

Un anno di sentenze
2020

Diritto Penale

a cura di

Fabio Coppola, Emanuele Sylos Labini, Ilaria Romano

Prefazione di

Andrea Castaldo



Giappichelli

Un anno di sentenze
2020

Diritto Penale



Un anno di sentenze 2020

Diritto Penale

a cura di

Fabio Coppola, Emanuele Sylos Labini, Ilaria Romano

Prefazione di

Andrea Castaldo



Giappichelli

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-5367-7

Hanno contribuito alla selezione e allo stralcio delle pronunce presenti nel volume:
Giulio Baffa, Giuliana Costanzo, Giovanni De Bernardo, Pamela D'Oria.

Pubblicato nel mese di dicembre 2021.

Indice

Prefazione
di *Andrea Castaldo* XIV

Nota dei Curatori
di *Fabio Coppola, Emanuele Sylos Labini, Ilaria Romano* XV

CORTE COSTITUZIONALE

Applicazione retroattiva del divieto di concessione di benefici e misure alternative alla detenzione introdotto dalla L. c.d. “Spazzacorrotti”: dichiarata l’illegittimità costituzionale (C. Cost., 26 febbraio 2020, n. 32) 2

Nota di Francesco Contu 4

La Consulta ritorna sull’automatismo sanzionatorio dell’art. 69 c. 4 c.p. nei rapporti tra l’attenuante del vizio parziale di mente e la recidiva reiterata (C. Cost., 24 aprile 2020, n. 73) 6

Nota di Angela Micheletti 8

Illegittimo il divieto assoluto di scambio di oggetti tra detenuti sottoposti al 41-*bis* assegnati al medesimo gruppo di socialità (C. Cost., 22 maggio 2020, n. 97) 10

Nota di Santa Carucci 11

Sospensione della responsabilità genitoriale: il giudice deve valutare caso per caso se la misura sia idonea a tutelare gli interessi del minore (Corte cost., 29 maggio 2020, n. 102) 14

Nota di Giuliana Costanzo 16

Costituzionalmente illegittimo il termine di 24 ore per proporre reclamo avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza in tema di permessi premio (C. Cost. 12 giugno 2020, n. 113) 18

Nota di Agostino Sabatino 19

Riaffermata la tenuta costituzionale dell’art. 649 c.p.p.: possono sussistere sanzione amministrativa e pena in caso di omesso versamento IVA (art. 10-*ter* d.lgs. 74/2000) (C. Cost., 12 giugno 2020, ord. n. 114) 22

Nota di Jessica Bianchin 24

Delineato il nuovo volto costituzionalmente orientato del delitto di diffamazione? (C. Cost., 26 giugno 2020, ord. n. 132) 26

Nota di Daniela Mazzotta 28

Le finalità (ri)educative del rito minorile escludono la possibilità di disporre la messa alla prova (già) nella fase delle indagini preliminari (C. Cost., 6 luglio 2020, n. 139)	30
Nota di Giulio Baffa	32
Moniti inascoltati: la ragionevole applicabilità dell’art. 131- <i>bis</i> c.p. ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva (C. Cost., 21 luglio 2020, n. 156)	34
Nota di Irene Palese	36
Covid-19: il “Decreto Antiscarcerazioni” supera il vaglio della Consulta (C. Cost., 24 novembre 2020, n. 245)	38
Nota di Claudia Bogatto	40
Lesioni stradali: la Consulta fa (ancora) salvo il generale regime di procedibilità d’ufficio previsto dall’art. 590- <i>bis</i> c.p. (C. Cost., 25 novembre 2020, n. 248)	42
Nota di Beatrice Montagna	43
Legittima l’inapplicabilità del giudizio abbreviato agli imputati di delitti puniti con l’ergastolo (C. Cost., 3 dicembre 2020, n. 260)	45
Nota di Maria Angelini	47
Il principio di legalità è salvo: la sospensione (emergenziale) della prescrizione è costituzionalmente legittima (C. Cost., 23 dicembre 2020, n. 278)	49
Nota di Luca Leonardo Pastore	51

CORTE EDU

Protezione del diritto alla vita dei detenuti: sullo Stato non può incombere un onere insostenibile o eccessivo (Corte EDU, Sez. I, 19 marzo 2020, ricorso n. 41603/13, Fabris e Parziale c. Italia)	55
Nota di Agostino Sabatino	56
L’ingerenza legislativa non prevedibile viola il diritto a un equo processo (Corte EDU, Sez. I, 9 luglio 2020, Ricorso n. 6561/10, Avellone e altri c. Italia)	58
Nota di Emanuele Vannata	59
Legge “modificativa” nelle more del procedimento: ancora una violazione dell’equo processo (Corte EDU, Sez. I, 3 settembre 2020, ricorso n. 3497/09, Facchinetti c. Italia)	61
Nota di Emanuele Vannata	62
Viola l’art. 6 Cedu la mancata escussione del testimone a carico già dichiarato non attendibile (Corte Edu, Sez. I, 22 ottobre 2020, ric. n. 75037/14, Tondo c. Italia)	64
Nota di Anna Onore	65

SEZIONI UNITE

Utilizzazione di intercettazioni in procedimenti diversi: se c'è connessione tra reati non opera il divieto di cui all'art. 270 c.p.p. (Cass. Pen., SS.UU., 2 gennaio 2020, n. 51)	69
Nota di Pamela D'Oria	71
Fratelli minori Contrada: la pronuncia Cedu non si estende a questi poiché non si tratta di sentenza "pilota" (Cass. Pen., SS.UU., 3 marzo 2020, n. 8544)	74
Nota di Lorenzo Frabboni	76
Aggravante dell'agevolazione mafiosa: chiarita la natura soggettiva (Cass. Pen., SS.UU., 3 marzo 2020, n. 8545)	78
Nota di Irene Palese	80
Nuove contestazioni nel rito abbreviato condizionato: l'imputazione "allo stato degli atti" quale presidio di garanzia per l'imputato (Cass. Pen., SS.UU., 18 aprile 2020, n. 5788)	83
Nota di Vittorio Marcello Chindamo	85
Illecita concorrenza con minaccia o violenza: le Sezioni Unite chiariscono il concetto di "atti di concorrenza" (Cass. Pen., SS.UU., 28 aprile 2020, n. 13178)	87
Nota di Leonardo Pinto	88
Confisca urbanistica: in caso di prescrizione la Cassazione decide solo ai fini della misura ablatoria <i>ex art. 578-bis c.p.p.</i> (Cass. Pen., SS.UU., 30 aprile 2020, n. 13539)	91
Nota di Irene Pellegrini	93
Stupefacenti: l'aggravante della ingente quantità si configura al superamento dei 2 kg per le c.d. droghe leggere (Cass. Pen., SS.UU., 12 maggio 2020, n. 14722)	96
Nota di Sara Frattura	97
Contestazione a catena: le Sezioni Unite sulla retrodatazione dei termini delle misure custodiali (Cass. Pen., SS.UU., 29 luglio 2020, n. 23166)	99
Nota di Claudia Bogatto	102
Attenuante del lucro di speciale tenuità: per le Sezioni Unite è applicabile anche ai reati in materia di stupefacenti (Cass. Pen., SS.UU., 2 settembre 2020, n. 24990)	104
Nota di Letizia Barbero	106
Violenza sessuale mediante costrizione: chiarito il concetto di abuso di autorità (Cass. Pen., SS.UU., 1 ottobre 2020, n. 27326)	108
Nota di Mariarita Cupersito	110
Le sezioni unite sul <i>discrimen</i> tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e il reato di estorsione (Cass. Pen., SS.UU., 23 ottobre 2020, n. 29541)	113
Nota di Maria Angelini	114

È nullo il decreto che dispone il giudizio emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione del G.U.P. (Cass. Pen., SS. UU., 23 dicembre 2020, n. 37207)	117
Nota di Leonardo Luca Pastore	118

SEZIONI SEMPLICI

Nuove coordinate ermeneutiche a proposito della cessione di immagini pedopornografiche autoprodotte (Cass. Pen., Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 5522)	122
Nota di Pierpaolo Schiattone	123
Esercizio arbitrario delle proprie ragioni: incompatibile la scriminante dell'esercizio di un diritto (Cass. Pen., Sez. VI, 17 febbraio 2020, n. 6226)	126
Nota di Marina Albisinni	127
Punti fermi in materia di interruzione del nesso causale nell'ambito della responsabilità del datore di lavoro per infortunio del lavoratore (Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 8164)	129
Nota di Luca Napolitano	130
La valorizzazione del dato processuale-probatorio nell'accertamento del dolo eventuale e l'inammissibilità del concorso colposo nel reato doloso. La Cassazione fornisce una "nuova" lettura del caso Ciontoli/Vannini (Cass. Pen., Sez. I, 6 marzo 2020, n. 9049)	132
Nota di Valentina Acanfora	135
Interpretazioni teleologiche dell'obbligo "solidaristico" di attivarsi nel reato di fuga <i>ex art.</i> 189 c. 6 c.d.s. (Cass. Pen., Sez. IV, 9 marzo 2020, n. 9212)	137
Nota di Antonio Verderosa	138
Inquinamento ambientale: infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 452- <i>bis</i> c.p. perché la fattispecie è sufficientemente determinata (Cass. Pen., Sez. III, 11 marzo 2020, n. 9736)	140
Nota di Francesco Martin	141
Responsabilità penale del medico: ulteriori conferme in tema di accertamento del nesso causale nei reati omissivi impropri (Cass. Pen., Sez. IV, 16 marzo 2020, n. 10175)	144
Nota di Anna Grazian	145
L'uso volontario di alcool o stupefacenti incide sulla configurazione della violenza sessuale, ma non anche dell'aggravante <i>ex art.</i> 609- <i>ter</i> c. 1 n. 2 c.p. (Cass. Pen., Sez. III, 24 marzo 2020, n. 10596)	147
Nota di Maria Elena Orlandini	148

Responsabilità degli enti: il D.Lgs. n. 231/2001 si applica anche all'ente "straniero" per reato commesso in Italia (Cass. Pen., Sez. VI, 07 aprile 2020, n. 11626)	150
Nota di Giovanni Sodano	151
La sottrazione dei dati informatici integra appropriazione indebita (Cass. Pen., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959)	153
Nota di Stefania Barone	154
Il traffico di influenze illecite e il "vecchio" millantato credito alla luce della c.d. L. "Spazzacorrotti" (Cass. Pen., Sez. VI, 14 aprile 2020, n. 12095)	156
Nota di Monica Ricceri	157
Concorso in omicidio: irrilevante l'individuazione dell'esecutore (Cass. Pen., Sez. I, 16 aprile 2020, n. 12309)	159
Nota di Ludovica Cerino	160
Reati perseguibili a querela a seguito dell'introduzione del D.Lgs. 36/2018: nessun avviso alla persona offesa se ha già manifestato la volontà di punizione (Cass. Pen., Sez. II, 17 aprile 2020, n. 12410)	162
Nota di Mario Marco Tetta	163
Integra il reato di favoreggiamento della prostituzione la locazione "fittizia" di un appartamento adibito a "locale di meretricio" (Cass. Pen., Sez. II, 13 maggio 2020, n. 14944)	165
Nota di Annapia Biondi	166
Il segreto commerciale <i>ex art. 623 c.p.</i> ricomprende anche il <i>know-how</i> aziendale: rivelarlo è reato (Cass. Pen., Sez. V, 4 giugno 2020, n. 16975)	168
Nota di Fabiana Memini	169
Sospensione della prescrizione in tempo di Covid (Cass. Pen., Sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367)	171
Nota di Giulia Solenni	172
La perimetrazione della presunzione di proporzionalità nella "nuova" legittima difesa domiciliare (Cass. Pen., Sez. I, 21 luglio 2020, n. 21794)	174
Nota di Cristina Monteleone	175
Traffico di influenze illecite e corruzione: delineati i confini (Cass. Pen., Sez. VI, 6 agosto 2020, n. 23602)	177
Nonostante la riforma, integra l'abuso d'ufficio la violazione mediata del T.U. in materia edilizia (Cass. Pen., Sez. III, 8 settembre 2020, n. 26834)	179
Nota di Francesco Contu	180
Vendita di criptovalute <i>online</i> : integra il reato di abusivismo finanziario di cui all'art. 166 TUF se proposta come investimento (Cass. Pen., Sez. II, 17 settembre 2020, n. 26807)	182
Nota di Ilenia Seminerio	183

