tale diritto possa essere interpretato in modo restrittivo (Corte giustizia, 22/04/2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhàuser Tirols).

In secondo luogo, viene richiamata la giurisprudenza della Corte costituzionale, in base alla quale la disciplina della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, relativi alle giurisdizioni ordinarie e a quelle amministrative, è regola generale che trova il suo fondamento non solo nella «necessità di assicurare un periodo di riposo a favore degli avvocati» (Corte cost., sent. n. 49 del 1990; ord. n. 61 del 1992) ma anche nel «potenziamento del diritto di azione e di difesa» (Corte cost., sent. n. 255 del 1987), a cui può derogarsi solo in ragione dell'esigenza di celerità di taluni processi (a titolo esemplificativo non si applica ai processi costituzionali, data l'autonomia della relativa disciplina processuale e l'esigenza

della loro rapida definizione dell'istituto della sospensione feriale, cfr., Corte cost., sentenze n. 233 del 1993, n. 215 del 1986, n. 30 del 1973, n. 15 del 1967 e Corte cost., ord. n. 126 del 5 maggio 1997).

In terzo luogo, la Quarta Sezione evidenzia come, sebbene la regola della sospensione dei termini nel periodo feriale sia stata dal legislatore circoscritta ai soli termini processuali, e ciò al fine di «non arrecare pregiudizi, ingiustificati ed ulteriori, rispetto a quelli indispensabili per il raggiungimento del necessario riposo feriale» (Corte cost. n. 255 del 1987) la Corte cost., tuttavia, riconosca un ampio ambito applicativo della nozione "termini processuali", sulla base di una interpretazione teleologicamente orientata a tutelare il diritto di agire in giudizio, stante la sua stretta connessione con il diritto al riposo dei difensori. In particolare, nella disciplina della sospensione vengono ricompresi anche taluni termini, ancorché non strettamente processuali, laddove «la non applicabilità ai termini per la proposizione della domanda giudiziale della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale lede il diritto di agire in giudizio quando la possibilità di agire in giudizio costituisca, per il titolare del diritto, l'unico rimedio per far valere il diritto stesso nel termine fissato dalla legge» (Corte cost. n. 268 del 1993).

In quarto luogo, viene puntualizzato come, in ogni caso, il termine per il deposito della sentenza sia senza dubbio "termine processuale" (Sez. 2, n. 29489 del 06/06/2003, Tedoldi, Rv. 226770), in quanto disciplina un atto del processo al fine del regolare e corretto esercizio dell'attività giurisdizionale; la stretta correlazione tra detto termine ed il decorso del termine per proporre impugnazione affermata in diverse pronunce di legittimità (Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, dep. 2012, Rossi, Rv. 251494-501; Sez. 3, n. 17416 del 23/02/2016, Di Eugenio, Rv. 266982) consentirebbe, pertanto, di evidenziare il diretto vantaggio che dalla sospensione del termine per il deposito della sentenza nel periodo feriale derivi anche al diritto di difesa, proprio in quanto consente di conservare le medesime cadenze processuali che vigono nel corso dell'anno.

In quinto luogo, si osserva come sia poco convincente l'argomentazione che motiva la non applicabilità della sospensione feriale al termine per la redazione della sentenza, sul rilievo che si tratterebbe di termine privo di sanzione processuale, potendosi altrettanto seriamente argomentare che l'indiretta incidenza della mancata sospensione sul diritto al riposo degli avvocati, ora gravati da un ridotto numero di giorni di sospensione e dalla contemporanea decorrenza dal 1 settembre dei termini d'impugnazione relativi a tutte le sentenze depositate durante il periodo feriale, vada di fatto a ledere lo stesso interesse tutelato dalla regola generale.

In sesto luogo, la Sezione pone l'attenzione su determinate modifiche processuali interne intervenute successivamente alle Sez. U, Giacomini, che hanno inciso significativamente anche sulla portata e gli effetti della disciplina della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, di cui al citato art. 1 legge n. 742 del 1969.

Tra queste rileva l'art. 10 legge n. 67 del 2014 che, modificando l'art. 548, comma 3, cod. proc. pen., ha eliminato la notificazione dell'avviso di deposito con l'estratto della sentenza all'imputato contumace, senza prevedere che analoga comunicazione sia destinata all'imputato assente, facendo così venir meno uno strumento che consentiva di differenziare i termini di scadenza delle impugnazioni.

Inoltre, in base alla modifica normativa introdotta dall'art. 16, d.l. n. 132 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 162 del 2014, il periodo annuale di ferie dei magistrati e degli avvocati e procuratori dello Stato, è stato ridotto a trenta giorni. Ed allora, anche volendo richiamare quanto affermato da Sez. U, Giacomini, che ha incentrato la *ratio* della previsione del periodo di sospensione feriale sulla necessità di assicurare un periodo di ri-

poso a favore degli avvocati, la citata riduzione del periodo feriale che ha interessato anche tale categoria professionale, rischia di vanificare o svalutare grandemente il diritto ad un periodo di effettivo riposo, stante la necessità di fronteggiare l'aggravio di lavoro derivato.

La Sezione rimettente, inoltre, evidenzia come la citata modifica normativa incida sul diritto al godimento delle ferie dei magistrati. Ed infatti, il Consiglio Superiore della Magistratura, nel dare attuazione al disposto dell'art.16, comma 4, del citato decreto legge, a mente del quale «*Gli organi di autogoverno delle magistrature e l'organo dell'avvocatura dello Stato competente provvedono ad adottare misure organizzative conseguenti all'applicazione delle disposizioni dei commi 1 e 2*», ha ritenuto che con tale disposizione il legislatore abbia inteso «innovare la conformazione strutturale della fattispecie, prevedendo un periodo feriale mensile effettivo, cioè durante il quale non pendono in capo al magistrato obblighi lavorativi, con chiara soluzione di continuità rispetto al diritto vivente» (Delibera CSM 26 marzo 2015) ed ha modificato la Circolare in tema di valutazione di professionalità n. 20691 dell'8 ottobre 2007, stabilendo un correttivo alla valutazione del parametro della diligenza, nel senso che il rispetto dei termini per la redazione ed il deposito dei provvedimenti, o comunque per il compimento di attività giudiziarie, sarà valutato facendo salva la necessità di garantire l'effettività della fruizione delle ferie, garantita a livello costituzionale dall'art. 36 Cost.

Né viene ritenuta convincente l'argomentazione svolta da Sez. 5, n. 18328 del 24/02/2017, Clivio, Rv. 269619 per giustificare la esclusione della sospensione feriale dei termini per la redazione dei provvedimenti giudiziari, secondo la quale «il periodo di sospensione feriale è fissato a salvaguardia del diritto al riposo degli avvocati ed è inderogabilmente fissato dalla legge, mentre le ferie dei magistrati possono essere concesse, singolarmente, anche in periodi diversi da quelli di sospensione dell'ordinaria attività giudiziaria». Al contrario, dalla normativa dell'Organo di autogoverno della magistratura emerge la stretta correlazione, che ha radici storiche risalenti, fra il numero di giorni di ferie spettanti al singolo magistrato ed il periodo feriale; in altri termini, da sempre vi è relazione di continenza o di coincidenza fra il periodo di sospensione dei termini feriali e il monte ferie spettante ad ogni magistrato. Del resto, in tema di ferie, la Circolare del CSM n. P. 10588 del 22.4.2011 al punto 1, ha affermato il principio, secondo cui: «Il congedo ordinario deve essere normalmente goduto dal magistrato continuativamente in coincidenza con il periodo feriale fissato al principio di ogni anno ai sensi dell'art. 90 RD 12/1941».

Infine, la Sezione remittente non condivide l'argomento letterale svolto dalla Sez. U, Giacomini, in base al quale sarebbe «emblematico», per escludere la sospensione feriale dei termini per la redazione dei provvedimenti dei magistrati, quanto stabilito nel secondo periodo del comma 1 dell'art. 1 legge n. 742 del 1969, ovvero: «*Ove il decorso abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso È differito alla fine di detto periodo*». In base alla ricostruzione ermeneutica svolta dalle Sez. U del 1996, infatti, tale periodo è stato inteso nel senso che il riferimento all'inizio del termine per impugnare durante il periodo feriale non può che presupporre che in tale periodo possa scadere il termine per il deposito della sentenza. In realtà, tale ragionamento non viene ritenuto insuperabile, dal momento che il termine di impugnazione non sempre decorre da tale deposito, potendo decorrere anche dal diverso momento, che ben può intervenire durante il periodo di sospensione, quale la comunicazione o notificazione alla parte dell'avvenuto deposito.

3. Gli arresti della giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite "Giacomini".

La giurisprudenza assolutamente uniforme aderiva alla posizione espressa da Sez. U, Giacomini (Sez. 6, n. 460 del 08/11/1996, dep. 1997, Rutigliano, Rv. 207730; Sez. 4, n. 12685 del 24/11/2000, dep. 2001, Amato, Rv. 219114; Sez. 1, n. 29688 del 13/07/2001, Rella,

Rv. 219788; Sez. 4, n. 28931 del 17/01/2002, Del Peschio, Rv. 221813; Sez. 1, n. 38396 del 18/10/2002, Sambucci, Rv. 222466; Sez. 6, n. 10675 del 21/01/2003, Falcomatà, Rv. 223783; Sez. 1, n. 49223 del 21/10/2004, Fadda, Rv. 230154; Sez. 3, n. 35738 del 12/07/2007, Belviso, Rv. 237501; Sez. 4, n. 41834 del 27/06/2007, Fiaschetti, Rv. 237983; Sez. 2, n. 23694 del 15/05/2008, Schillaci, Rv. 240622), anche considerando le decisioni intervenute dopo le modifiche normative introdotte dalla legge n. 67 del 2014 (che non ha previsto per l'imputato assente la notifica dell'estratto della sentenza) e dal d. l. n. 132 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 162 del 2014 (che ha ridotto sia il periodo di sospensione feriale dei termini, facendolo decorrere dall'1 al 31 agosto, sia il periodo di ferie dei magistrati e degli avvocati, fissandolo in gg. 30) (Sez. 4, n. 15753 del 05/03/2015, Basile, Rv. 263144; Sez. 1, n. 46588 del 29/10/2015, Carlino; Sez. 5, n. 24320 del 2/04/2015, Burrascano; Sez. 3, n. 46900 del 17/05/2016, Guarino; Sez. 6, n. 45714 del 12/10/2016, Berardi; Sez. 3, n. 40363 del 6/07/2016, Cestaro; Sez. 5, n. 31639 del 1/06/2016, Messinese; Sez. 5, n. 22524 del 1/03/2016, Lo Martire; Sez. 1, n. 3756 del 27/03/2015, dep. 2016, Moselli; Sez. 5, n. 18328 del 24/02/2017, Clivio, Rv. 269619; Sez. 6, n. 23054 del 4/04/2017, Pizzini; Sez. 2, n. 12305 del 16/11/2016, dep. 2017, Raele; Sez. 1, n. 9642 del 5/07/2016, dep. 2017, Hoxha; Sez. 2, n. 9202 del 22/11/2016, dep. 2017, Vit; Sez. 4, n. 27516 del 10/05/2017, Toillie). In particolare, le più recenti sentenze, affermavano che «*l'orientamento che può dirsi ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, deve essere riaffermato anche dopo la modifica legislativa evocata...*», in quanto le riforme previste dall'art. 16, commi 1 e 2, d.l. 12/09/2014 n. 132, conv, con mod., dalla l. 10/11/14 n. 162, non avrebbero variato i termini della questione, essendosi limitate a stabilire una contrazione del periodo di sospensione feriale (dal 1 al 31 agosto e non più dal 1 agosto al 15 settembre) e del numero di giorni di ferie dei magistrati (di 30 giorni e non più di 45) (Sez. 3, n. 40363 del 6/07/2016, Cestaro; Sez. 5, n. 18328 del 24/02/2017, Clivio, Rv. 269619). Secondo tale prospettiva, anche a seguito della novella è da ritenersi immutato il fatto che il periodo di sospensione feriale è fissato a salvaguardia del diritto al riposo degli avvocati ed è inderogabilmente stabilito dalla legge, mentre le ferie dei magistrati possono essere concesse, singolarmente, anche in periodi diversi da quelli di sospensione dell'ordinaria attività giudiziaria. Viceversa, il termine per redigere e depositare la motivazione della sentenza non è fissato a garanzia e tutela dei diritti della difesa – che anzi sarebbero danneggiati dalla sua sospensione, stante l'inevitabile allungamento dei tempi processuali non strettamente connessi alla difesa – ma è stato disciplinato per consentire al giudice di stendere, in un termine più congruo, motivazioni di particolare complessità.

Le ragioni della difesa troverebbero, invece, adeguato riconoscimento nella sospensione, nel periodo feriale, del termine per impugnare: la finalità perseguita dalla legge n. 742 del 1969, infatti, riguarda esclusivamente le funzioni riservate ai difensori – ovvero salvaguardare che l'attività di assistenza e patrocinio, inscindibilmente correlata a quella giurisdizionale, non abbia a svolgersi durante il periodo feriale. Ciò sarebbe pienamente garantito, anche nel caso in cui il termine per il deposito della sentenza scada durante il periodo feriale e lo stesso venga di fatto rispettato dal giudice, essendo pacifica la posticipazione del termine per impugnare alla fine del periodo feriale (Sez. 4, n. 15753 del 05/03/2015, Basile, Rv. 263144; Sez. 3, n. 46900 del 17/05/2016, Guarino; Sez. 6, n. 45714 del 12/10/2016, Berardi; Sez. 5, n. 31639 del 1/06/2016, Messinese; Sez. 5, n. 22524 del 1/03/2016, Lo Martire; Sez. 6, n. 23054 del 4/04/2017, Pizzini; Sez. 1, n. 9642 del 5/07/2016, dep. 2017, Hoxha).

A tale solido indirizzo si contrapponevano soltanto due risalenti arresti, ovvero Sez. 6, 17/03/1992, Lentini e Sez. 1, n. 5193 del 22/03/1995, Mancuso, Rv. 201874 che affermavano l'applicabilità dell'istituto della sospensione feriale, data la sua lata accezione, a qualsiasi

termine processuale, anche perché non era dubitabile che quello di deposito della sentenza è un termine processuale; inoltre, sostenevano che il termine per la redazione della sentenza, per il suo collegamento diretto e immediato con quello per impugnare, che decorre automaticamente dalla scadenza del primo, riguarda un'attività giurisdizionale inscindibilmente correlata con quella di assistenza e di patrocinio dei difensori, con la conseguenza che anche per il termine di redazione delle sentenze sono ravvisabili le medesime esigenze per le quali la sospensione dei termini nel periodo feriale opera sul termine per impugnare. Peraltro, anche l'esigenza di tutelare l'integrità del periodo feriale dei magistrati (di fatto compromesso nelle frequenti ipotesi in cui il magistrato è impegnato nella obbligatoria definizione degli affari con scadenza in detto periodo), imporrebbe la necessaria sospensione dei termini per la redazione delle sentenze, ai sensi della legge n. 742 del 1969.

4. La soluzione resa dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 42361 del 20 luglio 2017, D'Arcangelo, Rv. 270586, replicano puntualmente alle sopracitate articolate argomentazioni e, nel ribadire la ricostruzione esegetica della sentenza Giacomini, affermano il seguente principio di diritto:

«*I termini per la redazione ed il deposito della sentenza non sono soggetti a sospensione nel periodo feriale, anche dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 132 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, che all'art. 16 ha ridotto il periodo annuale di ferie dei magistrati da 45 a 30 giorni. (In motivazione la S.C. Corte ha precisato che i termini processuali soggetti alla sospensione feriale, di cui all'art. 1 della legge n. 742 del 1969, sono soltanto quelli che incombono alle parti per il compimento di atti del procedimento).*».

In sostanza, non ritengono sussistente la prospettata incompatibilità tra il diritto irrinunciabile all'effettiva fruizione delle ferie e la persistente decorrenza dei termini del deposito della sentenza nel periodo feriale. Escludono che dalle recenti novelle normative sia derivata una ingiustificata quanto concreta "manomissione" del citato diritto costituzionale al riposo.

In proposito, viene ricordato come la giurisprudenza amministrativa (Tar Lazio, n. 6544 del 10/05/2017; Tar Lazio n. 9305 del 10/07/2015) si sia già espressa nel senso di escludere profili di illegittimità costituzionale, relativamente al parametro rappresentato dall'art. 36 Cost., della novella che, riducendo le ferie dei magistrati, le ha equiparate a quelle degli altri impiegati civili dello Stato, fondando il proprio ragionamento sul rilievo che la normativa stessa contiene la previsione degli strumenti organizzativi necessari a garantire la effettività del godimento di quelle ad oggi spettanti: strumenti che costituiscono "un vero e proprio obbligo" dal momento che non può essere ignorato che i magistrati, a differenza degli altri impiegati dello Stato, sono tenuti a scrivere e depositare i provvedimenti anche in periodo feriale.

Per la verità suddetta posizione è contraddetta da un parere reso dal Consiglio di Stato, n. 448 del 18/01/2017, della Adunanza della Seconda Sezione – che ha decisamente affermato il principio secondo il quale «*durante il periodo feriale non decorre alcun termine per il deposito dei provvedimenti per i quali si prevede la redazione da parte del magistrato. Ove qualsiasi altra autorità ritenga il contrario, l'interessato potrà sostenere innanzi ad essa (e in quella sede) l'intrinseca irragionevolezza di una simile previsione.*» – ma le Sezioni Unite non lo hanno ritenuto utile al dibattito in quanto considerato «meramente assertivo e non motivato».

Quale argomento decisivo viene ricordato come la sospendibilità di diritto dei termini processuali, stabilita dall'art. 1, comma 1, prima parte della legge n. 742 del 1969 sia esclusivamente riferita ai termini posti alle parti, con esclusione, quindi, di quelli previsti per l'at-

tività del giudice. Ed invero, la *ratio* legislativa che ha portato alla introduzione dell'istituto della sospensione feriale dei termini, emergente dagli atti parlamentari è proprio quella di «concedere un periodo di effettivo riposo agli avvocati ed ai procuratori durante il periodo feriale». Ed infatti, il primo disegno di legge riguardante la materia (n. 1789, presentato al Senato il 13 luglio 1951) era denominato «Ferie degli avvocati e procuratori». E tale ricostruzione trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha reiteratamente affermato (da ultimo con sent. n. 222 del 2015): «l'ambito di applicazione e la finalità dell'istituto della sospensione feriale dei termini processuali, nato dalla necessità di assicurare un periodo di riposo a favore degli avvocati e procuratori legali [...] è anche correlato al potenziamento del diritto di azione e di difesa (art. 24 Cost.) (sent. n. 255 del 1987), cui deve essere accordata tutela, quando la possibilità di agire in giudizio costituisca per il titolare l'unico rimedio per far valere un suo diritto (sentenza n. 49 del 1990)».

Inoltre, dal punto di vista sistematico, l'art. 1 della citata legge n. 742 del 1969 vien ritenuta norma, che, seppure applicabile a tutte le parti, anche quella pubblica – per evidenti ragioni di simmetria procedimentale –, non può ritenersi portatrice di un precetto di carattere generale, come si desume anche dal fatto che, in alcuni casi specificamente previsti dalla legge e relativi a procedimenti con imputati in stato di custodia cautelare, è prevista la rinunciabilità alla sospensione nel periodo feriale, riconosciuta all'imputato e al difensore (legge n. 742 del 1969, art. 2, primo comma).

Ed allora, le novelle del 2014, che hanno ridotto a trenta giorni al contempo il periodo di sospensione feriale dei termini processuali ed il periodo di ferie dei magistrati e degli avvocati dello Stato (art. 16 d.l. n. 132 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 162 del 2014), non hanno inciso sulla struttura e sulla portata semantica di tale precetto. In altri termini, la contrazione realizzata non comporta affatto una consequenziale erosione di "ferie", ma soltanto l'inizio o la ripresa della decorrenza di termini, rispettivamente, scaduti durante o prima dell'inizio del periodo feriale, termini che sono riconosciuti nella loro effettiva fruibilità e portata dilatoria proprio per la preparazione adeguata della attività processuale interessata da essi. Con la conseguenza, quindi, che correlativamente tanto più ristretto è il periodo feriale in cui può avvenire il deposito, quanto minore sarà il numero delle sentenze depositate la cui impugnazione può contribuire all'aggravio del lavoro professionale degli avvocati al rientro dalle ferie.

Del tutto improprio viene poi considerato l'argomento della avvenuta abrogazione, per effetto della legge 28 aprile 2014, n. 67, assieme all'intero processo contumaciale, della norma (art. 548, comma 3, cod. proc. pen.) che, in tema di deposito della sentenza, prevedeva l'obbligo della notifica di questa all'imputato dichiarato contumace. La circostanza cioè che, nella vigenza del nuovo processo "in assenza", il termine per impugnare sia solo quello collegato al tempestivo deposito della sentenza o, in mancanza di questo, alla notifica dell'avviso di deposito della sentenza al solo difensore e non anche alla notifica all'imputato, non gioca alcun ruolo diretto sulla configurazione di una erosione del diritto al riposo del primo. Ciò in quanto la notifica dell'estratto contumaciale non era stata concepita con tale finalità ma per ragioni tutte interne alla effettività della conoscenza del provvedimento giudiziario per una congrua valutazione, anche da parte dell'imputato, della opportunità della impugnazione.

Il Supremo collegio sottolinea, quindi, come non venga affatto in discussione il complesso apparato normativo e l'elaborazione giurisprudenziale di rango costituzionale e sovranazionale in tema di diritto alle ferie annuali retribuite per ogni lavoratore, ed, in particolare, la compatibilità dell'esercizio di tale diritto con la natura e qualità della attività propria del magistrato – tenuto a depositare le sentenze secondo le cadenze previste dai codici di rito e

a svolgere, anche subito dopo la cessazione del periodo feriale, attività (ad esempio udienze) che richiedono un congruo periodo di tempo per la preparazione – in quanto il legislatore ha valutato ed espressamente risolto la questione della effettiva fruibilità del periodo di ferie. Ed infatti, il pericolo che la drastica riduzione delle ferie di fatto possa vanificare la possibilità di godere del periodo minimo previsto dalla normativa euro-unitaria, stante le ineliminabili giornate lavorative da dedicare alla stesura della motivazione e al deposito di sentenze in scadenza o attività similari, è stato scongiurato dalla soluzione adottata nell'art. 16, comma 4, d.l. n. 132 del 2014 che ha demandato alla normazione secondaria, dell'Organo di autogoverno della magistratura e dell'Organo direttivo dell'Avvocatura di Stato, l'adozione di adeguate misure organizzative per assicurare l'effettività delle ferie.

Evidenziano le Sezioni Unite come, in attuazione di tale disposizione, il Consiglio Superiore della Magistratura sia protamente intervenuto a dettare misure organizzative per orientare l'intero corpo della magistratura nella programmazione delle ferie. In particolare, con la delibera del 26 marzo 2015 sono state apportate modifiche alla "Circolare ricognitiva sulle modalità di godimento delle ferie" (Circolare n. P. 10588 del 22 aprile 2011 Delibera del 21 aprile 2011) e alla Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007, e succ. modifiche, riportante "Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati a seguito della legge 30 luglio 2007, n. 111, recante "Modifiche alle norme sull'Ordinamento giudiziario", con la previsione che nelle ipotesi in cui il magistrato durante il periodo feriale debba personalmente compiere atti o attività, inclusa la redazione o il deposito di provvedimenti, caratterizzati da urgenza (ad esempio provvedimenti di natura cautelare o nei confronti di imputati detenuti), possa richiedere formalmente al dirigente (con almeno sette giorni di anticipo, se possibile) di essere richiamato in servizio.

Ed ancora, con la risoluzione del 20 aprile 2016, l'Organo di autogoverno ha affermato il principio secondo cui i dirigenti degli uffici giudiziari (sia giudicanti che requirenti) devono assicurare, un congruo periodo di avvicinamento al godimento delle ferie da dedicare al deposito di provvedimenti ed atti e all'esaurimento delle attività in corso (c.d. "periodo di distacco") ed un periodo analogo di rientro da destinare allo studio delle udienze e delle altre attività fissate (c.d. "periodo di rientro"), da commisurarsi alle funzioni esercitate in concreto dal singolo magistrato.

Viene, quindi, puntualizzato come nella medesima risoluzione del 2016 il Consiglio Superiore abbia puntualizzato l'impegno profuso nell'esercitare un attento e penetrante controllo sulle concrete applicazioni della normativa consiliare in sede di approvazione delle tabelle feriali adottate nei singoli uffici giudiziari, al fine di vedere garantito il principio di effettività delle ferie dei singoli magistrati. In tale prospettiva, infatti, è stata negata l'approvazione, con invito alla rivisitazione, di quei provvedimenti organizzativi che non garantivano un periodo congruo, ovvero una adeguata organizzazione dei periodi di distacco e rientro.

Significativa, ancora, è la modifica apportata al parametro della "diligenza" – rilevante ai fini della valutazione di professionalità con conseguenze anche disciplinari – laddove esso è riferito al rispetto dei termini di redazione e deposito dei provvedimenti ovvero per il compimento di attività giudiziarie. In particolare, con la modifica alla circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007 è stato introdotto il correttivo secondo il quale, ai fini dell'apprezzamento di detto indicatore, sarà da tenere in considerazione la circostanza che i riferiti termini comprendano o vadano a scadere proprio nel periodo feriale, per assicurare l'effettività della fruizione delle ferie e di ogni altra forma di assenza giustificata.

La sopra indicata soluzione normativa che evita di agganciare la fruizione delle ferie alla sospensione del termine di deposito delle sentenze viene ritenuta dalle Sezioni Unite pienamente ragionevole sulla base di un duplice ordine di considerazioni.

Da un lato, infatti, assicura la effettiva fruibilità delle ferie senza compromettere i contrapposti valori della libertà personale dell'imputato e della ragionevole durata del processo, necessariamente coinvolti nel bilanciamento con il diritto al riposo del magistrato. Poiché durante il tempo fissato per la redazione della sentenza – in base alle disposizioni di cui agli artt. 304, comma 1, lett. c) e c-*bis*), cod. proc. pen. e 159 cod. pen., non decorrono i termini di durata della custodia cautelare e della prescrizione del reato, il prolungamento di tale periodo di tempo per effetto della sospensione nel periodo feriale andrebbe a procrastinare, sia la durata del termine di fase interessato, sia i termini di prescrizione del reato.

Dall'altro, viene puntualizzato come poiché i magistrati possono godere delle ferie anche in tempi diversi dal periodo feriale, fissare rigidamente la sospensione di ogni attività processuale al solo intervallo di sospensione feriale costituirebbe una irragionevole disparità di trattamento per coloro che fruiscono del riposo in periodi differenti.

Infine, il paventato contrasto tra godimento effettivo delle ferie e dovere di deposito dei provvedimenti anche in periodo feriale non è configurabile se si considera che il termine di deposito dei provvedimenti giudiziari è, non solo, di regola ordinatorio (fanno eccezione talune specifiche ipotesi fra le più numerose delle quali va annoverata quella riguardante il deposito della motivazione di ordinanze di riesame, introdotto con legge n. 47 del 16 aprile 2015, comunque prorogabile fino a 45 giorni), ma, anche, modulabile discrezionalmente e insindacabilmente dal giudice, in relazione alla complessità della motivazione fino a 90 giorni dalla pronuncia, con la possibilità del raddoppio per talune specifiche ipotesi concernenti reati particolarmente complessi (artt. 544 cod. proc. pen. e 154 disp. att. cod. proc. pen.).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, del 17/03/1992, Lentini
Sez. 1, n. 5193 del 22/03/1995, Mancuso, Rv. 201874
Sez. 6, n. 460 del 08/11/1996, dep. 1997, Rutigliano, Rv. 207730
Sez. U, n. 7478 del 19/06/1996, Giacomini, Rv. 205335
Sez. 4, n. 12685 del 24/11/2000, dep. 2001, Amato, Rv. 219114
Sez. 1, n. 29688 del 13/07/2001, Rella, Rv. 219788
Sez. 4, n. 28931 del 17/01/2002, Del Peschio, Rv. 221813
Sez. 1, n. 38396 del 18/10/2002, Sambucci, Rv. 222466
Sez. 6, n. 10675 del 21/01/2003, Falcomatà, Rv. 223783
Sez. 2, n. 29489 del 06/06/2003, Tedoldi, Rv. 226770
Sez. 1, n. 49223 del 21/10/2004, Fadda, Rv. 230154
Sez. 4, n. 41834 del 27/06/2007, Fiaschetti, Rv. 237983
Sez. 3, n. 35738 del 12/07/2007, Belviso, Rv. 237501
Sez. 2, n. 23694 del 15/05/2008, Schillaci, Rv. 240622
Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, dep. 2012, Rossi, Rv. 251494-501
Sez. 4, n. 15753 del 05/03/2015, Basile, Rv. 263144
Sez. 5, n. 24320 del 2/04/2015, Burrascano
Sez. 1, n. 46588 del 29/10/2015, Carlino
Sez. 1, n. 3756 del 27/03/2015, dep. 2016, Moselli
Sez. 3, n. 17416 del 23/02/2016, Di Eugenio, Rv. 266982
Sez. 5, n. 22524 del 1/03/2016, Lo Martire
Sez. 3, n. 46900 del 17/05/2016, Guarino
Sez. 5, n. 31639 dell'1/06/2016, Messinese
Sez. 3, n. 40363 del 6/07/2016, Cestaro
Sez. 6, n. 45714 del 12/10/2016, Berardi
Sez. 2, n. 12305 del 16/11/2016, dep. 2017, Raele
Sez. 1, n. 9642 del 5/07/2016, dep. 2017, Hoxha
Sez. 2, n. 9202 del 22/11/2016, dep. 24/02/2017, Vit
Sez. 3, Sez. 2, n. 2494 del 10/01/2017, Harmati, Rv. 269115
Sez. 5, n. 18328 del 24/02/2017, Clivio, Rv. 269619
Sez. 6, n. 23054 del 4/04/2017, Pizzini
Sez. 4, n. 27516 del 10/05/2017, Toillie

Sentenze del Consiglio di Stato

Consiglio di Stato, Adunanza della Seconda Sezione, n. 448 del 18/01/2017

Sentenze T.A.R.

Tar Lazio, n. 6544 del 10/05/2017
Tar Lazio, n. 9305 del 10/07/2015

Sentenze della Corte di Giustizia

Corte giustizia 26/06/2001 Bectu c. Secretary of State for Trade and Industry
Corte giustizia, 22/04/2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhàuser Tirols
Corte giustizia, 8/11/2012, Heimann e Toltschin
Corte giustizia 11/11/2015, Kathleen Greenfield c. The Care Bureau Ltd

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 15 del 1967
Corte cost., sent. n. 215 del 1986
Corte cost., sent. n. 255 del 1987
Corte cost., sent. n. 30 del 1973
Corte cost., sent. n. 255 del 1987
Corte cost., sent. n. 49 del 1990
Corte cost., ord. n. 61 del 1992
Corte cost., sent. n. 233 del 1993
Corte cost., sent. n. 268 del 1993
Corte cost., ord. n. 126 del 1997

CAPITOLO IX

ERRORE DI FATTO E REVISIONE

(Paola Proto Pisani)

SOMMARIO: 1. Premessa: il ricorso straordinario per errore di fatto. – 2. La tesi dell'inammissibilità del ricorso *ex* art. 625-*bis* cod. proc. pen. contro i provvedimenti della Corte di cassazione in tema di revisione. – 3. (*Segue*). La tesi contraria: l'ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto avverso le decisioni della Corte conclusive di un giudizio di revisione. – 4. L'oggetto del contrasto risolto dalle Sezioni Unite "Nunziata". – 5. La decisione delle Sezioni Unite. – 6. La giurisprudenza successiva.

1. Premessa: il ricorso straordinario per errore di fatto.

Nel corso dell'ultimo anno è stata depositata la motivazione della sentenza delle **Sezioni unite penali, n. 13199 del 21/07/2016, Nunziata, Rv. 269788-269789-269790-269791** con la quale non soltanto è stato risolto il contrasto insorto in ordine all'ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto *ex* art. 625-*bis* cod. proc. pen. avverso il provvedimento della Corte di cassazione che rigetta o dichiara inammissibile il ricorso del condannato contro la decisione della corte d'appello che ha respinto ovvero dichiarato inammissibile la richiesta di revisione, ma è stato anche delineato, in termini di maggiore certezza, l'ambito applicativo del mezzo straordinario di impugnazione del ricorso per errore di fatto.

Il ricorso straordinario per errore di fatto è un mezzo straordinario di impugnazione introdotto nel sistema dalla legge 26 marzo 2001, n. 128, che ha recepito l'*imput* dato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 395 del 2000 secondo cui l'eventuale «*errore di tipo percettivo in cui sia incorso il giudice di legittimità, e dal quale sia derivata l'indebita declaratoria di inammissibilità del ricorso*», in assenza di rimedi, «*si porrebbe in automatico e palese contrasto non solo con l'art. 3, ma anche con l'art. 24 della Costituzione, per lo più sotto uno specifico e significativo aspetto, qual è quello di assicurare l'effettività del giudizio di cassazione*», stante il presidio costituzionale dato dall'art. 111 Cost. al diritto di fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte suprema, contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale.

Tale rimedio si colloca, per come espressamente ritenuto anche dalle Sezioni unite nella sentenza Nunziata, nell'ambito della tendenza alla progressiva erosione del dogma dell'intangibilità del giudicato, cioè della regola dell'inoppugnabilità dei provvedimenti del giudice di legittimità, al fine di realizzarne il contemperamento con altri principi di pari rango costituzionale.

Il ricorso straordinario per errore di fatto di cui all'art. 625-*bis* cod. proc. pen. costituisce, infatti – al pari del tradizionale istituto della revisione, nonché della previsione dell'applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale e del reato continuato (art. 671 cod. proc. pen.), e della revoca della sentenza per abolizione del reato (art. 673 cod. proc. pen.) – un'eccezione al principio dell'inoppugnabilità delle decisioni della Corte di cassazione che, pur non essendo sancito esplicitamente da alcuna disposizione del codice di rito vigente e pur avendo perduto il carattere dell'assolutezza, resta comunque un canone fondamentale del sistema processuale, con un evidente nesso logico con il giudicato. Il principio dell'irrevocabilità ed incensurabilità delle decisioni della Corte di cassazione, infatti, «*oltre ad essere rispondente al fine di evitare la perpetuazione dei giu-*

dizi e di conseguire un accertamento definitivo – il che costituisce, del resto, lo scopo stesso dell'attività giurisdizionale e realizza l'interesse fondamentale dell'ordinamento alla certezza delle situazioni giuridiche – è pienamente conforme alla funzione di giudice ultimo della legittimità affidata alla medesima Corte di cassazione dall'art. 111 della Costituzione» (Corte cost., n. 294 del 1995).

Il carattere eccezionale delle disposizioni regolatrici del ricorso straordinario per errore di fatto, e il conseguente divieto di applicazione analogica in base al disposto dell'art. 14 delle Preleggi, sono stati immediatamente messi in rilievo dalla Corte (Sez. U, n. 16103 del 27/3/2002, Basile, Rv. 221281; Sez. U, n. 16104 del 27/3/2002, De Lorenzo).

Nell'ambito della tendenza alla progressiva erosione del dogma dell'intangibilità del giudicato si collocano anche altri recenti arresti della giurisprudenza di legittimità che hanno individuato un reticolo di rimedi all'irrevocabilità delle decisioni penali per garantire, ad esempio, la legalità della pena (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 258649-258650- 258651; Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260695-260696-260697-260698-260699-260700; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857- 264858- 264859).

2. La tesi dell'inammissibilità del ricorso *ex* art. 625-*bis* cod. proc. pen. contro i provvedimenti della Corte di cassazione in tema di revisione.

Il tema oggetto del contrasto risolto dalle Sezioni unite con la sentenza Nunziata è stato affrontato per la prima volta dalla Corte (Sez. 5, n. 44897 del 9/11/2004, Asciutto) ritenendo che, siccome il ricorso straordinario è ammesso solo a favore del "condannato" e l'art. 625-*bis* cod. proc. pen. ha natura di norma eccezionale, «*possono costituire oggetto dell'impugnazione straordinaria esclusivamente quei provvedimenti della Corte di cassazione che rendono definitiva una sentenza di condanna*», con la conseguenza che il ricorso straordinario non è ammissibile contro la sentenza della Corte di cassazione che disattenda il ricorso proposto contro un'ordinanza dichiarativa d'inammissibilità di una richiesta di revisione.

La tesi dell'inammissibilità del ricorso straordinario contro una sentenza in tema di revisione è stata, successivamente, più volte confermata dalla Corte, ribadendo che oggetto del ricorso può essere soltanto una sentenza della Corte di cassazione che rende definitiva la condanna dell'imputato e «*non anche provvedimenti di altra natura, seppure collegati in modo indiretto con la pronuncia definitiva di condanna*» (Sez. 5, n. 30373 del 16/06/2006, Nappi, Rv. 235323), perché la disposizione di cui all'art. 625-*bis* cod. proc. pen. ha carattere tassativo e non è suscettibile di interpretazione analogica (Sez. 3, n. 43697 del 10/11/2011, V., Rv. 251411; in senso conforme si vedano anche Sez. 6, n. 4124 del 17/01/2007, Rossi, Rv. 235612; Sez. 1, n. 9072 del 10/01/2011, Fabbrocino).

3. *(Segue)*. La tesi contraria: l'ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto avverso le decisioni della Corte conclusive di un giudizio di revisione.

Il contrasto è sorto a seguito di una pronuncia della Corte (Sez. 1, n. 1776 del 29/09/2014, Narcisio, Rv. 261781) che ha sancito per la prima volta l'ammissibilità del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto contro le decisioni della Corte di cassazione conclusive di un giudizio di revisione, e, a tal fine, ha preso posizione sulla nozione di "condannato", ritenendo che la locuzione comprenda non solo chi "diventa" per la prima volta (irrevocabilmente) condannato per effetto di una decisione della Corte, ma anche colui che è già stato condannato irrevocabilmente e lo "rimane" per effetto di una decisione negativa della Cassazione che produca l'effetto di confermare tale condizione giuridica.

Secondo tale pronuncia l'orientamento che afferma l'estraneità del ricorso straordinario alle decisioni della Corte conclusive di un giudizio di revisione – sul presupposto che lo stesso risulterebbe azionabile solo in rapporto a sentenze per effetto delle quali diviene definitiva una sentenza di condanna – non può essere condiviso, non trovando solida e convincente saldatura con il dato normativo espresso. Infatti, se è vero che nel corpo della disposizione dell'art. 625-*bis* cod. proc. pen. si fa riferimento al "condannato" per delimitare l'area del soggetto legittimato alla proposizione dell'istanza – il che coerentemente esclude dal rimedio in parola le decisioni incidentali emesse in sede cautelare e le decisioni in tema di misure di prevenzione – ciò non significa che i provvedimenti emessi dalla Corte di cassazione assoggettabili al ricorso straordinario per errore di fatto siano esclusivamente quelli da cui deriva, per la prima volta, il consolidamento di tale condizione giuridica, cioè solo le decisioni di inammissibilità o rigetto di ricorsi proposti avverso sentenze di merito con cui si è affermata la penale responsabilità del ricorrente. Una lettura della disposizione in questo senso finirebbe per ricavare (in *malam partem*) una norma in realtà non scritta, posto che il "condannato" è anche il soggetto titolare della facoltà di introdurre il giudizio di revisione (art. 632, comma 1, lett. a), cod. proc. pen.) nel cui ambito, in caso di rigetto della domanda, si approda allo scrutinio di legittimità, con l'emissione di un provvedimento decisorio che –in caso di rigetto del ricorso – conferma la condizione giuridica di partenza.

D'altra parte la decisione che chiude il giudizio di revisione si pone «*in una condizione di piena assonanza (negli effetti) con quelle terminative del giudizio ricostruttivo del fatto controverso*», in quanto il giudizio di revisione è lo strumento generale di rimozione degli effetti di una decisione erronea, con cui si è affermata la penale responsabilità di un individuo.

4. L'oggetto del contrasto risolto dalle Sezioni Unite "Nunziata".

L'oggetto del contrasto risolto dalle Sezioni Unite della Corte nella sentenza "Nunziata" è più ampio di quello che potrebbe apparire sulla base della sola lettura della questione controversa («*Se sia ammissibile il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto avverso la sentenza della Corte di cassazione che si sia pronunciata nel giudizio di revisione*»), attinendo all'interpretazione dell'espressione "condannato" che individua la legittimazione a proporre l'impugnazione straordinaria delle decisioni della Corte per errore di fatto e, quindi, all'ambito di applicazione del rimedio straordinario per errore di fatto, ossia ai provvedimenti che possono essere oggetto di ricorso ex art. 625-*bis* cod. proc. pen., con conseguenze rilevanti sull'ambito applicativo dell'istituto previsto dall'art. 625-*bis* cod. proc. pen., non soltanto in riferimento al giudizio di revisione.

L'ordinanza di rimessione, infatti, evidenzia che decisiva per la soluzione della questione controversa è l'accezione e l'estensione da attribuire al termine condannato: se tale termine si intende "in senso storico" – nel senso cioè che "condannato" è "colui che fu condannato" – ne deriva che il ricorso straordinario può essere esperito solo contro la sentenza della Corte che rende definitiva tale condanna; se viceversa il termine si interpreta "*come espressivo di uno status*" non vi sarebbe ragione di escludere l'applicabilità del rimedio ex art. 625-*bis* cod. proc. pen. anche con riferimento alla sentenza di legittimità che concluda un giudizio di revisione.

5. La decisione delle Sezioni Unite.

Nella consapevolezza dell'ampiezza della questione controversa sottoposta al loro esame, le Sezioni unite della Corte, nella sentenza in rassegna, prendono le mosse dall'analisi della giurisprudenza di legittimità che ha delineato l'ambito applicativo del mezzo straordinario di impugnazione.

Viene, in primo luogo, rilevato come l'inscindibilità tra l'inoppugnabilità delle sentenze di legittimità e il valore del giudicato ha indotto la Corte a stigmatizzare fin da subito il carattere eccezionale della norma di cui all'art. 625-*bis* cod. proc. pen. – che non ne consente un'applicazione analogica, né un'interpretazione estensiva (Sez. U, n. 16103 del 27/3/2002, Basile, Rv. 221281; Sez. U, n. 16104 del 27/3/2002, De Lorenzo) – e ad adottare un indirizzo rigoroso nell'interpretazione dell'ambito applicativo dell'istituto, escludendo la proponibilità del ricorso straordinario per errore di fatto:

- sia contro le decisioni adottate, *ante iudicatum*, nei procedimenti incidentali "*de libertate*" (Sez. U, n. 16103 del 27/3/2002, Basile, Rv. 221281), in materia di misure di prevenzione (Sez. 6, n. 2430 dell'08/10/2009, Cacucci, Rv. 245772) e di confisca (Sez. 5, n. 43416 del 17/07/2009, Seidita, Rv. 245090), nonché alle decisioni che dichiarano inammissibile una istanza di rimessione del processo (Sez. 6, n. 9015 del 18/02/2010, Derlinati, Rv. 246030), alle decisioni di consegna per un mandato di arresto europeo e in genere ai provvedimenti in materia di estradizione (Sez. F, n. 34819 del 09/02/2008, Mandaglio, Rv. 240717);
- sia in relazione a pronunce emesse dopo che la sentenza di cognizione è divenuta irrevocabile, come materia di indennizzo per ingiusta detenzione (Sez. 3, n. 6835 del 28/01/2004, Mongiardo, Rv. 228495; Sez. 3, n. 1265 dell'11/12/2008, Gullì, Rv. 242164), di riabilitazione (Sez. 4, n. 42725 del 03/10/2007, Mediati, Rv. 238302) e, soprattutto, in materia di esecuzione (Sez. 5, n. 48103 del 22/10/2010, Sarno, Rv. 245385; Sez. 5, n. 2727 del 12/12/2009, Baiguini, Rv. 245923).

Si dà quindi atto dell'esistenza, tuttavia, nella giurisprudenza più recente, anche di una forte tendenza ad allargare i confini applicativi dell'istituto, riconoscendo la legittimazione a proporre il ricorso straordinario anche:

- al condannato al risarcimento dei danni in favore della parte civile, che prospetti un errore di fatto nella decisione della Corte di cassazione relativa a tale capo (Sez. U, n. 28719 del 21/06/2012, Marani, Rv. 252695);
- alla persona condannata nei confronti della quale sia stata pronunciata sentenza di annullamento con rinvio limitatamente a profili che attengono alla determinazione del trattamento sanzionatorio (Sez. U, n. 28717 del 21/06/2012, Brunetto, Rv. 252935), in quanto il riconoscimento dell'autorità di cosa giudicata – enunciato, in tema di annullamento parziale, dall'art. 624 cod. proc. pen. con riferimento alle parti della sentenza che non hanno connessione essenziale con la parte annullata – non si riferisce né al giudicato cosiddetto sostanziale, né alla intrinseca idoneità della decisione ad essere posta in esecuzione, ma soltanto «*all'esaurimento del potere decisorio del giudice della cognizione*»;
- al soggetto "già" definitivamente condannato ai fini, diversi da quello della rimozione dell'errore di fatto, di dare attuazione alle sentenze della CEDU che accertino la violazione di diritti dell'uomo avvenuta nell'ambito del giudizio di legittimità, per una violazione del diritto di difesa che abbia reso iniqua la sentenza della Corte di cassazione, indicando nella riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, la misura interna per porre rimedio alla violazione contestata (Sez. 6, n. 45807 del 12/11/2008, Drassich, Rv. 241753) o per la non equità del trattamento sanzionatorio, con conseguente necessità di sostituzione della pena inflitta con quella ritenuta equa dalla Corte europea (Sez. 5, n. 16507 dell'11/02/2010, Scoppola, Rv. 247244).

A fronte di tale variegato panorama giurisprudenziale le Sezioni unite ravvisano, quindi, il nucleo della questione sottoposta al loro esame nella verifica se i provvedimenti della Cassazione suscettibili di essere impugnati ai sensi dell'art. 625-*bis* cod. proc. pen. sono

solo quelli in grado di determinare il passaggio in giudicato della sentenza di condanna «*ovvero se sia sufficiente un altro tipo di nesso con il giudicato sostanziale*», rilevando come, a questi fini, la decisione di inammissibilità o di rigetto pronunciata dalla Corte di cassazione avverso il ricorso proposto dal condannato contro l'ordinanza della corte di appello che abbia dichiarato inammissibile l'istanza di revisione rappresenti un caso paradigmatico, atteso che:

- non vi è dubbio che il destinatario della pronuncia della Cassazione debba essere qualificato come "condannato";
- la tesi che nega la possibilità di proporre il ricorso straordinario in questa materia insiste sulla circostanza che mancherebbe il nesso funzionale tra la decisione della Cassazione e il giudicato, in quanto la decisione negativa assunta nel giudizio di revisione non determina la formazione del giudicato, già perfezionatosi in precedenza.

Il Supremo consesso ritiene, quindi, che, seppure la natura straordinaria del ricorso in esame determina la necessità di ricercare un legame funzionale tra decisione della Cassazione e giudicato, «*tuttavia ciò non vuol dire che l'istituto disciplinato dall'art. 625-bis cod. proc. pen. debba trovare applicazione solo in presenza di una sentenza di legittimità da cui derivi, "per la prima volta", l'effetto del giudicato*», in quanto:

- di un tale requisito non vi è traccia nella legge, atteso che, anche con riferimento alla revisione, il "condannato" è il soggetto titolare della facoltà di introdurre il giudizio di revisione nel cui ambito, in caso di rigetto della domanda, si approda allo scrutinio di legittimità, che può concludersi con un provvedimento negativo, di rigetto o di inammissibilità, che conferma la condizione giuridica di partenza, cioè il giudizio di responsabilità penale del ricorrente-condannato;
- la stessa giurisprudenza di legittimità che ha progressivamente allargato i confini del ricorso straordinario, non autorizza a ritenere che il nesso funzionale tra decisione della Corte di cassazione e giudicato debba essere immediato e diretto.

Secondo le Sezioni Unite ciò che rileva, ai fini della proponibilità del ricorso straordinario per errore di fatto, è che la decisione della Corte di cassazione contribuisca alla "stabilizzazione" del giudicato, a prescindere dal momento in cui esso si sia formato: «*Deve trattarsi di un provvedimento che, collocandosi nel cono d'ombra dell'accertamento della responsabilità penale (o anche civile) della persona interessata, riaffermi comunque l'ambito del giudicato stesso. È in questo senso che deve essere inteso lo status di condannato cui si riferisce l'art. 625-bis cod. proc. pen. Nel caso della revisione la sentenza della Cassazione, che rigetti o dichiari inammissibile il ricorso del condannato contro la decisione negativa della Corte d'appello, conferma il giudicato di condanna, che altrimenti avrebbe potuto essere infranto da un giudizio di revisione con esito favorevole. La decisione della Cassazione non determina "per la prima volta" la formazione del giudicato penale, ma sicuramente contribuisce a determinarlo e, comunque, lo conferma in presenza di una richiesta del condannato finalizzata a superare proprio il giudicato di condanna.*».

Le ragioni che giustificano tale interpretazione vengono individuate:

- nelle "*esigenze che rappresentano l'espressione di valori superiori*" da ritenersi prioritarie rispetto alla regola dell'intangibilità del giudicato, e cioè nell'esigenza, «*di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente, nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità*» (Corte cost., sent. n. 28 del 1969). A tale esigenza risponde, infatti, l'istituto della revisione, e si tratta della stessa esigenza che ha portato alla crisi dell'intangibilità del giudicato anche con riferimento a situazioni diverse dalla revisione (Sez. U, n. 18821 del

24/10/2013, Ercolano, Rv. 258649- 258650- 258651; Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260695-260696-260697-260698-260699-260700; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857- 264858- 264859) e che ha giustificato il tendenziale allargamento degli spazi riconosciuti al ricorso straordinario per errore di fatto;

- nell'esigenza di assicurare l'effettività del giudizio di legittimità, che la Corte costituzionale ha indicato come obiettivo da raggiungere attraverso la previsione di meccanismi in grado di rimediare agli errori della Cassazione (Corte cost., sent. n. 395 del 2000).

Proprio in considerazione dell'esigenza di tutela dell'innocente, posta a tutela di diritti inviolabili della persona, e a fondamento dell'istituto della revisione, le Sezioni unite evidenziano l'effetto paradossale prodotto dall'interpretazione espressa dall'orientamento maggioritario: «*lo status di condannato legittima la richiesta di revisione, ma la stessa condizione non legittimerebbe il ricorso ex art. 625-bis nell'ambito della medesima procedura, con la conseguenza che nel giudizio di legittimità, comunque funzionale a stabilizzare e a ribadire il giudicato di condanna, non sarebbe azionabile alcun rimedio contro l'errore di fatto*».

Peraltro, con riferimento all'effettività del giudizio di legittimità, indicata dalla Consulta come esigenza imposta dagli articoli 3, 24 e 111 Cost., le Sezioni unite rilevano che siccome il giudizio di revisione, a differenza delle procedure incidentali o di quelle esecutive, si caratterizza come lo strumento generale, ancorché straordinario, di rimozione degli effetti di una decisione irrevocabile erronea, la decisione della Corte di cassazione che definisce la procedura, si pone in una condizione assai simile a quelle terminative del giudizio di cognizione, per le quali il ricorso straordinario ex art. 625-*bis* è pacificamente ammesso, con la conseguenza che «*negare il rimedio straordinario per errore di fatto equivale a non assicurare la effettività del giudizio di legittimità, quell'effettività che la Corte costituzionale indicò come obiettivo da raggiungere attraverso la previsione di meccanismi in grado di rimediare agli errori della Cassazione (Corte cost., sent. n. 395 del 2000)*».

Pertanto, con riferimento alla questione oggetto del ricorso, viene enunciato il seguente principio di diritto: «*È ammessa, a favore del condannato, la richiesta, ex art. 625-bis cod. proc. pen., per la correzione dell'errore di fatto contenuto nella sentenza con cui la Corte di cassazione abbia dichiarato inammissibile o rigettato il suo ricorso contro la decisione negativa della corte di appello pronunciata in sede di revisione*».

Le Sezioni unite, non appena accolta una nozione di "condannato" più ampia di quella fino ad ora utilizzata dalla giurisprudenza in questa materia – e che supera il riferimento oggettivo ai soli provvedimenti della Cassazione che determinino, per la "prima volta", la formazione del giudicato –, si preoccupano di precisare i limiti dell'ambito applicativo del ricorso straordinario per errore di fatto, onde evitare che se ne realizzi una "applicazione indiscriminata".

In proposito viene, in primo luogo, chiarito che il rimedio deve rimanere limitato ai casi in cui la decisione della Corte di cassazione interviene a stabilizzare il giudicato, anche se formatosi anteriormente, con conseguente esclusione dell'applicabilità del mezzo straordinario di impugnazione:

- a tutte le decisioni della Corte di cassazione che intervengano in procedimenti *ante iudicatum* (come, ad esempio, i provvedimenti emessi in fase cautelare, le decisioni in materia di misure di prevenzione, quelle in materia di rimessione del processo, nonché le decisioni processuali in materia di estradizione o di mandato di arresto europeo), trattandosi di decisioni che non hanno come destinatario un condannato;
- alle decisioni della Corte di cassazione che comunque si riferiscano al "condannato", in antitesi allo *status* di imputato, cioè alle pronunce emesse dopo che la sentenza di cognizione è divenuta irrevocabile (quali, ad esempio, le decisioni in materia di inden-

nizzo per ingiusta detenzione o per riabilitazione), poiché, in questi casi, la pronuncia della Cassazione può avere come presupposto il giudicato, ma non è destinata ad incidere in alcun modo sull'accertamento della responsabilità.

Quanto ai provvedimenti emessi nella fase dell'esecuzione la sentenza in rassegna distingue a seconda che la decisione della Corte di cassazione intervenga o meno a stabilizzare il giudicato con conseguente:

- esclusione, di regola, dell'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 625-*bis* nei procedimenti in fase di esecuzione o in quelli di sorveglianza in cui la decisione della Corte di cassazione non perfeziona alcuna fattispecie di giudicato, (aggiungendosi che con il termine "condanna" si deve intendere l'applicazione di una sanzione penale, secondo l'interpretazione logico sistematica della norma, introdotta dal legislatore proprio al fine di eliminare errori di fatto verificatisi nel corso del giudizio di legittimità in danno del condannato);
- applicabilità del rimedio straordinario ai casi in cui, nella fase dell'esecuzione, la decisione della Cassazione intervenga sul giudicato, e sia, quindi, in grado di determinare l'irrimediabilità del pregiudizio derivante dall'errore di fatto, come nelle ipotesi in cui il giudizio di legittimità abbia ad oggetto le procedure di cui agli artt. 671 e 673 cod. proc. pen., in cui la Corte di cassazione interviene direttamente sul giudicato, "manipolandolo", o nel caso di una decisione in cui la Cassazione dichiari inammissibile o rigetti il ricorso avverso l'ordinanza negativa del giudice dell'esecuzione chiamato a decidere, *ex* art. 670 cod. proc. pen., una questione riguardante la validità della notifica della sentenza di condanna di merito, ovvero al caso in cui la Cassazione decida in termini negativi un ricorso contro l'ordinanza che respinga una richiesta di restituzione nel termine per impugnare una sentenza di condanna, nei quali viene in discussione «*lo stesso perfezionamento della fattispecie del giudicato*».

6. La giurisprudenza successiva.

La giurisprudenza successiva ha fatto applicazione dei principi espressi dalle Sezioni unite. In particolare la Corte (**Sez. 2, n. 45093 del 26/04/2017, P., Rv. 271152**) ha ritenuto inammissibile il ricorso straordinario per errore di fatto avverso le pronunce della Corte di cassazione che intervengono in materia di riconoscimento di sentenza straniera, «*perché in questo caso la decisione, pur avendo come presupposto il giudicato, non è destinata ad incidere in alcun modo sull'accertamento della responsabilità, già intervenuto aliunde*».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 16103 del 27/3/2002, Basile, Rv. 221281
Sez. U, n. 16104 del 27/3/2002, De Lorenzo
Sez. 3, n. 6835 del 28/01/2004, Mongiardo, Rv. 228495
Sez. 5, n. 44897 del 9/11/2004, Asciutto
Sez. 5, n. 30373 del 16/06/2006, Nappi, Rv. 235323
Sez. 6, n. 4124 del 17/01/2007, Rossi, Rv. 235612
Sez. 4, n. 42725 del 03/10/2007, Mediati, Rv. 238302
Sez. F, n. 34819 del 09/02/2008 , Mandaglio, Rv. 240717
Sez. 6, n. 45807 del 12/11/2008, Drassich, Rv. 241753
Sez. 3, n. 1265 dell'11/12/2008, Gullì, Rv. 242164
Sez. 5, n. 43416 del 17/07/2009, Seidita, Rv. 245090
Sez. 6, n. 2430 dell'08/10/2009, Cacucci, Rv. 245772
Sez. 5, n. 2727 del 12/12/2009, Baiguini, Rv. 245923
Sez. 5, n. 16507 dell'11/02/2010, Scoppola, Rv. 247244
Sez. 6, n. 9015 del 18/02/2010, Derlinati, Rv. 246030
Sez. 5, n. 48103 del 22/10/2010, Sarno, Rv. 245385
Sez. 3, n. 43697 del 10/11/2011, V., Rv. 251411
Sez. 1, n. 9072 del 10/01/2011, Fabbrocino
Sez. U, n. 28719 del 21/06/2012, Marani, Rv. 252695
Sez. U, n. 28717 del 21/06/2012, Brunetto, Rv. 252935
Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 258649- 258650- 258651
Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260695-260696-260697-260698-260699-260700
Sez. 1, n. 1776 del 29/09/2014, Narcisio, Rv. 261781
Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857- 264858- 264859
Sez. U, n. 13199 del 21/07/2016, Nunziata, Rv. 269788 -269789-269790- 269791
Sez. 2, n. 45093 del 26/04/2017, P., Rv. 271152

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 28 del 1969
Corte cost., sent. n. 294 del 1995
Corte cost., sent. n. 395 del 2000

CAPITOLO X

RESTITUZIONE IN TERMINE E SPEDIZIONE DELLA RICHIESTA A MEZZO POSTA

(Matilde Brancaccio)

SOMMARIO: 1. Diritto all'impugnazione, contumacia e restituzione nel termine per impugnare. – 2. Il contrasto sul criterio di verifica della tempestività dell'istanza di restituzione nel termine trasmessa a mezzo posta. – 3. La soluzione delle Sezioni Unite n. 42043 del 2017, Puica: ai fini della verifica della tempestività vale la data della spedizione.

1. Diritto all'impugnazione, contumacia e restituzione nel termine per impugnare.

È noto che negli ultimi anni si è avuta una rinnovata sensibilità interpretativa per le questioni attinenti alla garanzia dell'effettività del diritto ad impugnare, attraverso una sempre maggiore attenzione riservata dalla giurisprudenza e dalla stessa legislazione verso presidi di tutela della reale conoscenza o della legale conoscibilità del provvedimento che si intenda impugnare.

Vanno in questa direzione le evoluzioni che hanno riguardato l'istituto della restituzione in termini previsto dall'art. 175, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. (oggi residuale per i processi contumaciali definiti secondo la normativa precedente all'entrata in vigore delle nuove disposizioni sul processo cd. in assenza, introdotte dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, ovvero limitato alla sola impugnazione dei decreti penali di condanna, in seguito alla riformulazione del comma 2 dell'art. 175 dettata dalla stessa novella normativa), nonché la stessa rescissione del giudicato prevista dall'art. 625-*ter* cod. proc. pen., destinata a succedere alla restituzione in termini per i processi nei quali sia stata dichiarata l'assenza ai sensi del nuovo art. 420-*bis* cod. proc. pen., frutto ancora dell'intervento riformatore della legge n. 67 del 2014.

Peraltro, subito dopo la novella normativa, le Sezioni Unite sono dovute intervenire per stabilire la disciplina reciproca dei due differenti regimi ripristinatori del diritto ad impugnare, con la nota sentenza Sez. U, n. 36848 del 17/7/2014, Burba, Rv. 259992, in assenza di una qualsiasi disciplina transitoria, solo in seguito emanata, con l'art. 15-*bis* aggiunto al testo della legge n. 67 del 2014.

È noto, altresì, che la richiamata disposizione dell'art. 625-*ter* cod. proc. pen., in seguito alla previsione degli artt. 1, commi 70 e 71, della legge 23 giugno 2017, n. 103, risulta oggi abrogata, nelle forme previste dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, e sostituita dalla diversa formulazione dell'istituto della rescissione del giudicato, di cui al nuovo art. 629-*bis* cod. proc. pen., che ha spostato la competenza decisionale dalla Corte di cassazione alla Corte d'Appello.

Dal punto di vista storico, deve rammentarsi che la questione del ripristino di un termine per impugnare ha rappresentato un approdo tutt'altro che scontato nella legislazione italiana; il codice del 1865 non conosceva alcun meccanismo che consentisse di ripristinare un termine sterilmente trascorso, infatti, e la genesi dell'istituto di garanzia si è avuta, sostanzialmente, per via giurisprudenziale, con il ritagliarsi in via interpretativa di spazi di rimedio per simili situazioni. L'introduzione di una norma apposita avvenne solo nel 1913 ed ebbe, però, vita breve poiché il codice Rocco del 1930 la eliminò.

La restituzione nel termine fu poi ripristinata soltanto dopo l'introduzione della Costituzione repubblicana, con la legge 13 giugno 1955, n. 517, che introdusse nel tessuto codicistico l'art. 183-*bis*, sebbene solo con la legge 23 gennaio 1989, n. 22 la restituzione in termini fu individuata quale rimedio per le ingiustizie del processo contumaciale, anche in ragione di una prima storica pronuncia della Corte EDU: la sentenza Colozza (C.EDU, 12 febbraio 1984, *Colozza c. Italia*).

Il nuovo codice di procedura penale del 1989 ha recepito questo speciale modello di restituzione in termini nel secondo comma dell'art. 175 cod. proc. pen., che prevedeva, nella sua prima, originaria versione, due distinte ipotesi di restituzione nel termine: quella del comma 1 dell'art. 175, configurata come il classico rimedio per ovviare all'incolpevole mancata osservanza di un termine decadenziale, e quella del secondo comma dell'art. 175 cod. proc. pen., riferita al caso in cui l'imputato contumace sia decaduto dalla facoltà di proporre impugnazione.

Il processo contumaciale italiano, anche in tali forme, ha incontrato, tuttavia, i rilievi della Corte EDU per le persistenti carenze che, in termini di legalità convenzionale, lo connotavano (cfr. Corte EDU, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, e 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*).

Pertanto, come correttamente hanno osservato alcuni commenti, "costretti dalla Corte di Strasburgo", si è rielaborata l'architettura dell'istituto, semplificandone l'accesso ai contumaci, con la formulazione introdotta dal d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, conv. con modif. dalla l. 22 aprile 2005, n. 60.

Con tale novella, introducendosi il comma 2-*bis* all'art. 175 cod. proc. pen., si concedeva un termine di trenta giorni per la presentazione dell'istanza; si eliminava il riferimento alla precedente impugnazione del difensore e, soprattutto, si capovolgeva l'assetto dell'*onus probandi*, lasciando all'autorità giudiziaria di dimostrare che l'istante avesse avuto conoscenza del procedimento o del provvedimento.

La contumacia, tuttavia, pur dopo tale significativa modifica, continuò a destare critiche e perplessità in relazione all'esigenza di assicurare la partecipazione dell'imputato al processo, in un sistema ispirato al principio accusatorio, ed a ciò si aggiunsero alcune criticità e rigidità interpretative della giurisprudenza della Cassazione, superate dalla sentenza n. 317 del 2009, con cui si è dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. nell'allora sua formulazione, nella parte in cui non consentiva la restituzione dell'imputato, che non avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, quando analoga impugnazione fosse stata proposta in precedenza dal suo difensore.

La sentenza n. 317 del 2009 della Corte costituzionale ha, inoltre, enucleato quello che potrebbe definirsi essere il contenuto essenziale sovranazionale del diritto di difesa dell'imputato contumace.

In particolare, ne ha puntualizzato le componenti principali, elaborandole dal diritto vivente della giurisprudenza della CEDU, individuandole nelle seguenti: *a*) l'imputato ha il diritto di esser presente al processo svolto a suo carico; *b*) lo stesso può rinunciare volontariamente all'esercizio di tale diritto; *c*) l'imputato deve essere consapevole dell'esistenza di un processo nei suoi confronti; *d*) devono esistere strumenti preventivi o ripristinatori, per evitare processi a carico di contumaci inconsapevoli o per assicurare in un nuovo giudizio, anche mediante la produzione di nuove prove, il diritto di difesa che non è stato possibile esercitare personalmente nel processo contumaciale già concluso.

Ecco perché, probabilmente, spinto anche dalla perduranti critiche alle ragioni generali dello stesso istituto della contumacia, il legislatore è tornato a disciplinare il processo contumaciale e, conseguentemente, la restituzione in termini, con la l. 28 aprile 2014, n. 67,

che ha visto la definitiva eliminazione della contumacia dall'ordinamento (segnando anche una nuova e più angusta perimetrazione dell'ambito di applicabilità della restituzione in termini per impugnare di cui al comma 2 dell'art. 175 cod. proc. pen. che, nella nuova, vigente formulazione, è limitata ad essere rimedio esperibile esclusivamente avverso i decreti penali di condanna).

2. Il contrasto sul criterio di verifica della tempestività dell'istanza di restituzione nel termine trasmessa a mezzo posta.

La sintesi delle tormentate vicende dell'istituto della restituzione in termini costituisce lo sfondo necessario a comprendere anche la questione risolta dalle Sezioni Unite nel 2017, riferita proprio alla perdurante operatività della restituzione in termini nella formulazione previgente all'entrata in vigore della novella del 2014, per i processi in corso nei quali, alla data di entrata in vigore della legge n. 67 del 2014, era già stato emesso il dispositivo della sentenza di primo grado, ovvero per quelli ancora pendenti in primo grado, nei confronti dell'imputato dichiarato contumace per il quale non era stato emesso il decreto di irreperibilità (cfr. art. 15-*bis* l n. 67 del 2014 e la giurisprudenza successiva di legittimità: tra tutte, Sez. 5, n. 34180 del 17/2/2016, Golemi, Rv. 267655; Sez. 3, n. 23271 del 29/4/2015, Talarico, Rv. 263652).

Per tali processi, infatti, rimaneva irrisolta e controversa la rilevante questione "*se, ai fini della verifica della tempestività della richiesta di restituzione nel termine a norma dell'art. 175, comma 2-bis, cod. proc. pen., il giudice, nel caso in cui l'istanza sia presentata a mezzo del servizio postale, debba fare riferimento alla data di invio o a quella di ricezione dell'atto".*

Ed è proprio tale quesito l'oggetto della pronuncia risolutiva delle Sezioni unite che ci si appresta a commentare: la sentenza **Sez. U, n. 42043 del 18/5/2017, Puica, Rv. 270726**, con la quale si è stabilito che, ai fini della verifica della tempestività della richiesta di restituzione nel termine a norma dell'art. 175, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., il giudice, nel caso in cui la richiesta sia presentata a mezzo del servizio postale, deve fare riferimento alla sua data di spedizione.

Sul punto, da tempo sussisteva un radicato contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

L'opinione largamente maggioritaria affermava che, in conseguenza dell'inapplicabilità alla istanza di restituzione nel termine della disciplina dettata per le impugnazioni, nell'ipotesi in cui si sia fatto ricorso all'invio a mezzo posta, debba farsi riferimento, per valutarne la tempestività, alla data di ricezione del plico da parte della cancelleria.

In particolare, affermano questo principio: Sez. 6, n. 43088 del 27/09/2016, Bodlli, Rv. 268302; Sez. 5, n. 32148 del 15/01/2016, Raviola, Rv. 267493; Sez. 1, n. 18235 del 28/01/2015, Livisianu; Sez. 1, n. 6726 del 20/01/2014, Grembi, Rv. 259416; Sez. 1, n. 25185 del 17/02/2009, Ben Kassi, Rv. 243808; Sez. 2, n. 35339 del 13/06/2007, Bari, Rv. 237759.

Tale orientamento si basa sull'interpretazione letterale del termine "*presentazione*", che non permetterebbe di ritenervi compreso l'invio dell'istanza tramite spedizione postale.

A sostegno di questa interpretazione "ontologica" vengono menzionate le norme sulle impugnazioni – gli artt. 582 e 583 cod. proc. pen. - che distinguono espressamente tra "presentazione dell'impugnazione" e "spedizione dell'atto di impugnazione": nel primo caso è descritta la contemporanea presenza "fisica" di chi presenta l'impugnazione o di un suo incaricato e del cancelliere e la consegna "materiale" dell'atto di impugnazione al cancelliere; nel caso della spedizione, l'impugnazione viene "proposta" e non "presentata" e, ovviamente, non esiste una contemporanea presenza fisica tra chi propone l'impugnazione e il cancelliere.

Anche la previsione dell'art. 121 cod. proc. pen. viene chiamata a giustificazione dell'orientamento poiché conferma che la "presentazione" di un atto si realizza "mediante il deposito in cancelleria" e che, quando la norma specifica non prevede particolari modalità di "presentazione" dell'atto, deve farsi riferimento a quelle dettate dall'art. 121 cit..

Le argomentazioni della tesi in esame trovano forza anche in una affermazione delle Sezioni Unite, la sentenza Sez. U, n. 3026 del 28/11/2001, dep. 2002, Caspar Hawke, Rv. 220577, in tema di opposizione, nonché nella considerazione che sarebbe stata necessaria una esplicita previsione normativa per ammettere tale modalità di inoltro dell'istanza di restituzione nel termine (così come accade per le impugnazioni e la presentazione della querela).

Ed invece, secondo tale orientamento, l'istanza di restituzione nel termine per impugnare non può essere compresa nella categoria degli atti di impugnazione, trattandosi di rimedio processuale privo della connotazione propria dell'impugnazione, consistente nella richiesta di riforma di un provvedimento giudiziario rivolta ad un giudice diverso da quello che ha emesso il provvedimento impugnato; la restituzione nel termine, piuttosto, costituisce un rimedio eccezionale in rapporto a situazioni in cui un impedimento abbia determinato l'estinzione di un potere, poiché è decorso il termine perentorio stabilito per il suo esercizio, così che le parti possano essere poste nella condizione di esercitare effettivamente i diritti loro attribuiti *ex lege* (Sez. 6, n. 43088 del 27/09/2016, Bodlli, Rv. 268302).

In definitiva, secondo la prima delle due opzioni che si fronteggiano sul tema, poichè l'art. 175 cod. proc. pen. non prevede alcun riferimento a forme di trasmissione a distanza e non potendo l'istanza di restituzione nel termine essere compresa nella categoria delle impugnazioni, alla stessa non si applica il disposto dell'art. 583, comma 2, cod. proc. pen; pertanto, non si può considerare tempestiva la trasmissione a mezzo posta tenendo conto della data di spedizione.

In realtà, anche detta opzione (come non mancano di sottolineare le Sezioni Unite nella pronuncia Puica del 2017) non esclude di per sè la modalità di trasmissione a mezzo posta dell'istanza di restituzione nel termine, ritenendola inammissibile *tout court*, piuttosto, pur ammettendola, pretende che la verifica della tempestività della sua trasmissione sia rapportata comunque alla data di ricezione del plico da parte della cancelleria (Sez. 4, n. 2103 del 06/10/2011, dep. 2012, Scarlata, Rv. 251735, sia pure con riferimento alla domanda di riparazione per ingiusta detenzione).

La tesi opposta è sostenuta da Sez. 5, n. 12529 del 14/01/2016, Vrenozi, Rv. 266316; Sez. 2, n. 2234 del 11/12/2013, dep. 2014, Skoko, Rv. 260046; Sez. 2, n. 19542 del 17/05/2006, Ismalaj, Rv. 234208; Sez. 3, n. 4506 del 13/01/2006, Zenelli, Rv. 234051: pronunce che affermano il principio in base al quale, ai fini della verifica della tempestività della richiesta di restituzione nel termine a norma dell'art. 175, comma *2-bis,* cod. proc. pen., il giudice, se l'istanza è presentata a mezzo del servizio postale, deve fare riferimento alla data di invio della stessa e non a quella di ricezione dell'atto.

Alcune delle pronunce espressione di tale orientamento contrastano l'interpretazione letterale del termine "presentazione", poiché tale dato non giustifica un'interpretazione tale da escludere che l'istanza di rimessione in termini per l'impugnazione possa ritenersi presentata tempestivamente nel momento in cui viene affidata, per la spedizione, al servizio postale.

In particolare, le sentenze Sez. 2, n. 2234 del 2014, Skoko e Sez. 3, n. 4506 del 2006, Zenelli sottolineano, invece, lo stretto rapporto di strumentalità dell'istanza di restituzione nel termine con l'atto principale al compimento del quale è funzionale e ne fanno discendere l'applicazione diretta delle norme sulle impugnazioni, in particolare dell'art. 583, comma 2, cod. proc. pen., in base al quale l'impugnazione si considera proposta nella data di spedizione della raccomandata o del telegramma.

Infine, un ulteriore argomento fondante di tale opzione risiede nella seguente considerazione: aderire alla opposta tesi varrebbe a comprimere eccessivamente il termine, già breve, di trenta giorni assegnato a colui che intende chiedere la restituzione nel termine per impugnare.

Nelle sentenze Sez. 2, n. 19542 del 2006, Ismalaj e Sez. 5, n. 12529 del 2016, Vrenozi, infatti, si evidenzia come, una volta che si ammetta la spedizione a mezzo servizio postale dell'istanza, è evidente che addebitare al richiedente il tempo, spesso imprevedibile, necessario al recapito della stessa, comprometterebbe il suo pieno godimento del termine concesso dalla legge e con esso il suo diritto alla difesa, andando contro un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi stabiliti dalla Corte EDU.