Il reato di inadempimento di contratti di pubbliche forniture e quello di frode nelle pubbliche forniture: analogie e differenze (Cass. Pen., Sez. VI, 8 ottobre 2020, n. 28130)	185
“Nessuno è tanto vecchio da non credere di poter vivere ancora un anno”: la massima di Cicerone adattata dalla Cassazione ai pazienti oncologici terminali (Cass. Pen., Sez. IV, 12 ottobre 2020, n. 28294)	187
Nota di Giustino Regia Corte	188
Truffa a “tre soggetti”: deve esserci identità tra il soggetto che compie l’atto di disposizione patrimoniale e il soggetto ingannato (Cass. Pen., Sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 28957)	190
Nota di Giustino Regia Corte	191
Il concetto di “partecipazione” nel reato di violenza sessuale di gruppo (Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 29096)	193
Nota di Adriana Arcari	194
Morte del tossicodipendente: non è responsabile lo spacciatore <i>ex art. 586 c.p.</i> se l’evento era in concreto imprevedibile (Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 31746)	196
La malafede contrattuale necessaria ai fini della configurabilità del delitto di frode nelle pubbliche forniture (Cass. Pen., Sez. VI, 22 ottobre 2020, n. 29374)	198
Nota di Giovanni De Bernardo	199
Successione mediata di norme e responsabilità penale del titolare della struttura ricettivo-alberghiera per omesso versamento dell’imposta di soggiorno (Cass. Pen., Sez. VI, 30 ottobre 2020, n. 30227)	201
Nota di Martina Nicolino	202
Dal dato “sostanziale” del concreto esercizio delle funzioni gestorie discende la responsabilità dell’amministratore di fatto per la fattispecie di bancarotta documentale (Cass. Pen., Sez. V, 2 novembre 2020, n. 30438)	204
Nota di Maria Vittoria Prati	204
Cambio di rotta: tra omicidio aggravato e <i>stalking</i> è riconosciuto il concorso apparente di norme (Cass. Pen., Sez. III, 6 novembre 2020, n. 30931)	207
Nota di Pierpaolo Schiattone	208
Alterazione di stato: non è ideologicamente falso il certificato che sia conforme alla legge nel Paese di nascita del minore, anche ove la procreazione sia avvenuta con modalità non consentite nel nostro Paese (Cass. Pen., Sez. VI, 10 novembre 2020, n. 31409)	210
In tema di applicazione della confisca di prevenzione nei confronti dell’evasore fiscale seriale (Cass. Pen., Sez. V, 25 novembre 2020, n. 33158)	212
Nota di Giovanni Sodano	212

Accesso abusivo a sistema informatico: è reato anche accedere con <i>password</i> , ma estrapolando i dati per finalità diverse (Cass. Pen., Sez. V, 2 dicembre 2020, n. 34296)	215
Nota di Martina Durante	216
Nesso di causalità e mesotelioma pleurico: il nodo delle posizioni di garanzia effettivamente assunte nella fase della c.d. induzione (Cass. Pen., Sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 34341)	218
Nota di Mattia Cutolo	219
Connivenza o concorso: tratti distintivi (Cass. Pen., Sez. IV, 7 dicembre 2020, n. 34754)	222
Nota di Mattia Cutolo	223
Speculazione sul prezzo delle mascherine: non è reato se incide solo sul mercato “di vicinato” (Cass. Pen., Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 36929)	226
Nota di Noel Libera	227
Prelievo forzoso di ovociti: integra il reato plurioffensivo di rapina (Cass. Pen., Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 37818)	229

Prefazione

Da qualsiasi angolazione lo si osservi, il 2020 verrà ricordato come un anno di profondi cambiamenti.

L'emergenza pandemica ha infatti definitivamente accelerato il processo di digitalizzazione delle esperienze umane, tra cui la formazione e l'editoria giuridica.

I seminari si sono trasformati in *webinar*, il contatto umano delle lezioni è stato filtrato dagli schermi dei PC, l'odore della carta stampata si è trasformato nel *pinch-to-zoom* del foglio digitale.

Anche ora che ci avviamo a riprendere le nostre vecchie abitudini, si fa fatica a rinunciare all'efficientamento tecnologico ereditato dall'esperienza Covid-19. La possibilità di fissare più riunioni in serie e senza spostarsi dal proprio ufficio, prima pressoché sconosciuta o comunque relegata a ipotesi eccezionale, e la velocità con cui circolano e si diffondono le informazioni (purtroppo anche disinformazioni), i *focus* e gli aggiornamenti rappresentano un lascito troppo consistente per sacrificarlo sul solo altare del romanticismo e della tradizione.

A ciò si aggiunge la mutata fisionomia del destinatario dei contenuti giuridici in questione. Nell'era di *TikTok* e della sovraesposizione a *input* e informazioni trasversali, catturare l'attenzione, invero ridotta ai tre minuti 'concessi' dal *social network*, dell'utente cybernetico medio rappresenta la vera sfida dei divulgatori del settore.

Sono queste le coordinate irrinunciabili entro cui ripensare il modo di creare e diffondere contenuti informativi.

In quest'ottica, la Raccolta "2020: Un Anno di Sentenze", nella versione *e-book* assunta da quest'anno e nella prospettiva di una banca dati nazionale messa a disposizione di studiosi e operatori del diritto coglie particolarmente nel segno di coniugare le nuove esigenze di immediatezza, fruibilità e digitalizzazione del messaggio, senza banalizzarne il contenuto.

L'idea di accedere con un *click* a un portale *web* in cui reperire lo stralcio ragionato dell'ultima pronuncia della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale o della Corte Edu e ricavarne un'occasione di riflessione e aggiornamento "a misura di caffè", stante il risparmio di tempo che si deve all'opera dei curatori nella selezione, organizzazione ed estrazione del centrifugato giuridico della giurisprudenza più recente. A conti fatti, ciò può significare l'indispensabile 'svolta' per chi, pur nei tempi brevi concessi dalla modernità, non voglia abdicare all'intramontabile desiderio di comprensione e analisi critica del testo, che si coltiva sempre – concedetemi qui un momento di romanticismo – con le tradizionali armi dello studio e dell'approfondimento e mai invece consumando in modo bulimico e mnemonico nozioni, massime, formule di stile e vuoti barocchismi linguistici.

AVV. PROF. ANDREA R. CASTALDO

Professore Ordinario di Diritto Penale
presso l'Università degli Studi di Salerno
www.castlawoffice.it

Nota dei Curatori

È sempre più buio appena prima dell'alba (T. Fuller)

Che il 2020 sarà un anno difficile da dimenticare è un'affermazione che si ripete in ogni campo o contesto quotidiano, dal più serio al più triviale, tale da costituire un "orientamento consolidato" delle nostre vite.

Nondimeno, se è vero che anche dal male può risorgere il bene, la pandemia ha prodotto anche effetti insperati: abbiamo messo in pratica il principio di solidarietà, anche senza conoscere a memoria l'art. 2 della Costituzione; trovato nuovi modi di raggiungere il prossimo, anche senza spostarci da casa; abbiamo adattato – bene o male, sarà il tempo a testimoniarlo – strumenti telematici anche ai cari vecchi Tribunali, al fine di far andare avanti la macchina della Giustizia, che non può fermarsi.

Abbiamo, in tutto ciò, continuato a studiare e ad aggiornarci, perché il tempo trascorso in casa non fosse perso, ma si trasformasse in utile e operosa risorsa. E così, abbiamo potuto assistere – per quanto di nostro interesse – a una produzione giurisprudenziale abbondante e variegata, nazionale ed europea.

Nel Volume che oggi licenziamo, possono essere consultate per stralcio le più rilevanti pronunce che il 2020 ci ha consegnato, corredate dalla pregevole Prefazione di un Maestro del Diritto Penale, qual è il Professore Andrea R. Castaldo, e dai brillanti commenti di numerosi Autori, ai quali va il nostro più sentito ringraziamento per il contributo fornito, anno dopo anno, alla Raccolta.

La consultazione del volume è facilitata da un indice che suddivide le sentenze in quattro sezioni, rispettivamente dedicate ai provvedimenti della Corte Costituzionale, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, delle Sezioni Unite e delle Sezioni Semplici della Corte di Cassazione.

Tra le pronunce più rilevanti, individuate dai Curatori, si segnalano: la decisione della Consulta che ha nuovamente delineato il volto costituzionale del delitto di diffamazione (C. Cost., 26 giugno 2020, ord. n. 132), la sentenza delle Sezioni Unite relativa ai "fratelli minori" di Contrada (Cass. Pen., SS.UU., 03 marzo 2020, n. 8544), la pronuncia che ha chiarito il *discrimen* tra l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone ed estorsione (Cass. Pen., SS.UU., 23 ottobre 2020, n. 29541), la sentenza sulla responsabilità penale del titolare della struttura ricettivo-alberghiera per omesso versamento dell'imposta di soggiorno (Cass. Pen., Sez. VI, 30 ottobre 2020, n. 30227).

Naturalmente, l'eccezionale situazione pandemica ha prodotto i suoi riflessi anche nelle 'sfide' sottoposte al c.d. diritto vivente, che ha dovuto occuparsi di argomenti inediti, quali la legittimità costituzionale della sospensione emergenziale (C. Cost., 23 dicembre 2020, n. 278; Cass. Pen., Sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367), il c.d. "decreto Antiscarcerazioni" (C. Cost., 24 novembre 2020, n. 245).

Ci auguriamo che la Raccolta, che porterà il numero di un anno indimenticabile, possa anche per questa edizione raggiungere gli scopi di informare, aggiornare e servire il professioni-

sta, lo studente e chiunque sia desideroso di conoscere di cosa si siano occupate, nel 2020, le nostre Aule di Giustizia, dove pulsano di vivacità giuridica le vicende, positive o meno, della nostra vita.

FABIO COPPOLA
EMANUELE SYLOS LABINI
ILARIA ROMANO

CORTE COSTITUZIONALE

Applicazione retroattiva del divieto di concessione di benefici e misure alternative alla detenzione introdotto dalla L. c.d. “Spazzacorrotti”: dichiarata l’illegittimità costituzionale

(C. Cost., 26 febbraio 2020, n. 32)

“1. Le (...) ordinanze di rimessione (...) sollevano tutte questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici). Secondo i rimettenti, tale disposizione sarebbe costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che le modifiche da essa apportate all’art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (...) si applichino soltanto ai condannati per fatti commessi successivamente all’entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

1.3. Secondo i giudici rimettenti, la mancata limitazione degli effetti dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019 ai soli condannati per fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore sarebbe di dubbia compatibilità: – con l’art. 25, secondo comma, della Costituzione e con l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sotto il profilo del principio di legalità e non retroattività della pena; e ciò in quanto il divieto di applicazione retroattiva delle modifiche normative che aggravano la pena prevista per il reato comprenderebbe altresì le modifiche normative che, come quella in esame, restringano presupposti e condizioni di accesso a benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione (...)

2. (...) L’art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, in questa sede censurato, inserisce nell’elenco dei delitti previsti dall’art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. i delitti contro la pubblica amministrazione (...).

2.1. Per effetto di detto inserimento, tali delitti sono oggi soggetti, anzitutto, al medesimo regime “ostativo” rispetto alla concessione dei permessi premio, del lavoro all’esterno e delle misure alternative alla detenzione, esclusa la liberazione anticipata, che vige per i delitti cosiddetti “di prima fascia” elencati nell’art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. Ciò significa che i benefici e le misure alternative in questione possono ora essere concessi ai condannati per la maggior parte dei delitti contro la pubblica amministrazione, di regola, soltanto nel caso in cui essi collaborino con la giustizia.

4. (...) Il diritto vivente ritiene, invero, che le norme disciplinanti l’esecuzione della pena siano in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva che discende dal principio di legalità della pena di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. (...) Plurime e convergenti ragioni inducono, tuttavia, a dubitare della persistente compatibilità di tale diritto vivente con i principi costituzionali (...) La disposizione in questa sede censurata comporta, per una serie di reati contro la pubblica amministrazione, una trasformazione della natura delle pene previste al momento del reato e della loro incidenza sulla libertà personale del condannato, quanto agli effetti spiegati dalla stessa disposizione in relazione alle misure alternative alla detenzione,

alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena. Conseguentemente, l'applicazione della disposizione censurata ai condannati per fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, quanto agli effetti appena menzionati, viola il divieto di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (...) Stante il silenzio del legislatore sul regime intertemporale delle modifiche in esame, il rimedio appropriato, in risposta alle questioni sollevate dai rimettenti, è la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata così come risultante dal diritto vivente (...).

4.1.2. Il quadro della giurisprudenza della Corte di cassazione è invece assai netto nel senso della non riconducibilità all'alveo dell'art. 25, secondo comma, Cost. delle norme sull'esecuzione della pena, e conseguentemente nel senso della pacifica applicabilità di modifiche normative di segno peggiorativo anche ai condannati che abbiano commesso il reato prima dell'entrata in vigore delle modifiche stesse.