È interessante notare come anche il Procuratore Generale, nella sua requisitoria per la decisione delle Sezioni Unite Puica, abbia ampiamente motivato in adesione all'orientamento in esame, facendo notare che, sebbene l'istanza di restituzione nel termine non costituisca impugnazione in senso proprio e tecnico, essa si configura come la precondizione dell'impugnazione, un "incidente di impugnazione": in una visione sistematica appare distonico che lo strumento processuale che permette l'impugnazione sia soggetto ad una disciplina diversa e più rigorosa di quella dettata per le impugnazioni stesse. Il dato testuale, quindi, della mancanza di riferimenti in tal senso nell'art. 583 cod. proc. pen. non appare decisivo, secondo il Procuratore Generale, mentre deve porsi mente alla necessità di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 175, comma 2-*bis* cod. proc. pen.

3. La soluzione delle Sezioni Unite: ai fini della verifica della tempestività vale la data della spedizione.

La fattispecie in relazione alla quale è stata espressa dalle Sezioni Unite la soluzione della valenza della data di spedizione, al fine di verificare la tempestività dell'istanza di restituzione nel termine, è la seguente: l'imputata era stata dichiarata contumace e condannata con sentenza divenuta irrevocabile per mancata impugnazione; ella aveva proposto ricorso ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen. al Tribunale, in funzione di giudice dell'esecuzione, chiedendo la declaratoria di non esecutività della sentenza e, comunque, avanzando richiesta di restituzione nel termine per proporre impugnazione ai sensi dell'art. 175 cod. proc. pen.

Il Tribunale aveva, rispettivamente, rigettato e dichiarato inammissibile le due domande, rilevando la corretta dichiarazione di contumacia e l'inapplicabilità della disciplina introdotta dalla legge n. 67 del 2014, nonché la tardività dell'istanza di restituzione nel termine, valutata a tali fini come rilevante la data in cui era stato *ricevuto* dall'ufficio giudiziario il plico postale di trasmissione dell'istanza stessa, *spedita* invece nel termine di trenta giorni previsto per avanzare il rimedio restitutorio.

La Corte d'Appello aveva successivamente dichiarato inammissibile l'istanza di restituzione nel termine e di rescissione del giudicato, rilevando che la decisione poteva essere impugnata solo con ricorso per cassazione, sicchè l'imputata aveva proposto ricorso avverso entrambe le decisioni.

Il motivo di ricorso che ha posto la questione poi risolta dalle Sezioni Unite attiene, appunto, all'istanza di restituzione nel termine avanzata dopo la notifica dell'ordine di esecuzione, da considerarsi tempestiva poiché trasmessa alla Corte d'Appello (che l'aveva a sua volta trasmessa al Tribunale) nei termini di legge, dovendosi tener conto della data di spedizione della raccomandata ai sensi dell'art. 583, comma 2, cod. proc. pen. e non già della data di ricezione del plico spedito.

Le Sezioni Unite, rilevato che, effettivamente, nel caso di specie, non vi fosse questione di applicabilità della nuova disciplina della rescissione del giudicato, hanno valutato che la rituale notifica dell'estratto contumaciale della sentenza di condanna, unita al decorso del termine per proporre impugnazione, avevano determinato l'irrevocabilità della sentenza di condanna, con conseguente rigetto da parte del giudice dell'esecuzione dell'istanza di declaratoria di non esecutività ex art. 670 cod. proc. pen.

La questione fondamentale, dunque, diventava proprio quella dei criteri in base ai quali giudicare tempestiva l'istanza di restituzione nel termine avanzata dall'imputata.

Si è anticipato che le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento sino al 2017 minoritario ed affermano il principio di diritto secondo cui, *ai fini della verifica della tempestività della richiesta di restituzione nel termine a norma dell'art. 175, comma 2-bis, cod. proc. pen., il giudice, nel caso in cui la richiesta sia presentata a mezzo del servizio postale, deve fare riferimento alla sua data di spedizione.*

La ragione principale adottata come motivazione di fondo che giustifica tale scelta è collegata dalle Sezioni Unite alla *natura strumentale della richiesta di restituzione nel termine rispetto alla successiva impugnazione*: essa costituisce pre-condizione dell'impugnazione, sicché ad essa si applica la disciplina di cui agli artt. 582 e 583 cod. proc. pen.

Del resto, già nel codice di rito del 1930 – rileva la sentenza Puica – la soluzione oggi adottata era stata quella preferita, e proprio alla luce del valutato rapporto di strumentalità tra l'istanza di restituzione nel termine e l'atto principale al compimento del quale essa è diretta.

Neppure la mancanza di un espresso rinvio normativo alla disciplina delle impugnazioni può essere interpretato come volontà del legislatore di non applicare quest'ultima all'istanza di restituzione nel termine: si tratta, piuttosto, per le Sezioni Unite, di un dato neutro.

Ancora seguendo il ragionamento della sentenza Puica, l'applicazione delle forme previste per le impugnazioni all'istanza (strumentale all'impugnazione stessa) di restituzione nel termine non è impedita da alcun divieto, espresso o tacito, del legislatore, mentre deve ritenersi necessaria per evitare l'effetto di compressione del termine di trenta giorni di cui all'art. 175, comma 2-*bis,* cod. proc. pen., prodotta dall'adozione della soluzione opposta, la quale, oltre a ridurre il termine per la proposizione dell'istanza, lascia, altresì, incertezza assoluta sulla possibilità che esso venga rispettato, in quanto il tempo di consegna di un plico postale può variare in relazione a cause imprevedibili.

Infine, le Sezioni Unite ricollegano la scelta di propendere per il criterio della spedizione anche alle ragioni sottostanti alla stessa introduzione dell'art. 175, comma *2-bis,* cod. proc. pen. (ragioni già ricordate al par. 1 ed ampiamente esposte anche nella sentenza Sez. U, n. 52274 del 29/09/2016, Rrushi, Rv. 268107, in tema di rescissione del giudicato ed ammissione a riti alternativi), nonché al principio costituzionale del giusto processo.

E difatti, permane la necessità – già valutata al momento dell'adozione dell'art. 175, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. nella formulazione voluta dal legislatore del 2005, tuttora applicabile in via transitoria ex art. 15-*bis* della l. n. 67 del 2014 a determinati processi – che i rimedi approntati dal legislatore nazionale per sopperire alle carenze strutturali del sistema ed al difetto di garanzie del processo contumaciale, siano efficaci ed effettivi, sicchè si impone, secondo le Sezioni Unite, una soluzione che consente all'interessato di usufruire per intero del breve termine previsto a pena di decadenza dalla possibilità di proporre l'istanza di restituzione nel termine.

Infine, le Sezioni Unite avvertono che la soluzione adottata non determinerà una arbitraria estensione del concetto di "presentazione" esistente nel codice di rito e non inciderà, di conseguenza, sulle valutazioni espresse con riferimento alla proposizione di numerose altre istanze o richieste diverse da quella di restituzione nel termine.

Per ciascuna di esse, infatti, andrà di volta in volta valutata l'esistenza di un'autonoma ragione di applicazione della disciplina delle impugnazioni (e ciò è già avvenuto, ad esempio, per l'opposizione a decreto penale, la cui natura di impugnazione ha fatto ritenere adottabili, per la sua presentazione, tutte le forme previste dagli artt. 582 e 583 cod. proc. pen., e, quindi, anche il ricorso al servizio postale, con l'ulteriore conseguenza dell'individuazione della data di invio per valutarne la tempestività: cfr. Sez. 4, n. 9603 del 18/02/2016, Filice, Rv. 266302; Sez. 5, n. 35361 del 06/07/2010, Cheng, Rv. 248876).

Sia consentita un'ultima notazione, coerente con l'impostazione "moderna" e garantista del principio espresso dalle Sezioni Unite Puica.

La giurisprudenza di legittimità, dimostrandosi ancora una volta al passo con i tempi e capace di seguire gli sviluppi e le evoluzioni della società e dei servizi tecnologici sul tema della spedizione degli atti di impugnazione (nonché, quindi, per le ragioni esposte dalla pronuncia delle Sezioni Unite in commento, anche dell'istanza di restituzione nel termine), ha chiarito che, in tema di modalità di presentazione dell'atto di impugnazione, l'effetto anticipatorio di cui all'art. 583, comma 2, cod. proc. pen., secondo il quale "*l'impugnazione si considera proposta nella data di spedizione della raccomandata*", può legittimamente prodursi per gli atti di impugnazione spediti con raccomandata fornita dai *servizi di recapito privato* regolarmente autorizzati dal Ministero dello sviluppo economico, anche se limitatamente alle spedizioni successive al 30 aprile 2011, epoca di entrata in vigore dell'art. 4 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 (disposizione in base alla quale è stata sottratta al gestore del servizio universale, identificato in Poste Italiane s.p.a., la riserva dei servizi di invio e recapito delle raccomandate "attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie"): così, Sez. 3, n. 38206 del 3/5/2017, D'Aversa, Rv. 270967 che conferma il principio già espresso da Sez. 3, n. 20380 del 6/11/2014, dep. 2015, Panichi, Rv. 263643.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 36848 del 17/7/2014, Burba, Rv. 259992
Sez. 5, n. 34180 del 1772/2016, Golemi, Rv. 267655
Sez. 3, n. 23271 del 29/4/2015, Talarico, Rv. 263652
Sez. U, n. 42043 del 18/5/2017, Puica, Rv. 270726
Sez. 6, n. 43088 del 27/09/2016, Bodlli, Rv. 268302
Sez. 5, n. 32148 del 15/01/2016, Raviola, Rv. 267493
Sez. 1, n. 18235 del 28/01/2015, Livisianu
Sez. 1, n. 6726 del 20/01/2014, Grembi, Rv. 259416
Sez. 1, n. 25185 del 17/02/2009, Ben Kassi, Rv. 243808
Sez. 2, n. 35339 del 13/06/2007, Bari, Rv. 237759
Sez. U, n. 3026 del 28/11/2001, dep. 2002, Caspar Hawke, Rv. 220577
Sez. 4, n. 2103 del 06/10/2011, dep. 2012, Scarlata, Rv. 251735
Sez. 5, n. 12529 del 14/01/2016, Vrenozi, Rv. 266316
Sez. 2, n. 2234 del 11/12/2013, dep. 2014, Skoko, Rv. 260046
Sez. 2, n. 19542 del 17/05/2006, Ismalaj, Rv. 234208
Sez. 3, n. 4506 del 13/01/2006, Zenelli, Rv. 234051
Sez. U, n. 52274 del 29/09/2016, Rrushi, Rv. 268107
Sez. 4, n. 9603 del 18/02/2016, Filice, Rv. 266302
Sez. 5, n. 35361 del 06/07/2010, Cheng, Rv. 248876
Sez. 3, n. 38206 del 3/5/2017, D'Aversa, Rv. 270967
Sez. 3, n. 20380 del 6/11/2014, dep. 2015, Panichi, Rv. 263643

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 317 del 2009

Sentenze della Corte EDU
Sejdovic c. Italia del 10/11/2004
Somogyi c. Italia del 18/52004

SEZIONE VI

ESECUZIONE

CAPITOLO I

QUESTIONI INTERPRETATIVE IN MATERIA DI RECLAMI EX ART. 35-*BIS* E 35-*TER* ORD. PEN.

(Luigi Barone)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Questioni attinenti alla legittimazione delle parti. - 2.1. Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai fini del reclamo della p.a. - 2.2. La legittimazione dei condannati ammessi ad una misura alternativa alla detenzione. – 3. La natura e il regime di prescrizione e decadenza dei rimedi risarcitori. - 3.1. L'interpretazione dei dati normativi alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza "Torreggiani". - 3.2. La natura giuridica dell'azione ex art. 35-*ter* ord. pen. - 3.3. Il problema della retroattività dei nuovi rimedi risarcitori. - 3.4. I termini di prescrizione ed il problema dell'individuazione del *dies a quo*. - 3.5. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Tuttolomondo. – 4. L'esclusione dell'attualità del pregiudizio tra i presupposti legittimanti il reclamo. – 5. I parametri di computo dello spazio minimo garantito al detenuto. – 6. Il tema delle spese di giudizio. - 6.1. Il regolamento delle spese di giudizio sostenute dalle parti. - 6.2. (Segue). Le spese sostenute dalle parti nel procedimento ex artt. 35-*bis* e *ter* ord. pen. - 6.3. Il contrasto giurisprudenziale in merito alla condanna della p.a. (ricorrente per cassazione) alle spese di procedimento anticipate dall'erario in caso di soccombenza. - 6.4. L'inquadramento della questione e la soluzione offerta dalle Sezioni Unite "De Benedictis" in materia di ingiusta detenzione. – 6.5. L'orientamento favorevole alla condanna della p.a. alle spese ex art. 616 cod. proc. pen. – 6.6. L'orientamento contrario. – 6.7. La nozione di parte privata nel processo penale. – 6.8. Il principio dell'unicità della personalità dello Stato. – 6.9. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite "Tuttolomondo".

1. Introduzione.

Con la sentenza pilota dell'8 gennaio 2013, "Torreggiani c. Italia", la Corte EDU, rilevata la strutturale violazione dell'art. 3 Cedu da parte dell'Italia, a causa del "grave sovraffollamento" dei relativi istituti penitenziari – condannava il nostro Paese, ma, al contempo, dichiarava sospesi tutti i ricorsi dei detenuti italiani, aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita, concedendo allo Stato convenuto il termine di un anno a partire dal maggio 2013 (successivamente posticipato al giugno 2015), entro il quale adottare le misure necessarie per porre rimedio alla situazione di sovraffollamento delle carceri.

In risposta a quanto intimatogli, il Governo italiano, con il d.l. 92/2014, conv. con modif. nella l. 117/2014, ha introdotto nell'ordinamento penitenziario nuovi rimedi preventivi e risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della CEDU.

La rafforzata tutela si concretizza in due autonome azioni, disciplinate agli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen. che consentono al detenuto di essere sottratto con rapidità da una situazione che genera la violazione del suo fondamentale diritto a non subire trattamenti inumani e al contempo di conseguire un ristoro per la violazione subita.

I due rimedi non sono alternativi tra loro, ma al contrario consentono all'interessato (in conformità a quanto richiesto all'Italia dai giudici di Strasburgo nella sentenza Torreggiani)

di rivolgersi al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere l'immediato ripristino della legalità e al contempo di ottenere una riduzione della pena da espiare (nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito) o, in via subordinata, un risarcimento in forma monetaria (nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio patito).

Nel primo caso (art. 35-*bis* ord. pen.), il procedimento prevede nel suo sviluppo uno specifico rimedio mutuato dallo schema del giudizio amministrativo di ottemperanza; nel secondo caso il contenuto risarcitorio conferisce al procedimento natura marcatamente civilistica, al punto da prevedere una tutela sussidiaria e residua davanti al tribunale ordinario – entro sei mesi dalla cessazione della pena –, nei casi in cui il pregiudizio non sia computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero il soggetto che assume di averlo patito abbia terminato di espiare la pena detentiva.

In entrambe le ipotesi (35-*bis* e 35-*ter* cit.), il procedimento innanzi al magistrato di sorveglianza si svolge secondo le previsioni degli artt. 666 e 678 cod. proc. pen., con la necessaria estensione del contraddittorio all'amministrazione interessata; nell'ipotesi residuale di competenza del Tribunale civile in composizione monocratica, la disciplina è quella fissata dagli artt. 737 e ss. cod. proc. civ. e il risarcimento del danno è da liquidare nella stessa misura stabilita per le ipotesi in cui a decidere sia il magistrato di sorveglianza.

L'art. 2, d.l. n. 92 del 2014, regolamenta due ipotesi di diritto transitorio:

- la prima, concerne la legittimazione all'azione ex art. 35-*ter*, comma 3, ord. pen., entro il termine di decadenza di sei mesi decorrenti dalla data di entrata in vigore della normativa, da parte di coloro i quali, alla data anzidetta, abbiano cessato di espiare la pena detentiva o non si trovano più in stato di custodia cautelare in carcere;
- la seconda, consente, invece, di presentare domanda, ai sensi dell'art. 35-*ter*, cit., ai soggetti detenuti o internati, che, al momento dell'entrata in vigore del predetto d.l. abbiano già presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, qualora non sia ancora intervenuta una decisione della stessa Corte sulla ricevibilità del ricorso.

Nei paragrafi che seguono verranno passate in rassegna le principali questioni controverse trattate, nell'anno in commento, dalla Suprema Corte.

2. Questioni attinenti alla legittimazione delle parti.

2.1. Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai fini del reclamo della p.a.

In tema di legittimazione a proporre reclamo la Cassazione è stata per lungo tempo ferma nel ritenere che nel caso di ordinanza del magistrato di sorveglianza resa sull'istanza del detenuto per ottenere il risarcimento dei danni patiti per le condizioni della detenzione, il susseguente atto di impugnazione rivolto alla tutela dell'interesse della Amministrazione Penitenziaria, va proposto con l'osservanza delle norme processuali di cui agli articoli 100 e 573 cod. proc. pen.. Ne consegue che è inammissibile il reclamo proposto, ai sensi dell'art. 35-*bis*, comma 4, ord. pen., da uno degli organi della p.a. interessati (Direttore del carcere, Provveditore regionale nell'interesse dell'Amministrazione penitenziaria, Ministero della Giustizia) potendo questi esercitare la facoltà di impugnazione soltanto attraverso il patrocinio e l'assistenza della Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 1 R.d. n. 1611 del 30 ottobre 1933 (Sez. 1, n. 11249 del 17/11/2016, dep. 2017, Condello, Rv. 269513; Sez. 1, n. 11244 del 17/11/2016, dep. 2017, Tauro, Rv. 269512; ma v. anche Sez. 1, n. 18882 del 16/02/2017, Li Bergolis, Rv. 270014, in materia di colloqui dei detenuti sottoposti a trattamento differenziato ex art. 41-*bis*, ord. pen.).

È stato affermato che «se nel primo grado di giudizio il legislatore introduce una previsione deformalizzante che consente, in ossequio agli obiettivi perseguiti, la semplificazione

delle forme di esercizio del contraddittorio, così non è per l'esercizio del potere di reclamo (potere non solo introduttivo di un nuovo grado di giudizio ma che richiede, anche in via logica, specifiche competenze tecniche di carattere processuale). In tal caso, infatti, riemerge l'obbligo di esercizio delle facoltà procedurali attraverso la rappresentanza realizzata in aderenza alle descritte previsioni, con necessità di redazione dell'atto di impugnazione da parte dell'Avvocatura dello Stato, a pena di inammissibilità del medesimo» (in questi termini, le suindicate sentenze "Condello" e "Tauro").

Anticipando quanto verrà esposto nei successivi paragrafi, deve rilevarsi che con con sentenza n. 3775 del 21/12/2017, dep. 2018, Tuttolomondo, le Sezioni Unite, discostandosi dall'orientamento sin qui seguito dalla Suprema Corte, sono approdate all'opposta conclusione per cui «il reclamo-impugnazione di cui all'art. 35-*bis*, comma 4, ord. pen. può essere proposto dall'Amministrazione penitenziaria senza il patrocinio e l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato».

2.2. La legittimazione dei condannati ammessi ad una misura alternativa alla detenzione.

Sul versante del condannato, si è posto il problema della legittimazione dei soggetti ammessi a misure alternative alla detenzione. Tra questi, coloro che, al momento della domanda, stiano fruendo della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domiciliare.

Sez. 1, n. 47052 del 18/05/2017, Fazio, Rv. 271129 ha risolto la questione positivamente affermando che «…le misure alternative non costituiscono istituti giuridici distinti dalla esecuzione della pena nelle forme della detenzione intramuraria, ma forme attraverso le quali la pena detentiva, che appunto si concretizza nella detenzione in carcere, può essere eseguita, di guisa che misura alternativa e pena detentiva in istituti di pena si equivalgono, tra loro si immedesimano e non integrano realtà giuridiche diverse in riferimento al concetto di pena da espiare ed espiata. Da ciò consegue che, quando la norma in esame, al comma 1°, riconosce la possibilità di chiedere il risarcimento del danno dato dalla riduzione della pena detentiva, da essa, pena detentiva, non possono escludersi le misure alternative al carcere, in quanto attraverso di esse l'interessato sta espiando nulla di diverso da una pena detentiva…. (omissis)… Lo stesso comma 3 in esame, peraltro, allorché indica il *dies ad quem* per l'utile proposizione della istanza riparatoria nelle ipotesi ivi previste, utilizza l'espressione "che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere", la quale non può riferirsi alla condizione in esame, perché la misura alternativa in ogni momento può essere revocata e sostituita con la detenzione in carcere sin tanto che non intervenga il provvedimento del giudice della sorveglianza che attesta l'esito positivo della prova e, quindi, dichiara, con effetto costitutivo, l'avvenuta espiazione».

Con questa decisione che equipara i soggetti sottoposti ad una misura alternativa ai condannati ristretti in carcere., la S.C. si è discostata dal precedente difforme indirizzo che, con riferimento alla detenzione domiciliare, aveva ritenuto che «qualora il condannato abbia terminato di espiare la pena detentiva per essere ammesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare, competente a provvedere sulla domanda risarcitoria, riferita ad un pregresso periodo di carcerazione, è il tribunale civile del capoluogo del distretto di residenza dell'istante e non il magistrato di sorveglianza» (Sez. 1, n. 44175 del 21/06/2016, Vicinanza, Rv. 268298).

In linea, invece, con l'attuale indirizzo, la Corte riconosce anche ai soggetti ammessi al regime di semilibertà la legittimazione ad agire al fine di conseguire i rimedi compensativi, previsti dall'art. 35-*ter* ord. pen., per la detenzione patita in condizioni di contrasto con le previsioni dell'art. 3 CEDU; ciò sul presupposto che trattasi di condannati interessati a

conseguire il beneficio richiesto al fine di abbreviare la durata della pena ancora da espiare (Sez. 1, n. 7421 del 17/11/2016, dep. 2017, Migliaccio, Rv. 269157, la quale ha spiegato che il semilibero, formalmente ancora sottoposto ad esecuzione penale in base ad un titolo giudiziale di condanna, subisce in concreto l'espiazione della pena mediante la perdurante restrizione, ancorché soltanto parziale se commisurata all'intero arco temporale giornaliero, all'interno delle camere detentive di istituto penitenziario).

3. La natura e il regime di prescrizione e decadenza dei rimedi risarcitori.

Il tema è alla base del ricorso rimesso alle Sezioni unite penali che si sono pronunziate in data 21 dicembre 2017 con sentenza di cui è dato, al momento, conoscere soltanto l'informazione provvisoria, attinente peraltro ad una diversa questione (possibilità, nei procedimenti ex art. 35-*ter* ord. pen., di condannare la p.a. ricorrente, nel caso di soccombenza, al pagamento delle spese processuali) sulla quale ci si soffermerà nei paragrafi successivi.

In merito alla natura ed alla prescrizione dell'azione "risarcitoria" sono state, altresì, investite le Sezioni Unite civili, sotto un duplice profilo:

a. *"Se alla disciplina transitoria dettata dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 92 del 2014 in materia di rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in favore di coloro che, avendo vissuto condizioni di detenzione disumane e degradanti, alla data di entrata in vigore della nuova normativa contestualmente introdotta abbiano già cessato di espiare la pena detentiva o non si trovino più in stato di custodia cautelare in carcere, sia applicabile il principio di diritto espresso da Cass. SU n. 16783 del 2012, a proposito dei termini prescrizionali e decadenziali per richiedere l'indennizzo previsto dalla l. n. 89 del 2001 in favore di coloro che abbiano subito un pregiudizio dalla irragionevole durata del processo";*
b. *"Quale sia la natura del rimedio previsto dall'art. 35-*ter *ord. pen., introdotto dallo stesso d.l. n. 92 del 2014, in particolare se tale disposizione abbia istituito un diritto prima non esistente nell'ordinamento, qualificabile come diritto al risarcimento dei danni da detenzione in stato di degrado, o se invece il diritto leso fosse già esistente e l'art. 35-*ter *ord. pen. si sia limitato ad apprestare una forma più agevole di tutela, da ricondurre alternativamente alla responsabilità extracontrattuale o alla responsabilità contrattuale da "contatto sociale".*

In questo caso, l'udienza è stata fissata per il 31 gennaio 2018.

Con il beneficio di questa doverosa premessa, nei paragrafi seguenti si richiamano i punti salienti del dibattito giurisprudenziale sviluppatosi sul tema alle soglie delle menzionate pronunzie delle Sezioni unite civili e penali.

3.1. L'interpretazione dei dati normativi alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza "Torreggiani".

Con la sentenza "Ruffolo" (Sez. 1, n. 876 del 16/07/2015, successivamente richiamata in numerosi altri arresti) la Cassazione ha posto in risalto l'ineludibile considerazione da prestare, nella lettura dei dati normativi di riferimento dei nuovi istituti, agli enunciati contenuti nella sentenza "Torreggiani".

Con questa, invero, la Corte EDU, non solo ha esortato l'Italia ad agire per ridurre il numero dei detenuti ampliando il ricorso a misure punitive alternative a quelle carcerarie e riducendo al minimo il ricorso alla custodia cautelare in carcere (§ 94, richiamando tra l'altro le Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (Rec(99)22 e

Rec(2006)13), ma le ha chiesto (ai sensi, appunto, dell'art. 46 CEDU) di provvedere a introdurre procedure attivabili dai detenuti per porre fine e rimedio a condizioni di detenzione o trattamenti carcerari in contrasto con l'art. 3 CEDU che, a differenza di quelle al momento in vigore, fossero accessibili ed effettive; procedure, in altri termini, idonee a produrre rapidamente il risultato concreto della cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti ovvero, nel caso in cui la situazione fosse già cessata, ad assicurare con altrettanta rapidità e concretezza forme di riparazione adeguate e sufficienti alla violazione subita dal detenuto.

«Un invito, dunque, molto simile ad un comando di legislazione, deputato ad operare, quale obiettivo indicatore di scopo, *voluntas* e *ratio legis*, anche alla stregua di indefettibile criterio ermeneutico, ai fini della corretta applicazione della disciplina per esso introdotta.

Ne consegue che, a fronte di possibili diverse opzioni interpretative, il principio da seguire è nel senso di favorire quella che comporta per il detenuto il massimo di facilità di accesso ai rimedi all'uopo introdotti nell'ordinamento interno e il massimo di effettività degli stessi» (in questi termini la Corte nella sentenza "Ruffolo").

Altrettanto perentoriamente la Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2016 (richiamata dalla successiva n. 83 del 2017) ha affermato:

«Giova [...] ricordare che la sentenza della Corte EDU, nel caso Torreggiani, ha chiesto all'Italia di introdurre procedure attivabili dai detenuti per porre fine e rimedio a condizioni di detenzione o a trattamenti carcerari in contrasto con l'art. 3 della CEDU, le quali, a differenza di quelle al momento in vigore, avrebbero dovuto essere accessibili ed effettive; procedure, in altri termini, idonee a produrre rapidamente la cessazione della violazione e, anche nel caso in cui la situazione lesiva fosse già cessata, ad assicurare con rapidità e concretezza forme di riparazione adeguate. E questa richiesta deve costituire un indefettibile criterio ermeneutico ai fini della corretta applicazione della disciplina successivamente introdotta dal legislatore».

3.2. La natura giuridica dell'azione ex art. 35-*ter* ord. pen..

Tanto premesso, in merito alla natura giuridica dell'azione ex art. 35-*ter* ord. pen., le tesi a confronto sono riconducibili a due filoni, tendenti, il primo, ad inquadrare il rimedio in questione nell'alveo delle azioni risarcitorie per responsabilità extracontrattuale della p.a. (per cui la nuova disciplina altro non avrebbe introdotto che una variante dell'azione ex art. 2043 cod. civ.); il secondo a conferire autonomia al rimedio risarcitorio ex art. 35-*ter* riconoscendogli natura inedita.

a. La prima ipotesi interpretativa è sostenuta dall'Avvocatura dello Stato e ha trovato conforto negli iniziali commenti della dottrina e in talune delle prime pronunzie della Magistratura di sorveglianza.

Si sostiene, valorizzando essenzialmente il dato testuale della norma, che l'art. 35-*ter* cit. attribuisce al detenuto uno strumento di tutela contro un fatto illecito, generatore di responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., da qualificarsi come azione di risarcimento del danno da conseguire, principalmente, in forma specifica, come è caratteristica di tale forma di responsabilità, mentre gli unici profili realmente innovativi e specializzanti dell'istituto riguardano il relativo procedimento di reclamo, semplificato nella sua struttura, senza riflessi di sorta sulla natura giuridica dell'istituto.

Ne consegue, con riferimento ai fatti antecedenti alle nuove previsioni normative, che la domanda risarcitoria avrebbe potuto e dovuto essere proposta sin dal momento di insorgenza del pregiudizio e che, pertanto, essa, per la natura durevole dell'illecito, generatore di responsabilità, deve essere ritenuta soggetta a prescrizione che decorre di giorno in giorno in corrispondenza del manifestarsi dei danni lamentati.

L'effetto più rilevante di questa impostazione è che dovrebbero ritenersi prescritte le istanze di tutela riferite a periodi di detenzione inumana oltre il quinquennio dalla presentazione della domanda, anche se all'epoca di tali fatti il rimedio risarcitorio non era stato ancora introdotto.

b. La tesi non ha trovato seguito nella giurisprudenza della Cassazione penale che non ne ha condiviso il presupposto fondante e gli effetti applicativi, che ridimensionerebbero oltre modo la portata dell'istituto.

Si è affermato che il dato testuale della norma non è decisivo per la corretta definizione della nuova azione di tutela per il detenuto e contrasta con le sue peculiari caratteristiche di originalità ed innovatività (per tutte: Sez. 1, n. 31475 del 15 marzo 2017, Zito), da individuarsi:

- nelle modalità formali dell'azione;
- nel contenuto della tutela riconoscibile al soggetto che si accerti essere stato leso nei suoi diritti soggettivi, prestabilito dal legislatore con un criterio fisso e generalizzato di decurtazione della pena residua o di liquidazione del rimedio monetario, in entrambi i casi commisurato soltanto alla protrazione della lesione e non alla sua natura ed entità, né alle conseguenze cagionate;
- nella mancata previsione, al fine del ristoro ex art. 35-*ter*, dell'accertamento dell'aspetto psicologico del dolo o della colpa (richiesto per l'illecito civile ex art. 2043 cod. civ.) a sostegno della condotta lesiva produttiva di danno, la cui oggettività è sufficiente per dar luogo all'accoglimento della pretesa.

La Corte è pervenuta, in tal modo, ad enucleare il seguente principio di diritto: «a fronte del diritto soggettivo del detenuto di non essere costretto a subire, per effetto della segregazione carceraria, trattamenti disumani e degradanti, la riparazione conseguibile ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen. costituisce una forma di tutela decisamente innovativa, discontinua ed alternativa rispetto all'azione risarcitoria codicistica, contrassegnata da una regolamentazione procedurale propria e da requisiti sostanziali originali, che ne fanno una misura speciale ed atipica di carattere indennitario, non risarcitorio, voluta per adeguare il sistema normativo alle prescrizioni della Corte EDU a protezione solidaristica di quanti siano in una situazione di soggezione nei confronti dell'apparato penitenziario» (in questi termini, Sez. 1, n. 31475, del 15/03/2017, Zito; v. anche Sez. 1, n. 47333, del 16.3.2017, Chargui, Rv. 271173 secondo cui l'azione, in ragione della sua natura non è assoggettabile alla prescrizione quinquennale stabilita dall'art. 2947 cod. civ. in tema di fatto illecito).

3.3. Il problema della retroattività dei nuovi rimedi risarcitori.

Con il profilo appena esaminato si interseca il problema della operatività dell'istituto previsto dell'art. 35-*ter* ord. pen. in relazione ai pregiudizi patiti dal detenuto prima dell'introduzione della norma nell'ordinamento, al di là delle due ipotesi espressamente disciplinate con la normativa transitoria contenuta nell'art. 2, d.l. n. 92 del 2014 (v. *supra*).

a. Secondo una prima interpretazione offerta da una parte della magistratura di sorveglianza e della dottrina, la natura sostanziale dei rimedi di cui all'art. 35-*ter*, cit. ne impedirebbe, ex art. 11 disp. prel. cod. civ (preleggi), l'operatività in relazione ai fatti pregressi alla entrata in vigore della legge, salvi i casi espressamente previsti dalla normativa transitoria che, in quanto tale, non sarebbe suscettibile di interpretazione estensiva o analogica ex art. 14 disp. prel. cod. civ (preleggi).

Si è ritenuto, pertanto, che, al di fuori di quanto stabilito dalla disciplina inter-temporale, la tutela per i pregiudizi antecedenti alla entrata in vigore della legge resterebbe affidata all'ordinaria azione risarcitoria *ex* art. 2043 cod. civ. innanzi al giudice civile, con conseguente liquidazione del danno ai sensi degli artt. 2056, 1223, 1226 e 1227 cod. civ..

b. Già nell'immediatezza, la tesi veniva accolta con sfavore nel parere tecnico espresso dal C.S.M, nel quale si contestava la premessa fondante dell'assunto, vale a dire la natura sostanziale dei rimedi risarcitori di cui all'art. 35-*ter*, cit., attraverso i quali il legislatore ha invece tratteggiato un nuovo modello di azione risarcitoria per quei fatti, già qualificabili come illeciti prima della nuova normativa.
c. L'originaria opzione ermeneutica (sub a) trovava, poi, definitiva smentita nella giurisprudenza della Suprema Corte, ferma nel ritenere che la obiettiva illiceità della condotta dell'amministrazione penitenziaria legittima il rimedio risarcitorio anche nei casi in cui la collocazione temporale del pregiudizio menzionato dal comma primo dell'art. 35-*ter* ord. pen. fosse antecedente alla entrata in vigore della norma.

A sostegno di ciò si è affermato, che «il d.l. n. 92/2014 e poi la sua legge di conversione n. 117/2014 non hanno riconosciuto un diritto soggettivo in precedenza inesistente, poiché nella specifica materia la fonte normativa è costituita direttamente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali laddove all'art. 3 riconosce il diritto del detenuto ad ottenere che l'espiazione della pena detentiva non avvenga mediante trattamenti inumani e degradanti, fonte resa esecutiva con la legge di ratifica 4 agosto 1955 n. 848, che ha esteso e rafforzato la previsione generale, peraltro già contenuta nell'art. 27 della Costituzione, e consentito di riconoscere quale illecito civile la sua violazione».

Ponendosi in parallelo con quanto ritenuto dalle Sezioni unite civili (n. 28507 del 23/12/2005, Rv. 586701) la Corte ha sostenuto che la fonte attributiva del diritto al soggetto danneggiato non va ravvisata nella sola normativa nazionale, poiché il fatto costitutivo del diritto da questa riconosciuto coincide con la violazione della norma contenuta nell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955, e, pertanto, di immediata rilevanza nell'ordinamento interno.

Il diritto violato non è stato, dunque, riconosciuto per la prima volta dalle disposizioni del 2014, quanto piuttosto dalla stessa Convenzione Europea, resa vincolante per lo Stato italiano sin dal 1955 «in tal senso [affermano i giudici] si era anche già pronunciata questa sezione con la sentenza n. 4772 del 15/1/2013, Vizzari, Rv. 2545271, in tempi antecedenti il riconoscimento normativo del rimedio giurisdizionale ex art. 35-*ter* ord. pen.» (Sez. 1, n. 31475, del 15/03/2017, Zito, che richiama a sua volta Sez. 1, n. 43722 dell'11/06/2015, Salierno; Sez. 1 n. 46966 del 16/07/2015, Koleci; Sez. 1, n. 876 del 16/07/2015, Ruffolo).

3.4. I termini di prescrizione ed il problema dell'individuazione del *dies a quo*.

Strettamente connessa alla questione appena richiamata è l'ulteriore problematica concernente l'incidenza, sull'operatività dell'istituto ex art. 35-*ter* ord. pen., della prescrizione, il cui termine potrebbe essere quello quinquennale ex art. 2947 cod. civ. o quello ordinario decennale, previsto dall'art. 2946 cod. civ., a seconda della natura giuridica che si intende conferire allo strumento di tutela in parola.

Occorre, tuttavia, distinguere:

a. Le detenzioni inumane antecedenti al d.l. n. 92/2014. Sul piano pratico il problema si pone, allo stato, essenzialmente con riferimento a quelle situazioni (come nella fattispecie al vaglio delle Sezioni unite) in cui il rimedio ex art. 35-*ter* ord. pen., rivolto a fatti pregressi all'entrata in vigore del d.l. n. 92/2014 (28 giugno 2014), potrebbe essere ritenuto precluso dalla maturata prescrizione del diritto dell'interessato.

È facile comprendere come una simile evenienza vanificherebbe sensibilmente la portata del nuovo istituto, mortificandone le ragioni fondanti che, si è visto, essere strettamente connesse alle statuizioni della Corte edu nella sentenza "Torreggiani".

Da qui l'esigenza cui si è già fatto cenno sopra, avvertita dai giudici della Cassazione penale di una soluzione in grado di garantire la massima estensione allo strumento di tutela in parola.

Ancor prima, però, che per tale ragione, la S.C., in relazione ai fatti antecedenti alla novella del 2014, ha fermamente escluso ogni fondamento alla tesi della decorrenza della prescrizione dal verificarsi del pregiudizio, in forza del principio generale di cui all'art. 2935 cod. civ., per il quale la prescrizione inizia a decorrere soltanto dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere («*contra non valentem agere prescriptio non currit*»).

È stato affermato che «l'inerzia [dell'interessato] assume significato giuridico e comporta la perdita del diritto, il cui esercizio deve avvenire nel rispetto di un termine perentorio, soltanto dopo che l'azione è concretamente esperibile, cosa che, al fine di conseguire la detrazione di pena o la riparazione pecuniaria nei termini prescritti dall'art. 35-*ter* a tutela di un diritto già riconosciuto dall'ordinamento, non era consentita sino all'entrata in vigore del d.l. n. 92/2014, ossia sino al 28 giugno 2014. Come sottolineato più volte dalla Corte costituzionale (C. cost., sentenze 26 marzo 2014 n. 69; 5 maggio 2005 n. 191) non può logicamente configurarsi l'estinzione del diritto per il suo mancato esercizio da parte del titolare in assenza di una previa determinazione della possibilità materiale di farlo valere, come nel caso dell'imposizione di un termine entro il quale il diritto debba essere esercitato» (in questi termini, Sez. 1 "Zito", cit.; v. anche, in fattispecie identica a quella qui in esame, Sez. 1, n. 47333, del 16.3.2017, Chargui, Rv. 271173 secondo cui, in applicazione del principio espresso dall'art. 2935 cod. civ., per il tempo antecedente all'introduzione dell'azione in questione non è giuridicamente possibile rilevare alcuna ipotesi di prescrizione poiché il diritto non poteva essere fatto valere).

b. Le detenzioni inumane successive al d.l. n. 92/2014. Per i pregiudizi subiti dal soggetto ancora detenuto al momento della domanda e verificatisi dopo l'introduzione del nuovo "atipico" rimedio, la decorrenza del termine di prescrizione coincide con il fatto illecito generatore del danno. Se, invece, il soggetto al momento della proposizione della domanda si trova in stato di libertà per avere già cessato di espiare la pena detentiva o perché non più sottoposto a custodia cautelare in carcere, il terzo comma dell'art. 35 ter gli impone di agire davanti al tribunale civile ordinario nel rispetto del termine di decadenza di sei mesi, decorrente dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare.

Sin qua *nulla quaestio*. Il problema che si pone attiene alle ipotesi di domanda proposta alla cessazione dello stato di detenzione, ponendosi, in questo caso, l'interrogativo se rilevi esclusivamente l'onere del rispetto del termine di decadenza oppure anche il termine di prescrizione.

Al riguardo, preme evidenziare che, nel caso di fatti pregressi all'entrata in vigore della legge, un problema di prescrizione potrebbe non porsi affatto, ove si accedesse alla tesi per cui questa decorrerebbe comunque dall'introduzione delle nuove norme. In questo caso, infatti, la maturazione della prescrizione si arresterebbe ai sei mesi entro cui l'azione deve, comunque, essere esercitata a pena di decadenza.

Per i fatti successivi all'entrata in vigore della legge possono, invece, in via teorica prospettarsi due soluzioni.

L'una mutuata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite civili (Sez. Un. civili, n. 16783 del 2/10/2012, Rv. 623690) che, in tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, nell'interpretare la disposizione di cui all'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89, che prevede la decadenza dall'azione se non esercitata entro sei mesi dal passaggio in giudicato della decisione che ha definito il procedimento presupposto, ha escluso la contestuale decorrenza anche dell'ordinario termine di prescrizione.

L'altra nel senso di non escludere che la prescrizione decorra dal momento del verificarsi del pregiudizio, a prescindere dalla condizione di detenzione dell'interessato. In altri termini, la detenzione (a differenza dell'ingiusta detenzione) non assumerebbe alcuna valenza sospensiva sul decorso della prescrizione. Ne consegue che, al cessare della carcerazione, l'azione (ove già non proposta) sarebbe sottoposta al termine semestrale di decadenza e potrebbe avere ad oggetto esclusivamente i pregiudizi per i quali non sia ancora maturata la prescrizione.

3.5. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite "Tuttolomondo".

Con la sentenza "Tuttolomondo", le Sezioni Unite hanno dato seguito all'orientamento in base al quale, qualora il richiedente si trovi detenuto al momento di presentazione dell'istanza e lamenti un pregiudizio pregresso derivante dalla propria condizione carceraria anteriore all'entrata in vigore del decreto-legge n. 92 del 2014, la prescrizione del relativo diritto inizia a decorrere solo dall'introduzione dell'art. 35-*ter* ord, pen..

«Il rimedio risarcitorio in esame non era infatti prospettabile prima della entrata in vigore della novella del 2014. E l'assenza di un previgente strumento di tutela, accessibile ed effettivo – idoneo a far cessare la detenzione in condizioni inumane e degradanti, anche mediante forme di compensazione in forma specifica – integra un impedimento all'esercizio del diritto rilevante ai sensi del generale principio di cui all'art. 2935 cod. civ., in base al quale la prescrizione decorre soltanto dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (Sez. 1, n. 31475 del 15/03/2017, Zito, cit)».

Nella sentenza ora in commento, si rileva, altresì, che la diversa ipotesi interpretativa restringerebbe irragionevolmente l'ambito sostanziale di operatività del rimedio introdotto dall'art. 35-*ter* ord. pen., in spregio alle richiamate indicazioni ermeneutiche espresse dal Giudice delle leggi.

Ponendo fine ai dubbi interpretativi sin qui emersi, il Supremo Collegio ha, pertanto, affermato il seguente principio di diritto:

"La prescrizione del diritto leso dalla detenzione inumana e degradante, azionabile dal detenuto ai sensi dell'art. 35-ter, commi 1 e 2, ord. pen., per i pregiudizi subiti anteriormente all'entrata in vigore del decreto-legge n. 92 del 2014, decorre dal 28 giugno 2014".

4. L'esclusione dell'attualità del pregiudizio tra i presupposti legittimanti il reclamo.

Nell'anno in commento, la S.C. ha, in più di un'occasione, ribadito l'esclusione – dai presupposti legittimanti l'azione ex art. 35-*ter* ord. pen. - dell'attualità del pregiudizio subito dal detenuto (principio, in precedenza affermato, tra le altre, da Sez. 1, n. 876 del 16/07/2015, dep. 2016, Ruffolo, Rv. 265856).

È stato riaffermato che presupposto necessario per radicare la competenza del Magistrato di sorveglianza è il perdurante stato di restrizione del richiedente e non l'attualità del pregiudizio, in quanto il richiamo contenuto nell'art. 35-*ter* ord. pen. al pregiudizio di cui all'art. 69, comma sesto, lett. b), ord. pen. opera ai fini dell'individuazione dello strumento processuale di cui si può avvalere il detenuto e del relativo procedimento, ma non si riferisce al presupposto della necessaria attualità del pregiudizio che rileva, invece, ai fini del diverso rimedio del reclamo, previsto dal citato art. 69 la cui finalità è quella di inibire la prosecuzione della violazione del diritto individuale da parte dell'amministrazione penitenziaria. (Sez. 1, n. 19674 del 29/03/2017, Basso, Rv. 269894, in motivazione, ha aggiunto che deve, comunque, considerarsi attuale il pregiudizio che non è stato eliminato attraverso una forma di riparazione, anche se la causa che lo ha prodotto si sia temporalmente verificata nel passato).

Negli stessi termini, Sez. 1, n. 9658 del 19/10/2016, dep. 2017, De Michele, Rv. 269308 ha affermato che la natura atipica, con carattere prevalentemente indennitario (v. *supra*), del reclamo in parola, implica che l'attualità del pregiudizio non sia condizione necessaria di accoglimento della domanda, essendo sufficiente il solo stato di detenzione.

Sotto altro profilo, in parte connesso a quello ora in esame, è utile rammentare che il presupposto dello stato di carcerazione, necessario per radicare la competenza del Magistrato di sorveglianza deve sussistere al momento della proposizione del reclamo ex art. 35-*ter* ord. pen., a nulla rilevando l'eventuale scarcerazione nelle more della decisione, trattandosi di competenza di natura funzionale (Sez. 1, n. 9661 del 17/11/2016, dep. 2017, Cangelosi, Rv. 270659; Sez. 1, n. 5515 del 17/11/2016, Sbeglia, Rv. 269198).

5. I parametri di computo dello spazio minimo garantito al detenuto.

Il tema è stato oggetto di numerose sentenze della S.C. dalle quali è dato evincere l'ormai consolidato principio secondo cui «per spazio minimo individuale in cella collettiva va intesa la superficie della camera detentiva fruibile dal singolo detenuto ed idonea al movimento, il che comporta la necessità di detrarre dalla complessiva superficie non solo lo spazio destinato ai servizi igienici, ma anche quello occupato da mobili arredi e da strutture tendenzialmente fissi nonché da quegli arredi, che seppur teoricamente amovibili, siano in realtà di peso consistente e di ingombro evidente, quale può essere, ad esempio, un letto a castello (Sez. 1, n. 7422 del 17.11.2016)»; nel computo di detto spazio individuale minimo deve, invece, essere incluso il letto singolo (sulla scorta del fatto che esso è utilizzabile anche per sedervisi, per leggere, ecc.), in scia alla giurisprudenza della Corte Edu che ha fissato, mediante plurimi arresti, canoni particolari in funzione di specifici standard dimensionali circa la superficie degli spazi intramurali, indicando in tre metri quadrati lo spazio minimo utile al fine di garantire il «movimento» del soggetto recluso nello spazio detentivo.

L'indirizzo ha trovato seguito nell'anno in commento in Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087 e Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2016, dep. 2017, Morello, Rv. 269514, le quali hanno affermato che «ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario in cella collettiva, da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte edu, la soglia minima dei tre metri quadrati va riferita alla "superfice calpestabile" funzionale alla libertà di movimento del recluso, dovendosi, pertanto, detrarre, al fine del calcolo dello spazio individuale minimo, l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto a castello, destinato a sole finalità di riposo».

Nella sentenza "Gobbi" i giudici hanno ribadito che, in tema di spazio intramurario, il legislatore non ha inteso stabilire precisi standard di superficie dei locali destinati al soggiorno dei detenuti e delle celle di pernottamento degli stessi e che la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, tramite un percorso di naturale evoluzione interpretativa, è intervenuta, con plurimi arresti fissando i parametri e i criteri per l'individuazione dei requisiti minimi della abitabilità intramuraria. L'arresto merita di essere richiamato in quanto contiene un interessante *excursus* sui i criteri ed i parametri, univocamente elaborati in merito dalla giurisprudenza di legittimità.

È stato così evidenziato come la giurisprudenza di legittimità, sul tema della compatibilità degli spazi carcerari con i principi espressi nell'art. 3 della CEDU, abbia elaborato, in conformità alla stessa evoluzione della giurisprudenza convenzionale, non criteri rigidi ma opzioni interpretative connotate da quella necessaria elasticità che consenta una glo-

bale valutazione delle condizioni generali di detenzione. In particolare la giurisprudenza di questa Corte si è assestata sull'opzione interpretativa che individua la superficie di tre metri quadrati come c.d. "spazio individuale minimo" di disponibilità del singolo detenuto in cella collettiva e, pertanto, non come rigido criterio dimensionale, quanto, piuttosto, indice di riferimento, a partire dal quale deve effettuarsi ogni altra valutazione necessaria all'accertamento della lesione dei diritti del detenuto.

Nelle più recenti sentenze della Corte di Cassazione, sul punto, si è dato, inoltre, atto del consolidamento di tale principio anche nell'ambito della giurisprudenza convenzionale, da ultimo espressa con la decisione del 20 ottobre 2016 della Corte EDU, Grande Camera nel procedimento Mursic contro Croazia, nonché con l'ulteriore sentenza "pilota" della Corte EDU del 25/4/2017, Rezmives ed altri c. Romania.

Sullo specifico tema della compatibilità degli spazi carcerari con l'art. 3 della CEDU, la Grande Camera, premesso che oggetto di valutazione sono "le globali condizioni di detenzione" del ricorrente, ha ribadito che, in caso di sovraffollamento grave, la mancanza di spazio in cella costituisce l'elemento centrale di cui tenere conto per stabilire se tali condizioni siano "degradanti" nel senso inteso dall'art. 3 della Convenzione medesima ed ha confermato che "una superficie calpesta bile di tre metri quadrati per ogni detenuto in una cella collettiva", deve rimanere la soglia minima pertinente ai fini della suddetta valutazione, al di sotto della quale sorge una presunzione di violazione della disposizione di cui all'art. 3, confutabile, tuttavia, con la dimostrazione della sussistenza di altri aspetti del regime restrittivo che, alla luce delle globali condizioni della detenzione e della sua durata, siano in grado di compensare, in maniera adeguata, la mancanza di spazio personale, come, ad esempio, il grado di libertà di circolazione del ristretto e l'offerta di attività all'esterno della cella nonché le buone condizioni complessive dell'istituto e l'assenza di altri aspetti negativi del trattamento in rapporto a condizioni igieniche e servizi forniti.

La conclusione cui si perviene è che assume specifico rilievo, preliminare ad ogni statuizione circa la sussistenza o meno del trattamento inumano o degradante invocato dal detenuto, l'individuazione dei criteri e delle modalità di computo dello spazio minimo individuale, prodromico, come detto, alla valutazione delle più generali condizioni di detenzione dello stesso. Anche in relazione a tale aspetto la giurisprudenza di legittimità, con orientamento sostanzialmente unanime, ha chiarito che i tre metri quadrati – al di sotto dei quali , se non emergono i diversi e significativi aspetti "compensativi" di cui si è detto, deve ritenersi la violazione dell'art. 3 CEDU- vanno intesi come spazio utile al fine di garantire il movimento del soggetto recluso nello spazio detentivo, il che esclude di poter inglobare nel calcolo dello stesso lo spazio occupato dai servizi igienici, destinati a funzioni diverse da quelle correlate al movimento e, in ragione dell'ingombro che ne deriva, degli arredi fissi, ivi compreso il letto a castello (Sez. 1, n. 5728/2014 del 19/12/2013, Berni, Rv. 257924; Sez.1, n. 52819 del 9/9/2016, Sciuto, Rv. 268231; Sez.1, n. 12338 del 17/11/2016, dep. 2017, Agretti; Sez. 1, n. 13124 del17/11/2016, dep. 2017, Morello, Rv. 269514; Sez. 1, n. 39245 del 16/5/2017, Congiu; Sez. F, n. 39207 del 17/8/2017, Gongola). In relazione a tale ultimo aspetto la Corte, ha sottolineato, da un lato, che il letto a castello, di prassi utilizzato per consentire l'alloggio di più detenuti nella stessa camera, presenta un peso tale da non poter essere spostato ed è quindi idoneo a restringere, al pari degli armadi appoggiati o infissi stabilmente al suolo, lo spazio, all'interno della camera detentiva e a costituire un ingombro e, dall'altro, che, dovendosi intendere la porzione di spazio individuale minimo come superficie funzionale alla libertà di movimento del recluso, già di per sé fortemente limitata dall'esperienza segregativa, non può essere considerata superficie "utile" alla integrazione della quota di spazio minimo individuale, quella occupata da tale tipo di letto(di norma non

compatibile neanche con una seduta eretta) destinata, invece, esclusivamente a finalità di riposo (Sez.1, n. 13124 del 17/11/2016, dep. 2017, Morello, Rv. 269514).

La giurisprudenza di legittimità, pertanto, è unanime nel ritenere che l'indicazione di una superficie di tre metri quadrati per ciascun detenuto in cella collettiva- tale, per la sua esiguità, da costituire soglia minima di riferimento nella individuazione di uno spazio vitale- deve poter consentire al detenuto di muoversi nello spazio a lui riservato e la *ratio decidendi* di tale opzione interpretativa è conforme ai più generali principi espressi dalla giurisprudenza convenzionale che, a prescindere dalle peculiarità proprie del singolo ricorso, chiarisce, anch'essa, che il riferimento dei tre metri quadrati è relativo alla superficie calpestabile e che per spazio minimo in cella collettiva va inteso lo spazio in cui il soggetto detenuto abbia la possibilità di muoversi (Grande Camera, 20 ottobre 2016, Mursic c. Croazia; Grande Camera , 16/12/2016, Klaufia ed altri c. Italia).

6. Il tema delle spese di giudizio.

Si è accennato nei paragrafi precedenti che, nell'anno in commento, le Sezioni unite sono state investite della controversa questione relativa alla possibilità che, nei procedimenti ex art. 35 ter ord. pen., la p.a., ricorrente per cassazione ed ivi soccombente, venga condannata al pagamento delle spese "*processuali*".

Con sentenza n. 3775 del 21/12/2017, dep. 2018, Tuttolomondo, il Supremo Collegio ha risolto la questione negativamente affermando il principio secondo cui «il Ministero della giustizia, ricorrente avverso provvedimento del tribunale di sorveglianza emesso ai sensi degli artt. 35-*bis* e 35-*ter*, legge n. 354 del 1975, non deve essere condannato al pagamento delle spese processuali e al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende, nel caso di rigetto o d'inammissibilità del ricorso, ai sensi dell'art. 616 cod. proc. pen.».

L'inquadramento della problematica prende avvio da una precedente pronunzia delle Sezioni Unite penali (n. 34559, del 26/6/2002, De Benedictis, Rv. 222265) che, chiamate a pronunciarsi in materia di ingiusta detenzione, hanno affermato che le spese del giudizio concernono due diversi ambiti: l'uno relativo al carico delle spese, diritti ed onorari di rappresentanza e difesa sostenute dalle parti; l'altro il regolamento delle spese di procedimento anticipate dall'erario.

6.1. Il regolamento delle spese di giudizio sostenute dalle parti.

In materia di ingiusta detenzione la Cassazione penale è stata, per lungo tempo, orientata nel ritenere che in quel procedimento, avente natura civile anche pur svolgendosi dinanzi al giudice penale, il carico delle spese dovesse essere regolato, nonostante il silenzio della legge, secondo il principio della soccombenza di cui all'art. 91 cod. proc. civ., per cui il "giudice ... condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte ..." (Sez. U, n. 1 del 06/03/1992, Fusilli).

Successivamente, le Sezioni unite (n. 34535 del 27/06/2001, Pietrantoni), occupatesi della questione *incidenter tamtum* hanno escluso che il procedimento in parola avesse natura civile, in quanto il carattere patrimoniale dell'indennizzo – costituito da una prestazione monetaria diretta a porre rimedio alle conseguenze di un'ingiusta detenzione – non sarebbe da solo sufficiente per un completo inquadramento nel menzionato ambito civile.

La peculiarità del procedimento di cui all'art. 315 cod. proc. pen. è stata individuata nell'ispirazione solidaristica e nella connotazione pubblicistica dell'istituto, che assolve a finalità di riequilibrio ed in parte di compenso per la perdita della libertà, a prescindere da un fatto illecito.

A distanza di appena un anno, le Sezioni Unite "De Benedictis" (n. 34559 del 26/06/2002, Rv. 222264) tornate sul tema, hanno ritenuto di dover operare un distinguo in ragione della peculiarità del giudizio in questione, non riconducibile in modo puro e semplice a quello civile.

Si è rilevato che il procedimento in questione è a contraddittorio necessario, in quanto l'ordinamento non consente all'Amministrazione dello Stato di riconoscere ed attribuire autonomamente una somma a titolo di riparazione per ingiusta detenzione. È, pertanto, indispensabile l'intervento del giudice, che deve operare il controllo di legalità della pretesa avanzata dall'interessato, secondo i dettami dell'art. 314 cod. proc. pen., e provvedere alla liquidazione, ove dovuta.

Cionondimeno, il procedimento non a carattere contenzioso necessario, in quanto lo Stato può non costituirsi ovvero costituirsi, aderendo alla richiesta del privato, o anche rimettersi al giudice.

In tali ultimi casi non v'è contrasto d'interessi da dirimere, non v'è soccombenza e non può esservi, pertanto, condanna dell'Amministrazione pubblica (si consideri altresì che il privato non è obbligato ad avvalersi di un avvocato).

Opposta è la soluzione, qualora la p.a. si costituisca, svolgendo una qualsiasi eccezione, diretta a paralizzare o ridurre la pretesa dell'istante, e veda rigettate le sue deduzioni o conclusioni. In tale ipotesi il contraddittorio si connota di carattere contenzioso ed il giudice deve porre le spese a carico del soccombente o, se ne sussistano le condizioni, dichiararle, come già osservato, compensate in tutto o in parte.

Questa diversa impostazione del problema ha trovato seguito, quale anno più tardi, in un nuovo intervento delle Sezioni Unite (n. 35760 del 09/07/2003, Azgejui) secondo cui «per la regolamentazione delle spese di parte, deve trovare necessaria applicazione, come regola fondamentale dell'ordinamento, il principio di causalità, di cui la soccombenza è un elemento rilevatore (che opera anche in caso di azione necessaria ed al quale si conformano sia l'art. 91 cod. proc. civ. sia l'art. 541 cod. proc. pen.), con la conseguenza che nel procedimento di indennizzo per ingiusta detenzione, quando l'Amministrazione non si costituisce, ovvero, pur costituendosi, aderisce alla richiesta del privato o si rimetta al giudice, essa – che non ha dato causa al giudizio necessario – non può essere condannata alla rifusione, in favore della controparte, di spese che non ha in alcun modo provocato.

Qualora, invece, l'Amministrazione si costituisca, svolgendo una qualsiasi eccezione diretta a paralizzare o ridurre la pretesa dell'istante e veda rigettate le sue deduzioni e conclusioni, il giudice deve porre le spese a carico della stessa, per avere tenuto un comportamento processuale rivelatosi ingiustificato, o, se ne ravvisi le condizioni, dichiararle totalmente o parzialmente compensate».

Al di là della soluzione offerta in relazione alla specifica materia della riparazione per ingiusta detenzione (peraltro successivamente consolidatasi, per tutte: Sez. 4, n. 15209 del 26/02/2015, Min. Economia Finanze, Rv. 263141) il dato che qui preme evidenziare concerne il principio generale dell'ordinamento enucleato nelle pronunzie "De Benedictis" e "Azgejui" secondo cui:

«Il criterio che deve guidare l'interprete in assenza di una specifica statuizione *in subiecta* materia deve essere quello della soccombenza, tratto dal citato art. 91 del codice di rito civile, il quale stabilisce questa regola fondamentale, da osservare nell'ambito di ogni procedimento giurisdizionale, ogniqualvolta si sia in presenza di un effettivo contrasto d'interessi tra le parti in causa».

6.2. *(Segue)*. Le spese sostenute dalle parti nel procedimento ex artt. 35-*bis* e *ter* ord. pen.

Da quest'ultimo indirizzo sembra essersi discostata Sez. 1, n. 53012 del 27/2/2014, Min. Giustizia, Rv. 261305, chiamata a pronunziarsi sul regolamento delle spese tra le parti nei giudizi ex artt. 35-*bis* e *ter* ord. pen.

Nell'occasione la Corte ha, innanzi tutto, ritenuto priva di fondamento la tesi (sostenuta da una parte della giurisprudenza di merito) per cui il principio della soccombenza non troverebbe albergo nel procedimento in questione attesa la natura di quest'ultimo assimilabile a quello di esecuzione, dove per l'appunto detta regola non si applica.

Si è, infatti, affermato che il reclamo giurisdizionale in materia penitenziaria, pur disciplinato secondo le scansioni procedimentali del giudizio di esecuzione penale, è caratterizzato come «un vero e proprio giudizio, di carattere contenzioso, vertente sull'accertamento, in contraddittorio, del 'grave e attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto, finalizzato alla adozione del provvedimento riparatorio del giudice (consistente nell'ordine di porre rimedio), e imperniato sul coessenziale antagonismo tra la parte privata reclamante (attrice necessaria ed esclusiva) e la amministrazione penitenziaria (contraddittore istituzionale), potenzialmente resistente».

Pur riconoscendo la natura contenziosa, la Corte ha escluso la liquidazione delle spese correlate alla rappresentanza in giudizio per l'assenza di una specifica norma in tal senso e per l'omesso richiamo agli artt. 91 e 97 cod. proc. civ. (Sez. 1, n. 53012 del 27/11/2014, Min. Giust., Rv. 261305 e, in termini sostanzialmente sovrapponibili: Sez. 1, n. 5697 del 12/12/2014, dep. 2015, Min. Giustizia, Rv. 262357).

L'arresto non ha trovato smentite nelle successive pronunzie della Suprema Corte, nelle quali, tuttavia, non si è mancato ripetutamente di ridimensionare la natura contenziosa del procedimento in questione, attesa l'estraneità dell'istituto rispetto alle ordinarie categorie civilistiche del risarcimento del danno per responsabilità aquiliana (per tutte: Sez. 1, n. 11250 del 17/11/2016, dep. 2017, Magrelli).

Queste affermazioni espresse dalla Corte in relazione alla diversa questione della legittimazione dell'amministrazione penitenziaria a stare in giudizio senza il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (v. *supra*), potrebbero, quanto meno, ridurre lo scarto tra la sentenza n. 53012/2014 e le Sezioni unite "De Benedictis" e "Azgejui e consentire di ritenere che la natura atipica ed estranea alle categorie civilistiche del giudizio in questione esclude che nello stesso, nell'assenza di una espressa previsione normativa, operi la regola fondamentale della soccombenza (art. 91 cod. proc. civ.), che imporrebbe la liquidazione delle spese correlate alla rappresentanza in giudizio sostenute dalla parte vittoriosa.

Al di là di quest'ultima puntualizzazione, il dato che preme adesso ribadire è che, allo stato, la giurisprudenza della Suprema Corte è consolidata nell'escludere che nel procedimento ex artt. 35-*bis* e ter ord. pen. la parte soccombente debba essere gravata delle spese di giudizio sostenute dalla controparte, in ragione, non del richiamo della nuova disciplina alle norme del giudizio di esecuzione e neanche per la presunta natura non contenziosa del procedura, ma per l'omesso richiamo degli artt. 91 e 97 cod. proc. civ.

Ove si intendesse dare seguito a tale indirizzo ne conseguirebbe che le spese, oggetto della condanna nei confronti del ricorrente per cassazione soccombente, sarebbero soltanto quelle anticipate dall'Erario.

6.3. Il contrasto giurisprudenziale in merito alla condanna della p.a. (ricorrente per cassazione) alle spese di procedimento anticipate dall'erario in caso di soccombenza.

A differenza di quanto si è esposto nel paragrafo che precede in merito al regolamento delle spese sostenute dalle parti (concordemente escluso dalla S.C. nei procedimenti ex artt. 35-*bis* ord. pen.), la giurisprudenza di legittimità è contrastante sulla diversa questione della legittimità della condanna dell'Amministrazione medesima al pagamento delle spese del procedimento.

Al riguardo le due tesi a confronto (favorevole l'una, contraria l'altra) muovono la propria disamina da quanto le Sezioni Unite "De Benedictis" hanno affermato con riferimento alla analoga questione postasi in materia di ingiusta detenzione.

Ciò suggerisce di anteporre alla lettura dei contrapposti indirizzi le affermazioni contenute nella sentenza anzidetta che offrono, altresì, un utilissimo inquadramento della problematica.

6.4. Inquadramento della questione e la soluzione offerta dalle Sezioni Unite "De Benedictis" in materia di ingiusta detenzione.

La questione, anche all'epoca oggetto di contrasto giurisprudenziale, risulta efficacemente ricostruita nella sentenza "De Benedictis" nei termini che seguono:

«Il problema – ovviamente diverso da quello innanzi trattato, concernente la regolamentazione delle spese di giudizio tra le parti – non ha trovato univoca soluzione in giurisprudenza e dottrina. Questa Corte ha esaminato solo in poche occasioni l'argomento in modo esplicito; in altre ha deciso senza specifica motivazione sul punto.

In particolare le menzionate sentenze Guastella e Grasso – alle quali vanno aggiunte altre due della quarta sezione rispettivamente rese il 15/09/1992, Capasso, Rv. 191850 ed il 20/04/1994, Di Girolamo – hanno ritenuto che "stante l'unicità di personalità giuridica dello Stato, del quale l'Amministrazione del tesoro costituisce una delle articolazioni, questo, in caso di soccombenza non può essere condannato a pagare le spese del procedimento (praticamente in favore di sé stesso)". Le Sezioni Unite, nelle decisioni qui di seguito ricordate, anche quando hanno ribadito la natura civilistica del procedimento, non hanno svolto osservazioni sulla disciplina di queste spese. In tal senso vanno ricordate:

- la sentenza "Fusilli" del 1992, già citata innanzi;
- la n. 27 del 14/12/1994, dep. 1995, Scacchia Rv. 199496: il ricorso è rigettato, ma l'Amministrazione non viene condannata alle spese de quibus;
- la n. 8 del 12/03/1999, Sciamanna, Rv. 213509: il ricorso è rigettato, le spese sono state compensate tra le parti, nulla è stato disposto sulle spese del procedimento;
- la n. 24287 del 09/05/2001, Caridi, Rv. 218974: da un lato le sezioni unite affermano che "il privato cittadino, che sia stato detenuto ingiustamente, diviene titolare del potere di determinare un effetto giuridico a proprio vantaggio e a carico della pubblica amministrazione, servendosi di un provvedimento giurisdizionale che rappresenta l'atto generatore del suo credito" e dall'altro precisano che "l'avanzamento di una pretesa d'impronta essenzialmente civilistica dinanzi ad un organo che esercita la giurisdizione penale conferisce all'istituto una particolare connotazione"; concludono, infine, rigettando i ricorsi sia della parte pubblica sia di quella privata, che sono state condannate, in solido, al pagamento delle spese del procedimento.

Nei casi in cui l'Amministrazione non è stata condannata al pagamento delle spese del procedimento, la motivazione si fonda su una sola considerazione attinente al carattere unitario dello Stato ed all'impossibilità di condannarlo a pagare a se stesso. Tale criterio,

però, non è stato ritenuto convincente dal collegio, innanzi tutto perché l'unitarietà dello Stato non è d'ostacolo a versamenti tra distinte Amministrazioni e talora finanche all'interno di ognuna di esse (es. dalla struttura locataria a quella locatrice).

D'altro lato il carico delle spese del procedimento, da parte dell'Amministrazione, sia pure nei limiti innanzi indicati, non trova una specifica regolamentazione ma segue il principio di causalità e soccombenza di cui è espressione non soltanto la previsione generale contenuta nell'art. 541 cod. proc. pen. richiamato dall'ultima sentenza Pietrantoni – innanzi menzionata – di queste sezioni unite, ma ancor più nell'art. 616 cod. proc. pen., secondo cui, con il provvedimento che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso, la parte privata che lo ha proposto è condannata al pagamento delle spese del procedimento.

È pur vero che, nel procedimento per la riparazione per l'ingiusta detenzione, l'Amministrazione assolve al ruolo di contraddittore necessario ma tale posizione, allo stato della legislazione, pur se è auspicabile una semplificazione contabile, non gode di autonoma disciplina. Ne deriva che essa è accomunata a quella della «parte privata», obbligata a pagare quelle di procedura anticipate dall'erario.

Non ignora il collegio che nella Gazzetta Ufficiale n. 139 del 15 Giugno 2002 è stato pubblicato il d.lgs. 30 maggio 2002, n. 113 "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di spese di giustizia", ma esso alla data odierna non è ancora in vigore e non può costituire oggetto d'esame, anche se non sembra che il medesimo apporti innovazioni particolarmente rilevanti, atteso il suo precipuo carattere di testo unico, diretto ad un mero riordino della materia.

In conclusione occorre, nella specie, che il concessionario della riscossione (l'art. 10 del Decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 237 prevede che "L'Autorità giudiziaria dispone i pagamenti ... emettendo ordini o decreti di pagamento per il concessionario") versi le somme incamerate su apposito capitolo del Ministero dell'economia e delle finanze».

Alla stregua delle considerazioni svolte, la Corte è pervenuta alla affermazione del principio per cui nel procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione, il Ministero dell'economia e delle finanze deve essere condannato al pagamento delle spese processuali ed alla rifusione di quelle sostenute dalla controparte, qualora il ricorso per cassazione da esso proposto avverso l'ordinanza della Corte d'appello sia rigettato o dichiarato inammissibile (principio che, in materia di ingiusta detenzione, non ha trovato in epoca successive smentite, per tutte: Sez. 3, n. 48484 del 22/10/2003, Min. Eco. in proc. Salvi, Rv. 228442).

6.5. L'orientamento favorevole alla condanna della p.a. alle spese ex art. 616 cod. proc. pen.

Tanto premesso, un primo indirizzo esegetico ritiene che la amministrazione penitenziaria debba essere condannata al pagamento delle spese processuali qualora venga respinto il suo ricorso per cassazione avverso il provvedimento del tribunale di sorveglianza in materia di rimedi risarcitori (Sez. 1, n. 53012 del 27/11/2014, Min. Giust., Rv. 261306, cui sono da aggiungere numerose altre, tutte della Prima Sezione, non massimate, tra le quali, le nn. 39246, 36584, 35104, 35103 del 2017, che, nel disporre il pagamento delle spese nei riguardi della p.a. soccombente, si limitano a richiamare la n. 53012 del 2014).

Nelle pronunce aderenti a questa prima tesi è stata ritenuta valida, nella materia dei rimedi "risarcitori", la soluzione offerta nella richiamata sentenza "De Benedictis", secondo cui (lo si ribadisce) il Ministero dell'economia e delle finanze deve essere condannato al pagamento delle spese processuali, qualora il ricorso per cassazione da esso proposto avverso l'ordinanza della Corte d'appello sia rigettato o dichiarato inammissibile.

Si è affermato che, al pari di quanto avviene in quel tipo di procedimenti, anche nel giudizio ex artt. 35-*bis* e *ter* ord. pen., la p.a. assume il ruolo di contraddittore necessario e sostanziale del detenuto o dell'internato che reclamino tutela in ragione di un "grave pregiudizio all'esercizio dei diritti", in dipendenza della prospettata inosservanza da parte dell'amministrazione penitenziaria di disposizioni dell'ordinamento penitenziario e del relativo regolamento (art. 69, comma 1, lett. b, ord. pen.).

Ciò non toglie che alla p.a. (intervenuta nel procedimento instaurato dal detenuto per contraddirne la richiesta e, successivamente, impugnare il provvedimento a lei sfavorevole), debba essere riconosciuta la qualità di parte privata, dovendosi conferire a tale espressione, ricorrente nelle norme che regolano il processo penale, «una accezione comprensiva di tutte le parti processuali diverse dal pubblico ministero (unica, vera e propria parte pubblica del processo), alla stregua della giustapposizione sottesa dalla partizione nel Libro I (Soggetti) del codice di rito nei Titoli 2^ (Pubblico ministero), da un canto, e 4^ (Imputato) e V (Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per l'ammenda)» (Sez. 1, n. 53012/2014, richiamata dai successivi arresti conformi).

6.6. L'orientamento contrario.

Un secondo indirizzo giurisprudenziale esclude, invece, che, nei procedimenti ex artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen., la p.a. ricorrente per cassazione possa essere condannata, nel caso di soccombenza, al pagamento delle spese processuali.

La Corte, pur confrontandosi con l'opposto principio affermato dalle Sezioni Unite "De Benedictis", ha ritenuto che la riferibilità alla amministrazione ricorrente della qualità di parte privata, in carenza di ulteriori illustrazioni giustificative, sia da porsi in relazione alla specifica natura del procedimento per la riparazione della ingiusta detenzione, nel quale la p.a. riveste il ruolo di parte convenuta, contraddittore necessario della domanda attorea di ristoro pecuniario, rispetto alla quale può configurarsi una soccombenza ai sensi dell'art. 91 cod. proc. civ., causa della sua condanna alla rifusione delle spese processuali sostenute dalla parte privata vittoriosa. Sicché, al di fuori di tale tipologia di procedimento, non sussistono ragioni per derogare al chiaro dettato normativo dell'art. 616 cod. proc. pen. di esenzione della parte pubblica dal pagamento delle spese processuali e dal versamento della sanzione pecuniaria a favore della cassa delle ammende (Sez. 1, n. 31475 del 15 marzo 2017, Zito, Rv. 270842, cui sono da aggiungere le nn. 31476/31477/31478/31479/31480 del 2017).

Nelle sentenze aderenti a questo secondo indirizzo, la Cassazione ha richiamato diversi precedenti conformi, tra i quali Sez. 4, n. 979 del 09/07/1992, Guastella, Rv. 191847; Sez. 4, n. 131 del 28/01/1993, Grasso, Rv. 193385 che hanno escluso la condanna della p.a. alle spese processuali, nel giudizio per l'attribuzione di equa riparazione per l'ingiusta detenzione, «stante l'unicità di personalità giuridica dello Stato, del quale l'Amministrazione del tesoro costituisce una delle articolazioni, [per cui] questa, in caso di soccombenza, non può essere condannato a pagare le spese del procedimento, praticamente [un pagamento dello Stato] in favore di se stesso».

Dal confronto tra i due indirizzi interpretativi emergono due profili di divergenza che costituiscono il portato fondante delle conseguenti contrapposte conclusioni.

Il primo attiene alla natura (pubblica o privata), della amministrazione statale nel procedimento in esame; il secondo concerne la scindibilità della personalità dello Stato lì dove questo, pur in diverse sue articolazioni, rivesta al contempo il ruolo di debitore e creditore.

6.7. La nozione di parte privata nel processo penale.

Secondo la tesi contraria alla condanna della p.a. ex art. 616 cod. proc. pen., la qualità di parte pubblica che il Ministero della Giustizia o il Direttore del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, ricorrenti per cassazione avverso il provvedimento del tribunale di sorveglianza, ex artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen., osta, nel caso di soccombenza delle predette articolazioni della p.a., alla condanna delle stesse al pagamento delle spese processuali.