4.1.3. All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, il diritto vivente è stato invero rimesso in discussione da alcune pronunce di merito, che hanno ritenuto inapplicabile la disposizione censurata ai fatti di reato pregressi, dal momento che ad essa si sarebbe dovuta riconoscere natura "sostanzialmente penale", secondo i noti criteri Engel elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con conseguente sua soggezione al divieto di retroattività sfavorevole di cui agli artt. 25, secondo comma, Cost. e 7 CEDU (...).

4.2.3. Tutte le ordinanze di rimessione valorizzano, in effetti, i recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte EDU sull'estensione della garanzia dell'art. 7 CEDU, con riferimento almeno a talune modifiche *in peius* del regime dell'esecuzione delle pene (...).

4.3.1. Dall'art. 25, secondo comma, Cost. discende pacificamente tanto il divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante, quanto il divieto di applicare retroattivamente una legge che preveda una pena più severa per un fatto già in precedenza incriminato (...); divieto, quest'ultimo, che trova esplicita menzione nell'art. 7, paragrafo 1, secondo periodo, CEDU, nell'art. 15, paragrafo 1, secondo periodo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché nell'art. 49, paragrafo 1, seconda proposizione, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). (...)

4.3.2. (...) Non v'è dubbio che vi siano ragioni assai solide a fondamento della soluzione, sinora consacrata dal diritto vivente, secondo la quale le pene devono essere eseguite – di regola – in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione, e non in base a quella in vigore al tempo della commissione del reato.

4.4.1. Questa Corte ritiene che l'art. 25, secondo comma, Cost. non si opponga a un'applicazione retroattiva delle modifiche derivanti dalla disposizione censurata alla disciplina dei meri benefici penitenziari, e in particolare dei permessi premio e del lavoro all'esterno (...).

4.4.2. La conclusione opposta si impone, invece, in relazione agli effetti prodotti dalla disposizione censurata sul regime di accesso alle misure alternative alla detenzione disciplinate dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, e in particolare all'affidamento in prova al servizio sociale, alla detenzione domiciliare nelle sue varie forme e alla semilibertà. Si tratta di «misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena [...] e che per ciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto» (sentenza n. 349 del 1993), finendo anzi per costituire delle vere e proprie "pene" alternative alla detenzione (ordinanza n. 327 del 1989) disposte dal tribunale di sorveglianza, e caratterizzate non solo da una portata limitativa della libertà personale del condannato assai più contenuta, ma anche da un'accentuata vocazione rieducativa, che si esplica in forme del tutto diverse rispetto a quella che pure connota la pena detentiva (...)

4.4.3. La medesima conclusione si impone (...) per ciò che concerne la liberazione condizionale (...).

4.4.4. Identica conclusione va tratta, infine, quanto all'effetto riflesso spiegato dalla disposizione censurata in relazione al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena di cui all'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen.

4.5. Come già evidenziato, il censurato art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, così come scritto dal legislatore, nulla prevede in relazione alla sua applicazione nel tempo, né dispone la sua applicazione alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge. In contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. (...) è la norma risultante dal diritto vivente, a tenore della quale le modifiche introdotte con la disposizione censurata sarebbero applicabili anche retroattivamente. (...) Conseguentemente, va dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 cod. pen. e della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena prevista dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale”.

Nota di Francesco Contu

Le ordinanze di rimessione, tra “Spazzacorrotti” e diritto vivente.

L'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, nota all'opinione pubblica come “Legge Spazzacorrotti”, aveva assoggettato ex novo vari delitti contro la P.A. al regime “ostativo” di cui all'art. 4-bis ord. pen. (l. 354/1975). A seguito della novella, la concessione dei benefici penitenziari doveva intendersi dunque subordinata, anche per tali fattispecie, a una previa condotta di collaborazione con la giustizia ai sensi degli artt. 58-ter ord. pen. o 323-bis c.p., senza alcun riguardo al tempo del commesso reato.

Con undici ordinanze di rimessione, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disposizione in relazione al risultato interpretativo imposto dal diritto vivente, che avrebbe voluto le norme sull'esecuzione penale assoggettate al tempus regit actum (Cass., Sez. Un., 24561/2006). A favore del regime di irretroattività ex art. 25, co. 2, Cost., nella valutazione comune a tutti i rimettenti, avrebbe invece deposto l'idoneità della norma censurata a trasformare la natura delle pene previste (e prevedibili) al momento del fatto, nonché la sua capacità di incidere direttamente sullo status libertatis, stante il rinvio all'art. 4-bis contenuto nell'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p. (divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena). La disciplina sull'accesso ai benefici penitenziari, in definitiva, inciderebbe in termini sostanziali sulla qualità della pena da scontare, sicché un ampliamento del suo regime ostativo non potrebbe disporre che per l'avvenire. Per altro verso, secondo un giudice a quo, l'applicazione retroattiva delle nuove preclusioni in relazione ai permessi premio si sarebbe posta in contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost. ogniquale volta il condannato, prima dell'entrata in vigore della norma, avesse già maturato i requisiti per la concessione del beneficio.

La Corte costituzionale ha accolto le due questioni in esame.

La sentenza di accoglimento.

Con riguardo alla dedotta violazione dell'art. 25, co. 2, Cost., la Corte ha ritenuto dirimente la capacità della norma censurata di trasformare la natura della pena da eseguire rispetto a quella comminata in origine; ciò, in riferimento a tre istituti specifici: misure alternative alla detenzione (Titolo I, Capo VI, ord. pen.), liberazione condizionale (artt. 176 e 177 c.p.), divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, co. 9, lett. a, c.p.p.). La garanzia di irretroattività, infatti, non si opporrebbe di per sé a ogni modifica peggiorativa che dovesse rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici penitenziari (in particolare, ai permessi premio e al lavoro all'esterno), ma solo a quelle modifiche che dovessero determinare una modifica sostanziale, qualitativa o quantitativa, della pena da scontare. Ne deriva, in somma, una dichiarata "rimeditazione" della tematica, espressa testualmente nella seguente massima: "di regola, le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale. In questa ipotesi, l'applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l'art. 25, secondo comma, Cost." (par. 4).

Quanto alla generalità dei benefici penitenziari, rilevano nondimeno i limiti posti dagli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., che impediscono al legislatore di frustrare, con l'applicazione retroattiva di una disciplina deteriore, i risultati evolutivi già raggiunti dall'individuo nel corso del trattamento, sicché il permesso premio non potrà essere comunque negato al condannato che, prima della novella, avesse già maturato i requisiti previsti.

Diritto "sostanziale", "processuale", "penitenziario": un discrimen da ponderare.

La pronuncia in commento, che ha chiarito l'effettiva portata dell'irretroattività in peius in materia di esecuzione penale, si inserisce nel solco di una tradizione interpretativa che, negli ultimi decenni – e, in particolare, a seguito dell'elaborazione dei criteri Engel (Corte EDU, Engel et al. c. Paesi Bassi, 1976) –, preme per una ragionata estensione delle tutele penalistiche alle norme che, a prescindere dalla qualificazione datane dal legislatore, abbiano natura "sostanzialmente penale". Se si considerano, in particolare, le fondamentali istanze di garanzia sottese all'irretroattività sfavorevole – istanze che, a tre secoli dalla prima codificazione del principio (art. 8, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 1789), si elevano ad argine contro le nuove derive dell'arbitrio politico di marca reattiva e securitaria, cui non è sottratta l'esecuzione penale (si consideri la critica all'uso simbolico del diritto punitivo) –, è ragionevole concludere che, in tema di operatività del principio, un discrimen meramente sistematico tra norme penali-sostanziali, processual-penalistiche e penitenziarie può risultare assai carente sotto il profilo euristico. Nelle limpide parole della Corte, "la collocazione topografica di una disposizione non può mai essere considerata decisiva ai fini dell'individuazione dello statuto costituzionale di garanzia ad essa applicabile" (par. 4.4.4.).

D'altro canto, le ragioni dell'analogo divieto statunitense di *ex post facto laws*, esteso all'esecuzione penale all'indomani dell'indipendenza (Corte Suprema USA, *Calder v. Bull*, 1798), sono ben ripercorse dalla Corte costituzionale nell'analisi storico-comparatistica che precede il *decisum*. Ciò che occorre impedire, ora come allora, è che un legislatore, spinto da motivazioni avulse dalla stretta necessità di tutelare beni giuridici, possa adottare di fatto una "sentenza in forma di legge", prevedendo o inasprendo *ex post* pene per fatti già commessi.

La Consulta ritorna sull'automatismo sanzionatorio dell'art. 69 c. 4 c.p. nei rapporti tra l'attenuante del vizio parziale di mente e la recidiva reiterata

(C. Cost., 24 aprile 2020, n. 73)

“1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Tribunale ordinario di Reggio Calabria ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 27, primo e terzo comma, e 32 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 cod. pen. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen. In sostanza, la disposizione censurata impedirebbe al giudice di determinare una pena proporzionata rispetto alla concreta gravità del reato, e pertanto adeguata al grado di responsabilità “personale” del suo autore, non consentendo di tenere adeguatamente conto (...) della minore possibilità di essere motivato dalle norme di divieto da parte di chi risulti affetto da patologie o disturbi della personalità che, seppur non escludendola del tutto, diminuiscano grandemente la sua capacità di intendere e di volere.

Secondo il giudice rimettente, la disposizione censurata violerebbe altresì l'art. 32 Cost., non consentendo al giudice di determinare una pena funzionale non solo alla rieducazione del condannato, ma anche alla tutela della sua salute.

2. (...) La legge 5 dicembre 2005, n. 251 (...) modificò nuovamente la disposizione [art. 69 c.p.], introducendo il divieto di prevalenza di qualsiasi circostanza attenuante, inclusa la diminuzione del vizio parziale di mente, nell'ipotesi – tra l'altro – di recidiva reiterata; precludendo così in modo assoluto al giudice di applicare, in tal caso, la relativa diminuzione di pena (...).

3. (...) È ben vero che l'applicazione della recidiva (...) in tanto si giustifica in quanto il nuovo delitto, commesso da chi sia già stato condannato per precedenti delitti non colposi, sia in concreto espressivo non solo di una maggiore pericolosità criminale, ma anche di un maggior grado di colpevolezza, legato alla maggiore rimproverabilità della decisione di violare la legge penale (...) (sentenza n. 192 del 2007 e poi, ex plurimis, sentenza n. 185 del 2015 [...]) (...).

4. Nel merito, le questioni sollevate con riferimento agli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost., che devono qui essere esaminate congiuntamente, sono fondate.

4.1. [Le] deroghe al regime ordinario del bilanciamento tra circostanze, come disciplinato in via generale dall'art. 69 cod. pen., sono costituzionalmente ammissibili e rientrano nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, risultando sindacabili soltanto ove «trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (sentenza n. 68 del 2012 [...]), non potendo però giungere in alcun caso «a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale» (sentenza n. 251 del 2012).

Sulla base di tali criteri, questa Corte ha già dichiarato in varie occasioni l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza di altrettante circostanze attenuanti particolarmente significative ai fini della determinazione della gravità concreta del reato. Nella maggior parte dei casi (...) si è trattato di

circostanze espressive di un minor disvalore del fatto dal punto di vista della sua dimensione offensiva: così la «lieve entità» nel delitto di produzione e traffico illecito di stupefacenti (sentenza n. 251 del 2012) (...) Nella sola sentenza n. 74 del 2016, la dichiarazione di illegittimità ha invece colpito il divieto di prevalenza di una circostanza (...) che mira invece a premiare l'imputato per la propria condotta post delictum (...).

4.2. Le questioni ora sottoposte all'attenzione di questa Corte concernono una circostanza attenuante espressiva (...) della ridotta rimproverabilità soggettiva dell'autore; ridotta rimproverabilità che deriva, qui, dal suo minore grado di discernimento circa il disvalore della propria condotta e dalla sua minore capacità di controllo dei propri impulsi, in ragione delle patologie o disturbi che lo affliggono (...).

Ora, il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato, da tempo affermato da questa Corte sulla base di una lettura congiunta degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. ([...] ex multis, sentenze n. 40 del 2019 [...]), esige in via generale che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo (sentenza n. 222 del 2018). E il quantum di disvalore soggettivo dipende (...) anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile. Tra tali fattori si colloca, in posizione eminente, proprio la presenza di patologie o disturbi significativi della personalità (...), come quelli che la scienza medico-forense stima idonei a diminuire, pur senza escluderla totalmente, la capacità di intendere e di volere dell'autore del reato (...).