L'assunto impone di considerare quanto segue:

L'art. 616 cod. proc. pen. stabilisce che nel caso di rigetto del ricorso, la parte privata che lo ha proposto è condannata al pagamento delle spese processuali, nonché, nell'ipotesi di inammissibilità, di una somma a favore della cassa delle ammende.

Le due distinte condanne trovano fondamento nella regola della soccombenza, integrate, nel caso dell'inammissibilità, dal principio di "responsabilità processuale" enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 69 del 20 giugno 1964 che conferisce alla condanna al pagamento della sanzione pecuniaria carattere discrezionale, in funzione dell'apprezzamento dei profili di "colpa" ravvisabili a carico della parte privata per aver presentato un'impugnazione temeraria, ovvero connotata da avventatezza, superficialità, o finalità meramente dilatorie (Sez. 1, n. 30247 del 26/01/2016, Failla, Rv. 267585).

Il punto dibattuto concerne il significato dell'espressione parti "private" e la conseguente individuazione dei soggetti che ne facciano parte.

Il processo penale del 1989, dall'impronta fortemente accusatoria, è un "processo di parti", tali dovendosi ritenere quella categoria di soggetti (indicati al libro I del codice di rito) strettamente correlati all'azione penale.

Secondo una efficace definizione della dottrina «sono parti il soggetto attivo e quello passivo dell'azione penale…per cui si può definire parte colui che ha chiesto al giudice una decisione in relazione all'imputazione e colui contro il quale tale decisione è chiesta».

Tra le parti processuali, occorre ulteriormente distinguere il pubblico ministero da un lato e gli altri soggetti dall'altro.

Il primo rappresenta l'interesse generale dello Stato alla repressione dei reati.

Tanto basta per la dottrina a ritenerlo organo deputato a svolgere la funzione di «parte pubblica» e a contrapporlo a tutte le altre parti che, in quanto portatrici di un interesse particolare (il proprio), sono definite nel codice di rito "private".

Non diversamente, la giurisprudenza ha, in più occasioni, rimarcato la natura di parte «pubblica e non privata» del pubblico ministero, in ragione della «fondamentale funzione [demandatagli] di vigilanza sull'osservanza delle leggi e sulla pronta e regolare amministrazione della giustizia, sancita dall'art. 73 dell'ordinamento giudiziario…» (per tutte: Sez. U, n. 9616 del 24/03/1995, Boido, Rv. 202018, in tema di interesse del p.m. ad impugnare).

Al p.m. "parte pubblica", si contrappongono, dunque, tutte le altre parti processuali che lo stesso codice definisce "private" ed individua: nella parte civile; nel responsabile civile, nella persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e nell'imputato (art. 503 cod. proc. pen. in tema di esame dibattimentale).

Da tali rilievi sembra potersi trarre la conseguenza che la natura "privata" non scaturisce, dunque, dalla identità giuridica delle parti suindicate, ma dall'interesse (non generale ma esclusivamente "proprio") di cui le stesse sono portatrici.

Confermerebbe tale conclusione l'indiscusso inquadramento in questo secondo gruppo dello Stato-persona, ove questo si costituisca parte civile a tutela di un danno subito.

Ciò premesso, la tesi "contraria alla condanna della p.a." individua nella amministrazione statale una figura di "parte pubblica", diversa dal pubblico ministero e non assimilabile alle parti private e tanto basterebbe per sottrarla all'operatività dell'art. 616 cod. proc. pen., circoscritta alle parti private ricorrenti.

Per converso, la tesi favorevole alla condanna della Amministrazione statale (ricorrente/soccombente nei procedimenti in esame) ritiene quest'ultima pienamente assimilabile alle altre parti private.

Essa è, invero, portatrice, nel contesto in esame, di una qualità di «'parte resistentÈ con natura strutturale pubblica ma con contenuti sostanziali dell'interesse – in senso ampio-civilistici, essendo l'intervento teso alla rappresentazione della correttezza delle scelte e determinazioni dei propri organi, centrali o periferici e alla rappresentazione di fatti idonei a scongiurare la fondatezza della domanda proposta dal reclamante, anche a fini di tutela della propria immagine esterna» (così in motivazione Sez. 1, n. 11250 del 17/11/2016, dep. 2017, Magrelli in tema di difetto di legittimazione della p.a. a proporre reclamo senza il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato).

6.8. Il principio dell'unicità della personalità dello Stato.

Il secondo argomento a sostegno della tesi contraria alla condanna della p.a. si fonda sulla incongruenza, stante l'unicità della personalità giuridica dello Stato, di una condanna di un'Amministrazione statale in favore di altra amministrazione statale.

L'assunto risulta, per il vero, nelle più datate sentenze "Guastella" e "Grasso" e non più riproposto dalla giurisprudenza più recente e, in particolare, negli arresti in materia di procedimenti ex artt. 35-*bis* e *ter* ord. pen..

Già le Sezioni unite "De Benedictis" avevano respinto la tesi ritenendo che l'unitarietà dello Stato non costituisce una ridondanza amministrativo-contabile se soltanto si pone l'attenzione sulla frequenza con cui, nella pratica della contabilità generale dello Stato, si determinano situazione del genere anche all'interno della stessa articolazione ministeriale, in forza delle quali, per esempio, canoni di locazione per immobili vengono versati dalla sottostruttura locataria alla sottostruttura locatrice di un medesimo Ministero.

Vale la pena osservare che, già all'epoca la procedura di recupero delle somme si prestava alla critica di un sostanziale "inutile" "giro di spesa" interno alla p.a.. La disciplina era, invero, regolata dall'art.10 del d.lgs. 9 luglio 1997 n.237. Secondo tale disposizione "l'Autorità giudiziaria dispone i pagamenti (...) emettendo ordini o decreti di pagamento per il concessionario" (della riscossione), con l'indicazione del Codice Tributo 773T relativo al capitolo 3302 di cui al Decreto Dirigenziale 9 dicembre 1997 (G.U. 17/12/1997 n.249) del Ministero delle finanze recante " Approvazione dei modelli e modalità di riscossione delle entrate già di competenza dei servizi di cassa degli uffici dipendenti dal Dipartimento delle entrate e dal Dipartimento del territorio". Ne derivava che, nell'eventualità di soccombenza del Ministero del tesoro (oggi: dell'Economia e delle Finanze) ricorrente per cassazione, una condanna dello stesso al pagamento delle spese del processo avrebbe dato luogo alla singolare situazione per cui il concessionario della riscossione versava le somme incamerate su un capitolo del Ministero delle finanze (oggi: dell'Economia e delle Finanze).

6.9. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite "Tuttolomondo".

Con la sentenza "Tuttolomondo" del 2017, le Sezioni Unite hanno escluso che nel procedimento giurisdizionale delineato dall'art. 35-*bis* ord. pen. la p.a. soccombente debba essere condannata al pagamento delle spese processuali.

Si è, al riguardo, evidenziato che, nel procedimento in parola, l'Amministrazione penitenziaria interviene quale titolare, e responsabile, del trattamento dei detenuti, sicché si deve escludere la natura civilistica degli interessi di cui la predetta è portatrice.

In questi casi la p.a. agisce, invero, quale «plesso amministrativo preposto alla custodia dei detenuti, partecipe della realizzazione delle finalità costituzionali della pena» e si sottrae, pertanto, all'alveo delle parti private presenti nel processo penale, diversamente da quanto accade nel giudizio di riparazione per ingiusta detenzione, ove il ruolo assunto dall'Amministrazione finanziaria, in relazione alla pretesa pecuniaria oggetto di quel giudizio, ne giustifica l'assimilazione alle parti private.

Al riguardo, si evidenzia che le funzioni svolte dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia hanno natura sostanzialmente pubblicistica, come è dato evincere dal disegno costituzionale che, ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, attribuisce al Ministro della giustizia – l'unico Ministero ad essere menzionato dalla Carta costituzionale – l'organizzazione e il funzionamento «dei servizi relativi alla giustizia» (art. 110 Cost.). In disparte il principio della leale collaborazione tra Ministro e C.S.M., che attiene alla selezione dei residuali compiti ministeriali rispetto all'Amministrazione della giurisdizione che spetta all'Organo di governo autonomo della magistratura, la dottrina pubblicistica ha chiarito che i servizi svolti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, ispirati al principio della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale, rientrano nell'ambito delle funzioni del Ministro della giustizia, quale piena espressione dell'Esecutivo.

Al Supremo Collegio «non appare quindi revocabile in dubbio la natura pubblica dei servizi per la prevenzione e l'esecuzione della pena. Conseguentemente, neppure nella fase di legittimità del procedimento in esame il Ministero della giustizia ricorrente può essere assimilato ad una parte privata, rispetto al disposto di cui all'art. 616 cod. proc. pen. Lo impedisce l'evidenziata natura pubblica della funzione svolta dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria nel peculiare procedimento per reclamo giurisdizionale, ex art. 35-*bis* ord. pen., attivato su istanza del detenuto che lamenti di essere stato, o di trovarsi attualmente, ristretto in condizioni disumane e degradanti, ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen.».

Militano in tal senso anche ragioni di ordine sistematico. La norma di cui all'art. 616, comma 1, cod. proc. pen. è strutturata in riferimento ai soggetti tipici del processo penale, ove solo il pubblico ministero assume il ruolo di parte pubblica, come da tempo chiarito dalla giurisprudenza (Sez. U, n. 9616 del 24/03/1995, Boido, Rv. 202018). Diversamente, nel procedimento in parola, che pure si svolge ai sensi degli artt. 666 e 678, cod. proc. pen., è previsto l'inedito intervento dell'Amministrazione penitenziaria, quale soggetto che esercita la funzione pubblica relativa alle modalità di gestione della popolazione detenuta, come sopra chiarito.

Le medesime considerazioni ora svolte conducono pure ad escludere l'operatività del regolamento delle spese *inter partes*, ai sensi dell'art. 91 cod. proc. civ., nell'ambito del procedimento giurisdizionale di competenza del Magistrato di sorveglianza, attivato su istanza del detenuto che lamenta condizioni di restrizione inumane e degradanti.

Coerente a questa impostazione, le Sezioni Unite sono approdate all'ulteriore conclusione (già anticipata nel paragrafo introduttivo) per cui il reclamo-impugnazione di cui all'art. 35-*bis*, comma 4, ord. pen. può essere proposto dall'Amministrazione penitenziaria senza il patrocinio e l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato.

Al riguardo, si è ribadito che la natura pubblicistica della funzione svolta ed il ruolo assunto in concreto dall'Amministrazione penitenziaria sono evenienze che assumono rilevanza anche nella verifica delle modalità di partecipazione del soggetto pubblico alla

richiamata fase impugnatoria e conducono ad escludere l'applicabilità delle disposizioni che riguardano l'impugnazione proposta per i soli interessi civili (art. 573 cod. proc. pen.) dalle altre parti private presenti nel giudizio penale, come pure della norma che impone, nei casi da ultimo richiamati, il ministero di un difensore (art. 100 cod. proc. pen.), per la disomogeneità sostanziale dei termini di riferimento.

In assenza di ragioni limitative di ordine sistematico, derivanti dalle forme di partecipazione delle parti private al processo penale, deve osservarsi che proprio il carattere unitario del procedimento giurisdizionale di merito, complessivamente delineato dalle disposizioni di cui all'art. 35-*bis* ord. pen., consente di affermare che la possibilità di costituzione informale da parte dell'Amministrazione, espressamente prevista dall'art. 35-*bis*, comma 1, ord. pen. nella fase promossa dal reclamo-istanza del detenuto, di competenza del magistrato di sorveglianza, è legittima anche nella successiva fase del reclamo impugnazione, innanzi al tribunale di sorveglianza, a mente del comma 4, dell'art. 35-*bis*, citato.

L'evidenziata semplificazione dell'esercizio del contraddittorio, delineata dal combinato disposto degli artt. 35-*bis*, comma 1 e 35-*ter*, comma 1, ord. pen., deve ritenersi immanente nelle fasi di merito del procedimento giurisdizionale di prossimità di cui si tratta, compresa la fase del reclamo-impugnazione, che pure apre una fase in cui al tribunale di sorveglianza spetta la rivalutazione del contenuto della prima decisione. Pertanto, risulta deformalizzato, anche in riferimento alle generali previsioni di cui al r.d. n. 1611 del 1933, il potere di reclamo ai sensi del comma 4, dell'art. 35-*bis* ord. pen., che può essere esercitato da parte dell'Amministrazione penitenziaria, senza l'assistenza dell'Avvocatura.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 11249 del 17/11/2016, dep. 2017, Condello, Rv. 269513
Sez. 1, n. 11244 del 17/11/2016, dep. 2017, Tauro, Rv. 269512
Sez. 1, n. 18882 del 16/02/2017, Li Bergolis, Rv. 270014
Sez. 1, n. 47052 del 18/05/2017, Fazio, Rv. 271129
Sez. 1, n. 44175 del 21/06/2016, Vicinanza, Rv. 268298
Sez. 1, n. 7421 del 17/11/2016, dep. 2017, Migliaccio, Rv. 269157
Sez. 1, n. 47333 del 16/3/2017, Chargui, Rv. 271173
Sez. 1, n. 43722 dell'11/06/2015, Salierno
Sez. 1 n. 46966 del 16/07/2015, Koleci
Sez. 1, n. 876 del 16/07/2015, dep. 2016, Ruffolo, Rv. 265856
Sez. 1, n. 19674 del 29/03/2017, Basso, Rv. 269894
Sez. 1, n. 9658 del 19/10/2016, dep. 2017, De Michele, Rv. 269308
Sez. 1, n. 9661 del 17/11/2016, dep. 2017, Cangelosi, Rv. 270659
Sez. 1, n. 5515 del 17/11/2016, Sbeglia, Rv. 269198
Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087
Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2016, dep. 2017, Morello, Rv. 269514
Sez. 1, n. 5728/2014 del 19/12/2013, Berni, Rv. 257924
Sez. 1, n. 52819 del 9/9/2016, Sciuto, Rv. 268231
Sez. 1, n. 12338 del 17/11/2016, dep. 2017, Agretti
Sez. 1, n.13124 del17/11/2016, dep. 2017, Morello, Rv. 269514
Sez. 1, n. 39245 del 16/5/2017, Congiu
Sez. F, n. 39207 del 17/8/2017, Gongola
Sez. U, n. 34559 del 26/6/2002, De Benedictis, Rv. 222265
Sez. U, n. 1 del 06/03/1992, Fusilli
Sez. U, n. 34535 del 27/06/2001, Pietrantoni
Sez. U, n. 35760 del 09/07/2003, Azgejui
Sez. 4, n. 15209 del 26/02/2015, Min. Economia Finanze, Rv. 263141
Sez. 1, n. 53012 del 27/11/2014, Min. Giust., Rv. 261305
Sez. 1, n. 5697 del 12/12/2014, dep. 2015, Min. Giustizia, Rv. 262357
Sez. 3, n. 48484 del 22/10/2003, Salvi, Rv. 228442
Sez. 1, n. 53012 del 27/11/2014, Min. Giust., Rv. 261306
Sez. 1, n. 31475 del 15 marzo 2017, Zito, Rv. 270842
Sez. 4, n. 979 del 09/07/1992, Guastella, Rv. 191847
Sez. 4, n. 131 del 28/01/1993, Grasso, Rv. 193385
Sez. 1, n. 30247 del 26/01/2016, Failla, Rv. 267585
Sez. U, n. 9616 del 24/03/1995, Boido, Rv. 202018
Sez. 1, n. 11250 del 17/11/2016, dep. 2017, Magrelli

Sentenze delle Sezioni unite civili
Sez. U civili, n. 28507 del 23/12/2005, Rv. 586701
Sez. U civili, n. 16783 del 2/10/2012, Rv. 623690

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 204 del 2016
Corte cost., sent. n. 83 del 2017
Corte cost., sent. n. 69 del 2014
Corte cost., sent. n. 191 del 2005
Corte cost., sent. n. 69 del 1964

Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, 8/01/2013, Torreggiani c. Italia
Corte EDU, 25/4/2017, Rezmives c. Romania
Grande Camera, 20/10/2016, Mursic contro Croazia
Grande Camera , 16/12/2016, Klaufia c. Italia

CAPITOLO II

LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SULL'ERGASTOLO OSTATIVO

(Assunta Cocomello)

SOMMARIO: 1. La quaestio iuris in tema di ergastolo ostativo. 2. La giurisprudenza sulla compatibilità dell'ergastolo con la funzione rieducativa della pena e con i principi della CEDU. 3. Le condizioni di accesso ai benefici penitenziari del condannato per reati c.d. ostativi. 4. L'inesigibilità della collaborazione per il condannato che si protesta innocente.

1. La *quaestio iuris* in tema di ergastolo ostativo.

Le questioni affrontate dalla giurisprudenza della Suprema Corte in relazione alla tematica relativa al c.d. ergastolo ostativo, possono essere così enucleate:

1) una prima questione, riferita alla pena dell'ergastolo in generale, propedeutica rispetto al tema in esame, concerne la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 cod. pen. in riferimento all'art. 27 Cost.;
2) una seconda riguardante la disciplina prevista dagli artt. 4-*bis* e 58-*ter*, legge 26 luglio 1975, n. 354 – che subordina alla collaborazione con la giustizia, l'accesso ai benefici penitenziari ed alla liberazione condizionale dei condannati per gravi reati di criminalità organizzata, terrorismo ed eversione (c.d. reati ostativi) – e la sua compatibilità con i principi costituzionali e convenzionali;
3) la questione relativa alla c.d. esigibilità della collaborazione ed, in particolare, la situazione del condannato per reati ostativi che si professi innocente e assuma di non poter collaborare per tale ragione.

In relazione a tutti e tre gli aspetti, la giurisprudenza della Corte di cassazione, in coerenza con i principi affermati in materia dal giudice delle leggi, registra un orientamento costante e consolidato, dal quale emerge la piena compatibilità delle norme in esame con la funzione rieducativa della pena e con i principi indicati nell'art. 3 CEDU, così come interpretati dalla giurisprudenza convenzionale.

2. La compatibilità dell'ergastolo con la funzione rieducativa della pena e con i principi della CEDU.

La Corte di cassazione ha più volte affermato che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 cod. pen. in riferimento all'art. 27 Cost., nonché all'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e all'art. 3 CEDU, perché la pena dell'ergastolo, a seguito della legge 25 novembre 1962, n. 1634 e dell'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario con la legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modificazioni, ha cessato di essere una pena perpetua, quindi non può dirsi, sotto tale profilo, contraria al senso di umanità o ostativa alla rieducazione del condannato, non solo per la possibilità di concessione della la grazia, con la quale non è incompatibile, ma anche per la concreta possibilità di un reinserimento incondizionato del condannato nella società libera, in virtù degli istituti del diritto penitenziario vigente (tra molte Sez. 2, n. 2611 del 8/01/1993, Bergamaschi, Rv. 193580; Sez. 1, n. 33018 del 29/03/2012, Esposito Rv. 253430; Sez. 1, n. 34199 del 12/04/2016, Aguila Rico, Rv. 267656).

La giurisprudenza di legittimità fonda la globale compatibilità del sistema in materia di ergastolo con i principi costituzionali e convenzionali sulla previsione contenuta nell'art. 176, comma 3, cod. pen., che riconosce al condannato all'ergastolo che abbia scontato almeno ventisei anni di pena di essere ammesso alla liberazione condizionale.

In particolare, afferma la Corte di cassazione, richiamando i principi dettati in materia dal Giudice delle leggi, l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo è esclusa sul rilievo che, in caso di provato ravvedimento, il condannato può essere ammesso alla liberazione condizionale anche per i cosiddetti reati ostativi, in relazione ai quali la collaborazione e la perdita di legami con il contesto di criminalità organizzata da cui era scaturito il reato, altro non sono che indici legali del suo ravvedimento. Detta giurisprudenza evidenzia come, in base ad analoghe considerazioni, la Corte EDU ha più volte riconosciuto la compatibilità con i principi della convenzione di quei sistemi, quali il nostro, che ammettendo, seppur a certe condizioni, la liberazione condizionale del condannato all'ergastolo, "non negano in radice il diritto alla speranza"(Sez.1, n.41717 del 18/9/2015, Burzotta; Sez. 1, n. 7428 del 17/1/2017, Pesce, Rv. 271399). Ricorda la Corte che la giurisprudenza convenzionale (Grande Camera, 12/2/2008, KafKaris c. Cipro, par. 98) ha chiarito che una pena riducibile de jure e de facto non solleva alcuna questione dal punto di vista dell'art. 3, poiché "laddove il diritto nazionale offra la possibilità di rivedere la pena perpetua al fine di commutarla, sospenderla, porvi fine o liberare il detenuto con la condizionale, le esigenze dell'art. 3 sono soddisfatte". Ciò che rileva, evidenzia la giurisprudenza di legittimità, è l'astratta possibilità di riduzione del trattamento sanzionatorio e non il "rischio" che, non ricorrendo in concreto i presupposti richiesti dalla disciplina nazionale, "la pena a vita sia effettivamente scontata per intero" (Sez. 7, n. 9276 del 11/1/2017, Rodà).

In tale approccio ermeneutico la giurisprudenza fa riferimento, inoltre, alla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU del 9/7/2013 nel caso Vinter ed altri contro Regno Unito, ribadendo che i generali principi in essa espressi, risultano perfettamente rispettati dalla legislazione italiana nella quale la pena perpetua dell'ergastolo è suscettibile di riduzione proprio per effetto della liberazione condizionale, quale istituto che garantisce di diritto e di fatto la trasformazione della pena di durata illimitata in temporanea ed offre al condannato aspettative di scarcerazione qualora presenti i requisiti pretesi dalle norme di riferimento (Sez. 1, n. 33018 del 29/3/2012, Esposito, Rv. 253430; Sez. 7, n. 9276 del 11/1/2017, Rodà).

3. Le condizioni di accesso ai benefici penitenziari del condannato per reati c.d. ostativi.

La questione relativa al c.d. ergastolo ostativo, viene in rilievo nelle decisioni della Corte anche sotto altro profilo, riguardante, in particolare, la disciplina per la concessione dei benefici penitenziari e dell'accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti di particolare gravità, di cui all'art. 4-*bis* legge 26 luglio 1975, n. 354, che, in caso di condanna per i c.d. reati ostativi, subordina la concessione dei suddetti benefici alla collaborazione con la giustizia o ai casi di collaborazione impossibile o irrilevante, fatta salva l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. In relazione a tale disciplina, la Corte di cassazione è stata più volte investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui prevedono che, l'accesso ai benefici ed alla liberazione condizionale, in caso di condanna per delitto ostativo, sia ammissibile solo in ipotesi di collaborazione con la giustizia, introducendo una conditio sine qua non all'ammissione dei benefici medesimi, che prescinde dal comportamento in concreto tenuto dal detenuto in ragione del suo ravvedimento, e che legittimerebbe una equiparazione assoluta

tra mancata collaborazione e mancato ravvedimento, collegando la concessione del beneficio non alla condotta in concreto tenuta dal condannato nell'esecuzione della pena, ma ad un elemento estraneo ad essa e concernente finalità diverse, incompatibili con i principi costituzionali e convenzionali in tema.

I Giudici di legittimità, ricalcando i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 135 del 2003, hanno, preliminarmente, evidenziato che la disciplina che subordina l'ammissione della liberazione condizionale del condannato alla collaborazione con la giustizia, non si pone in contrasto con il principio della funzione rieducativa della pena, in quanto "non preclude in modo automatico, assoluto e definitivo l'accesso al beneficio" ma consente allo stesso condannato, che sia nelle condizioni oggettive e giuridiche di farlo, di scegliere se collaborare o meno con la giustizia, mantenendo aperta la possibilità per i detenuti che perseguono un programma di rieducazione di avvalersi di uno degli istituti volti a tale scopo (Sez. 1, n. 45979 del 7/11/2012, Viola, Rv. 254047), escludendo, altresì, che tale condizione, proprio in ragione della possibilità di scelta del condannato, trasformi il beneficio in una misura inaccessibile ai condannati per delitti ostativi. Secondo la Corte è proprio la particolare gravità di talune tipologie di fatti che impone che l'ammissione a determinati benefici possa avvenire solo all'esito dell'acquisizione di indicatori specifici, tra i quali la collaborazione nelle sue distinte forme, idonei a superare l'intrinseca pericolosità che dai suddetti reati trae scaturigine (Sez. 1, n. 41717 del 18/9/2015, Burzotta; Sez. 1, n. 7428 del 17/1/2017, Pesce) e ciò, anche, in conformità della ratio dell'art. 4-*bis* legge n. 354 del 1975, rispondente alle esigenze del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività a fronte di una criminalità aggressiva e diffusa (Sez. 1, n. 27149 del 22/3/2016, Viola, Rv. 271232).

4. L'inesigibilità della collaborazione per il condannato che si protesta innocente.

La Corte di cassazione ha, altresì, affrontato la particolare questione relativa alla presunta inesigibilità di una collaborazione nei confronti del condannato per reati ostativi che si protesti innocente. In merito, la giurisprudenza ricorda che già la Corte costituzionale ha escluso un eventuale pregiudizio dello stesso sul rilievo che, dopo il giudicato, l'innocenza può assumere giuridica rilevanza solo a seguito di apposita procedura di revisione (Cort. cost. n. 306 del 1993). Sul punto la Cassazione precisa che l'affermazione di responsabilità contenuta nel giudicato fa stato, innanzitutto, nei confronti del condannato e non risulta ulteriormente discutibile se non attraverso le forme processuali contemplate dal sistema e che, pertanto, ai fini dell'invocazione dei benefici penitenziari, la mera protesta di innocenza non può essere assimilata ad un caso di collaborazione impossibile, risolvendosi piuttosto in una illegittima contestazione sul contenuto dell'accertamento irrevocabile.

Sulla base di tali premesse la Suprema Corte ricostruisce, pertanto, gli elementi che consentono di attestare la rispondenza della disciplina ai principi costituzionali e convenzionali, chiarendo che l'accertata responsabilità del condannato per reati gravi caratterizzati dalla forza di intimidazione del vincolo associativo e dalla condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, autorizza il legislatore – nel contemperamento delle contrapposte esigenze di difesa sociale e di finalità rieducativa della pena – a "stabilire le condizioni necessarie in presenza delle quali la pena più severa sia suscettibile di retrocessione".

In tale ottica, evidenzia la Corte, con la disciplina in esame il legislatore ha individuato proprio nella collaborazione l'indicatore di una condotta dissociativa, reale ed effettiva, idonea a superare la presunzione di particolare pericolosità che il condannato per reati c.d. ostativi esprime, non in funzione di un profilo personale ed immanente ma in ragione della gravità dei delitti commessi. D'altronde – aveva già osservato la Suprema Corte

(Sez. 1, n. 45979 del 7/11/2012, Viola, Rv. 254047) – le condotte di tipo collaborativo richieste, ai fini della concessione dei benefici penitenziari, dal combinato disposto degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* legge 26 luglio 1975, n. 354, non possono dirsi "disomogenee rispetto al processo di revisione critica del proprio comportamento antisociale generalmente richiesto per l'ammissione alle misure alternative alla detenzione".

La Corte evidenzia inoltre che nella disciplina vigente il canale di accesso ai benefici resta aperto per il condannato per reati ostativi anche nelle ipotesi in cui la collaborazione non sia più utile o sia impossibile, al fine di escludere che lo stesso sia pregiudicato da un evento estraneo ed indipendente dalla sua volontà, sottolineando, tuttavia, come lo scrutinio sulla esigibilità della collaborazione non possa seguire percorsi elusivi ed alternativi del "tracciato rigoroso previsto dal legislatore", come nella ipotesi di mera protesta dell'innocenza dopo il giudicato di colpevolezza.

Per quanto concerne l'accertamento della impossibilità o irrilevanza della collaborazione, deve farsi cenno al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che afferma che, al fine del superamento delle condizioni ostative alla fruizione di determinati benefici penitenziari stabilite dal combinato disposto degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* della legge 26 luglio 1975 n. 354 e art. 2, legge 12 luglio 1991 n. 203, è necessario che nell'istanza il condannato prospetti, almeno nelle linee generali, elementi specifici circa l'impossibilità o l'irrilevanza della sua collaborazione tanto da consentire il superamento delle condizioni ostative all'esame del merito alla luce dei principi espressi nelle sentenze n. 306 del 1993, n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995 della Corte costituzionale, "non essendovi dubbio che solo in tal caso è possibile valutare se la collaborazione del condannato sia impossibile perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati, o irrilevante perché la posizione marginale nell'organizzazione criminale non consente di conoscere fatti e compartecipi pertinenti a livello superiore". (Sez. 7, n. 9276 del 11/1/2017, Rodà; Sez. 1, n. 10427 del 24/2/2010, C., Rv. 246397, Sez. 1, n. 18658 del 12/2/2008, Sanfilippo, Rv. 240177; Sez. 1, n. 3034 del 18/5/1995, Zito, Rv. 202082).

La pronuncia Sez. 1, n. 29217 del 06/06/2013, Rv. 256796, in relazione all'ipotesi di una collaborazione effettivamente prestata, ha precisato che, fermo il suddetto onere di allegazione, il giudice deve esaminare gli atti del procedimento, eventualmente integrandoli coi poteri istruttori di ufficio riconosciutigli dall'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., cui rinvia l'art. 678 cod. proc. pen., per accertare, in concreto, la sussistenza o meno di essa, mentre nel caso di addotta ricorrenza di una condizione equipollente per impossibilità di un'utile collaborazione con la giustizia, l'accertamento del giudice non può prescindere dall'esame della sentenza di condanna che accerti la limitata partecipazione dell'istante al fatto criminoso ovvero dall'esame della sentenza irrevocabile che abbia operato l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità. Tale diversità di moduli istruttori, tra l'accertamento della collaborazione effettiva e per quella irrilevante trova giustificazione, secondo la giurisprudenza, nel fatto che, "mentre la collaborazione con la giustizia rileva anche quando sia stata prestata dopo la condanna, donde l'esigenza di acquisire informazioni non solo rivolte al passato ma anche attente alle emergenze successive con il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria competente, la situazione equipollente di irrilevanza, inesigibilità o impossibilità della collaborazione postula fatti già compiutamente accertati per i quali fanno stato le sentenze irrevocabili ad essi pertinenti" (Sez. 1, n. 29217 del 06/6/2013, Rv. 256796; Sez. 1, n. 39795 del 26/9/2007, Rv. 237741).

Altra pronuncia sul tema, nel ribadire che la rispondenza della disciplina sull'accesso alla liberazione condizionale da parte dei condannati per reati ostativi ai principi costituzionali e convenzionali si incentra sulla possibilità per il condannato di scegliere se collaborare, ha

precisato che il diritto di tacere e di non contribuire alla propria incriminazione, che si assume violato da tale normativa, "attiene al processo di cognizione" nell'ambito del quale è previsto e tutelato da specifiche disposizioni (art. 63, comma 2, art. 64, comma 2 e art. 503, comma 1, cod. proc. pen.) ed il suo richiamo non è pertinente nella fase esecutiva, "atteso che le dichiarazioni rese dal condannato sono in ogni caso prive di qualsiasi ricaduta autoaccusatoria in ragione della intangibilità del giudicato già formatosi in ordine alla penale responsabilità del condannato" (Sez. 1, n. 45979 del 7/11/2012, Viola, Rv. 254047).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 2, n. 2611 del 18/01/1993, Bergamaschi, Rv. 193580
Sez. 1, n. 3034 del 18/05/1995, Zito, Rv. 202082
Sez. 1, n. 39795 del 26/09/2007, Gioco, Rv. 237741
Sez. 1, n. 18658 del 12/02/2008, Sanfilippo, Rv. 240177
Sez. 1, n. 10427 del 24/02/2010, C., Rv. 246397
Sez. 1, n. 33018 del 29/03/2012, Esposito, Rv. 253430
Sez. 1, n. 45979 del 07/11/2012, Viola, Rv. 254047
Sez. 1, n. 29217 del 06/06/2013, Imparato, Rv. 256796
Sez. 1, n. 41717 del 18/09/2015, Burzotta
Sez. 1, n. 34199 del 12/04/2016, Aguila Rico, Rv. 267656
Sez. 1, n. 27149 del 22/03/2016, Viola, Rv. 271232
Sez. 1, n. 7428 del 17/01/2017, Pesce, Rv. 271399
Sez. 7, n. 9276 del 11/01/2017, Rodà

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 306 del 1993
Corte cost., sent. n. 357 del 1994
Corte cost., sent. n. 68 del 1995

CAPITOLO III

REATO CONTINUATO *IN EXECUTIVIS* E MODIFICABILITÀ DELLE PENE INFLITTE IN SEDE DI COGNIZIONE

(Mariaemanuela Guerra)

SOMMARIO: 1. Il potere di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione in sede di applicazione del reato continuato. – 2. Le ragioni del contrasto. – 3. La soluzione resa dalle Sezioni Unite. – 4. Osservazioni.

1. Il potere di rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione in sede di applicazione del reato continuato.

La sentenza Sez. U, n. 6296 del 27/11/2016, dep. 2017, Nocerino, Rv. 268735, si è pronunciata sulla *vexata quaestio* dei *limiti* che circoscrivono i poteri del giudice dell'esecuzione nelle ipotesi in cui sia chiamato ad applicare la disciplina della continuazione tra più reati accertati con distinti provvedimenti definitivi di condanna, affermando il seguente principio di diritto: «*Il giudice dell'esecuzione, nel procedere alla rideterminazione del trattamento sanzionatorio per effetto dell'applicazione della disciplina del reato continuato, non può quantificare gli aumenti di pena per i reati-satellite in misura superiore a quelli fissati dal giudice della cognizione con la sentenza irrevocabile di condanna*.».

Nel caso all'esame, la Corte di appello di Napoli, in funzione di giudice della esecuzione, in accoglimento della richiesta del condannato, aveva riconosciuto la continuazione tra i reati giudicati dalla stessa Corte territoriale con due precedenti sentenze, che a loro volta contemplavano la continuazione interna, ed aveva conseguentemente applicato una pena unitaria ridotta per effetto del cumulo giuridico. Tuttavia, pur realizzando il risultato di una complessiva diminuzione della pena finale, aveva rideterminato la sanzione per ciascuno dei reati portati in continuazione (pari a due anni di reclusione e 1000 euro di multa), in misura superiore alla quantificazione operata per i medesimi dal giudice di merito (fissata ad un anno e quattro mesi di reclusione), richiamando «*la gravità delle contestazioni*» e «*la protrazione dell'attività criminosa*».

Il difensore dell'imputato proponeva ricorso per cassazione deducendo due motivi, ovvero violazione e falsa applicazione degli artt. 81 cod. pen., 597 e 671 cod. proc. pen., nonché mancanza, contraddittorietà e illogicità della motivazione.

In particolare, con il primo motivo contestava che l'aumento di pena detentiva applicato per uno dei "reati satellite", risultasse superiore a quello deciso dal giudice della cognizione; il giudice dell'esecuzione in tal modo avrebbe violato il divieto della *reformatio in peius,* in quanto il riconoscimento della continuazione avrebbe dovuto comportare la riduzione, non solo del trattamento sanzionatorio finale, ma anche di tutte le pene riferite a ciascuno dei reati uniti nel vincolo.

Con il secondo motivo, censurava l'assenza di motivazione in merito alle ragioni dell'applicazione di un aumento complessivo di pena, per effetto della continuazione, in misura superiore rispetto a quanto stabilito in sede di cognizione.

La Prima Sezione della Corte di cassazione, con ordinanza depositata in data 3 agosto 2016, investita del sopracitato ricorso, rimetteva il procedimento alle Sezioni Unite, chiedendo al Collegio nella sua più autorevole composizione di valutare se l'apprezzamento

nella fase esecutiva dei diversi fatti, già singolarmente valutati in via definitiva, potesse consentire, entro il rispetto della cornice edittale, una modifica del giudizio di gravità sul singolo reato. In altri termini, il quesito era volto a stabilire se in sede di applicazione della disciplina del reato continuato ex art. 671 cod. proc. pen., il giudice della esecuzione – ferma la individuazione del reato più grave, in base ai parametri di cui all'art. 187, comma 1, disp. att. cod. proc. pen. – abbia il potere di applicare gli aumenti di pena per taluni dei reati satellite (già ritenuti con le precedenti condanne) in misura superiore alle rispettive sanzioni originariamente inflitte dal giudice del merito, quando il risultato finale dell'operazione non supera la somma delle pene decise con ciascuna sentenza o decreto irrevocabili.