4.3. (...) Nonostante il carattere facoltativo dell'aggravante, un tale inderogabile divieto di prevalenza non può essere ritenuto compatibile con l'esigenza, di rango costituzionale, di determinazione di una pena proporzionata e calibrata sull'effettiva personalità del reo (...) Tale divieto, infatti, non consente al giudice di stabilire, nei confronti del semi-infermo di mente, una pena inferiore a quella che dovrebbe essere inflitta per un reato di pari gravità oggettiva, ma commesso da una persona che abbia agito in condizioni di normalità psichica, e pertanto pienamente capace – al momento del fatto – di rispondere all'ammonimento lanciato dall'ordinamento, rinunciando alla commissione del reato (...): con un risultato che la giurisprudenza di questa Corte ha da tempi ormai risalenti considerato di per sé contrario all'art. 3 Cost. (sentenza n. 26 del 1979), prima ancora che alla finalità rieducativa e all'esigenza di "personalizzazione" della pena (...).

4.4. La conclusione appena raggiunta non comporta il sacrificio delle esigenze di tutela della collettività contro l'accentuata pericolosità sociale espressa dal recidivo reiterato.

Se infatti è indubbio che il quantum della pena debba adeguatamente riflettere il grado di rimproverabilità soggettiva dell'agente, cionondimeno il diritto vigente consente (...), l'applicazione di una misura di sicurezza (...). La misura di sicurezza, non avendo alcun connotato "punitivo", non è subordinata alla rimproverabilità soggettiva del suo destinatario, bensì alla sua persistente pericolosità sociale, che deve peraltro, ai sensi dell'art. 679 del codice di procedura penale, essere oggetto di vaglio caso per caso da parte del magistrato di sorveglianza una volta che la pena sia stata scontata (sentenze n. 1102 del 1988) (...)

Una razionale sinergia tra pene e misure di sicurezza (...) potrebbe così consentire un'adeguata prevenzione del rischio di commissione di nuovi reati da parte del condannato affetto da vizio parziale di mente, senza indebite forzature della fisionomia costituzionale della pena, intesa come reazione proporzionata dell'ordinamento a un fatto di reato (oggettivamente) offensivo e (soggettivamente) rimproverabile al suo autore.

5. Resta assorbita la questione formulata in riferimento all'art. 32 Cost. ”

Con la sentenza in commento, la Corte Costituzionale ha dichiarato “*l’illegittimità costituzionale dell’art. 69, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 89 cod. pen. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all’art. 99, quarto comma, cod. pen.*”; ciò a seguito dell’ordinanza 121/2019 con la quale il Tribunale di Reggio Calabria ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riguardo agli artt. 3, 27, commi 1 e 3, e 32 Cost.

La Consulta, dopo un breve *excursus* sulle modifiche apportate all’art. 69, comma 4, c.p. (in particolare dalla L. 251/2005, introduttiva del divieto di cui trattasi), ha ritenuto che il giudice *a quo* abbia adeguatamente motivato sulle ragioni poste a fondamento dell’applicazione della circostanza aggravante di cui all’art. 99, comma 4, c.p. I due imputati avevano, infatti, riportato numerose condanne per reati omogenei a quello per il quale erano stati rinviati a giudizio, commessi nel quinquennio precedente, dimostrando, dunque, una particolare insensibilità nei confronti del monito a non violare più la legge penale e, di conseguenza, una più elevata capacità a delinquere ed una maggiore rimproverabilità soggettiva.

Secondo il Giudice delle Leggi, inoltre, l’applicazione della recidiva non può ritenersi contrastante con quella del vizio parziale di mente, trattandosi di circostanze, entrambe inerenti alla persona del colpevole, ai sensi dell’art. 70, comma 2, c.p., ma operanti su piani diversi e non reciprocamente escludentisi, ossia, rispettivamente, quello della capacità a delinquere e quello dell’imputabilità.

Nel merito, la Corte Costituzionale ha dichiarato fondate le questioni sollevate dal Giudice *a quo*, evidenziando che la possibilità di operare deroghe al regime ordinario di bilanciamento tra circostanze, di cui all’art. 69 c.p., rientra nella discrezionalità del legislatore, che può essere sindacata solo ove essa “*trasmodi nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio, non potendo giungere in alcun caso a determinare un’alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale.*” A tal proposito, la Corte richiama delle proprie precedenti pronunce di illegittimità costituzionale dell’art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza di alcune specifiche circostanze attenuanti, quali: la lieve entità nel delitto di produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti, la particolare tenuità nel delitto di ricettazione, la minore gravità nel delitto di violenza sessuale, il danno patrimoniale di speciale tenuità nei delitti di bancarotta e ricorso abusivo al credito, l’essersi il reo adoperato per evitare che il delitto di produzione e traffico di stupefacenti sia portato a conseguenze ulteriori (Corte Cost., sentenze 251/2012; 105/2014; 106/2014; 205/2017; 74/2016). Trattasi di circostanze ad effetto speciale e di natura oggettiva, espressive di un minor disvalore del fatto da un punto di vista della sua dimensione offensiva, ovvero, unicamente nel caso di cui all’art. 73, comma 7, d.P.R. 309/1990, del ravvedimento dell’imputato *post delictum*.

Nel caso in esame, tuttavia, la circostanza di cui all’art. 89 c.p. ha natura soggettiva, poiché espressiva di una ridotta rimproverabilità dell’autore, in quanto l’esistenza di patologie mentali influisce sul processo motivazionale, determinando un minor grado di discernimento circa il disvalore della propria condotta ed una minore capacità di controllo dei propri impulsi.

Ebbene, secondo il Giudice delle Leggi, il principio di proporzionalità della pena, di cui agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., impone che ad un minore grado di rimproverabilità soggettiva corrisponda una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto, in modo che la risposta sanzionatoria sia il più possibile individualizza-

ta. Tale principio non appare, dunque, compatibile con un inderogabile divieto di prevalenza che, nel caso di specie, *“non consente al giudice di stabilire, nei confronti del seminfermo di mente, una pena inferiore a quella che dovrebbe essere inflitta per un reato di pari gravità oggettiva, ma commesso da una persona che abbia agito in condizioni di normalità psichica”* e ciò indipendentemente dal fatto che l’art. 89 c.p. sia una mera circostanza ad effetto comune.

In conclusione la disposizione censurata impedisce al giudice di determinare una pena proporzionata rispetto alla concreta gravità del reato e pertanto adeguata al grado di responsabilità personale del suo autore, non consentendo di tenere adeguatamente conto della minore possibilità di essere motivato dalle norme di divieto da parte di chi risulti affetto da patologie o disturbi della personalità che, seppur non escludendola del tutto, diminuiscono fortemente la sua capacità di intendere e di volere.

Il divieto in oggetto contrasta con il principio costituzionale secondo cui la pena deve essere proporzionata alla gravità oggettiva e soggettiva del reato e, dunque, al grado di rimproverabilità del suo autore. Dato che la violazione della legge penale è meno rimproverabile se proviene da una persona con capacità di discernimento e di autocontrollo ridotte, si devono ritenere costituzionalmente illegittime le norme che impediscano al giudice di diminuire la pena in maniera proporzionata alla minore responsabilità soggettiva del reo.

Da ultimo, inoltre, la Consulta ritiene che le esigenze di tutela della collettività possano essere efficacemente soddisfatte incrementando la sinergia tra il sistema delle pene e quello delle misure di sicurezza, quest’ultimo finalizzato al contenimento della pericolosità sociale del reo ed al suo graduale reinserimento in società, potendo applicarsi al seminfermo di mente la misura di sicurezza del ricovero in casa di cura o custodia.

Illegittimo il divieto assoluto di scambio di oggetti tra detenuti sottoposti al 41-*bis* assegnati al medesimo gruppo di socialità

(C. Cost., 22 maggio 2020, n. 97)

“1.– La Corte di cassazione, sezione prima penale, con due ordinanze di analogo tenore, solleva, in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell’art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), «nella parte in cui prevede che siano adottate tutte le necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di scambiare oggetti per i detenuti in regime differenziato appartenenti al medesimo gruppo di socialità».

6.– (...) Ciò che l’applicazione del regime differenziato intende soprattutto evitare è che gli esponenti dell’organizzazione in stato di detenzione, sfruttando l’ordinaria disciplina trattamentale, possano continuare (utilizzando particolarmente, in ipotesi, i colloqui con familiari o terze persone) a impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dall’interno del carcere, il controllo sulle attività delittuose dell’organizzazione stessa (...).

7.– (...) sicché le sollevate questioni risultano fondate, per violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

In lesione dell’art. 3 Cost., il divieto di scambiare oggetti, nella parte in cui si applica anche ai detenuti inseriti nel medesimo gruppo di socialità, non risulta né funzionale né congruo rispetto alla finalità tipica ed essenziale del provvedimento di sottoposizione del singolo detenuto al regime differenziato, consistente nell’impedire le sue comunicazioni con l’esterno. (...)

7.1.– Questa stessa Corte ha riconosciuto – (...) – che «qualsiasi oggetto si presta astrattamente ad assumere – per effetto di una precedente convenzione, per la sua valenza simbolica intrinseca o semplicemente per i rapporti interpersonali tra le parti – un determinato significato comunicativo, quando non pure a fungere da sostituto “anomalo” dell’ordinario supporto cartaceo per la redazione di messaggi, o da contenitore per celarli al suo interno» (...).

Nel nostro caso, il significato simbolico o convenzionale insito nell’oggetto scambiato potrebbe efficacemente tradursi, in ipotesi, in una comunicazione da veicolare all’esterno, magari in occasione di un colloquio con familiari o (negli eccezionali casi in cui è consentito) terze persone.

A ben vedere, tuttavia, questa prima giustificazione non convince, proprio sul piano della sua congruità all’obiettivo.

Il fatto è che i detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità hanno varie occasioni di comunicare qualsiasi messaggio tra loro in forma orale, (...). In quelle stesse occasioni, pur essendo sottoposti a continua videosorveglianza, i detenuti ben possono inoltre scambiare comunicazioni in forma gestuale, dal significato non facilmente intelligibile. (...)

In ultima analisi, vale per questa ipotetica giustificazione del divieto – (...) – un giudizio di incongruità rispetto allo scopo, cui non può non accompagnarsi, di conseguenza, la sottolineatura del carattere inutilmente e meramente afflittivo della misura. (...)

7.2.– La valutazione non muta nemmeno a considerare l'altra possibile ratio dell'applicazione del divieto all'interno del medesimo gruppo di socialità, laddove cioè si ritenga che la proibizione si giustifichi al fine d'impedire che taluno degli appartenenti al gruppo possa acquisire, attraverso lo scambio di oggetti, una posizione di supremazia nel contesto penitenziario, simbolicamente significativa nell'ottica delle organizzazioni criminali e da comunicare, come tale, all'esterno del carcere. (...)

8.– Così come non esiste un diritto fondamentale del detenuto sottoposto al regime differenziato a cuocere cibi (...), non esiste un suo diritto fondamentale a scambiare oggetti, nemmeno con i detenuti assegnati al suo stesso gruppo di socialità. E tuttavia, sia cuocere cibi, sia scambiare oggetti, sono facoltà dell'individuo, anche se posto in detenzione, che fanno parte di quei «piccoli gesti di normalità quotidiana» (...), tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la libertà del detenuto stesso (...).

Pertanto, la compressione della possibilità di scambiare oggetti con gli altri detenuti del medesimo gruppo – espressione, questa, di una pur minimale facoltà di socializzazione – e la conseguente deroga all'applicazione delle regole ordinarie, potrebbe giustificarsi non in via generale e astratta, ma solo se esista, nelle specifiche condizioni date, la necessità in concreto di garantire la sicurezza dei cittadini, e la motivata esigenza di prevenire – come recita l'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera a), ordin. penit. – «contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni criminali contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate».

Da questo punto di vista, l'applicazione necessaria e generalizzata del divieto di scambiare oggetti anche ai detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, sconta il limite di essere frutto di un bilanciamento condotto ex ante dal legislatore, a prescindere, perciò, da una verifica in concreto dell'esistenza delle ricordate, specifiche, esigenze di sicurezza, e senza possibilità di adattamenti calibrati sulle peculiarità dei singoli casi.

È, in definitiva, la previsione ex lege del divieto assoluto a costituire misura sproporzionata, anche sotto questo profilo in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. (...)

9.– In definitiva, il divieto di scambiare oggetti prescritto dalla norma censurata, se applicato necessariamente a detenuti assegnati al medesimo gruppo di socialità, viola gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. (...)

L'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), ordin. penit., deve pertanto essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevede l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata «la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti» anziché «la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità.»