Ed invero, la Prima Sezione, preso atto della sussistenza sul punto di un radicato contrasto giurisprudenziale, riteneva di aderire all'indirizzo esegetico maggioritario che riconosceva la pienezza dei poteri al giudice dell'esecuzione in sede di applicazione della disciplina del reato continuato, nei limiti espressamente indicati dall'art. 671 cod. proc. pen. Sottolineava la non pertinenza del richiamo al generale divieto della *reformatio in peius* con riferimento alla rideterminazione degli aumenti di pena per i c.d. reati satellite, osservando come in tal senso si erano già pronunciate Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258653, anche se con riferimento al giudizio di cognizione. In quell'occasione era stato affermato il principio di diritto secondo il quale, allorché venga a essere mutata la struttura del reato continuato, il divieto in parola non è violato se il giudice dell'impugnazione «*apporta per uno dei fatti unificati dall'identità del disegno criminoso un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore*». Analogamente, il riconoscimento *in executivis* del vincolo tra uno o più reati già ritenuti avvinti nel medesimo disegno criminoso, ai sensi dell'art. 671, comma 1, cod. proc. pen., comporterebbe innegabilmente, una volta individuata la violazione più grave, la "ristrutturazione" della continuazione. Sicché il giudice della esecuzione – ferma la osservanza del limite stabilito dal comma 2 del citato art. 671 – senza alcuna indebita lesione della cosa giudicata, ma nel legittimo esercizio della potestà in ordine alla determinazione del trattamento sanzionatorio, era da ritenere abilitato anche ad elevare l'aumento di pena relativo a uno o più dei reati satellite, inseriti nell'orbita di una differente «violazione più grave» (art. 187, comma 1, disp. att. cod. proc. pen.), la quale costituiva la (nuova) base di riferimento per la determinazione – nel genere e nella quantità – dell'aumento di pena.

2. Le ragioni del contrasto.

La disciplina del reato continuato o del reato formale in sede esecutiva è codificata negli artt. 671 cod. proc. pen. e 187 disp. att. cod. proc. pen.; in particolare l'art. 671, precisa che il giudice «*provvede determinando la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto*». Suddetta disposizione, individuando espressamente quale limite insuperabile per il giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena conseguente alla ritenuta esistenza del vincolo soltanto il *quantum* complessivo di pena già stabilito in sede di cognizione, poteva apparire indifferente alla determinazione del singolo segmento di pena. Ed infatti, sul punto, da tempo nella giurisprudenza sussisteva un consapevole contrasto interpretativo.

Un primo, meno diffuso, orientamento escludeva che il giudice in sede di esecuzione potesse rettificare in aumento le pene inflitte per le singole fattispecie criminose, stante la necessità di rispettare il principio del *favor rei* che ispira l'istituto introdotto dall'art. 671 cod. proc. pen.

In base a tale impostazione, il giudice sarebbe soggetto al doppio limite costituito, rispettivamente, dalla somma delle pene inflitte con ciascuna sentenza o con ciascun decreto, per quanto attiene alla pena finale, e dalla misura delle pene irrogate per ogni reato nelle singole condanne, quanto agli aumenti di pena per i reati satellite. Di conseguenza, avrebbe potuto discostarsi dal giudicato già formatosi soltanto per rideterminare la pena in misura inferiore a quella inflitta dal giudice della cognizione e mai in pregiudizio del condannato (Sez. 1, n. 37618 dell'1/06/2016, Cavallo; Sez. 1, n. 3276 del 21/12/2015, dep. 2016, Di Girolamo, Rv. 265909; Sez. 1, n. 31424 del 3/06/2015, Bianco; Sez. 5, n, 38982 del 27/04/2015, Pelaia; Sez. 1, n. 44240 del 18/06/2014, Palaia, Rv. 260847; Sez. 1, n. 38331 del 05/06/2014, Fall, Rv. 260903; Sez. 1, n. 1138 del 24/02/1998, Greco, Rv. 210247; Sez. 1, n. 5336 del 29/09/1997, Giugliano, Rv. 208592; Sez. 1, n. 6602 del 10/12/1996, dep. 1997, Marra, Rv. 206772; Sez. 1, n. 3745 del 31/05/1996, Pistone, Rv. 205341; Sez. 1, n. 1413 del 7/03/1995, Casella, Rv. 200921; Sez. 1, n. 72 del 13/01/1992, Frigato, Rv. 189142).

L'indirizzo maggioritario, invece, affermava la pienezza dei poteri del giudice dell'esecuzione nell'ambito dei confini espressamente individuati dal legislatore agli articoli 671 cod. proc. pen. e 187 disp. att. cod. proc. pen.

In sostanza, tale secondo orientamento sosteneva che, nella sequenza delle operazioni per la determinazione del trattamento sanzionatorio, il giudice dell'esecuzione sarebbe vincolato al giudicato solamente per quanto riguarda l'individuazione del reato più grave, la cui sanzione deve prendere in considerazione quale base del procedimento di computo, senza che analogo vincolo sussista quanto al trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati satellite, potendo egli procedere alla rideterminazione della pena per gli stessi anche in misura superiore alla pena originariamente inflitta per ciascun reato, ancorché nei limiti di cui all'art. 671 cod. proc. pen., previo ragguaglio tra le pene di genere diverso, ai sensi dell'art. 135 cod. pen. e alla luce dei criteri fissati dall'art. 133 cod. pen. (Sez. 1, n. 24117 del 19/02/2016, De Cesare; Sez. 1, n. 29941 del 11/11/2015, Tomassetti; Sez. 1, n. 29939 del 29/10/2015, dep. 2016, Afeltra; Sez. 3, n. 23949 del 29/04/2015, Susto, Rv. 263848; Sez. 5, n. 7432 del 27/09/2013, Selis, Rv. 259508; Sez. 2, n. 43768 dell'8/10/2013, Bacio Terracino, Rv. 257664; Sez. 1, n. 5832 del 17/01/2011, Razzaq, Rv. 249397; Sez. 1, n. 48833 del 09/12/2009, Galfano, Rv. 245889; Sez. 1, n. 46905 del 10/11/2009, Castorina, Rv. 245684; Sez. 1, n. 12704 del 06/03/2008, D'Angelo, Rv. 239376; Sez. 1, n. 31429 del 08/06/2006, Serio, Rv. 234887; Sez. 1, n. 32277 del 25/02/2003, Mazza, Rv. 225742; Sez. 1, n. 4862 del 06/07/2000, Basile, Rv. 216752; Sez. 1, n. 5826 del 22/10/1999, dep. 2000, Buonanno, Rv. 214839; Sez. 1, n. 1663 del 26/02/1997, Spinelli, Rv. 207692; Sez. 1, n. 2721 del 17/06/1991, Caimmi, Rv. 188339; Sez. 5, n. 11587 del 10/02/2006, Vudaferi, Rv. 233897). In altri termini, il giudice dell'esecuzione, nel determinare la pena finale per il reato continuato, avrebbe incontrato il solo limite, stabilito dall'art. 671, comma 2, cod. proc. pen., ovvero il divieto di superamento della somma delle sanzioni inflitte in sede cognitiva con ciascun titolo giudiziale (tra le altre, Sez. 1, n. 5826 del 22/10/1999, dep. 2000, Buonanno, Rv. 214839; Sez. 1, n. 31429 del 08/06/2006, Serio, Rv. 234887; Sez. 1, n. 48833 del 09/12/2009, Galfano, Rv. 245889; Sez. 1, n. 5832 del 17/01/2011, Razzaq, Rv. 249397; Sez. 1, n. 25426 del 30/05/2013, Cena, Rv. 256051), senza essere vincolato dal divieto della *reformatio in peius,* di cui all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 12704 del 06/03/2008, D'Angelo, Rv. 239376).

3. La soluzione resa dalle Sezioni Unite.

Dissentendo dall'impostazione accolta nell'ordinanza di rimessione, la sentenza in esame ha aderito al primo indirizzo sino ad allora minoritario, affermando che il giudice dell'e-

secuzione, quando applica la continuazione, non ha il potere di rideterminare il trattamento sanzionatorio in senso sfavorevole al condannato, nemmeno con riferimento ai fragmenti di pena riferiti ai reati satellite.

E per giungere a tale soluzione ermeneutica richiama una serie di argomentazioni di ordine storico, teleologico e sistematico, tutte convergenti nel dimostrare l'impossibilità della soluzione contraria, incentrata sul rispetto dei limiti normativamente previsti per la pena finale. La questione rimessa, infatti, non trovando una risposta testuale, imponeva una soluzione in via interpretativa, sulla base dei principi che governano l'intervento del giudice dell'esecuzione, con particolare riferimento alla applicazione della disciplina della continuazione; più in generale, inoltre, vengono in rilievo le ricostruzioni esegetiche su una pluralità di tematiche di diritto penale e processuale, quali la struttura del reato continuato, la *ratio* perseguita dalla applicabilità della continuazione in fase esecutiva, i limiti alla intangibilità del giudicato ed il divieto della *reformatio in peius* in fase di appello.

Un primo criterio di giudizio viene individuato nella *ratio legis* che ha giustificato l'introduzione della disciplina della continuazione e del concorso formale di reati nella fase esecutiva, con caratteri di assoluta novità, rispetto all'ordinamento passato. La previsione dell'art. 671 cod. proc. pen., infatti, si giustifica in base alla necessità di contemperare le conseguenze dei principi regolatori del rito delineato dal nuovo codice, che, attesa la sua natura accusatoria, si caratterizza per lo sfavore nei confronti dei c.d. "maxiprocessi" e per la drastica riduzione delle ipotesi di riunione processuale per connessione in sede di cognizione. In sostanza, il legislatore ha inteso rimettere alla sede esecutiva la possibilità di recuperare, in *favor rei,* l'operatività del vincolo della continuazione, al fine di mitigare il trattamento sanzionatorio riveniente dalle sentenze pronunciate dal giudice della cognizione, evitando così il pregiudizio a carico degli imputati di vari fatti-reato, i quali, ancorché inseriti in precisi ed analoghi contesti di luogo e di tempo, siano separatamente giudicati. In proposito, le Sezioni Unite richiamano la giurisprudenza della Corte costituzionale (ord. n. 56 del 2010 e sent. n. 183 del 2013) che, appunto, ha chiaramente sottolineato come la previsione dell'art. 671 cod. proc. pen. attui «*l'intenzione del legislatore di agevolare, senza pregiudizio per le garanzie difensive, lo svolgimento di processi separati, quando la riunione potrebbe ritardarne la definizione, in conformità con il precetto costituzionale di ragionevole durata (art. 111, secondo comma, Cost.)*»; e ciò in quanto il *favor separationis* che ispira il sistema processuale di tipo accusatorio aveva reso «*particolarmente acuta la necessità di introdurre strumenti atti ad evitare l'irrimediabile perdita dei vantaggi derivanti dalla continuazione (cumulo giuridico delle pene) da parte dell'imputato che, in quanto giudicato separatamente (anziché cumulativamente) per i singoli episodi criminosi, si fosse vista preclusa la possibilità di una valutazione globale della sua posizione in sede cognitiva, con evidente pregiudizio di posizioni costituzionalmente presidiate, a cominciare dal principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)*».

Secondariamente, le Sezioni Unite, pur valorizzando la peculiarità dei poteri conferiti al giudice dell'esecuzione dall'art.671 cod. proc. pen. - senza dubbio più incisivi rispetto a quelli tradizionalmente riconosciutigli dall'ordinamento (come ad esempio in materia di amnistia, indulto, verifica del divieto di *bis in idem* ecc.), essendogli consentita la rivalutazione del fatto, quanto alla "ricostruzione" della continuazione, in termini sostanzialmente analoghi all'attività riservata al giudice del processo – tuttavia, puntualizzano come si tratti sempre di un intervento sussidiario e correttivo, che giammai può contrastare le decisioni del giudice della cognizione. Senza dimenticare, inoltre, come il carattere sommario del giudizio esecutivo, contraddistinto da un contraddittorio e una cognizione limitati, renderebbe incongrua una valutazione di maggiore gravità dei fatti portati in continuazione rispetto a quella compiuta dal giudice della cognizione.

In terzo luogo, la Corte sottolinea come il reato continuato, pur avendo natura unitaria, conservi una sua sostanza atomistica, per cui in sede di applicazione di determinati istituti – quali l'amnistia, l'indulto, l'estinzione delle misure cautelari per decorso del relativo termine di durata massima, ovvero alcune misure alternative alla detenzione – ciascun reato riacquista la sua autonomia. In questa prospettiva, quindi, assume rilievo anche l'entità della sanzione riferita a ciascun reato portato in continuazione, ritenendo assolutamente incongruo il peggiorato del trattamento sanzionatorio e con esso la preclusione di una serie di diritti per effetto di una pronuncia *in peius* resa *in executivis,* ad esito di una cognizione sommaria.

Ed ancora, la Corte svolge una riflessione in tema di superamento del dogma del giudicato, di cui l'art. 671 cod. proc. pen. costituisce una testuale riprova. Osserva come il processo di progressiva erosione del giudicato che emerge dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 200696; Sez. U, n. 76832 del 21/06/1986, Nicolini, Rv. 173419; Corte cost. n. 115 del 1987) sia sempre a favore del condannato e mai contro lo stesso. Inoltre, è proprio il principio di autorità del giudicato ad essere ispirato alla esigenza di tutelare il condannato da eventuali ulteriori interventi punitivi dello Stato. Sarebbe allora doppiamente asistematica un'interpretazione che consenta il superamento del giudicato per permettere l'applicazione di un trattamento sanzionatorio, anche solo *pro quota,* più sfavorevole.

Ulteriore aspetto valorizzato per escludere la legittimità di un intervento del giudice dell'esecuzione in senso peggiorativo è la circostanza che il sub-procedimento delineato dall'art. 671 cod. proc. pen. si instaura solo a seguito della domanda dell'interessato che, pertanto, delinea inevitabilmente anche l'ambito della conoscenza rimessa al giudice. In altri termini, in virtù del principio devolutivo, non sono giustificati effetti non domandati, peggiorativi della posizione dell'istante, in assenza di richieste in tal senso della pubblica accusa.

Viene, infine, scartata per la soluzione della questione rimessa, l'applicabilità del principio affermato da Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258653, secondo il quale, allorché venga mutata la struttura del reato continuato, non è violato il divieto di *reformatio in peius* se il giudice dell'impugnazione «*apporta per uno dei fatti unificati dall'identità del disegno criminoso un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore*». Le Sezioni Unite ribadiscono la profonda diversità strutturale che caratterizza il processo di cognizione rispetto a quello di esecuzione, puntualizzando come nel caso esaminato nel 2014 erano in valutazione le funzioni e le potestà del giudice di cognizione di secondo grado, mentre nella fattispecie erano in discussione i poteri del giudice dell'esecuzione, privo di quel grado di conoscenza del fatto e della colpevolezza dell'imputato proprie della fase di merito.

Alla luce delle considerazioni sopraesposte, le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto come sopra riportato e, applicandolo al caso oggetto del ricorso, hanno annullato senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente al trattamento sanzionatorio del reato continuato per consentire una nuova decisione che, individuato il reato più grave ai sensi dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen., previo scioglimento della continuazione interna applicata con le due sentenze dedotte, applichi gli aumenti di pena per i reati satellite in misura comunque non superiore a quella indicata dal giudice della cognizione con la sentenza irrevocabile di condanna e con quella, altresì, comunque indicata dal giudice *a quo* con l'ordinanza impugnata.

4. Osservazioni.

Con la pronuncia in commento le Sezioni Unite, assoggettando il potere di rideterminazione della pena del giudice della continuazione **in executivis** al doppio limite soprapre-

cisato, adottano una lettura dell'art. 671 cod. proc. pen. in chiave garantista, pienamente in linea con il *favor rei* da tempo riconosciuto quale baluardo del sistema processual-penalistico, al cospetto del quale anche l'intangibilità della **res iudicata** mostra la propria 'cedevolezza'.

Ed invero, dall'esame congiunto degli articolati argomenti svolti nella parte motiva emerge la considerevole attenzione riservata dal Supremo collegio ai principi-cardine dell'impianto penalistico sostanziale, con particolare riguardo ai rapporti tra continuazione e giudicato.

Ed infatti, la ricostruzione esegetica accolta dalle Sezioni unite, è coerente con il principio, emergente dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il processo di progressiva erosione del principio della intangibilità del giudicato, consente la revisione della pena inflitta unicamente *in bonam partem,* proprio perché l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, presidiata dalla cosa giudicata, rilevando soprattutto quale limite all'intervento dello Stato nella sfera dell'individuo, può ritenersi recessiva solo rispetto alla necessità di tutela dei diritti fondamentali della persona, quali la libertà personale e il diritto di eguaglianza (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 258649- 650- 651; Sez. U, n. 4285 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 200695- 696 – 697 – 698 – 699; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857; Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, Basile, Rv. 262327 – 328; Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265109; Sez. U, n. 26259 del 29/10/2015, dep. 2016, Mraidi, Rv. 266872).

Inoltre, la soluzione resa da Sez. U, Nocerino valorizza la concezione "atomistica" del reato continuato, mirando, appunto, a scongiurare, gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'eventuale applicazione di una pena più grave per il singolo reato satellite unificato per continuazione, con riferimento alle ipotesi in cui il singolo reato costitutivo riacquista la propria autonomia a seguito dello scioglimento del cumulo giuridico per consentire l'applicazione di determinati istituti (amnistia, indulto, benefici penitenziari…); in altri termini, puntualizza il Supremo collegio, sarebbe incongruo dal punto di vista sistematico vedere peggiorato in sede esecutiva, all'esito di una cognizione sommaria, il trattamento sanzionatorio, dal quale potrebbero derivare preclusione all'accesso ad una serie di benefici che l'ordinamento prevede a favore del condannato a cui, invece, lo stesso avrebbe potuto aspirare sulla base della pena più mite stabilita in via definitiva dal giudice della cognizione.

È da evidenziare come le pronunce adottate dalle Sezioni semplici successivamente alla sentenza in commento si siano tutte uniformate alla soluzione indicata dal Supremo collegio (cfr., *ex multis,* Sez. 5, n. 53436 del 30/10/2017, Azzolina; Sez. 5, n. 51120 del 26/09/2017, Loccisano; Sez. 1, n. 34126 del 22/06/2017, Barnaba; Sez. 1, n. 51470 del 21/06/2017, Chirico; Sez. 1, n. 47859 del 13/06/2017, Leone; Sez. 1, n. 50159 del 16/05/2017, Regina).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 76832 del 21/06/1986, Nicolini, Rv. 173419
Sez. 1, n. 2721 del 17/06/1991, Caimmi, Rv. 188339
Sez. 1, n. 72 del 13/01/1992, Frigato, Rv. 189142
Sez. 1, n. 1413 del 7/03/1995, Casella, Rv. 200921
Sez. 1, n. 3745 del 31/05/1996, Pistone, Rv. 205341
Sez. 1, n. 6602 del 10/12/1996, dep. 1997, Marra, Rv. 206772
Sez. 1, n. 1663 del 26/02/1997, Spinelli, Rv. 207692
Sez. 1, n. 5336 del 29/09/1997, Giugliano, Rv. 208592
Sez. 1, n. 1138 del 24/02/1998, Greco, Rv. 210247
Sez. 1, n. 5826 del 22/10/1999, dep. 2000, Buonanno, Rv. 214839
Sez. 1, n. 4862 del 06/07/2000, Basile, Rv. 216752
Sez. 1, n. 32277 del 25/02/2003, Mazza, Rv. 225742
Sez. 5, n. 11587 del 10/02/2006, Vudaferi, Rv. 233897
Sez. 1, n. 31429 del 08/06/2006, Serio, Rv. 234887
Sez. 1, n. 12704 del 06/03/2008, D'Angelo, Rv. 239376
Sez. 1, n. 46905 del 10/11/2009, Castorina, Rv. 245684
Sez. 1, n. 48833 del 09/12/2009, Galfano, Rv. 245889
Sez. 1, n. 5832 del 17/01/2011, Razzaq, Rv. 249397
Sez. 5, n. 7432 del 27/09/2013, Selis, Rv. 259508
Sez. 1, n. 25426 del 30/05/2013, Cena, Rv. 256051
Sez. 2, n. 43768 dell'8/10/2013, Bacio Terracino, Rv. 257664
Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 258649-650-651
Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258653
Sez. U, n. 4285 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 200695-696-697-698-699
Sez. 1, n. 44240 del 18/06/2014, Palaia, Rv. 260847
Sez. 1, n. 38331 del 05/06/2014, Fall, Rv. 260903
Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, Basile, Rv. 262327 – 328
Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857
Sez. 5, n. 38982 del 27/04/2015, Pelaia
Sez. 3, n. 23949 del 29/04/2015, Susto, Rv. 263848
Sez. 1, n. 31424 del 3/06/2015, Bianco
Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265109
Sez. U, n. 26259 del 29/10/2015, dep. 2016, Mraidi, Rv. 266872
Sez. 1, n. 29939 del 29/10/2015, dep. 2016, Afeltra
Sez. 1, n. 29941 del 11/11/2015, Tomassetti
Sez. 1, n. 3276 del 21/12/2015, dep. 2016, Di Girolamo, Rv. 265909
Sez. 1, n. 37618 dell'1/06/2016, Cavallo
Sez. 1, n. 24117 del 19/02/2016, De Cesare
Sez. 1, n. 50159 del 16/05/2017, Regina

Sez. 1, n. 47859 del 13/06/2017, Leone
Sez. 1, n. 51470 del 21/06/2017, Chirico
Sez. 1, n. 34126 del 22/06/2017, Barnaba
Sez. 5, n. 51120 del 26/09/2017, Loccisano
Sez. 5, n. 53436 del 30/10/2017, Azzolina

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 115 del 1987
Corte cost., ord. n. 56 del 2010
Corte cost., sent. n. 183 del 2013

CAPITOLO IV

REATO CONTINUATO E POTERE DI RIDETERMINAZIONE DELLA PENA DA PARTE DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

(Luigi Barone)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. Il primo orientamento. – 3. Il secondo orientamento. – 4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite "Gargiulo". – 5. L'applicabilità del cumulo giuridico nella fase esecutiva. - 5.1. La preclusione del giudicato nel codice "Rocco". - 5.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 1987. - 5.3. La soluzione favorevole adottata dal codice "Vassalli". – 6. I limiti di operatività del principio di intangibilità del giudicato. – 7. L'interpretazione costituzionalmente orientata seguita dalle Sezioni Unite.

1. La questione controversa.

In materia di esecuzione, nell'anno in commento si registra l'intervento delle Sezioni Unite (n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo) in merito alla controversa questione relativa all'individuazione dei limiti edittali cui il giudice dell'esecuzione deve sottostare nel rideterminare la pena a seguito del riconoscimento della continuazione tra reati che hanno formato oggetto di distinte sentenze di condanna divenute irrevocabili. Il dubbio esegetico atteneva all'operatività *in executivis* della soglia fissata dall'art. 81, commi 1, cod. pen. in aggiunta a quella prevista dall'art. 671, comma 2, cod. proc. pen.: la prima norma dispone che l'autore di più reati uniti dal vincolo della continuazione è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo; la seconda prevede che il giudice dell'esecuzione determina la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza.

2. Il primo orientamento.

Sino ai primi anni "2000", la giurisprudenza della Suprema Corte era orientata nel senso che deve riconoscersi al giudice dell'esecuzione il potere-dovere di superare e travolgere la valutazione frammentaria e parziale avvenuta nei distinti processi di cognizione e rideterminare, in tal modo, le pene, nel rispetto dei limiti imposti dagli artt. 81 cod. pen. e 671 cod. proc. pen., in una rappresentazione globale dei numeri e dell'importanza di tutte le violazioni legate dal vincolo della continuazione, individuando fra esse la più grave, alla stregua del criterio dettato dall'art. 187, disp. att. cod. proc. pen. (reato punito con la pena più elevata).

Si affermava che «una volta ritenuta la continuazione tra più reati, il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati satellite non esplica più alcuna efficacia, dovendosi solo aumentare la pena prevista per la violazione più grave, senza che rilevi la qualità della pena per essi comminata. A tale criterio deve attenersi anche il giudice dell'esecuzione che, nella rideterminazione della pena in seguito alla ritenuta continuazione, non è vincolato dal giudicato se non nell'individuazione del reato più grave che deve avvenire a norma dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen. e deve solo rispettare i limiti di cui al comma primo dell'art. 81 cod. pen. e al comma secondo dell'art. 671 cod. proc. pen.» (Sez. 1, n. 2884 del 11/05/1995, Togna, Rv. 201748; Sez. 1, n. 2565 del 08/04/1997, Ruga, Rv. 207702; Sez. 1, n. 1663 del 26/02/1997, Spinelli, Rv. 207692; Sez. 1, n. 5826 del 22/10/1999, dep. 2000, Buonanno, Rv. 214839; Sez. 1, n. 4862 del 06/07/2000, Basile, Rv. 216752; Sez. 1, n. 32277 del 25/02/2003, Mazza, Rv. 225742).

3. Il secondo orientamento.

Sul finire del 2001, la Prima sezione penale della Cassazione, con due sentenze emesse a distanza di una settimana l'una dall'altra (Sez. 1, n. 5637 del 14/12/2001, dep. 2002, Iodice M., Rv. 221101; Sez. 1, n. 5959 del 12/12/2001, dep. 2002, Franco M., Rv. 221100), discostandosi dal precedente indirizzo, ha ritenuto che, nel procedimento di esecuzione, il giudice, quando riconosce il vincolo della continuazione tra reati considerati in più sentenze o decreti di condanna, è soggetto nella determinazione della pena al limite indicato nell'art. 671, comma 2, cod. proc. pen., ma non a quello fissato all'art. 81, comma 1, cod. pen.

Gli arresti hanno dato vita ad un nuovo orientamento che ha trovato seguito nelle successive pronunzie di legittimità, ove, in termini pressoché sovrapponibili, si è affermato che «l'interpretazione logica e sistematica della normativa porta a riconoscere che la determinazione della pena in sede esecutiva è regolata unicamente dalla disposizione di cui al secondo comma dell'art. 671 del codice di rito, e non dall'art. 81 cod. pen., in quanto, essendo configurabile un concorso apparente di norme, la prevalenza della prima costituisce puntuale applicazione del principio di specialità enunciato dall'art. 15 cod. pen.. Invero, pur riguardando le due disposizioni il medesimo oggetto, corrispondente alla determinazione della pena per il reato continuato, nella previsione dell'art. 671, comma 2, è presente l'elemento specializzante costituito dal fatto che la pena per i reati unificati per continuazione è applicata in sede esecutiva con riferimento ad una pluralità di sentenze di condanna passate in giudicato, in alcune delle quali il giudice della cognizione potrebbe già avere riconosciuto la continuazione tra più reati ed avere già raggiunto il limite massimo del triplo della pena per la violazione più grave. Da quest'ultima notazione traspare la palese ragione giustificativa della disposizione posta dall'art. 671, comma 2, cod. proc. pen., che, non richiamando il limite del triplo di cui all'art. 81, cit., ma fissando la regola per cui la pena per il reato continuato non può essere superiore alla somma delle pene inflitte con ciascuna sentenza, intende proprio evitare che si formi una "sacca di impunità", come, invece, si verificherebbe se, una volta riconosciuta la continuazione e applicato il limite del triplo, fossero pronunciate nuove sentenze di condanna per ulteriori reati accomunati ai precedenti dal medesimo disegno criminoso. Ed invero se dovesse ritenersi operante il criterio di cui all'art. 81 e non quello posto dall'art. 671, il giudice dell'esecuzione si troverebbe di fronte ad un limite insuperabile e per gli ulteriori reati satellite non potrebbe stabilire un aumento, neppure minimo, della pena complessiva fissata in occasione della continuazione anteriormente riconosciuta» (Sez. 3, n. 12850 del 22/01/2003, Leoncini e altri, Rv. 224367; Sez. 1, n. 3367 del 14/01/2003, Mengoni, Rv. 222866; Sez. 1, n. 24823 del 31/03/2005, Tanzii; Rv. 232000; Sez. 1, n. 39306 del 24/09/2008, Cantori, Rv. 241145; Sez. 1, n. 45256 del 27/09/2013, Costantini, Rv. 257722; Sez. 2, n. 22561 del 08/05/2014, Do Rosario Lopez, Rv. 259349 – quest'ultimo arresto con riferimento alla ipotesi cd. "mista", di cui si dirà più avanti).

4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite "Gargiulo".

Le Sezioni Unite, ripercorso il contrasto nei termini anzidetti, hanno optato per la soluzione adottata dall'orientamento più datato per cui nel riconoscimento del concorso formale o della continuazione in sede esecutiva il giudice, nella determinazione della pena, è tenuto al rispetto, oltre che del criterio indicato dall'art. 671, comma secondo, cod. proc. pen., anche del limite del triplo della pena stabilita per la violazione più grave previsto dall'art. 81, commi primo e secondo, cod. pen. (Rv. 270073).

I giudici del Massimo collegio hanno tuttavia sottolineato che il riconoscimento della continuazione *in executivis* (non diversamente che nel processo di cognizione), debba necessariamente passare attraverso la rigorosa, approfondita verifica della sussistenza di concreti indicatori – quali l'omogeneità delle violazioni e del bene protetto, la contiguità spazio-temporale, le singole causali, le modalità della condotta, la sistematicità e le abitudini programmate di vita, e del fatto che, al momento della commissione del primo reato, i successivi fossero stati programmati almeno nelle loro linee essenziali, non essendo sufficiente, a tal fine, valorizzare la presenza di taluno degli indici suindicati se i successivi reati risultino comunque frutto di determinazione estemporanea (Rv. 270074).

5. L'applicabilità del cumulo giuridico nella fase esecutiva.

La questione dibattuta implica una lettura di più ampio respiro sul difficile ambientamento processuale dell'istituto della continuazione, introdotto con la riforma di cui al d.l. 11 aprile 1974 n. 99 (conv. Con la l. 7 giugno 1974 n. 220), in ragione del mancato adeguamento della normativa processuale alla novella; tale da esporre la disciplina nel suo complesso a dubbi di incostituzionalità, nella parte in cui, non prevedendo l'operatività del nuovo istituto in sede esecutiva, se ne subordinava l'applicazione alla *fatalità* che le singole violazioni, tra loro in concorso formale o in continuazione, fossero state accertate nello stesso o in distinti processi di cognizione.

5.1. La preclusione del giudicato nel codice "Rocco".

Nel vigore del codice "Rocco", il problema appena enunciato ha trovato un legislatore alquanto cauto, perché preoccupato dei riflessi di una soluzione positiva sul dogma dell'intangibilità del giudicato. Per anni dunque il sistema continuava ad essere segnato dalla mancanza di una esplicita previsione che consentisse di riaprire una parentesi di cognizione post-giudicato, sia pure tesa alla sola verifica del presupposto unificante tra le diverse violazioni ed ai fini della applicazione del correlato cumulo giuridico.

In assenza di risposte normative, era la giurisprudenza a cercare di porre rimedio alla sperequazione, conseguente alla trattazione, unitaria o meno, dei reati in concorso formale o in continuazione, attribuendo al giudice della cognizione il potere di ritardare la conclusione del proprio giudizio – in attesa della irrevocabilità delle altre sentenze – sì da operare la unificazione *quoad poenam* dei fatti giudicati nelle concorrenti decisioni; ciò a condizione che la condanna definitiva fosse la più grave (*ex multis*, Sez. 1, n. 11859 del 04/07/1980, Ferrini, Rv. 146634; Sez. 2, n. 2416 del 07/10/1986, dep. 1987, Arena, Rv. 175212). La soluzione, per quanto in qualche arresto estesa indifferentemente ai casi in cui la violazione del processo sospeso fosse o meno la più grave (Sez. 6, n. 4372 del 28/01/1987, Buccola, Rv. 175612; Sez. 1, n. 12503 del 07/05/1987, Pecchia, Rv. 177200), presentava il limite della presenza di almeno una fase cognitiva ancora aperta (e rimasta tale solo per tale ragione), lì dove esigenze di razionalità sistematica e di piena tutela dei valori costituzionali coinvolti imponevano l'approdo ad una valutazione dei presupposti applicativi della norma di diritto sostanziale anche nella fase successiva al giudicato.

5.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 1987.

La perdurante distonia veniva portata all'attenzione della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 115 del 1987, pur dichiarando inammissibile la questione sollevata, fissava principi che possono essere considerati il prologo all'ingresso della disciplina ex art. 81 cod.

pen. nella fase di esecuzione, poco più tardi attuato con l'introduzione nel nuovo codice di procedura penale dell'art. 271 che, pertanto, trova nella sentenza in parola un'utilissima chiave di lettura.

Procedendo schematicamente per punti, le affermazioni rese al riguardo dal giudice costituzionale possono così riassumersi:

- l'art. 81 cod. pen. è norma finalizzata a dettare, per le ipotesi in essa descritte, le specifiche modalità di determinazione della pena, e, pertanto, svolge nel sistema un ruolo non diverso dalle disposizioni di cui agli artt. 72 e ss. cod. pen.; con la conseguenza, che la mancata previsione di strumenti per applicare la suddetta disciplina, laddove ne ricorrano le condizioni, costituisce violazione del principio di legalità della pena (art. 25 Cost.);
- il campo di applicazione del reato continuato non può essere delimitato in base alla fase processuale in cui viene in rilievo, bensì soltanto in virtù dell'unico limite sostanziale normativamente imposto, ovvero l'aver agito in esecuzione di un medesimo disegno criminoso;
- il principio dell'intangibilità del giudicato deve essere rettamente inteso e la relativa norma che lo conclama (art. 90 cod. proc. pen. 1930) costituisce disposizione «tendenzialmente a favore dell'imputato…[per cui] ogniqualvolta si consenta, qualunque ne sia la ragione, che il giudicato impedisca di applicare l'istituto della continuazione all'intero sviluppo esecutivo dell'unico disegno criminoso, si viola proprio l'art. 90 cod. proc. pen. in quanto in realtà si consente che, per lo stesso fatto di reato continuato, il giudicabile venga sottoposto a due distinti giudizi con relativo cumulo delle pene, mentre il legislatore prescrive che si determini una pena unica mediante un'unica complessiva valutazione»;
- «è proprio l'ordinamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato e quindi a non mitizzarne l'intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino»;
- per garantire all'istituto la massima operatività ed evitare nel sistema stridenti disomogeneità (rilevanti ex art. 3 Cost.), l'alternativa è fra la possibilità d'intervenire sulla norma stessa di diritto sostantivo (art. 81, secondo comma, cod. pen.) per dichiararne l'illegittimità nella parte in cui non consente l'applicazione del principio anche alle ipotesi in cui taluna delle violazioni sia coperta dal giudicato e la possibilità di regolare, invece, la disuguaglianza nella fase esecutiva, attraverso norme di diritto processuale, della specie di quelle previste nell'art. 579 cod. proc. pen. (abrogato) o negli artt. 78 e 80 cod. pen..

5.3. La soluzione favorevole adottata dal codice "Vassalli".

Tra le due soluzioni prospettate dalla Corte costituzionale, il legislatore del nuovo codice di rito ha optato per quella "processuale", stabilendo, al punto 97 della legge-delega 16 febbraio 1987 n. 81, la possibilità di valutare anche in fase di esecuzione il concorso formale di reati e la continuazione, dove l'espressione "anche" presuppone la possibilità che uguali poteri appartengano al giudice di cognizione, come confermerebbe la limitazione espressa con le parole «sempre che non siano stati precedentemente esclusi nel giudizio».

Il disposto della delega ha trovato attuazione nell'art. 671 del nuovo cod. proc. pen. che attribuisce al giudice dell'esecuzione l'incisivo potere di valutare la ricorrenza dei presupposti del concorso formale e della continuazione nel caso di pluralità di condanne definitive e, in caso positivo, di applicare la conseguente disciplina di cui all'art. 81 cpv. cod. pen.

Si consideri che le istanze che, sotto il vigore del vecchio codice, avrebbero imposto una simile previsione, erano ancor più pressanti nel nuovo processo penale, ispirato al principio del *favor separationis* in sede di cognizione, di guisa da rendere improcrastinabile la creazione di una norma che consentisse di rimediare, in sede esecutiva, alle lacune e carenze, derivanti dalla drastica riduzione delle ipotesi di connessione e dalla conseguente accresciuta eventualità, meramente accidentale, che i vari fatti-reato costituenti la serie criminosa venissero giudicati separatamente in processi distinti e definiti con differenti sentenze di condanna, pregiudicando l'interesse dell'imputato a beneficiare del più mite trattamento sanzionatorio (cfr. Sez. 1, n. 4292 del 26/10/1992, La Montagna, Rv. 192399; Sez. 1, n. 4568 del 6/11/1992, Chirico, Rv. 193442; Sez. 1, n. 1737 del 12/04/1991, Zanatta, Rv. 187579).

Questa esigenza, di particolare pregnanza nell'impianto originario del nuovo codice che escludeva la continuazione tra le ipotesi di connessione, si è sensibilmente ridimensionata a seguito della modifica apportata all'art. 12 cod. proc. pen. dall'art. 1 del d.l. n. 367 del 1991, convertito dalla l. n. 8 del 1992, che ha contemplato anche la continuazione fra le ipotesi di connessione che giustificano la riunione dei processi.

L'utilità pratica della previsione non è, tuttavia, del tutto venuta meno, se solo si pensa al fatto che la contestazione di più fatti in continuazione consente la riunione dei processi nella sola ipotesi che essi pendano nello stesso stato e grado dinanzi al medesimo giudice e sempre che il provvedimento non contrasti con l'esigenza di speditezza.

L'applicabilità della continuazione in sede esecutiva risponde, tuttora, quindi, all'esigenza di evitare irragionevoli sperequazioni dovute a fattori meramente casuali, per effetto dei quali i reati in continuazione (o in concorso formale) siano stati giudicati nell'ambito di processi distinti, anziché in un unico processo cumulativo.