Nota di Santa Carucci

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di scambiare oggetti tra detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis o.p. appartenenti al medesimo "gruppo di socialità" in deroga alla regola ordinariamente valida per i detenuti, che possono scambiare tra loro oggetti di modico valore ex art. 15, comma 2 DPR 230/2000. La sentenza si inserisce nel solco di altre pronunce volte a ridurre la portata applicativa della norma, attraverso una rimodulazione delle limitazioni imposte ai condannati in regime di 41-bis.

La Corte osserva come l'iter argomentativo delle due ordinanze di rimessione della I sezione penale della Cassazione, volto a dimostrare come un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione sia impedita dal tenore letterale della stessa e da un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, è corretto e consente l'accesso al merito.

Ciò posto, procede in seguito alla ricostruzione della disciplina *ex 41-bis* o.p. incisa dalla L.15 luglio 2009, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*. Il comma 2 *quater* prevede una serie di misure che il provvedimento ministeriale di sospensione deve contenere. Tra queste, rilevano nel giudizio in esame, quelle di cui alla lett. f) che stabilisce che siano adottate: *“tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti”*.

A differenza della frase che lo precede, la quale mira a vietare le comunicazioni tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità da cui è *“sintatticamente e morfologicamente separato”*, il divieto di scambiare oggetti assume *“una portata normativa autonoma, con efficacia per tutti i detenuti soggetti al regime speciale, pur se appartenenti al medesimo gruppo di socialità”*. Le misure, infatti, consentono la formazione dei Gruppi di socialità, formati da massimo quattro detenuti, secondo una serie di criteri in grado di conciliare due esigenze contrapposte: evitare che i detenuti più pericolosi possano mantenere vivi i collegamenti con le organizzazioni criminali di riferimento e garantire occasioni minime di socialità.

Ricostruito il significato normativo della disposizione, la Corte procede al vaglio di legittimità trattandosi di accertare *“se il divieto legislativo di scambiare oggetti, in quanto necessariamente applicato anche ai detenuti in regime differenziato appartenenti al medesimo gruppo di socialità, determini effetti congrui e proporzionati, sia rispetto alle finalità del regime stesso, sia ai limiti cui è soggetta la sua applicazione...”*. Tale regime mira ad impedire *“i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà”*. In realtà, gli appartenenti al medesimo gruppo di socialità, trascorrendo insieme le due ore giornaliere d'aria e partecipando ad attività in comune, hanno varie occasioni per scambiare messaggi non sempre ascoltati dagli agenti penitenziari. Pertanto, se è ben comprensibile il divieto di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti assegnati a gruppi di socialità diversi, è irragionevole l'estensione indiscriminata del divieto anche a componenti del medesimo gruppo.

La valutazione di incongruità permane anche rispetto alla seconda delle giustificazioni del divieto: impedire che taluno degli appartenenti al gruppo possa acquisire, attraverso lo scambio di oggetti, una posizione di supremazia nel contesto penitenziario, simbolicamente significativa nell'ottica delle organizzazioni criminali. Invero, forme unidirezionali di scambio di oggetti possono essere già impedito con l'applicazione delle ordinarie regole carcerarie e con la tempestiva modifica del gruppo.

La Corte osserva come *“sia cuocere cibi, sia scambiare oggetti, sono facoltà dell'individuo, anche se posto in detenzione, che fanno parte di quei «piccoli gesti di normalità quotidiana» ... tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la libertà del detenuto stesso”*. È la limitazione indiscriminata di tale facoltà, anche ai detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, che, se non giustificata da esigenze di sicurezza pubblica, *“sconta il limite di essere frutto di un bilanciamento condotto ex ante dal legislatore...senza possibilità di adattamenti calibrati sulle peculiarità dei singoli casi”*. Giunge, così, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2 *quater*, lett. f) *“nella parte in cui prevede l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata «la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi*

di socialità, scambiare oggetti» anziché «la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità».

Sicché, anche dopo la sentenza, in forza della lett. a) della stessa norma, secondo cui la sospensione delle regole di trattamento può comportare “*l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna*”, l’Amministrazione penitenziaria potrà disciplinare le modalità degli scambi tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo o introdurre eventuali limitazioni, in casi peculiari debitamente motivati, eventualmente vagliate dal Magistrato di sorveglianza.

La Corte giunge, così, all’espunzione di un ulteriore automatismo, dimostrando come da un lato non serve ad accrescere le esigenze di sicurezza pubblica, dall’altro, impedisce una sia pur minima modalità di socializzazione traducendosi in una regola irragionevole ed inutilmente afflittiva in contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. La sospensione del trattamento, infatti, non può giungere sino a vanificare completamente la necessaria tensione della pena verso il reinserimento e violando il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità.

Sospensione della responsabilità genitoriale: il giudice deve valutare caso per caso se la misura sia idonea a tutelare gli interessi del minore

(Corte cost., 29 maggio 2020, n. 102)

“1.– Con l’ordinanza indicata in epigrafe, la Corte di cassazione, sezione sesta penale, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 34 e 574-bis del codice penale, in riferimento agli artt. 2, 3, 27, terzo comma, 30 e 31 della Costituzione, nonché all’art. 10 Cost., in relazione alla Convenzione sui diritti del fanciullo (...) nella parte in cui impongono che alla condanna per sottrazione e trattenimento di minore all’estero commessa dal genitore in danno del figlio minore consegua automaticamente e per un periodo predeterminato dalla legge la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale.

(...) 4.– Nel merito, conviene esaminare congiuntamente le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 574-bis, terzo comma, cod. pen. in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.

(...). 5.– Tali questioni (...) sono fondate.

5.1.– Il genitore che commetta un fatto di sottrazione e trattenimento di minori all’estero compie, invero, un delitto di elevata gravità, che offende tanto il diritto dell’altro genitore, quanto il diritto del minore a vivere la propria relazione con quest’ultimo (...).

5.2.– Tuttavia, il carattere intrinsecamente offensivo del delitto di cui all’art. 574-bis cod. pen. rispetto allo stesso interesse del minore non basta a giustificare (...) l’automatica applicazione della pena accessoria in questione in caso di condanna a pena non sospesa.

Occorre, in effetti, considerare che tale pena accessoria presenta caratteri del tutto peculiari rispetto alle altre pene previste dal codice penale, dal momento che, incidendo su una relazione, colpisce direttamente, accanto al condannato, anche il minore, che di tale relazione è il co-protagonista.

(...). L’impatto di tale sanzione sul minore è, d’altra parte, tutt’altro che trascurabile.

Come si è già rilevato (...), la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale comporta in capo al genitore che ne è colpito non solo la perdita temporanea del potere di rappresentanza legale del figlio nell’ambito dei rapporti patrimoniali, ma – ben più radicalmente – la privazione, per tutto il tempo della sospensione, dell’intero fascio di diritti, poteri e obblighi inerenti al concetto legale di «responsabilità genitoriale», con conseguente venir meno di ogni potere di assumere decisioni “per” il figlio: comprese quelle che attengono alle sue necessità di vita quotidiana e che l’art. 357 cod. civ., nel disciplinare i poteri del tutore, indica riassuntivamente con l’espressione «cura della persona».

(...) Una tale situazione, che rende oggettivamente più difficile la stessa relazione con il minore in conseguenza dell’applicazione della pena accessoria in esame, rischia così di danneggiare in primis proprio quest’ultimo. E ciò in violazione, tra l’altro, dello stesso principio di personalità della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma, Cost., il cui contenuto minimale è pur sempre il divieto di prevedere a applicare pene a danno di una persona per un fatto altrui (...).

5.3.– È ben vero che le ragioni di tutela del diritto del minore di intrattenere regolarmente relazioni e contatti personali con il genitore vengono meno, come prevedono all’unisono l’art.

9, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo e l'art. 24, comma 3, CDFUE, allorché la prosecuzione di tale rapporto sia contraria all'interesse preminente del minore. Ma non è ragionevole assumere che la sospensione dalla responsabilità genitoriale di chi si sia in passato reso responsabile del delitto di cui all'art. 574-bis cod. pen. costituisca sempre e necessariamente, come pare presupporre il legislatore, la soluzione ottimale per il minore.

5.3.1.– Al riguardo, occorre anzitutto considerare che i fatti sussumibili nell'art. 574-bis cod. pen. possono presentare caratteristiche assai varie, anche in relazione alla loro concreta dimensione offensiva per l'interesse del minore.

(...). 5.3.2.– Il problema principale determinato dalla previsione della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale come pena accessoria che segue automaticamente alla condanna per il delitto di cui all'art. 574-bis cod. pen. consiste però nella cecità di questa conseguenza (...) rispetto all'evoluzione, successiva al reato, delle relazioni tra il figlio minore e il genitore autore del reato medesimo.

Se, infatti, una misura che frappone significativi ostacoli alla relazione tra il figlio e il genitore in tanto può legittimarsi in quanto tale relazione risulti in concreto pregiudizievole per il figlio (...), la stessa applicazione della pena accessoria ora all'esame potrà giustificarsi solo ove risponda in concreto agli interessi del minore, da apprezzare secondo le circostanze di fatto esistenti al momento della sua applicazione: le quali, naturalmente, comprendono anche tutto ciò che è accaduto dopo il fatto da cui è scaturita la responsabilità penale del genitore. Tali circostanze ben potrebbero, infatti, aver evidenziato come il mantenimento del rapporto con il genitore autore della sottrazione o trattenimento all'estero non risulti pregiudizievole per il minore, e anzi corrisponda a un suo preciso interesse, che lo Stato avrebbe allora il dovere di salvaguardare, in via preminente rispetto alle stesse esigenze punitive nei confronti di chi abbia violato la legge penale.

(...) 5.3.3.– L'irragionevolezza dell'automatismo previsto dalla disposizione censurata, rispetto all'esigenza primaria di ricerca della soluzione ottimale per il minore, è vieppiù evidenziata dalla circostanza che la pena accessoria in questione è destinata a essere inesorabilmente eseguita soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza, spesso a molti anni di distanza dal fatto.

Prima di tale momento, l'ordinamento offre alle diverse autorità giurisdizionali che si succedono nel corso del procedimento penale (...) un ampio margine di valutazione relativamente alla possibile adozione di un provvedimento cautelare di sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale (...).

Tale margine di discrezionalità concesso al giudice penale durante il procedimento penale viene però del tutto meno quando la sentenza di condanna passa in esecuzione: qualunque cosa sia accaduta nel frattempo, e indipendentemente da qualsiasi valutazione circa l'interesse attuale del minore in quel momento. E ciò in frontale ed evidente contrasto con i diritti del minore sin qui rammentati.

5.4.– Da tutto quanto precede discende che l'automatica applicazione della pena accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale prevista dall'art. 574-bis, terzo comma, cod. pen. è incompatibile con tutti i parametri costituzionali sopra indicati, interpretati anche alla luce degli obblighi internazionali e del diritto dell'Unione europea in materia di tutela di minori che vincolano l'ordinamento italiano.

I limiti del devolutum non consentono a questa Corte di affrontare l'interrogativo – sul quale peraltro ben potrà il legislatore svolgere ogni opportuna riflessione – se il giudice penale sia l'autorità giurisdizionale più idonea a compiere la valutazione di effettiva rispondenza all'interesse del minore di un provvedimento che lo riguarda, quale è l'applicazione di una

pena accessoria che incide sul suo diritto a mantenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori (...).

I vincoli costituzionali sopra menzionati impongono però a questa Corte di porre rimedio al *vulnus* riscontrato in continuità con lo spirito delle sentenze n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013, sostituendo l'attuale automatismo con il dovere di valutazione caso per caso, da parte dello stesso giudice penale, se l'applicazione della pena accessoria in questione costituisca in concreto la soluzione ottimale per il minore (...). Valutazione, quest'ultima, che non potrà che compiersi in relazione alla situazione esistente al momento della pronuncia della sentenza di condanna – e dunque tenendo conto necessariamente anche dell'evoluzione delle circostanze successive al fatto di reato.

5.5.– La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis, terzo comma, cod. pen., nei termini appena indicati, comporta che esso dovrà trovare applicazione in quanto *lex specialis* – attribuite al giudice il “potere” di disporre la pena accessoria in questione anziché il “dovere” di irrogarla. (...).

Nota di Giuliana Costanzo

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale affronta, ancora una volta, il problema degli automatismi sanzionatori offrendo interessanti spunti al dibattito sulla opportunità di introdurre o mantenere, a discapito della discrezionalità della valutazione giudiziale, casi di applicazione fissa e automatica delle pene.

La questione su cui la Consulta è chiamata a pronunciarsi riguarda la legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p. e dell'art. 574 *bis*, comma 3, c.p., nella parte in cui questi comportano, in caso di condanna per il reato di sottrazione o mantenimento di minore all'estero, l'applicazione automatica, per un periodo di tempo predeterminato dalla legge, della pena accessoria della sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale. Nello specifico, secondo la sezione rimettente della Cassazione, l'automatismo sanzionatorio in questione si rivelerebbe contrario al principio di proporzionalità e a quello di individualizzazione della pena di cui agli artt. 3 e 27 Cost. e contrasterebbe altresì con il principio, deducibile dagli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., nonché dall'art. 10 Cost. in relazione alla Convenzione sui diritti del fanciullo, secondo cui ogni decisione che riguardi un minore deve essere sempre adottata considerando l'interesse preminente dello stesso.

Così, mentre vengono ritenute inammissibili le questioni relative all'art. 34 c.p. e le censure riferite all'art. 10 Cost., i giudici costituzionali ritengono fondate le questioni sollevate, con riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., in merito all'art. 574 *bis*, comma 3, c.p., di cui, in ultimo, dichiarano l'illegittimità costituzionale.

L'argomento fondamentale su cui la Corte ritiene di costruire il suo ragionamento attiene alla caratteristica principale della pena accessoria *de quo*, che è di incidere non sul solo destinatario della stessa bensì sulla *relazione* fra due soggetti: il genitore, privato, per un periodo predeterminato, dell'intero fascio di diritti e poteri vantati sul figlio, e quest'ultimo, coinvolto, «*de iure*, e non solo *de facto*», dalla misura. La Consulta, in particolare, evidenzia come tale peculiarità, accostata al meccanismo di applicazione automatico previsto dal legislatore, rischi di tradursi, oltre che in una violazione dell'art. 27 Cost., in un potenziale pregiudizio per il minore coinvolto: per effetto dell'impostazione attualmente vigente, infatti, il figlio minore del soggetto condannato per il reato di cui all'art. 574 *bis* c.p. verrebbe privato del rapporto

col genitore a prescindere da qualsiasi valutazione sulla incidenza di tale misura sul suo sviluppo e, quindi, senza poter valutare se quella della sospensione della responsabilità genitoriale sia, in concreto, la misura ottimale per lui.

Tale impostazione si rivela irragionevole per diversi motivi.

Essa, in primo luogo, non considera che all'interno dell'art. 574 bis c.p. sono sussumibili condotte aventi differente dimensione offensiva e gravità variabile, rispetto alle quali, dunque, la risposta sanzionatoria in questione non può rappresentare *sempre* la soluzione adeguata.

In secondo luogo, tale misura è irragionevole in quanto ciecamente concentrata sul momento in cui il reato è stato commesso e non in grado di tener conto della evoluzione delle relazioni tra figlio e genitore intervenute successivamente alla realizzazione del fatto criminoso.

In ultimo, l'irragionevolezza dell'applicazione automatica della pena accessoria in questione deriva dalla considerazione dei diversi poteri di cui dispone il giudice prima e dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 574 bis c.p.: se è vero, infatti, che l'esecuzione della pena accessoria *de quo* avviene solo allorquando la pronuncia sia passata in giudicato, la Corte evidenzia come «*Prima di tale momento, l'ordinamento offre alle diverse autorità giurisdizionali che si succedono nel corso del procedimento penale [...] un ampio margine di valutazione relativamente alla possibile adozione di un provvedimento cautelare di sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale; un provvedimento, peraltro, il cui contenuto può [...] essere opportunamente calibrato a seconda delle specifiche esigenze del caso concreto, potendo il giudice privare "in tutto" o anche solo "in parte" l'imputato dei poteri inerenti a tale responsabilità*». È dunque irragionevole, nonché contrario alla tutela preminente dell'interesse del minore, il fatto che quel margine di discrezionalità che il legislatore concede al giudice penale durante il procedimento penale venga del tutto meno quando la sentenza di condanna passi in esecuzione.

Per tutte le ragioni esposte, l'art. 574 bis, comma 3, c.p. deve considerarsi incompatibile con i parametri costituzionali indicati, così come interpretati alla luce degli obblighi internazionali ed europei vigenti in materia. Ne consegue che, secondo la Corte costituzionale, l'applicazione della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale in caso di condanna per il delitto di cui all'art. 574 c.p. deve essere affidata alla valutazione discrezionale del giudice, il cui unico dovere è di valutare, caso per caso, se l'irrogazione di tale sanzione, in relazione anche all'evoluzione delle circostanze intervenute successivamente alla commissione del fatto, rappresenti misura in grado di tutelare in modo prioritario gli interessi del minore.

Attraverso questa conclusione, dunque, la Consulta individua la discrezionalità del giudice quale baluardo irrinunciabile a tutela dei valori fondamentali del nostro sistema costituzionale, pur modellato sul principio di legalità formale. Si tratta di riflettere, allora, se in questo come negli altri casi in cui, specie con riferimento al trattamento sanzionatorio, la discrezionalità giudiziale è stata fatta salva, esistano meccanismi idonei a bilanciarne e razionalizzarne l'esercizio evitandone la deriva: è la volta dei sistemi di intelligenza artificiale.

Costituzionalmente illegittimo il termine di 24 ore per proporre reclamo avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza in tema di permessi premio

(C. Cost. 12 giugno 2020, n. 113)

“1. Con l’ordinanza indicata in epigrafe la Corte di cassazione, sezione prima penale, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, 27 e 111 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell’art. 30-bis, comma 3, in relazione al successivo art. 30-ter, comma 7, della legge del 26 luglio 1975, n. 354 (...) «nella parte in cui prevede che il termine per proporre reclamo avverso il provvedimento del Magistrato di sorveglianza in tema di permesso premio è pari a 24 ore».

3.1. (...) L’art. 30-bis ordin. penit., introdotto dalla legge 20 luglio 1977, n. 450 (...), disciplina il procedimento applicativo di tale beneficio, disponendo in particolare al comma 3 che tanto il detenuto quanto il pubblico ministero possono, entro ventiquattro ore dalla comunicazione del provvedimento del magistrato di sorveglianza, proporre reclamo al tribunale di sorveglianza (ovvero alla corte d’appello, se il provvedimento è stato adottato da altro organo). Come è noto, la legge 10 ottobre 1986, n. 663 (...) – la cosiddetta “legge Gozzini” – introdusse (...) il nuovo istituto dei permessi premio, disciplinato all’art. 30-ter, il cui comma 7 – in questa sede censurato – dispone che «[i]l provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza, secondo le procedure di cui all’art. 30-bis». In forza di tale richiamo, il termine per proporre reclamo contro la decisione del magistrato di sorveglianza in materia di permessi premio è il medesimo indicato dall’art. 30-bis, comma 3, ordin. penit. per il reclamo contro il provvedimento relativo ai permessi “di necessità”, ed è dunque pari a ventiquattro ore dalla sua comunicazione.

3.2. La sentenza n. 235 del 1996 di questa Corte, richiamata dalla Sezione rimettente, ha già esaminato questioni di legittimità costituzionale aventi a oggetto l’eccessiva brevità di tale termine, formulate – allora – sotto il concorrente profilo degli artt. 3, 25 e 27 Cost. Questa Corte aveva sottolineato, in quell’occasione, la funzionalità del permesso premio alla finalità di graduale reinserimento sociale del condannato nella società, definendolo anzi come uno «strumento cruciale ai fini del trattamento»; e ne aveva evidenziato la «profonda distinzione» rispetto al permesso cosiddetto di necessità previsto dall’art. 30 ordin. penit. (...). La Corte non aveva potuto non rilevare, allora, «che la fissazione di un identico termine per il reclamo nei confronti dei provvedimenti concernenti i permessi di necessità ed il reclamo nei confronti dei provvedimenti concernenti i permessi premio si rivel[a] non ragionevole, rispondendo ciascuno dei due provvedimenti reclamati a presupposti e finalità diverse» (...) Tuttavia, la Corte aveva ritenuto di doversi arrestare a una pronuncia di inammissibilità delle questioni prospettate, non riuscendo a rintracciare nell’ordinamento una soluzione costituzionalmente obbligata che potesse consentire di porre direttamente rimedio alla pur riscontrata eccessiva brevità del termine in esame. Un tale compito non poteva, secondo la Corte, che spettare al legislatore (...).

3.3. (...) Questa Corte non può che ribadire la valutazione di contrarietà alle norme costituzionali del termine in esame (...). Irragionevole al metro dell'art. 3 Cost. appare, anzitutto, la previsione di un unico termine di ventiquattro ore sia per il reclamo avverso il provvedimento relativo ai permessi "di necessità" (...) sia per il reclamo contro la decisione sui permessi premio, rispetto alla quale (...) ragioni di urgenza certamente non sussistono. Ingiustificatamente pregiudizievole rispetto all'effettività del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. è, d'altra parte, un termine così breve rispetto alla necessità, per l'interessato, di articolare compiutamente nello stesso reclamo, a pena di inammissibilità, gli specifici motivi in fatto e in diritto sui quali il tribunale di sorveglianza dovrà esercitare il proprio controllo sulla decisione del primo giudice. E ciò anche in relazione alla oggettiva difficoltà, per il detenuto, di ottenere in un così breve lasso di tempo l'assistenza tecnica di un difensore (...). Tali ostacoli alla possibilità di far valere efficacemente le proprie ragioni (...), determinano infine un indebito ostacolo alla stessa funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. nell'eventualità di decisioni erranee del magistrato di sorveglianza, che l'interessato non abbia la possibilità di contestare efficacemente avanti al tribunale di sorveglianza proprio per effetto dell'eccessiva brevità del termine concessogli per il reclamo.

3.4. D'altra parte, l'introduzione (...) della disciplina di cui all'art. 35-bis ordin. penit. sul reclamo giurisdizionale avverso le decisioni delle autorità penitenziarie che riguardano il detenuto, fornisce oggi un «precis[o] punto di riferimento, già rinvenibil[e] nel sistema legislativo» (sentenza n. 236 del 2016) idoneo a eliminare il vulnus riscontrato, ancorché non costituente l'unica soluzione costituzionalmente obbligata (...). Il comma 4 del menzionato art. 35-bis ordin. penit. prevede nell'ambito di quel procedimento – che disciplina in via generale il controllo giurisdizionale su tutte le decisioni che incidono sui diritti del detenuto – il termine di quindici giorni per il reclamo innanzi al tribunale di sorveglianza, decorrente dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione del magistrato di sorveglianza. Tale termine (...) costituisce dunque una soluzione già esistente nel sistema, che si presta naturalmente a essere estesa al reclamo avverso i provvedimenti del magistrato di sorveglianza concernenti i permessi premio, da presentare parimenti al tribunale di sorveglianza. E ciò ferma restando la possibilità per il legislatore di individuare (...) altro termine, se ritenuto più congruo, per lo specifico reclamo in esame.

3.5. L'art. 30-ter, comma 7, ordin. penit. deve pertanto essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevede, mediante rinvio al precedente art. 30-bis, che il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza entro ventiquattro ore dalla sua comunicazione, anziché prevedere a tal fine il termine di quindici giorni, tanto per l'interessato quanto per il pubblico ministero".

Nota di Agostino Sabatino

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2020, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-ter, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354, «*nella parte in cui prevede, mediante rinvio al precedente art. 30-bis, che il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza entro ventiquattro ore dalla sua comunicazione, anziché prevedere a tal fine il termine di quindici giorni*».

La pronuncia in commento trae origine dall'ordinanza di rimessione con cui la Corte di cassazione ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 24, 27 e 111 Cost. – questioni di legittimi-

tà costituzionale dell'art. 30-*bis*, comma 3, ord. penit., in combinato disposto con il successivo art. 30-*ter*, comma 7, ord. penit., «*nella parte in cui prevede che il termine per proporre reclamo avverso il provvedimento del Magistrato di sorveglianza in tema di permesso premio è pari a 24 ore*».

In realtà, questioni di legittimità costituzionale del tutto analoghe erano state già, in passato, sottoposte al vaglio della Consulta.

La Corte, con la sentenza n. 235 del 1996, pur rilevando l'irragionevolezza della previsione di un identico termine per il reclamo contro i due diversi tipi di permessi, aveva sostenuto l'inammissibilità delle questioni prospettate, «*non potendo rintracciare nell'ordinamento una conclusione costituzionalmente obbligata*» che potesse rimediare in via diretta alla – pur riscontrata – eccessiva brevità del termine in oggetto. In quell'occasione, però, la Corte aveva invitato il legislatore a «*provvedere, quanto più rapidamente, alla fissazione di un nuovo termine che contemperi la tutela del diritto di difesa con le esigenze di speditezza della procedura*».