Per altro verso, si imponeva il contemperamento delle ragioni sottese all'introduzione della norma in commento con l'altrettanta primaria esigenza di tutela del giudicato e della garanzia di certezza che gli è propria. Ne è conseguita la fissazione di un duplice limite all'operatività della norma, tale da imporre al giudice dell'esecuzione di arrestarsi innanzi alla barriera del giudicato, qualora la continuazione sia stata esclusa in sede di cognizione e di confrontarsi nella rideterminazione della pena con quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto. In relazione a questo secondo punto (e prescindendo per il momento dal problema normativamente irrisolto dell'ulteriore eventuale limite dell'aumento fino al triplo), la violazione più grave deve, pertanto, essere individuata nel reato per il quale è stata inflitta la pena più elevata (art. 187, disp. att. cod. proc. pen.) e gli aumenti da apportare per i reati satellite devono essere contenuti nella somma delle pene inflitte *con ciascuna sentenza o ciascun decreto* (art. 671, comma 2, cod. proc. pen.).

Malgrado gli sforzi di contenere l'ambito di intervento *in executivis* esclusivamente sul calcolo della pena, nel rispetto del riparto di funzioni e compiti dell'esecuzione e della cognizione (la prima chiamata all'*esecuzione*, la seconda all'*irrogazione* della pena), la disciplina in esame introduce una inedita parentesi cognitiva nella fase esecutiva.

In questo senso, anche la Corte costituzionale, in epoca relativamente recente, ha affermato (sentenza n. 183 del 2013) che «la soluzione offerta dal legislatore al problema del ripristino dell'eguaglianza – quella, appunto, di demandare al giudice dell'esecuzione la "sintesi" delle condotte giudicate separatamente, determinandone le conseguenze ai sensi dell'art. 81 del codice penale – comporta una evidente "frattura" dell'ordinario *discrimen* tra fase cognitiva e fase esecutiva, sotto un duplice profilo. Da un lato, infatti, il giudice dell'esecuzione si vede investito di un accertamento che non attiene affatto all'esecuzione (sia pure *lato sensu* intesa) delle pronunce di condanna delle quali si discute, quanto piuttosto al merito delle imputazioni. Al riguardo, si è icasticamente parlato di un frammento di

cognizione inserito nella fase di esecuzione penale. La verifica della sussistenza di un medesimo disegno criminoso – l'accertamento, cioè, che l'interessato, prima di dare inizio alla serie criminosa, abbia avuto una rappresentazione, almeno sommaria, dei reati che si accingeva a commettere e che detti reati siano stati ispirati ad una finalità unitaria – implica, in effetti, valutazioni tecnico-giuridiche attinenti al fatto, tanto sul piano teorico che su quello operativo, avuto riguardo al materiale probatorio da scrutinare. Dall'altro, la soluzione normativa in discorso comporta l'apertura di una evidente breccia nel principio di intangibilità del giudicato. All'esito del riconoscimento della continuazione (o del concorso formale), il giudice dell'esecuzione si trova, infatti, abilitato a modificare il trattamento sanzionatorio inflitto in sede cognitiva: non solo, e anzitutto, riducendo le pene principali, ma anche, eventualmente, eliminando o riducendo pene accessorie e misure di sicurezza o altri effetti penali della condanna (sono i provvedimenti consequenziali cui si riferisce il comma 3 dell'art. 671 cod. proc. pen.). Lo stesso comma 3 dell'art. 671 riconosce, altresì, espressamente al giudice dell'esecuzione il potere di concedere la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò derivi dal riconoscimento della continuazione (o del concorso formale). L'apprezzamento demandato al giudice dell'esecuzione presenta, dunque, tutte le caratteristiche del giudizio, quali delineate dalla giurisprudenza di questa Corte ai fini dell'identificazione del secondo termine della relazione di incompatibilità costituzionalmente rilevante, espressivo della sede "pregiudicata" dall'effetto di "condizionamento" scaturente dall'avvenuta adozione di una precedente decisione sulla medesima *res iudicanda*».

6. I limiti di operatività del principio di intangibilità del giudicato.

Da quanto esposto è agevole comprendere come alla base della questione dibattuta si ponga la primaria esigenza di comprendere se i dubbi di costituzionalità, sollevati sotto il vigore del codice abrogato, siano oggi superati attraverso la previsione dell'art. 671 del codice di rito, a prescindere dalla interpretazione che si intenda conferire a questa norma o se la stessa necessiti, piuttosto, di una lettura in grado di rendere quanto più indifferente per il reo la fase processuale di accesso (cognitiva o esecutiva) ai benefici sanzionatori ex art. 81 cod. pen.

L'interrogativo implica una definizione del dogma dell'intangibilità alla luce delle ragioni che lo giustificano.

Al riguardo, tanto la giurisprudenza costituzionale quanto quella di legittimità offrono risposte da tempo ormai convergenti.

Le recentissime Sez. U., n. 6296 del 24/11/2016, dep. 2017, Nocerino (che si sono occupate del tema con riferimento ad un diverso profilo problematico) hanno affermato che «[sul]l'intangibilità del giudicato, dogma e punto fermo della teoria generale del processo, la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione va ormai delineando un sistema volto alla tutela dei diritti di libertà e al perseguimento di decisioni giuste non solo perché rispettose della legge, ma perché percepibili come sostanzialmente tali dal comune senso di giustizia. La riconosciuta cedevolezza del giudicato è stata applicata sempre e soltanto in favore del condannato e mai contro, di guisa che l'opzione favorevole alla possibilità di una decisione *in peius* del giudice dell'esecuzione, chiamato a determinare la sanzione del reato-satellite nella situazione data dal ricorso in esame, si appalesa contraria all'attuale fase evolutiva del diritto penale e processuale. È sufficiente al riguardo richiamare Sez. U, n. 4258 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260196, che a sua volta richiama Sez. U, n. 7682 del 21/06/1986, Nicolini, Rv. 173419 e Corte cost. n. 115 del 1987, per ribadire che non solo, in tema di continuazione, la possibilità di non tenere conto del giudicato in punto

di trattamento sanzionatorio è strettamente correlata all'esigenza di salvaguardare il principio del *favor rei*, ma che già, in via generale, è proprio il principio di autorità del giudicato ad essere tendenzialmente ispirato alla medesima esigenza. Sicché sarebbe doppiamente asistematica una interpretazione delle disposizioni che consentono il superamento del giudicato al fine del riconoscimento della continuazione in sede esecutiva verso un approdo tale da facoltizzare l'applicazione di un trattamento sanzionatorio anche solo pro quota più sfavorevole».

7. L'interpretazione costituzionalmente orientata seguita dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite "Gargiulo" hanno dato seguito, lo si è anticipato, all'orientamento più datato.

La soluzione è stata ritenuta la sola in grado di porre il sistema al riparo da dubbi di costituzionalità, non distanti da quelli, nel vigore del codice abrogato, riscontrati dalla Consulta nel 1987, in quanto il rispetto degli artt. 3 e 25 Cost. comporta che la disciplina legale della pena del reato continuato sia quella di cui all'art. 81 cod. pen., tanto nel processo di cognizione che in sede esecutiva.

Al di là di questa prima dirimente considerazione, non convincenti sono stati ritenuti gli argomenti alla base della disattesa tesi antagonista.

Si è osservato che il rapporto di specialità è configurabile, ai sensi dell'art. 15 cod. pen., tra più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale che regolano la stessa materia, con evidente riferimento a fattispecie di diritto sostanziale, e – va aggiunto – tra norme che prevedono per lo stesso fatto una sanzione rispettivamente penale e amministrativa, oppure diverse sanzioni amministrative, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 689 del 1981. Ne discende la difficoltà concettuale di riconoscere un rapporto di quel tipo tra una norma che prevede un istituto penale sostanziale (l'art. 81 cod. pen.) e una norma (l'art. 671 cod. proc. pen.) che ne prevede l'applicazione in una diversa fase processuale, esulandosi dalle ipotesi di specialità appena ricordate.

Né potrebbe ipotizzarsi la *voluntas legis* di regolare diversamente la continuazione in sede, rispettivamente, di cognizione e di esecuzione, ciò non essendo in primo luogo autorizzato dall'esegesi dell'art. 671 citato. Invero la stessa rubrica della norma («Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato») milita a favore della conclusione della volontà del legislatore di trasposizione integrale *in executivis* della disciplina della continuazione dettata dall'art. 81, primo e secondo comma, a fronte della quale è irrilevante il mancato richiamo espresso al limite di pena del triplo di quella relativa alla violazione più grave, essendo tale limite implicito nella previsione della possibilità del condannato – o del pubblico ministero – di chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione di quella disciplina, sempreché non esclusa dal giudice della cognizione: condizione, quest'ultima, che ulteriormente convince che l'istituto è il medesimo, quale che sia il momento, antecedente o successivo al giudicato, della sua applicazione.

Tale approdo non è contraddetto dalla previsione, contenuta nel comma 2 dell'art. 671, del limite imposto al giudice dell'esecuzione di determinare la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con le sentenze irrevocabili.

Invano si pretende, infatti (da parte dei sostenitori della tesi contrapposta) di ravvisare in tale disposizione un'inutile replica dell'art. 81, terzo comma, cod. pen., a fronte, invece, dell'ovvia necessità di adattare la previsione di quest'ultima norma – secondo cui la pena per il reato continuato, elevabile fino al triplo, non può comunque essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti (i quali regolano il cumulo materiale delle pene in caso di concorso di reati) – alle peculiarità della fase esecutiva mediante

la previsione, non identica alla precedente e quindi non superfluamente ripetitiva della stessa, che la misura della pena non può essere superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto.

L'art. 671, comma 2, cit., contiene, dunque, una precisazione niente affatto pleonastica, ma al contrario necessaria al fine di riprodurre in modo conforme (tra cognizione ed esecuzione) la disciplina dell'art. 81 cod. pen. così assicurando la corrispondenza di risultato tra i due momenti processuali in cui può venire in rilievo l'accertamento del medesimo disegno criminoso.

Soltanto a completamento la disciplina prevede la clausola di salvezza dell'ulteriore limite del cumulo materiale (e non giuridico, come indicato in alcune delle decisioni da cui si dissente) che il legislatore, pur in un istituto di favore come innegabilmente è la continuazione, ritiene opportuno ribadire allo scopo di evitare che lì dove la quantificazione della pena per la violazione più grave risulti particolarmente consistente (ad esempio 15 anni) l'istituto del cumulo giuridico con potenziale moltiplicatore del triplo ex art. 81 co.1 (nell'esempio 45 anni, da moderare attraverso la previsione dell'art. 78 cod. pen.) porti al superamento della somma algebrica delle pene inflitte in cognizione, con risultati aberranti e difformi dalla *ratio legis*.

Così come in sede cognizione, una volta riconosciuto il medesimo disegno criminoso, mai potrebbero superarsi i criteri legali di determinazione del cumulo materiale, anche *in executivis* non può – in ogni caso – superarsi il cumulo materiale rappresentato dalla somma delle diverse pene irrogate nei titoli definitivi.

In tal modo, la norma, fissando un limite ulteriore al criterio del cumulo giuridico ex art. 81 comma 1, cit., altro non sarebbe che espressione della connotazione *"pro reo"* che giustifica il principio di intangibilità del giudicato (v. *supra*).

Non contrasta con la tesi sostenuta il richiamo, contenuto nel comma *2-bis* dell'art. 671, alle disposizioni dell'art. 81, quarto comma, che potrebbe *prima facie* risultare superfluo se in sede esecutiva fosse *in toto* applicabile la disciplina *ex* art. 81 cod. pen.

Come si è già osservato, infatti, l'applicazione della disciplina del reato continuato *in executivis* comporta la trasposizione in quest'ultima sede dei primi due commi dell'art. 81 (che prevedono il limite del triplo della pena da infliggere per la violazione più grave), donde l'esigenza di richiamare, a conferma dell'indifferenza della fase processuale di applicazione dell'istituto, la deroga al tetto del triplo – quindi *ex professo* indicato come applicabile anche *in executivis* – quando i reati-satellite siano commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., caso nel quale l'aumento di pena – fermo il solo limite di cui, rispettivamente, al terzo comma dell'art. 81 e al comma 2 dell'art. 671 – non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

Del pari ispirata all'esigenza di adattamento dell'istituto alle caratteristiche proprie dell'esecuzione è la previsione dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen. (secondo cui il giudice dell'esecuzione deve considerare violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave), parallela a quella dell'art. 81, primo e secondo comma, cod. pen., per la quale la violazione con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso della stessa o di diverse violazioni di legge è punita con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave. Infatti, mentre nel processo di cognizione l'individuazione della violazione più grave è affidata alla valutazione discrezionale, per quanto vincolata, del giudice, nella fase esecutiva essa, pur a fronte alla cedevolezza, *pro reo,* del giudicato, incontra il limite della pena più grave già inflitta. Nell'uno come nell'altro caso, quindi, la pena-base è sempre quella per la violazione più grave, rispettivamente da determinare o già determinata.

Passando all'esame dell'ulteriore elemento a sostegno dell'opposto indirizzo di legittimità, vale a dire lo scopo di evitare che, raggiunto il limite del triplo per una determinata fattispecie concreta, si determini l'impunità per ulteriori reati riconducibili, in fase esecutiva, al medesimo disegno criminoso, la Suprema Corte ha osservato che il rischio di sacche di sostanziale impunità è solo apparentemente un problema: «da un lato, perché non è esclusivo dell'applicazione della continuazione in sede esecutiva, ponendosi anche nel caso del riconoscimento della continuazione nel giudizio di cognizione (dove è meno avvertibile solo perché non sempre vengono indicate le pene che sarebbero irrogabili per ciascun reato singolarmente considerato), in particolare laddove i reati-satellite siano numerosi e di una certa gravità; dall'altro, perché il sistema prevede addirittura forme di correttivi per ovviare al pericolo opposto, quello cioè di pene eccessivamente elevate, in contrasto con le finalità di rieducazione e di reinserimento sociale. Ci si riferisce, ad esempio, ai criteri moderatori previsti, rispettivamente, dall'art. 78 cod. pen., inteso al temperamento del principio del cumulo materiale delle pene; dall'art. 66 stesso codice finalizzato a limitare gli aumenti di pena nel caso di concorso di più circostanze aggravanti; o ancora al limite di pena in caso di più circostanze aggravanti tra cui quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ad effetto speciale (art. 63, quarto comma, cod. pen.). Finalità che ispira pure la previsione del limite degli aumenti in caso di conversione delle pene pecuniarie (art. 103 legge n. 689 del 1981)».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della corte di cassazione

Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv. 270073-270074
Sez. 1, n. 2884 del 11/05/1995, Togna, Rv. 201748
Sez. 1, n. 2565 del 08/04/1997, Ruga, Rv. 207702
Sez. 1, n. 1663 del 26/02/1997, Spinelli, Rv. 207692
Sez. 1, n. 5826 del 22/10/1999, dep. 2000, Buonanno, Rv. 214839
Sez. 1, n. 4862 del 06/07/2000, Basile, Rv. 216752
Sez. 1, n. 32277 del 25/02/2003, Mazza, Rv. 225742
Sez. 1, n. 5637 del 14/12/2001, dep. 2002, Iodice M., Rv. 221101
Sez. 1, n. 5959 del 12/12/2001, dep. 2002, Franco M., Rv. 221100
Sez. 3, n. 12850 del 22/01/2003, Leoncini e altri, Rv. 224367
Sez. 1, n. 3367 del 14/01/2003, Mengoni, Rv. 222866
Sez. 1, n. 24823 del 31/03/2005, Tanzii, Rv. 232000
Sez. 1, n. 39306 del 24/09/2008, Cantori, Rv. 241145
Sez. 1, n. 45256 del 27/09/2013, Costantini, Rv. 257722
Sez. 2, n. 22561 del 08/05/2014, Do Rosario Lopez, Rv. 259349
Sez. 1, n. 11859 del 04/07/1980, Ferrini, Rv. 146634
Sez. 2, n. 2416 del 07/10/1986, dep. 1987, Arena, Rv. 175212
Sez. 6, n. 4372 del 28/01/1987, Buccola, Rv. 175612
Sez. 1, n. 12503 del 07/05/1987, Pecchia, Rv. 177200
Sez. 1, n. 4292 del 26/10/1992, La Montagna, Rv. 192399
Sez. 1, n. 4568 del 6/11/1992, Chirico, Rv. 193442
Sez. 1, n. 1737 del 12/04/1991, Zanatta, Rv. 187579
Sez. U, n. 6296 del 24/11/2016, dep. 2017, Nocerino
Sez. U, n. 4258 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260196
Sez. U, n. 7682 del 21/06/1986, Nicolini, Rv. 173419

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 115 del 1987
Corte cost., sent. n. 183 del 2013

CAPITOLO V

VIOLAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA E DIVIETO DI *REFOULEMENT*

(ASSUNTA COCOMELLO)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il limite della violazione dell'art. 3 CEDU in materia di espulsione. – 3. La giurisprudenza in tema di divieto di espulsione dello straniero "pericoloso".

1. Premessa.

Nel corso dell'anno 2017, la Corte di Cassazione ha contribuito, con la sua giurisprudenza, a dare applicazione ai principi contenuti nell'art. 3 CEDU, in tema di tutela dei diritti fondamentali della persona, tracciando percorsi ermeneutici volti a conferire, anche nella giurisdizione, effettività alla tutela ed alla salvaguardia dei diritti suddetti, ampliandone l'ambito di operatività. Nella giurisprudenza della Suprema Corte meritano di essere menzionati, in particolare, due orientamenti: il primo, evolutosi parallelamente alla giurisprudenza convenzionale, in materia di ordinamento penitenziario, con particolare riguardo alle condizioni di detenzione e allo spazio minimo individuale in cella (approfondito al capitolo precedente) ed un secondo orientamento in materia di limiti all'espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

È opportuno sottolineare che i principi affermati dalla Suprema Corte con la suddetta giurisprudenza, costituiscono imprescindibili presupposti di un indirizzo ermeneutico che pone come ineludibile il tema della continua verifica, da parte dello Stato italiano e di ogni sua articolazione, della conformità della disciplina interna ai contenuti delle fonti sovranazionali, essendo necessario privilegiare sempre un'interpretazione delle disposizioni di diritto interno conforme a detti contenuti, posti a tutela dei diritti fondamentali della persona.

2. Il limite della violazione dell'art. 3 CEDU in materia di espulsione.

Nel caso della pronuncia della Sezione Prima, come si dirà meglio nel paragrafo successivo, la Corte fornisce esempio concreto di tale indirizzo ermeneutico, facendo discendere il divieto di procedere alla esecuzione della misura di sicurezza nelle forme dell'espulsione, pur in presenza della pericolosità del soggetto, direttamente dai contenuti delle fonti sovranazionali, che impongono un margine irrinunciabile di protezione dei valori umani fondamentali, avente natura ostativa " *con carattere assoluto e preminente*" anche in relazione alla accertata "*pericolosità sociale*" dello straniero.

Proprio nella delicata materia della interpretazione delle cause di divieto del respingimento, infatti, il *deficit* di chiarezza, di completezza e di continuo aggiornamento della normativa interna, spesso frazionata in più testi di legge non sufficientemente coordinati tra loro, ha comportato nell'ultimo decennio il ricorso da parte della giurisprudenza di legittimità alla diretta attuazione di principi espressi dalle fonti internazionali, con particolare riferimento ai contenuti dell'art.3 della Convenzione Europea del 1950, ove si afferma che nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti e al successivo art. 15 che sancisce l'inderogabilità di tale diritto. Esempi tangibili di tale fondamentale ruolo della giurisprudenza di legittimità si rinvengono, ad esempio, proprio nella materia delle condizioni ostative all'espulsione, in relazione alla interpretazione della di-

sposizione contenuta nell'art. 86 del d.P.R. n. 309 del 1990 – norma che prevede l'espulsione a titolo di misura di sicurezza, una volta espiata la pena, per lo straniero condannato per uno dei reati previsti dagli articoli 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3 – che è tutt'oggi priva di ogni riferimento espresso alle cause ostative all'espulsione volte a tutelare i diritti fondamentali, riconosciuto a livello sovranazionale. Solo una corretta esegesi del dato positivo da parte della giurisprudenza di legittimità, ha reso possibile, fino ad oggi, l'applicazione a queste espulsioni della previsione ostativa di cui all'art. 19 d.lgs. 286/1998, che fino all'intervento di riforma del 2017, vietava genericamente l'espulsione o il respingimento dello straniero che nel Paese di destinazione avrebbe potuto *essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali* tutte situazioni che normalmente costituiscono i presupposti del riconoscimento dello *status* di rifugiato (Sez. 6, n. 3516 del 12/1/2012, Farid Nn, Rv. 251580; Sez. 4, n. 50379 del 25/11/2014, Xaferri, Rv. 261378).

3. La giurisprudenza in tema di divieto di espulsione dello straniero "pericoloso".

L'esempio più recente di tale indirizzo ermeneutico è la pronuncia di Sez. 1, n. 51584, del 18/5/2017, Lucky Haruna, che ha affermato che il divieto di *refoulement* si estende anche allo straniero "pericoloso"che si trovi nelle condizioni di essere ammesso alla protezione straordinaria, giungendo a tale conclusione tramite la parziale disapplicazione del testo letterale dell'art. 20 del d.lgs. n. 251 del 2007, nella parte in cui lo stesso si pone in palese violazione dell'art. 19,comma2 della Carta di Nizza e dell'art. 3 Conv. Edu., ed una interpretazione dello stesso conforme, invece, ai suddetti principi.

È opportuno, anche al fine di meglio comprendere, l'*iter* argomentativo della giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione in tema, fare qualche breve cenno alle condizione giuridica della c.d. *protezione sussidiaria*, affine ma diversa rispetto a quella dello *status* di rifugiato. Il d.lgs. 19/11/2007, n. 251, di recepimento della direttiva 2004/83/CE, che ha inserito anche nel nostro ordinamento l'istituto della protezione sussidiaria, all'art. 2 lett. g, stabilisce che per "persona ammissibile alla protezione sussidiaria" si intende il cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dal presente decreto e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese. Il suddetto decreto, è stato poi modificato dal d.lgs. 21/2/2014, n.18, in attuazione della direttiva 2011/95/UE (che ha disposto l'inserimento, all'art. 20, del richiamo "*ed in conformità degli obblighi internazionali ratificati dall'Italia*,"), ma, solo con la legge n. 110 del 14.07.2017, il legislatore italiano, in tema di condizioni ostative all'espulsione, ha introdotto lo specifico riferimento al rischio di sottoposizione a "tortura" (da valutarsi tenuto conto anche di "violazioni sistematiche e gravi di diritti umani"), situazione tipicamente rientrante nei casi di protezione sussidiaria. Già prima dell'intervento del legislatore, tuttavia, la Corte di cassazione, come già accaduto in relazione ad altre tematiche di rilievo, con la sua attività di interpretazione del diritto interno in conformità, era giunta ad analoghe conclusioni, in particolare nell'anno in corso con la citata pronuncia Sez. 1, 18/5/2017, n. 51584.

In tema di misura di sicurezza dell'espulsione, la Corte di cassazione è di recente intervenuta con la pronuncia Sez. 1, 18/5/2017, n. 51584, Lucky Haruna, affermando l'ineseguibilità dell'espulsione o comunque del trasferimento forzoso dello straniero dal territorio dello Stato verso il Paese di origine qualora sussista serio rischio che ivi sia sottoposto alla

pena di morte o a trattamenti inumani o degradanti, a prescindere dalla valutazione relativa alla gravità del reato ed alla pericolosità del soggetto. Già in passato la giurisprudenza di legittimità con la sentenza Sez. 6, 28/04/2010, n. 20514 Arman Ahmed, Rv. 247347, aveva affermato che, allorché la Corte europea ha stabilito che l'esecuzione di provvedimenti di espulsione o comunque di trasferimento forzoso verso un determinato Paese (nella specie, la Tunisia), integri la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, in considerazione del rischio di attuazione di pene o trattamenti inumani o degradanti, è compito di ogni organo giurisdizionale nazionale, competente a deliberare decisioni che comportano trasferimenti di persone verso quel Paese, individuare ed adottare, in caso di ritenuta pericolosità della persona, un'appropriata misura di sicurezza, diversa dall'espulsione, e ciò fino a quando non sopravvengano fatti innovativi idonei a mutare la suddetta situazione di allarme. La pronuncia della Sezione Prima, che si pone in linea di continuità con i suddetti principi, preliminarmente, afferma il dovere del giudice della misura di sicurezza- investito, seppur in via incidentale, dell'accertamento della particolare condizione soggettiva per l'accesso alla c.d. protezione sussidiaria, quale possibile causa ostativa all'esecuzione dell'espulsione- di procedere, senza alcun limite di apprezzamento, alla verifica della condizione giuridica medesima, anche se questa è attribuita alla competenza di altra autorità, precisando altresì che il fatto che il soggetto sia in astratto legittimato a chiedere, in via ordinaria, l'accertamento della sussistenza dei requisiti per l'ottenimento della protezione sussidiaria, non incide né sull'ammissibilità della medesima domanda al giudice di Sorveglianza né, tantomeno, sul dovere di quest'ultimo di esaminarla. A sostegno delle suddette conclusioni il Collegio ricorda la pregressa giurisprudenza della Corte di cassazione sul punto (Sez. 1, n. 41368 del 14/10/2009, Baddadi Ramzi, Rv. 245064; Sez. 1, n. 2239 del 17/12/2004, Bouffenech, Rv. 230546; Sez. 1, n. 39764 del 13/10/2005, Uyi Omozusi, Rv. 232685) e adduce il disposto dell'art. 2 cod. proc. pen, il quale, imponendo al giudice di risolvere ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito, testimonia l'inesistenza di un qualsivoglia limite all'apprezzamento incidentale della sussistenza di una causa ostativa all'eseguibilità della misura di sicurezza, non attenendo il riconoscimento della protezione sussidiaria a quelle tematiche (quali lo stato di famiglia o la cittadinanza) cui l'art. 3 c.p.p. riserva la decisione al giudice civile.

La sentenza pertanto, nel ritenere l'illegittimità del diniego opposto in sede di merito alla delibazione dell'accertamento della del ricorrente condizione di avente diritto alla c.d. protezione sussidiaria, coglie l'occasione per approfondire il rapporto che intercorre tra la misura di sicurezza dell'espulsione (nel caso di specie disposta ai sensi dell'art. 86 del d.P.R. n. 309 del 1990, che prevede l'espulsione dallo Stato, una volta espiata la pena, per lo straniero condannato per uno dei reati previsti dagli articoli 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3) e la suddetta condizione di soggetto avente diritto – in ipotesi – alla protezione sussidiaria o che, in ogni caso, esponga l'esistenza di uno dei rischi che caratterizzano tale condizione (nel caso di specie il rischio di essere destinatario di condanna alla pena di morte).

In merito la Corte evidenzia che la previsione del divieto di respingimento ex art. 19, comma 2 della Carta dei diritti fondamentali (che al momento della decisione in esame non conteneva riferimento alcuno alle condizioni legittimanti l'accesso alla protezione sussidiaria ma solo quelle relative allo status di rifugiato), è espresso in maniera assoluta e senza alcun riferimento a deroghe, identifica la condizione ostativa al refoulement proprio in alcune delle ragioni che legittimano l'ammissione alla protezione sussidiaria, quali il rischio serio di sottoposizione alla pena di morte, tortura o altri trattamenti inumani e degradanti, e che, pertanto, tale disposizione racchiude un "*margine irrinunziabile di protezione*" — di quei valori tutelati dalla Carta ossia il rifiuto della pena di morte, della

tortura e di ogni trattamento degradante nei confronti del soggetto ristretto) che si esplica, con carattere assoluto e preminente, tramite il divieto di respingimento anche in caso di constatata pericolosità sociale del destinatario (previa verifica in concreto della serietà del rischio paventato dal ricorrente). Per quanto concerne la normativa interna in materia, la Corte rileva come la disposizione contenuta nell'art. 20 del d.lgs. n. 251 del 2007 pone seri dubbi interpretativi dal momento che, pur richiamando nell'*incipit* sia l'art. 19 T.U. imm. che gli *obblighi internazionali ratificati dall'Italia* enuncia specificamente due eccezioni al divieto di espulsione, stabilendo in particolare che "*il rifugiato o lo straniero ammesso alla protezione sussidiaria è espulso quando: a) sussistono motivi per ritenere che rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato; b) rappresenta un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per un reato per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni"*. L'Interpretazione letterale del suddetto articolo sembrerebbe dare prevalenza ai motivi di sicurezza interna dello Stato, legittimando per tali motivi il respingimento anche quando il soggetto da respingere corra "serio rischio" di essere sottoposto nel paese di destinazione a pena capitale o a trattamenti inumani e degradanti e ciò in aperta violazione di quanto stabilito dall'art. 19 co. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 3 della CEDU, circostanza che rende il testo della disposizione, in tale parte, disapplicabile. Proprio tale condizione di contrasto con la disciplina internazionale rende indispensabile, rammenta la Corte, una corretta interpretazione del richiamo operato dallo stesso art. 20 agli "*obblighi internazionali ratificati dall'Italia*". Il legislatore italiano, infatti, pur richiamandosi a tali obblighi, ha espressamente indicato quale destinatario delle deroghe al divieto di espulsione contenute nell'art. 20 lo straniero "*ammesso alla protezione sussidiaria*" dando origine a una "*grave incoerenza*" di fondo, dal momento che la condizione di soggetto ammissibile alla protezione sussidiaria ricade ampiamente – secondo la lettura della Corte – nell'area inderogabilmente protetta dal principio del *non refoulement* (ribadito, si è visto, sia dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che dall'art. 3 della CEDU).

La Corte, pertanto, al fine di evitare tale "grave incoerenza", lascia aperta come unica via percorribile quella di un'interpretazione dell'art. 20 d.lgs. 251/2007 che tenga appunto in ampia considerazione il richiamo al rispetto degli *"obblighi internazionali ratificati dall'Italia,* tra questi,senza dubbio, rientra il divieto di procedere all'espulsione del soggetto che si trovi nella condizione di cui all'art. 19 co. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, malgrado la sua perdurante pericolosità per la sicurezza dello Stato. Dalle suddette considerazioni pertanto la sentenza in esame fa discendere che *la disposizione di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 251 del 2007 in tema di protezione dall'espulsione, nella parte in cui consente di procedere al respingimento per motivi di ordine e sicurezza interni non è applicabile alle ipotesi in cui il soggetto istante corra, ove ricondotto nel paese di origine, serio rischio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti*".

La sentenza, infine, in relazione al recente intervento legislativo con d.l. 17/7/2017, n. 13, convertito in legge 13/4/2017 n. 46, sopravvenuto nel corso della decisione, che provvede ad inserire il tema della protezione sussidiaria quale condizione ostativa alle diverse ipotesi di espulsione, evoca, tuttavia, solo la tortura, in una con le sistematiche e gravi violazioni dei diritti umani, e non contiene, invece, alcun riferimento espresso né al rischio di sottoposizione alla pena di morte, né a quello di trattamenti contrari al senso di umanità, aspetti che andrebbero ricompresi, in conformità dei principi sovranazionali, nel divieto assoluto di respingimento.

Va infine fatto cenno ad un altro principio enucleabile dalla sentenza della Prima Sezione che ha rilevato l'illegittimità del diniego alla riesame della misura di sicurezza da parte del Giudice della sorveglianza, in ragione della *"non prossimità del fine pena"*. Sul punto il Collegio – ricordando la giurisprudenza che si è, più volte, espressa a favore della rivedibilità, dietro richiesta della parte, della misura di sicurezza in fase di espiazione della pena (Sez. 1, n. 46986 del 29.11.2007, Ragi, Rv. 238317; Sez. 1, n. 46938 del 17/11/2014, Savoca, Rv. 230192) nonché sulla possibilità di adottare il provvedimento di revoca anticipata di una misura istantane, quale l'espulsione dal territorio dello Stato, anche in fase di espiazione della pena – chiarisce che, sebbene la misura di sicurezza sia rivedibile sotto il profilo della persistenza della pericolosità solo quando è trascorso un minimo lasso temporale tra il momento della definitività del titolo e quello della richiesta di rivalutazione, da tale circostanza non è in alcun modo possibile dedurre una "regola" di necessaria prossimità della domanda al fine pena.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 1, n. 2239 del 17/12/2004, Bouffenech, Rv. 230546
Sez. 1, n. 39764 del 13/10/2005, Uyi Omozusi, Rv. 232685
Sez. 1, n. 46986 del 29/11/2007, Santoro, Rv. 238317
Sez. 1, n. 41368 del 14/10/2009, Baddadi Ramzi, Rv. 245064
Sez. 6, n. 20514 del 28/4/2010, Arman Ahmed, Rv. 247347
Sez. 6, n. 3516 del 12/1/2012, Farid Nn., Rv. 251580
Sez. 1, n. 46938 del 17/11/2014, Savoca, Rv. 230192
Sez. 4, n. 50379 del 25/11/2014, Xhaferri, Rv. 261378
Sez. 1, n. 49242 del 18/5/2017, Lucky Haruna

SEZIONE VII

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE

CAPITOLO I

LA GIURISPRUDENZA SUL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

(Andrea Venegoni)

SOMMARIO: 1. Sindacato dell'autorità giudiziaria italiana. – 2. Motivi di rifiuto: assenza di limiti massimi di carcerazione preventiva. – 2.1. Condanna "in absentia". – 2.2. Trattamento inumano e degradante. – 2.3. Doppia punibilità. – 3. Motivi di rinvio. – 4. M.a.e. nei confronti di cittadino italiano o residente in Italia. – 5. Questioni procedurali. – 6. Principio di specialità.

1. Sindacato dall'autorità giudiziaria italiana.

Il m.a.e. si basa, come noto, sul principio del mutuo riconoscimento, uno dei cardini della normativa dell'Unione in tema di cooperazione giudiziaria che, fino al Trattato di Lisbona, rappresentava il c.d. Terzo Pilastro dell'Unione, in particolare dopo i Trattati di Amsterdam (1997) e Nizza (2001). Oggi il mutuo riconoscimento continua ad essere il principio fondamentale in tema di cooperazione giudiziaria, ma è mutato il quadro istituzionale dell'Unione, non esistendo più la distinzione in diversi Pilastri – che si traduceva anche in una differenza nelle procedure legislative – ma, piuttosto, un quadro istituzionale tendente alla maggiore uniformità.

Tale principio presuppone la fiducia reciproca tra gli Stati, e comporta che il provvedimento di cui viene chiesta l'esecuzione non debba essere sottoposto ad un sindacato particolarmente pregnante nel merito da parte delle autorità dello Stato richiesto, salvi i casi di rifiuto. La legge italiana, in realtà, sembra richiedere qualche valutazione ulteriore laddove subordina la concessione di misure cautelari alla sussistenza dei requisiti previsti dal codice di procedura penale nazionale, fatta eccezione per gli articoli 273, commi 1 e 1-*bis*, 274, comma 1, lettere a) e c), e 280, (art. 9 comma 5 legge 69 del 2005), e laddove subordina la consegna finale alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza (art. 17 comma 4 legge 69 del 2005). La giurisprudenza compie quindi un'opera di chiarimento all'interno del perimetro normativo sui limiti del sindacato dall'autorità giudiziaria italiana per l'esecuzione di un m.a.e.

Così, Sez. 6, n. 28281 del 6/06/2017, Mazza, Rv. 270415, ha ritenuto che l'autorità giudiziaria italiana, ai fini della riconoscibilità del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza, deve limitarsi a verificare che il mandato sia, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa, fondato su un compendio indiziario che l'autorità giudiziaria emittente abbia ritenuto seriamente riferibile ad un fatto-reato attribuibile alla persona di cui si chiede la consegna, e che di ciò abbia fornito ragioni nel provvedimento adottato.

Sez. 6, n. 23695 del 11/05/2017, Timbau, Rv. 269980 ha ritenuto che, quando la richiesta di consegna sia fondata su di una sentenza definitiva di condanna, non è necessario che questa contenga l'attestazione di irrevocabilità, essendo sufficiente che nel mandato se ne dia conto, come si evince dall'art. 6, comma primo, lett. c) l. 22 aprile 2005 n. 69.

Ai fini dell'adozione di misure cautelari, Sez. 6, n. 29815 del 31/05/2017, Gregorio, Rv. 270641 ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 9 della legge 22 aprile 2005, n. 69, le informazioni necessarie per l'adozione di misure cautelari personali devono essere funzionali alla verifica non della fondatezza della provvisoria contestazione mossa al ricercato dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, ma della sussistenza "prima face" di cause ostative alla consegna all'estero.

2. Motivi di rifiuto: assenza di limiti massimi di carcerazione preventiva.

La legge 22 aprile 2005, n. 69, che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo, ha previsto tra i motivi di rifiuto da parte dell'A.G. italiana di esecuzione della richiesta, quindi nelle procedure "passive", il fatto che la legislazione dello Stato membro di emissione non preveda limiti massimi della carcerazione preventiva. Tuttavia Sez. 6, n. 34439 del 11/07/2017, Ovieroba, Rv. 270761 ha ritenuto che si debba escludere che ricorra tale ipotesi di rifiuto (prevista dall'art. 18, lett. e) legge 22 aprile 2005, n. 69) in relazione ad un mandato di arresto emesso dall'autorità giudiziaria del Lussemburgo, poiché l'ordinamento processuale di quest'ultimo, pur non contemplando limiti di durata massima della carcerazione preventiva, prevede che spetti al giudice istruttore «in ogni momento» il controllo sulla protrazione della sua durata, attribuendo altresì alle parti coinvolte la possibilità di ottenere una obbligatoria valutazione sulla permanenza delle condizioni legittimanti la custodia cautelare.