Nella suddetta pronuncia la Consulta aveva, altresì, avuto modo di richiamare altra precedente decisione (sentenza n. 118 del 1990) in cui aveva affermato che i permessi premio costituiscono «*un incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria*», nonché «*uno strumento di rieducazione, in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società*». Tale configurazione imponeva, dunque, di collocare i permessi premio in una categoria completamente distinta da quella del permesso c.d. “di necessità”, istituto non collegato all'esecuzione della pena e per il quale la brevità del termine per impugnare il provvedimento del magistrato di sorveglianza risultava giustificato.

Il compito di individuare un termine congruo che potesse sostituire quello dichiarato incostituzionale non poteva che spettare – ad avviso della Corte – al legislatore, che era stato così invitato a provvedere. A ventiquattro anni di distanza da quel monito – rimasto inascoltato – la Consulta ha ribadito la contrarietà alle norme costituzionali di un termine così breve.

In primo luogo, rispetto all'art. 3 Cost., la Corte ha sottolineato l'irragionevolezza della previsione di un termine unico, sia per il reclamo avverso il provvedimento relativo ai permessi cc.dd. “di necessità”, rispetto ai quali la brevità del termine è correlata alla situazione di urgenza denunciata dal richiedente, sia per il reclamo contro la decisione sui permessi premio, rispetto ai quali le citate ragioni di urgenza non sussistono; in secondo luogo, rispetto agli artt. 24 e 111 Cost., ha evidenziato la pregiudizialità di un termine così breve, sia rispetto alla necessità del detenuto di articolare compiutamente gli specifici motivi del reclamo sui quali il tribunale di sorveglianza dovrà esercitare il proprio giudizio, sia in relazione all'oggettiva difficoltà per il detenuto di ottenere in poco tempo l'assistenza tecnica di un difensore.

Infine, i predetti impedimenti alla facoltà di far valere efficacemente le proprie ragioni, determinano un indebito ostacolo alla stessa funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.). Infatti, in caso di decisioni erranee da parte del magistrato di sorveglianza, il richiedente verrebbe privato della possibilità di contestare il provvedimento di diniego innanzi al tribunale di sorveglianza, proprio a causa dell'eccessiva brevità del termine concessogli per il reclamo.

Ai fini della ricostruzione della normativa *de qua*, particolare rilevanza assume l'introduzione dell'art. 35-*bis* ord. penit. sul reclamo giurisdizionale avverso le decisioni delle autorità penitenziarie, il quale viene a costituire un «*preciso punto di riferimento, già rinvenibile nel sistema legislativo (sentenza n. 236 del 2016), idoneo a eliminare il vulnus riscontrato, ancorché non costituente l'unica soluzione costituzionalmente obbligata*».

Infatti, il comma 4 della norma citata prevede che, nell'ambito del procedimento inerente al controllo giurisdizionale su tutte le decisioni che gravano sui diritti del detenuto, il termine

per il reclamo innanzi al tribunale di sorveglianza, decorrente dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione del magistrato di sorveglianza, sia di quindici giorni. Tale previsione – coincidente peraltro con quella prevista in via generale dall'art. 585 c.p.p. – *«costituisce dunque una soluzione già esistente nel sistema, che si presta naturalmente a essere estesa al reclamo avverso i provvedimenti del magistrato di sorveglianza concernenti i permessi premio, da presentare parimenti al tribunale di sorveglianza»*. Ferma restando, secondo la Corte, *«la possibilità per il legislatore di individuare – nel rispetto dei principi costituzionali sopra richiamati – altro termine, se ritenuto più congruo, per lo specifico reclamo in esame»*.

Alla luce di altri recenti interventi, la conclusione adottata dalla Consulta con la sentenza in commento risulta abbastanza prevedibile. Tale *modus operandi* sembra ormai contraddistinguere la giurisprudenza della Corte costituzionale, caratterizzata da un diverso tipo di rapporto con il legislatore, orientato ad una tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Riaffermata la tenuta costituzionale dell'art. 649 c.p.p.: possono sussistere sanzione amministrativa e pena in caso di omesso versamento IVA (art. 10-ter d.lgs. 74/2000)

(C. Cost., 12 giugno 2020, ord. n. 114)

“Rilevato che (...) il Tribunale ordinario di Rovigo (...) ha sollevato – in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) – questioni di legittimità costituzionale dell’art. 649 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede l’applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell’imputato al quale con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell’ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e dei relativi Protocolli»;

che il rimettente giudica della responsabilità di (...), imputato del reato previsto dall’art. 10-ter del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 (...), per avere omesso, in qualità di titolare dell’omonima impresa individuale, il versamento nei termini di legge dell’imposta sul valore aggiunto (IVA) (...);

che l’imputato è stato sottoposto anche a un procedimento amministrativo, in cui la predetta omissione gli è stata contestata assieme ad altre irregolarità tributarie (...);

che il giudice a quo (...) ripercorre la giurisprudenza europea sviluppata sul principio del ne bis in idem, rispettivamente sancito dall’art. 4 Prot. n. 7 CEDU e dall’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), soffermandosi in particolare sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, e sulle sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea, grande sezione, 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson e 20 marzo 2018, in causa C-524/15, Menci; (...)

che, secondo il giudice a quo, l’identità «naturalistica, giuridica e di politica criminale» tra il delitto di omesso versamento dell’IVA e il correlativo illecito amministrativo impedirebbe di ritenere integrati i requisiti cui la Corte di giustizia, nella sentenza Menci, ha condizionato la valutazione di conformità all’art. 50 CDFUE del doppio binario sanzionatorio previsto in materia tributaria nell’ordinamento italiano;

che invero, secondo il rimettente, in relazione all’omissione del versamento dell’IVA, i procedimenti e le sanzioni rispettivamente penali e amministrativi perseguirebbero il medesimo scopo; la condotta punita sarebbe identica; non sarebbero previste una normativa di coordinamento atta a limitare l’onere supplementare derivante dal cumulo di procedimenti, né norme idonee a garantire la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del reato;

che il rimettente dubita altresì della conformità dell’art. 649 cod. proc. pen. all’art. 3 Cost., «declinato come principio di ragionevolezza intrinseca dell’ordinamento»;

che il cumulo di procedimenti – amministrativo e penale – e relative sanzioni in ragione della medesima condotta di omesso versamento dell’IVA sarebbe eccessivamente oneroso e foriero di «un’ingiustificata disparità di trattamento», nonché di un «problema di ragionevolezza intrinseca dell’ordinamento»; (...)

che sarebbe erronea la valutazione del giudice a quo circa la non complementarietà degli scopi perseguiti dalle sanzioni amministrativa e penale, alla luce della giurisprudenza di legittimità, secondo cui il delitto di cui all’art. 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000 si pone in rapporto non di specialità ma di «progressione illecita» con la fattispecie di cui all’art. 13, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, (...);

che, peraltro, l’ordinamento già prevedrebbe meccanismi di raccordo tra il procedimento amministrativo e il procedimento penale in materia tributaria, delineati dagli artt. 19, 20 e 21 del d.lgs. n. 74 del 2000 e ritenuti dalla Corte di giustizia idonei ad assicurare al giudice di merito il potere di valutare la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria alla fattispecie concreta;

che l’intervento sull’art. 649 cod. proc. pen. sollecitato dal rimettente minerebbe la certezza della risposta sanzionatoria a fronte di condotte di evasione dell’IVA, così ponendosi in contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., in relazione al canone di effettività delle sanzioni in materia di IVA, imposto dal diritto dell’Unione europea; determinerebbe poi una situazione di «incertezza e [...] casualità delle sanzioni applicabili», in violazione degli artt. 25 e 3 Cost; sarebbe infine contrario al principio dell’obbligatorietà dell’azione penale, di cui all’art. 112 Cost., la mera definitività di una sanzione amministrativa, venendo a paralizzare la prosecuzione dell’azione da parte del pubblico ministero.

Considerato che (...) le questioni sollevate ricalcano nella sostanza, quanto alla norma censurata, ai parametri evocati, al petitum e all’iter argomentativo, quelle sollevate dal Tribunale ordinario di Bergamo con l’ordinanza iscritta al n. 169 del r.o. 2018 e dichiarate inammissibili con la sentenza n. 222 del 2019;

che in detta pronuncia questa Corte ha ritenuto inammissibile la censura di contrasto dell’art. 649 cod. proc. pen. con l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 4 Prot. n. 7 CEDU (e implicitamente all’art. 50 CDFUE) (...);

che, inoltre, nella medesima sentenza n. 222 del 2019 questa Corte ha osservato che tanto la Corte europea dei diritti dell’uomo (grande camera, sentenza 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia), quanto la Corte di giustizia dell’Unione europea (sentenza 20 marzo 2018, in causa C-524/15, Menci) non ritengono ex se contraria al divieto di bis in idem la sottoposizione di un imputato a processo penale per il medesimo fatto per il quale egli sia già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa, esigendo unicamente la sussistenza di un legame materiale e temporale sufficientemente stretto tra i due procedimenti, da ravvisarsi in presenza di sanzioni che perseguano scopi complementari, della prevedibilità del “doppio binario” sanzionatorio, di forme di coordinamento tra i procedimenti e della proporzionalità del complessivo risultato sanzionatorio;

che, in base a detti criteri, nella sentenza Menci la Corte di giustizia ha ritenuto compatibile con il divieto di bis in idem di cui all’art. 50 CDFUE il complessivo regime sanzionatorio e procedimentale previsto dal legislatore italiano in materia di omesso versamento dell’IVA, salva la verifica, da parte del giudice di merito, della non eccessiva onerosità, nel caso concreto, dell’applicazione del “doppio binario” sanzionatorio; (...)

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 649 del codice di procedura penale sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma,

della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) (...).”

Nota di Jessica Bianchin

La fattispecie in esame trae origine da una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 649 c.p.p. (divieto di un secondo giudizio), sollevata dal Tribunale di Rovigo, con l'ordinanza del 14 febbraio 2019, in riferimento agli artt. 3 e 117 c. 1 della Costituzione e quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Nel caso in esame, l'imputato veniva sottoposto a due procedimenti, amministrativo e penale, per il reato di cui all'art. 10 *ter* del D. Lgs. n. 74 del 10 marzo 2000 (nuova disciplina dei reati in materie di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'art. 9 della Legge n. 205 del 25 giugno 1999), per aver omesso, in qualità di titolare di un'impresa individuale, il versamento nei termini di legge dell'imposta sul valore aggiunto (Iva). Nel procedimento amministrativo, l'agente veniva condannato al pagamento di una sanzione amministrativa.

Il giudice rimettente dubitava della costituzionalità dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede il divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione formalmente amministrativa ma di carattere sostanzialmente penale (come da interpretazione derivante dai criteri sovranazionali).

Il Giudice *a quo* sosteneva che vi fosse un contrasto tra l'articolo 649 c.p.p. e l'art. 117 c. 1 Cost., “*nella misura in cui eleva a norma di rango costituzionale la norma interposta discendente all'interpretazione della disposizione dell'art. 50 CDFUE fornita dalla Corte di Giustizia*”. Il rimettente ripercorreva quindi la giurisprudenza europea sviluppatasi sul principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU e dall'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Invero, i precedenti giurisprudenziali (in particolare, Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia; CGUE, sent. 20 marzo 2018, Menci) escludevano la contrarietà della normativa italiana con gli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE, confermando che è ammissibile il doppio binario procedimentale e sanzionatorio, a condizione che i due procedimenti perseguano scopi differenti e complementari. Oltre a ciò, è necessario che il sistema normativo ne garantisca una coordinazione per evitare che le sanzioni risultino sproporzionate rispetto alla gravità delle violazioni commesse dal reo.

Tuttavia, secondo il Giudice *a quo*, nel caso di specie, le due sanzioni, amministrativa e penale, non avrebbero identità diverse, perché entrambe finalizzate a perseguire identico scopo. Inoltre, il cumulo dei procedimenti e delle relative sanzioni, in ragione della medesima condotta, sarebbe non solo eccessivamente oneroso, ma porrebbe anche un problema di ragionevolezza intrinseca dell'ordinamento.

Di conseguenza, l'art. 649 c.p.p. andrebbe a contrastare con l'applicazione del doppio binario procedimentale e sanzionatorio sovranazionale, come interpretato nei precedenti giurisprudenziali sopra esaminati.