2.1. Condanna "in absentia".

Sez. 6, n. 22249 del 3/05/2017, Bernard Pascale, Rv. 269919 ha ritenuto che, in presenza di un mandato d'arresto europeo emesso per l'esecuzione di una decisione pronunciata "in absentia", non è configurabile il motivo di rifiuto di cui all'art. 18, lett. g), della legge 22 aprile 2005, n. 69, allorchè nel m.a.e. si dia atto, ai sensi dell'art. 19, comma primo, lett. a), n. 4, della legge citata, come modificato dall'art. 2, D.lgs. 15 febbraio 2016 n. 31, che l'interessato non ha ricevuto la notifica della decisione, ma la riceverà dopo la consegna con la possibilità di chiedere entro un termine, nella specie di 15 giorni, un nuovo giudizio. La Corte ha anche precisato che tale condizione di legge non deve essere esplicitata nel dispositivo in quanto non opera "ab extrinseco", ma costituisce un presupposto del provvedimento di consegna.

Sulla medesima linea si pone anche Sez. 6, n. 22250 del 3/05/2017, Camusso, Rv. 270061.

2.2. Trattamento inumano e degradante.

Il tema del rifiuto di esecuzione del m.a.e. per il timore che l'interessato sia sottoposto, nello Stato richiedente, a trattamenti inumani e degradanti ha continuato ad essere al centro dell'attenzione anche nel 2017, proponendosi come uno dei temi più spinosi in materia, anche perché, come è stato notato, può esporre uno Stato dell'Unione Europea – la quale dovrebbe rappresentare anche uno spazio di civiltà nel trattamento dei detenuti – ad un giudizio, proveniente da altro Stato dell'Unione, sul proprio sistema carcerario o di esecuzione della pena, e quindi ad un giudizio che, direttamente o indirettamente, potrebbe andare a colpire uno degli aspetti di manifestazione esteriore della sovranità statuale. Inoltre, l'argomento potrebbe apparire in contrasto con il principio del mutuo riconoscimento, e cioè la fiducia reciproca che gli Stati si sono concessi creando il sistema basato sul m.a.e. La materia è, per questo, estremamente delicata ed è stata oggetto di attenzione anche da parte della Corte di Giustizia dell'Unione, la quale, peraltro, ha ritenuto il divieto di pene o

trattamenti inumani come facente parte di quelli fondamentali dell'Unione, anche prevalente, se necessario, su quello del mutuo riconoscimento (si vedano, tra le altre, le sentenze 5 aprile 2016 nel caso C-404/15, Aaranyosi, e C-659/15, Caldararu).

Così, Sez. 6, n. 22249 del 3/05/2017, Bernard Pascale, Rv. 269920 relativa ad un mandato di arresto europeo c.d. esecutivo, emesso dall'Autorità Giudiziaria belga, ha affermato che la condizione di rischio connessa a problemi di tipo strutturale che possono tradursi nella sottoposizione dei detenuti a trattamenti inumani o degradanti, evidenziata dalla sentenza Vasilescu c. Belgio del 25/11/2014 della Corte europea dei diritti dell'uomo, impone all'autorità giudiziaria richiesta della consegna di verificare in concreto la sussistenza di tale rischio, correlata alla condizione degli istituti carcerari dello Stato di emissione, attraverso la richiesta di informazioni individualizzate allo Stato richiedente relative al tipo di trattamento carcerario cui sarebbe, specificamente, sottoposto il soggetto interessato.

Partendo dallo stesso principio, Sez. 2, n. 3679 del 24/01/2017, Ilie, Rv. 269211, ha concluso nel senso che, ove il tenore di dette informazioni escluda siffatto rischio, lo Stato richiesto deve limitarsi, in conformità ai principi del mutuo riconoscimento, a prendere atto delle stesse e procedere alla consegna, senza poter pretendere garanzie di sorta sul rispetto delle condizioni di detenzione.

Sez. 6, n. 5472 del 1/02/2017, Mihai, Rv. 269008 ha, comunque, ritenuto che non sussiste il "serio pericolo" che la persona ricercata venga sottoposta a trattamenti inumani o degradanti qualora dal paese richiedente venga garantito al detenuto uno spazio non inferiore a tre metri quadrati in regime chiuso, ovvero uno spazio inferiore in presenza di circostanze che consentano di beneficiare di maggiore libertà di movimento durante il giorno, rendendo possibile il libero accesso alla luce naturale ed all'aria, in modo da compensare l'insufficiente assegnazione di spazio.

Secondo Sez. 6, n. 7489 del 15/02/2017, Yassir Farag Abdo, Rv. 269110 le ragioni che inducono a ritenere che la consegna metterebbe in pericolo la vita o la salute del consegnando non sono annoverate dall'art. 18 della legge n. 69 del 2005 tra le cause di rifiuto della consegna, ma attengono alla fase esecutiva della stessa e possono essere fatte valere mediante istanza alla Corte d'Appello, ai sensi dell'art. 23, comma terzo, della medesima legge, in quanto costituiscono una condizione personale soggetta a modificazione, anche repentina, nel corso del tempo e, pertanto, non utilmente rappresentabile nelle fasi procedimentali anteriori all'esecuzione del provvedimento di consegna.

2.3. Doppia punibilità.

È noto che la legge italiana ha introdotto tra i motivi di rifiuto generalizzato per la consegna il requisito della doppia punibilità, per quanto il principio fondante della decisione quadro dell'Unione, e cioè quello già ricordato sopra del mutuo riconoscimento, tendesse a superare proprio l'impostazione basata sulla doppia incriminazione, rendendola non necessaria per una serie di reati elencati nel testo normativo (art. 2 comma 2 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (2002/584/GAI).

In ogni caso, ai fini di tale valutazione, richiesta nella normativa italiana dall'art. 7, comma primo, della l. 22 aprile 2005, n. 69, Sez. 6, n. 27483 del 29/05/2017, Majkowska, Rv. 270405 ha ritenuto che, per ritenere sussistente tale requisito, non è necessario che lo schema astratto della norma incriminatrice dell'ordinamento straniero trovi il suo esatto corrispondente in una norma dell'ordinamento italiano, ma é sufficiente che la concreta fattispecie sia punibile come reato in entrambi gli ordinamenti, a nulla rilevando l'eventuale

diversità, oltre che del trattamento sanzionatorio, anche del titolo e di tutti gli elementi richiesti per la configurazione del reato. Nella specie, si trattava di un m.a.e. emesso dall'Autorità Giudiziaria polacca in relazione ad una condanna per il reato di omicidio colposo stradale aggravato, in cui in cui la S.C. ha ritenuto equiparabili i reati contemplati dalla legge italiana di guida in stato di ebbrezza, lesioni personali colpose e omicidio stradale punito dall'art. 589-*bis* cod. pen., introdotto successivamente alla richiesta di consegna, ma in cui il fatto era già previsto come reato dall'art. 589, comma secondo, cod. pen., vigente al momento della commissione dei fatti.

Lo stesso principio è stato affermato anche da Sez. 6, n. 22249 del 3/05/2017, Bernard Pascale, Rv. 269918 a proposito di un m.a.e. emesso dall'Autorità Giudiziaria belga in relazione ad una condanna per i reati di falso, uso di atti falsi, truffa e abuso di fiducia, in cui la Corte ha ritenuto infondato il motivo di ricorso relativo all'assenza del requisito della doppia incriminazione rilevando che, a prescindere dalla diversa qualificazione giuridica, le condotte concretamente ascritte al ricorrente integravano gli estremi della truffa e, dunque, non erano esenti da pena secondo la legge nazionale.

3. Motivi di rinvio.

La legge italiana prevede anche la possibilità di rinviare la consegna della persona, in presenza di determinate condizioni. Una di queste, prevista dall'art. 20 della L. n. 69 del 2005, è che la persona da consegnare debba essere allo stesso tempo sottoposta in Italia ad altro procedimento penale per un reato diverso da quello oggetto del m.a.e.

Al riguardo, Sez. 6, n. 26877 del 25/05/2017, P.G. in proc. Alexe, Rv. 270164 ha ritenuto che la facoltà riconosciuta alla Corte d'appello di rinviare la consegna in presenza della suddetta situazione implica una valutazione di opportunità che deve tener conto non solo dei criteri desumibili dall'art. 20 L. n. 69 del 2005 (ossia, la gravità dei reati e la loro data di consumazione), ma anche di altri parametri, quali, ad esempio, lo stato di restrizione della libertà, la complessità dei procedimenti, la fase o il grado in cui essi si trovano, l'eventuale definizione con sentenza passata in giudicato, l'entità della pena da scontare e le prevedibili modalità della sua esecuzione. Nella specie, relativa ad un m.a.e. processuale trasmesso dalle autorità romene, la S.C. ha, così, annullato la decisione della Corte d'appello che aveva disposto il rinvio della consegna sulla sola base delle esigenze processuali interne, omettendo ogni valutazione comparativa con quelle dello Stato richiedente.

4. M.a.e. nei confronti di cittadino italiano o residente in Italia.

La decisione quadro non contiene alcuna distinzione di trattamento per il fatto che la persona da consegnare sia cittadino dello Stato richiesto della consegna. La nazionalità non può, quindi, essere motivo di rifiuto.

Tuttavia, la legge nazionale prevede alcune garanzie particolari che possono essere imposte dall'Italia in caso di consegna di un proprio cittadino o di persona qui residente.

Così, Sez. 6, n. 8464 del 16/02/2017, Sgobba, Rv. 268946 ha ritenuto, in un caso di mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria estera per l'esecuzione di una sentenza contumaciale di condanna riguardante un cittadino italiano, che la corte di appello è tenuta a verificare – ai fini della consegna dell'interessato ex art. 19, lett. c, l. n. 69 del 2005 – se sussista un reale interesse di quest'ultimo ad impugnare la pronuncia di condanna "in absentia", altrimenti dovendo disporre la diretta esecuzione della pena in Italia.

5. Questioni procedurali.

Nella procedura "passiva", Sez. 6, n. 24301 del 9/05/2017, U., Rv. 270377, ha ritenuto, in linea con un orientamento costante anche di altre decisioni, che l'omesso avviso alla persona della quale è chiesta la consegna della facoltà di nominare un difensore nello Stato che ha emesso il mandato, concernendo l'assistenza dell'arrestato, determina una nullità generale a regime intermedio che deve essere eccepita non oltre l'udienza di convalida dell'arresto.

Invece, Sez. 6, n. 17592 del 5/04/2017, Bulai, Rv. 269879 ha ritenuto che l'inosservanza da parte della polizia giudiziaria, incaricata dell'esecuzione dell'ordinanza applicativa della misura coercitiva emessa dalla corte di appello, del dovere di informare l'arrestato o il fermato della facoltà di nominare un difensore nello Stato richiedente, ai sensi dell'art. 9, comma 5-bis, l. 22 aprile 2005, n. 69, introdotto dall'art. 4, comma primo, lett. h), d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184, non determina alcuna invalidità o inefficacia dell'atto di arresto nè della sentenza che dispone la consegna dell'interessato.

Peraltro, Sez. 2, n. 15099 del 28/02/2017, Kurtic, Rv. 269862 ha ritenuto che la nomina del difensore di fiducia fatta dall'indagato nel procedimento relativo all'esecuzione del mandato di arresto europeo non dispieghi effetto nel procedimento principale.

Sez. 6, n. 19025 del 5/04/2017, Jabri, Rv. 269838 si è occupata del problema della omessa trasmissione della traduzione in lingua italiana del mandato di arresto europeo, prescritta dall'art. 6, comma settimo, l. 22 aprile 2005 n. 69 in funzione della pronuncia finale sulla richiesta di consegna, stabilendo che tale mancanza non determina l'illegittimità per violazione del diritto di difesa dell'ordinanza di custodia cautelare, emessa successivamente alla convalida dell'arresto ai sensi degli artt. 9 e 13, comma secondo, della medesima legge, in quanto è sufficiente che l'interessato sia stato informato, in una lingua a lui comprensibile, del mandato emesso nei suo confronti e del suo contenuto dall'ufficiale di polizia giudiziaria che ha proceduto all'arresto.

In merito alla perdita di efficacia della misura, Sez. 1, n. 1449 del 22/09/2016, (dep. 2017), P.M. in proc. Mazzarella, Rv. 269267 ha statuito che la disposizione di cui all'art. 31 l. 22 aprile 2005 n. 69, secondo cui il m.a.e. perde efficacia quando il provvedimento restrittivo sulla base del quale è stato emesso è revocato o annullato ovvero divenuto inefficace", si riferisce all'ipotesi in cui il m.a.e. non abbia ancora esaurito la propria funzione, cioè quando non sia ancora avvenuta la consegna della persona richiesta; ne consegue che non è necessario l'avvio della procedura di consegna suppletiva, ai sensi degli artt. 32 e 26 della legge sopra citata, nel caso in cui la misura coercitiva, eseguita ad esito della positiva definizione della procedura di consegna ma successivamente divenuta inefficace per motivi formali, venga rinnovata con nuovo provvedimento restrittivo avente ad oggetto gli stessi reati del precedente m.a.e.

In tema di prescrizione della pena, l'arresto del condannato in esecuzione di un mandato di arresto europeo determina l'inizio dell'esecuzione della pena e la decorrenza ex novo del termine di prescrizione decennale previsto dall'art. 172, comma primo, cod. pen., a nulla rilevando la successiva decisione dell'autorità estera (nella specie quella tedesca) di non estradare il condannato e revocare il m.a.e., in quanto tale determinazione attiene al rapporto di collaborazione interstatuale ma non incide su quello tra il condannato e lo Stato italiano (Sez. 1, n. 3883 del 5/05/2016, dep. 2017, S., Rv. 268923).

Infine, una interessante questione, la cui decisione è stata depositata nell'anno in corso, e su cui sono intervenute le Sezioni Unite, ha riguardato l'ambito del rimedio del ricorso straordinario per errore di fatto. La questione non riguardava specificamente il mandato di

arresto europeo; tuttavia la Corte, sul presupposto che la misura deve riguardare un soggetto "condannato", e quindi non è proponibile nei confronti delle decisioni della Corte di cassazione che intervengono "ante iudicatum", ha fatto riferimento, a titolo esemplificativo, anche alle decisioni processuali in materia di estradizione o di mandato di arresto europeo, come casi in cui il rimedio non è applicabile (Sez. U, n. 13199 del 21/07/2016, dep. 2017, Nunziata, Rv. 269790).

6. Principio di specialità.

Delicato è anche il tema del principio di specialità, attinente alla possibilità o meno si sottoporre l'imputato, nello Stato richiedente, a procedimenti diversi da quelli per cui è avvenuta la consegna.

Sez. 1, n. 4457 del 17/01/2017, Wahid, Rv. 269189 ha affermato che il principio di specialità previsto dall'art. 32 della l. 22 aprile 2005, n. 69, non osta a che l'autorità giudiziaria italiana proceda nei confronti della persona consegnata per fatti anteriori e diversi da quelli per i quali il mandato è stato emesso, purché essa non sia privata della libertà personale, dovendo in questo caso richiedersi l'assenso dello Stato estero; ne consegue che in sede di esecuzione è consentito al giudice disporre la revoca della sospensione condizionale della pena in relazione a condanne per fatti anteriori e diversi da quelli per i quali la consegna è stata concessa, ma non è, invece, legittimo il susseguente ordine di carcerazione.

In maniera non difforme Sez. 2, n. 14738 del 19/01/2017, Cascarino, Rv. 269430 secondo cui, in tema di mandato di arresto europeo, ai sensi dell'art. 32 della legge n. 69 del 2005 vige un principio di specialità "attenuata", per il quale la persona consegnata può essere legittimamente sottoposta a procedimento penale per "fatti anteriori e diversi" a condizione che non sia privata della libertà personale durante o in conseguenza di tale procedimento.

Il problema è ancora più complesso quando si tratti di reati commessi anche anteriormente alla data di entrata in vigore della decisione quadro sul m.a.e. perché nella specie si pone il problema di stabilire a che titolo l'imputato è stato consegnato al Paese richiedente, e cioè se in base al m.a.e. o alla precedente procedura estradizionale. Tuttavia tali questioni, secondo Sez. 6, n. 27098 del 30/03/2017, Santafede, Rv. 270402 sono deducibili soltanto davanti allo Stato richiesto e non davanti alle autorità dello Stato richiedente.

La stessa sentenza, Sez. 6, n. 27098 del 30/03/2017, Santafede, Rv. 270401 ha precisato che la disciplina transitoria dettata dall'art. 40 della legge 22 aprile 2005, n. 69, che delimita l'ambito di applicazione delle disposizioni del testo legislativo di attuazione nell'ordinamento italiano della decisione quadro 2002/584/GAI facendo riferimento alle richieste di esecuzione di provvedimenti emessi e ricevuti dopo la data della sua entrata in vigore, ha riguardo alle sole procedure passive di consegna.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 3883 del 5/05/2016, dep. 2017, S., Rv. 268923
Sez. U, n. 13199 del 21/07/2016, dep. 2017, Nunziata, Rv. 269790
Sez. 1, n. 1449 del 22/09/2016, dep. 2017, P.M. in proc. Mazzarella, Rv. 269267
Sez. 1, n. 4457 del 17/01/2017, Wahid, Rv. 269189
Sez. 2, n. 14738 del 19/01/2017, Cascarino, Rv. 269430
Sez. 2, n. 3679 del 24/01/2017, Ilie, Rv. 269211
Sez. 6, n. 5472 del 1/02/2017, Mihai, Rv. 269008
Sez. 2, n. 15099 del 28/02/2017, Kurtic, Rv. 269862
Sez. 6, n. 7489 del 15/02/2017, Yassir Farag Abdo, Rv. 269110
Sez. 6, n. 8464 del 16/02/2017, Sgobba, Rv. 268946
Sez. 6, n. 27098 del 30/03/2017, Santafede, Rv. 270401-270402
Sez. 6, n. 17592 del 5/04/2017, Bulai, Rv. 269879
Sez. 6, n. 19025 del 5/04/2017, Jabri, Rv. 269838
Sez. 6, n. 22249 del 3/05/2017, Bernard Pascale, Rv. 269918-269919-269920
Sez. 6, n. 22250 del 3/05/2017, Camusso, Rv. 270061
Sez. 6, n. 24301 del 9/05/2017, U., Rv. 270377
Sez. 6, n. 23695 del 11/05/2017, Timbau, Rv. 269980
Sez. 6, n. 29815 del 31/05/2017, Gregorio, Rv. 270641
Sez. 6, n. 28281 del 6/06/2017, Mazza, Rv. 270415
Sez. 6, n. 27483 del 29/05/2017, Majkowska, Rv. 270405
Sez. 6, n. 26877 del 25/05/2017, P.G. in proc. Alexe, Rv. 270164
Sez. 6, n. 34439 del 11/07/2017, Ovieroba, Rv. 270761

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

5 aprile 2016, caso C-404/15, Aaranyosi
5 aprile 2016, caso C-659/15, Caldararu

CAPITOLO II

LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI ESTRADIZIONE

(Andrea Venegoni)

SOMMARIO: 1. Procedimento di estradizione – 2. Condizione di reciprocità – 3. Motivi di rifiuto – 4. Tutela dei diritti fondamentali – 5. Misure cautelari – 6. Principio di specialità.

1. Procedimento di estradizione.

È stato affermato che, in un procedimento di estradizione "passiva", cioè dove l'Italia ha ricevuto una richiesta di estradizione per l'estero, non costituisce motivo ostativo ad una pronuncia di estradabilità la sostituzione del titolo estradizionale per lo stesso fatto, purchè intervenga prima della pronuncia della corte di appello. Nella specie, in particolare, si trattava di una estradizione chiesta sulla base di un titolo cautelare, mentre nel corso del procedimento era poi divenuta definitiva la sentenza di condanna per la quale veniva chiesto il mutamento del titolo. (Sez. 6, n. 10555 del 21/02/2017, Dema, Rv. 269385).

Sempre in tema di procedura "passiva", Sez. 6, n. 44007 del 15/09/2017, Sanchez Alcantara, Rv. 271057 ha ritenuto che l'avvenuta consegna allo Stato estero a seguito della sentenza favorevole all'estradizione, comporta l'inammissibilità, per sopraggiunta carenza d'interesse, del ricorso proposto dalla persona richiesta avverso la misura cautelare disposta a suo carico nel corso del procedimento estradizionale. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'interesse all'impugnazione non può essere ravvisato neppure nella prospettiva di ottenere la riparazione per ingiusta detenzione, in quanto la sentenza irrevocabile di estradizione ha accertato definitivamente la sussistenza delle condizioni che legittimavano l'applicazione della misura custodiale).

In caso di inefficacia del decreto di estradizione conseguente alla mancata presa in consegna, prevista dall'art. 708, comma sesto, cod. proc. pen., poi, secondo Sez. 6, n. 34432 del 23/06/2017, Trohin, Rv. 270574 è consentita l'emissione di un nuovo decreto in pendenza della domanda di consegna previa valutazione dell'autorità giudiziaria delle sole questioni nuove, connesse alla sostituzione del titolo estradizionale, restando coperte dal giudicato quelle esaminate a seguito della prima domanda. La Corte, in particolare, ha ritenuto che fosse precluso l'esame dell'eccezione di prescrizione, trattandosi di condizione di legalità dell'estradizione già valutata nella precedente fase giurisdizionale e non interessata dalla sostituzione del titolo estradizionale.

È stato anche ritenuto, sempre in una procedura di estradizione per l'estero, che l'inosservanza della disposizione contenuta nell'art. 201 disp. att. cod. proc. pen., secondo cui le domande provenienti da un'autorità straniera nonché i relativi atti e documenti sono accompagnati da una traduzione in lingua italiana, non dà luogo a nullità. Così, nella specie, la Corte ha ritenuto sufficiente la traduzione in lingua italiana della ordinanza applicativa della misura cautelare, nella quale risultavano dettagliatamente descritti i fatti addebitati all'imputato (Sez. 6, n. 11548 del 10/02/2017, Cocarcea, Rv. 269400).

In tema di estradizione passiva, l'intervento dello Stato richiedente è consentito, salvo diversa regolamentazione contenuta nelle convenzioni internazionali, sino a quando non siano compiuti gli adempimenti relativi al controllo della regolare costituzione delle parti nel procedimento camerale davanti alla Corte di appello competente a conoscere della domanda di consegna (Sez. 6, n. 14237 del 3/02/2017, Repubblica di Mauritius, Rv. 269336).

Un caso molto particolare che si può porre in tema di estradizione è relativo alla costituzione di un nuovo Stato a seguito dell'indipendenza da altro Stato con il quale esiste un accordo in materia. Secondo Sez. 6, n. 14237 del 3/02/2017, Repubblica di Mauritius, Rv. 269335, non sussiste alcun obbligo di reciproca collaborazione giudiziaria con uno Stato estero, succeduto ad altro Stato con il quale l'Italia mantenga un accordo o una convenzione di estradizione, in assenza di una manifestazione di un mutuo consenso, da parte dello Stato contraente originario e di quello di nuova costituzione, che faccia emergere la reciproca volontà di rimanere vincolati. In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto corretta la decisione della Corte territoriale richiesta di estradizione passiva, che aveva ritenuto inapplicabile, perchè unilaterale, la dichiarazione inviata all'O.N.U. al momento dell'acquisto dell'indipendenza dal Regno Unito da parte della Repubblica di Mauritius, con cui quest'ultima esprimeva la volontà di succedere, senza limiti di tempo, in tutti i trattati stipulati dalla madrepatria britannica.

2. Condizione di reciprocità.

Sez. 6, n. 14237 del 3/02/2017, Repubblica di Mauritius, Rv. 269335 ha ritenuto che la condizione di reciprocità, alla quale è subordinata, ai sensi dell'art. 702 cod. proc. pen., la facoltà di intervento dello Stato estero nel procedimento di estrazione passiva, deve intendersi soddisfatta solo nella ipotesi in cui sia accertata la garanzia, da parte dello Stato richiedente, di una prestazione sostanzialmente "equivalente" in favore dello Stato italiano, corrispondente cioè al contenuto "materiale" del modello sostanziale di condotta delittuosa o dell'evenienza procedimentale che vengono in rilevo nel caso considerato.

3. Motivi di rifiuto.

Significative sono le decisioni su possibili situazioni che potrebbero far dubitare della possibilità di concedere l'estradizione.

In particolare, il fatto che l'estradando sia stato condannato in contumacia è stato ritenuto da Sez. 6, n. 19226 del 30/03/2017, Locorotondo, Rv. 269833 un elemento che non giustifica il rifiuto dell'estradizione, quando l'ordinamento dello Stato richiedente consente al condannato "*in absentia*" di chiedere la rinnovazione del giudizio. In applicazione di tale principio, così, la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso avverso la sentenza della Corte di appello, che aveva dichiarato la sussistenza delle condizioni di estradizione del ricorrente verso la Repubblica di Albania, in considerazione del fatto che lo stesso era stato assistito da un difensore di fiducia e che l'ordinamento albanese prevede l'istituto della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale all'art. 51, l. n. 10.193 del 3 dicembre 2009, emessa in attuazione dell'art. 3 del Secondo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione firmata a Strasburgo il 17 marzo 1978 e ratificata dall'Italia con la l. 18 ottobre 1984, n. 755, disponendo, tuttavia, a rettificazione della sentenza impugnata, che l'estradizione era subordinata alla condizione che all'imputato fosse garantito il diritto ad impugnare nel merito la sentenza contumaciale.

L'indulto concesso dallo Stato richiesto costituisce causa ostativa alla estradizione esecutiva soltanto nel caso in cui quest'ultimo abbia giurisdizione concorrente sui reati oggetto della domanda (art. 4 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 17 marzo 1978). Nella specie la Corte ha escluso rilevanza ostativa all'indulto invocato dal ricorrente, in quanto la domanda di estradizione, proveniente dalla Romania – evidentemente prima che la stessa entrasse nell'Unione Europea e aderisse alla normativa sul mandato di arresto europeo – si riferiva a reati per i quali

non sussisteva alcun collegamento con lo Stato italiano, in quanto punibili solo in via suppletiva, ai sensi dell'art. 10, ult. comma, cod. pen. (Sez. 6, n. 8529 del 13/01/2017, Fodorean, Rv. 269202).

4. Tutela dei diritti fondamentali.

Principio ormai acquisito nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale, nonchè nelle convenzioni internazionali, è quello per cui il procedimento di estradizione non deve risolversi in una diminuzione delle garanzie dell'indagato rispetto ad un procedimento non estradizionale.

Una di queste garanzie è certamente quella del diritto all'informazione sui fatti addebitati all'estradando. Sez. 6, n. 11548 del 10/02/2017, Cocarcea, Rv. 269401 ha, così, affermato, in tema di estradizione per l'estero, che ai fini della regolarità della procedura e a tutela delle garanzie della difesa, è necessario che l'estradando sia specificamente informato dei fatti posti a fondamento della domanda di estradizione. In applicazione del principio, la Corte ha così dichiarato l'invalidità degli atti compiuti nel procedimento essendo risultato che l'informazione, ricevuta dall'estradando a seguito dell'arresto provvisorio, nelle forme previste dagli artt. 716 e 717 cod. proc. pen., non aveva riguardato i fatti descritti nel titolo cautelare successivamente trasmesso a corredo della domanda estradizionale.

Altro principio basilare è quello per cui l'estradizione non deve esporre l'estradato al rischio di trattamenti lesivi dei suoi diritti fondamentali, ed in particolare al rischio di essere assoggettato alla pena di morte, a tortura o anche a trattamenti inumani o degrandanti. Determinante è, al riguardo, la previsione dell'art. 3 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo del 1950 e la giurisprudenza della Corte EDU.

Il problema si pone in particolare nelle procedure di estradizione "passiva", cioè quando l'autorità giudiziaria italiana deve decidere se concedere l'estradizione verso il Paese richiedente. A tal fine, Sez. 6, n. 8529 del 13/01/2017, Fodorean, Rv. 269201 ha ritenuto che, ai fini dell'accertamento della condizione ostativa prevista dall'art. 698, comma primo, cod. proc. pen., è onere dell'estradando allegare elementi e circostanze che la Corte di appello deve valutare, anche attraverso la richiesta di informazioni complementari, al fine di accertare se, nel caso concreto, l'interessato sarà alla consegna sottoposto, o meno, ad un trattamento inumano o degradante. Nella fattispecie, relativa ad una domanda di estradizione proposta dalla Romania, la Corte, pur in assenza di allegazione da parte dell'estradando, ha ritenuto che il sovraffollamento carcerario in Romania costituisse una situazione obiettiva rilevata non solo da decisioni di organismi giudiziari sovranazionali ma anche da plurime decisioni di legittimità in tema di m.a.e.

5. Misure cautelari.

In tema di procedura passiva di estradizione, un volta emesso dal Ministro della giustizia il decreto di estradizione, è consentita l'applicazione della custodia cautelare nei confronti dell'estradando al fine di assicurarne la materiale consegna allo Stato istante, a nulla rilevando i motivi del mancato espletamento degli adempimenti relativi a precedenti tentativi di esecuzione della consegna medesima. Sez. 6, n. 18622 del 23/03/2017, Bibileshvili, Rv. 269832.

6. Principio di specialità.

Il principio di specialità è uno dei principi tipici delle procedure estradizionali e si basa sul concetto per cui la persona estradata verso lo Stato richiedente per determinati, specifici, reati indicati nella domanda, non può essere processata per reati diversi, non compresi in essa, salvo il consenso da parte di questa.

Sez. 6, n. 5816 del 15/12/2016, (dep. 2017), Cekini e altro, Rv. 269006 si è occupata di diversi aspetti del principio di specialità: in primo luogo ha affermato che lo stesso, previsto dall'art. 14 della Convenzione europea di estradizione, consente la prosecuzione del giudizio, nei confronti di persona estradata per reati diversi, qualora l'estradizione dall'estero intervenga dopo che sia stata pronunciata sentenza di condanna non irrevocabile, ferma restando l'ineseguibilità della pena irrogata fino alla concessione dell'estradizione suppletiva.

In ordine al consenso, ha ritenuto che il consenso della persona interessata a che si proceda nei suoi confronti anche per un reato non compreso nel provvedimento di estradizione deve essere formulato in modo espresso, formale ed inequivoco, non potendo essere desunta un'implicita rinuncia al principio di specialità dall'essersi l'imputato difeso nel merito senza aver sollevato alcuna eccezione, come pure dall'aver richiesto il giudizio abbreviato. In motivazione, la Corte ha precisato che l'art. 14 della Convenzione europea di estradizione prevede quali ipotesi di deroga al principio di specialità connesse a comportamenti dell'estradato, unicamente il mancato allontanamento dal territorio dello Stato di consegna entro quarantacinque giorni dal rilascio ovvero il successivo reingresso, sicché il consenso espresso può ritenersi rilevante, solo qualora si presenti come equipollente delle predette condotte.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 6, n. 5816 del 15/12/2016, (dep. 2017), Cekini e altro, Rv. 269006
Sez. 6, n. 8529 del 13/01/2017, Fodorean, Rv. 269201- 269202
Sez. 6, n. 14237 del 3/02/2017, Repubblica di Mauritius, Rv. 269335-269336
Sez. 6, n. 11548 del 10/02/2017, Cocarcea, Rv. 269400-269401
Sez. 6, n. 10555 del 21/02/2017, Dema, Rv. 269385
Sez. 6, n. 18622 del 23/03/2017, Bibileshvili, Rv. 269832
Sez. 6, n. 44007 del 15/09/2017, Sanchez Alcantara, Rv. 271057
Sez. 6, n. 34432 del 23/06/2017, Trohin, Rv. 270574
Sez. 6, n. 19226 del 30/03/2017, Locorotondo, Rv. 269833

CAPITOLO III

ROGATORIE

(Andrea Venegoni)

SOMMARIO: 1. Le decisioni intervenute nel 2017 in tema di rogatorie.

1. Le decisioni intervenute nel 2017 in tema di rogatorie.

In seguito all'approvazione della direttiva UE 41/2014, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, la nuova figura dell'ordine investigativo europeo supera il concetto di assistenza giudiziaria all'interno dell'Unione Europea e basa anche l'acquisizione della prova in uno Stato Membro diverso da quello in cui l'indagine è condotta sul principio del mutuo riconoscimento. Tuttavia ciò non comporta il venir meno in maniera assoluta del sistema rogatoriale. In primo luogo, esso resta ovviamente applicabile nei rapporti con gli Stati extra UE.

Anche all'interno dell'Unione residua un margine per l'utilizzo delle rogatorie perché l'ordine di indagine non è utilizzabile per qualunque attività di acquisizione probatoria.

In particolare, non è utilizzabile per la costituzione di squadre investigative comuni e per la circolazione delle prove ottenute attraverso esse.

È evidente, comunque, che per l'anno oggetto di analisi della presente rassegna, il 2017, la Suprema Corte non ha ancora avuto occasione di confrontarsi con le nuove norme, attesa la loro recentissima entrata in vigore.

La giurisprudenza riguarda, quindi, ancora problematiche legate alle tradizionali rogatorie.

Così Sez. 1, n. 15277 del 30/01/2017, Confl. Comp. in proc.c. ignoti, Rv. 270063, occupandosi del tema della competenza territoriale in ordine alle rogatorie internazionali, ha stabilito che, una volta che la Corte d'appello abbia esercitato il controllo giurisdizionale sulla eseguibilità nell'ordinamento nazionale della rogatoria straniera, ordinandone l'esecuzione, la sua competenza territoriale non può più essere messa in discussione, ferma restando la facoltà di delegare l'esecuzione di singoli atti della rogatoria ad un giudice delle indagini preliminari di altro distretto. Ha, così, annullato senza rinvio il provvedimento della Corte d'appello che, dopo aver trattenuto gli atti ricevuti dall'autorità giudiziaria straniera provvedendo a darvi esecuzione tramite un proprio consigliere delegato, aveva successivamente trasmesso per competenza gli atti ad altra Corte d'appello.

Sez. 2, n. 2173 del 22/12/2016, dep. 2017, Crupi, Rv. 269000 si è, invece, occupata del problema della legge applicabile nell'esecuzione delle rogatorie, dove sussiste il perenne dualismo tra *lex loci* e *lex fori*, affermando che trovano applicazione le norme processuali dello Stato in cui l'atto viene compiuto, con l'unico limite che la prova non può essere acquisita in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano e dunque con il diritto di difesa. Sulla base del principio, la Corte ha ritenuto esente da censure il provvedimento impugnato che aveva respinto l'eccezione di inutilizzabilità di intercettazioni ambientali disposte ed acquisite dall'autorità olandese, essendo la procedura penale olandese in tema di intercettazioni conforme ai principi garantiti dall'art. 15 della Costituzione.

Sez. 2, n. 1926 del 13/12/2016, dep. 2017, Commisso, Rv. 268760, ha affrontato il problema dell'utilizzo in altro procedimento delle prove acquisite tramite una rogatoria, affermando, con specifico riferimento alle intercettazioni effettuate nell'ambito di un procedi-

mento penale estero ed acquisite mediante rogatoria, che avendo l'art. 8, comma terzo, del Protocollo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria, firmato il 16 ottobre 2001 ed entrato in vigore il 5 ottobre 2005, abrogato l'art. 50, comma terzo, della Convenzione del 19 giugno 1990 per l'applicazione dell'Accordo di Schengen, è venuto meno, per i Paesi aderenti alla suddetta Convenzione, il limite alla utilizzazione degli atti trasmessi nell'ambito di una procedura rogatoriale in procedimenti diversi da quello nel quale sia stata accolta la richiesta, salvo che tale limite sia apposto dal Paese concedente nell'atto di trasmissione.

Sez. 5, n. 1405 del 16/11/2016, dep. 2017, Ruso, Rv. 269015 si è, invece, occupata di un problema che attiene all'area di acquisizione di elementi di prova all'estero da parte della polizia giudiziaria, che in taluni casi può precedere le successive richieste di rogatoria. Si tratta di attività che è spesso posta in essere ai fini dell'adozione di misure cautelari. Ha affermato, così, che l'utilizzazione degli atti di indagine compiuti in territorio estero dalla polizia straniera, ai fini della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza per l'adozione di provvedimenti cautelari, non è condizionata all'accertamento, da parte del giudice italiano, della regolarità degli atti compiuti dall'autorità straniera, vigendo una presunzione di legittimità dell'attività svolta e spettando al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità riscontrate. Ha, quindi, rigettato il ricorso che lamentava la mancata trasmissione degli originali dei decreti autorizzativi e dei verbali di ascolto delle intercettazioni effettuate dalle autorità olandesi, successivamente trasmesse a quelle italiane a seguito della rogatoria richiesta da quest'ultima.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 5, n. 1405 del 16/11/2016, dep. 2017, Ruso, Rv. 269015
Sez. 1, n. 15277 del 30/01/2017, Confl. comp. in proc. ignoti, Rv. 270063
Sez. 2, n. 2173 del 22/12/2016, dep. 2017, Crupi, Rv. 269000
Sez. 2, n. 1926 del 13/11/2016, dep. 2017, Commisso, Rv. 268760