La Corte Costituzionale, tuttavia, si dimostra di diverso avviso, e conferma quanto già stabilito nella sentenza n. 222/2019. La Consulta mette a confronto due interpretazioni, contra-

stanti, del principio del *ne bis in idem*: quello italiano, la cui connotazione è processuale, e quello europeo, la cui attenzione ricade sulla sanzione complessivamente irrogata da due procedimenti. A tal proposito, essa sostiene che l'ordinamento italiano prevede già dei meccanismi di raccordo tra il procedimento amministrativo e quello penale, in relazione a reati tributari, i quali sono delineati dagli articoli 19, 20 e 21 del D. Lgs. nr. 74 del 2000. Questi criteri sono ritenuti idonei ad assicurare al giudice di merito il potere di valutare la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria della fattispecie concreta. Pertanto, un intervento sull'articolo 649 c.p.p., sollevato dal rimettente, minerebbe la certezza della risposta sanzionatoria di fronte a condotte di evasione Iva, ponendosi, dunque, in contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. Oltre a ciò creerebbe anche una situazione di incertezza e casualità delle sanzioni applicabili, andando a violare i dispositivi degli artt. 25 e 3 Cost. Inoltre, una sua riformulazione sarebbe contraria anche al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., in quanto la *“definitività di una sanzione amministrativa andrebbe a paralizzare la prosecuzione dell'azione da parte del Pubblico Ministero”*.

Dunque la Corte Costituzionale dichiara inammissibile la censura, sollevata dal Giudice di merito, riguardante il contrasto dell'art. 649 c.p.p. con l'art. 117 c. 1 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU (ed implicitamente all'art. 50 CDFUE). Tale decisione si basa sul fatto che nell'ordinanza di remissione non sarebbero state chiarite in modo “adeguato” le ragioni per le quali non è ammissibile il “doppio binario” procedimentale e sanzionatorio in merito al delitto di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto. Difatti non ritiene di per sé contraria al principio di *ne bis in idem* la sottoposizione di un imputato a processo penale per il medesimo fatto per il quale egli era già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa. Ciò perché il doppio binario procedimentale e sanzionatorio è ammissibile ove: *“sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto tra i due processi, da ravvisarsi in presenza di sanzioni che perseguano scopi complementari; il “doppio binario” sanzionatorio sia prevedibile; siano previste forme di coordinamento tra i diversi procedimenti; sussista proporzionalità della complessiva sanzione da comminare in concreto”*. In conclusione la Corte Costituzionale dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p., con riferimento agli artt. 3 e 117 c. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 CEDU e all'art. 50 CDFUE.

Delineato il nuovo volto costituzionalmente orientato del delitto di diffamazione?

(C. Cost., 26 giugno 2020, ord. n. 132)

“(…) La motivazione di entrambe le ordinanze è imperniata su ampi richiami alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di libertà di espressione, tutelata dall’art. 10 CEDU e ritenuta di regola violata laddove vengano applicate pene detentive a giornalisti condannati per diffamazione.

6.1.– Tale giurisprudenza risale, in effetti, almeno alla sentenza della grande camera 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, nella quale la Corte EDU ha esaminato il ricorso di due giornalisti, condannati per diffamazione in quanto autori di un articolo nel quale accusavano un giudice di essere coinvolto in fatti di corruzione. La Corte EDU ha riconosciuto la legittimità dell’affermazione di responsabilità penale degli imputati, osservando che le gravi accuse rivolte alla vittima fornissero una visione distorta dei fatti e fossero prive di adeguati riscontri fattuali (paragrafo 103); ma ha al contempo ritenuto che l’imposizione nei loro confronti di una pena di sette mesi di reclusione non sospesa, ancorché in concreto non eseguita per effetto di un provvedimento di grazia presidenziale, costituisse una interferenza sproporzionata – e pertanto «non necessaria in una società democratica» ai sensi dell’art. 10, paragrafo 2, CEDU – con il loro diritto alla libertà di espressione, tutelata dal paragrafo 1 del medesimo art. 10 CEDU.

Nella pronuncia indicata, la Corte EDU ha ricordato in proposito (paragrafo 93) il proprio insegnamento secondo cui la stampa svolge l’essenziale ruolo di «cane da guardia» della democrazia (sentenza 27 marzo 1996, *Goodwin contro Regno Unito*, paragrafo 39), rilevando che «se è vero che gli Stati parte hanno la facoltà, o addirittura il dovere, in forza dei loro obblighi positivi di tutela dell’art. 8 CEDU, di disciplinare l’esercizio della libertà di espressione in modo da assicurare per legge un’adeguata tutela della reputazione delle persone, non devono però farlo in una maniera che indebitamente dissuada i media dallo svolgimento del loro ruolo di segnalare all’opinione pubblica casi apparenti o supposti di abuso dei pubblici poteri» (paragrafo 113). Il timore di sanzioni detentive produce, secondo la Corte di Strasburgo, un evidente effetto dissuasivo («chilling effect») rispetto all’esercizio della libertà di espressione dei giornalisti – in particolare nello svolgimento della loro attività di inchiesta e di pubblicazione dei risultati delle loro indagini – tale da riverberarsi sul giudizio di proporzionalità, e dunque di legittimità alla luce della Convenzione, di tali sanzioni (paragrafo 114).

Pur sottolineando come la scelta delle sanzioni sia in principio riservata ai tribunali nazionali, la Corte EDU ha concluso che «l’imposizione di una pena detentiva per un reato a mezzo stampa è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti, garantita dall’art. 10 della Convenzione, soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d’odio (hate speech) o di istigazione alla violenza» (paragrafo 115): circostanze certamente non sussistenti nel caso allora esaminato. (…)

7.2.– Per altro verso, il legittimo esercizio, da parte della stampa e degli altri media, della libertà di informare e di contribuire alla formazione della pubblica opinione richiede di essere

bilanciato con altri interessi e diritti, parimenti di rango costituzionale, che ne segnano i possibili limiti, tanto nell'ottica costituzionale quanto in quella convenzionale.

Fra tali limiti si colloca, in posizione eminente, la reputazione della persona, che costituisce al tempo stesso un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost. (sentenze n. 37 del 2019, n. 379 del 1996, n. 86 del 1974 e n. 38 del 1973) e una componente essenziale del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU (ex multis, Corte EDU, sentenza 6 novembre 2018, *Vicent del Campo contro Spagna*) (...)

7.3.– Il punto di equilibrio tra la libertà di “informare” e di “formare” la pubblica opinione svolto dalla stampa e dai media, da un lato, e la tutela della reputazione individuale, dall'altro, non può però essere pensato come fisso e immutabile, essendo soggetto a necessari assestamenti, tanto più alla luce della rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni.

Il bilanciamento sotteso alle norme del codice penale e in quelle della vigente legge sulla stampa – e in particolare negli artt. 595 cod. pen. e 13 della legge n. 47 del 1948, in questa sede censurati – si impernia sulla previsione, in via rispettivamente alternativa e cumulativa, di pene detentive e pecuniarie laddove il giornalista offenda la reputazione altrui, travalicando i limiti del legittimo esercizio del diritto di cronaca o di critica di cui all'art. 21 Cost. (...) Un simile bilanciamento è divenuto ormai inadeguato, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU poc'anzi rammentata, che al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive, ancorché sospese o in concreto non eseguite, nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la reputazione altrui. E ciò in funzione dell'esigenza di non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri.

Ciò esige una rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina in questa sede censurata, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica, nel senso ora precisato, con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti; vittime che sono oggi esposte a rischi ancora maggiori che nel passato. Basti pensare, in proposito, agli effetti di rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai social networks e dai motori di ricerca in internet, il cui carattere lesivo per la vittima – in termini di sofferenza psicologica e di concreti pregiudizi alla propria vita privata, familiare, sociale, professionale, politica – e per tutte le persone a essa affettivamente legate risulta grandemente potenziato rispetto a quanto accadeva anche solo in un recente passato.

8.– Un simile, delicato bilanciamento spetta in primo luogo al legislatore, sul quale incombe la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività. Il legislatore, d'altronde, è meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco, che contempra non solo il ricorso – nei limiti della proporzionalità rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito – a sanzioni penali non detentive nonché a rimedi civilistici e in generale riparatori adeguati (come, in primis, l'obbligo di rettifica), ma anche a efficaci misure di carattere disciplinare, rispondendo allo stesso interesse degli ordini giornalistici pretendere, da parte dei propri membri, il rigoroso rispetto degli standard etici che ne garantiscono l'autorevolezza e il prestigio, quali essenziali attori del sistema democratico. In questo quadro, il legislatore potrà eventualmente sanzionare con la pena detentiva le condotte che, tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo,

fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio.”

Nota di Daniela Mazzotta

Con l'ordinanza in commento, la Corte Costituzionale si è pronunciata, seppur in via interlocutoria, sulla legittimità costituzionale degli artt. 595 c. 3 c.p. e 13 della L. 8 febbraio 1948 n. 47 (“*Disposizioni sulla stampa*”), in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117 c. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 10 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Giova rammentare che nel nostro ordinamento la diffamazione a mezzo stampa, fattispecie aggravata del delitto di diffamazione di cui all'art. 595 c.p., viene sanzionata con la pena detentiva, la cui comminatoria è alternativa rispetto a quella pecuniaria, ai sensi del c. 3 della citata disposizione (reclusione da sei mesi a tre anni o la multa non inferiore a 516 euro); mentre è cumulativa ai sensi dell'art. 13 della L. 8 febbraio 1948 n. 47, nei casi in cui la condotta diffamatoria consista nell'attribuzione di un fatto determinato, punita con reclusione da uno a sei anni e con la corresponsione di una multa non inferiore a cinquecentomila lire (258 euro).

Dette pene, invero, vengono inflitte a condizione che la condotta non sia scriminata ex art. 51 c.p., dall'esercizio, da parte del giornalista, dei diritti di cronaca e di critica, protetti dagli artt. 21 Cost. e 10 CEDU, nel rispetto dei limiti della verità dei fatti, della pertinenza o interesse pubblico alla loro diffusione e della continenza delle espressioni adoperate.

Ciò detto, le questioni sollevate dai Tribunali di Salerno e Bari muovono censure pressoché analoghe e sono state oggetto di trattazione unitaria ai fini della decisione.

In estrema sintesi, entrambi i giudici rimettenti lamentano la previsione della pena della reclusione per l'appena descritta fattispecie delittuosa, ritenendo un siffatto trattamento sanzionatorio manifestamente irragionevole e sproporzionato rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, salvo casi eccezionali nei quali la stessa Corte EDU riconosca come legittima e idonea l'applicazione di tale pena.

A sostegno delle proprie argomentazioni, le ordinanze dei giudici *a quo* richiamano copiose pronunce della Corte di Strasburgo in materia di libertà di espressione, e in particolare la nota sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, relativa alla condanna per diffamazione di due giornalisti che avevano accusato un giudice di essere coinvolto in fatti di corruzione.

In tale occasione, la Corte ebbe a rimarcare l'essenziale ruolo di “*cane da guardia*” svolto dalla stampa in un sistema democratico in cui al diritto del giornalista di informare – specie nello svolgimento della propria attività d'inchiesta e di pubblicazione dei risultati delle indagini – corrisponde un correlativo e inviolabile diritto all'informazione dei cittadini.

Ed invero, secondo l'orientamento ormai gradatamente consolidato presso la Corte europea, il riconoscimento della libertà di stampa e di espressione dei giornalisti non impedisce agli Stati membri di disciplinarne l'esercizio e di bilanciarle con altri interessi e diritti, parimenti di rango costituzionale, fra cui spicca la reputazione delle persone che costituisce, al tempo stesso, un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost., ed è strettamente connesso con la dignità della persona e suscettibile di essere leso dalla diffusione di addebiti non veritieri o di rilievo esclusivamente privato.

Ciò che in sostanza la Corte mira a far comprendere è che il rispetto dei sopra citati obblighi di tutela della reputazione e dignità delle persone non deve, tuttavia, tradursi in un'opera

di dissuasione (c.d. “*chilling effect*”) dei media dallo svolgimento del loro ruolo di segnalare all’opinione pubblica anche casi apparenti o supposti di abuso dei pubblici poteri.

Pur riconoscendo che la scelta delle sanzioni spetta ai tribunali nazionali, la Corte EDU non si trattiene dal giudicare l’imposizione di una pena detentiva per tali casi compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti, garantita dall’art. 10 CEDU, soltanto in circostanze eccezionali, e cioè segnatamente quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi di odio (c.d. “*hate speech*”) o di istigazione alla violenza.

È proprio alla luce di tali insegnamenti che la Consulta, con l’esaminata ordinanza, ha posto l’accento sull’opportunità e l’esigenza di riesaminare quanto prima il criterio di bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto alla reputazione di ogni persona, adeguandolo alla giurisprudenza delle Corti europee e straniere.

Non a caso, anche numerosi documenti degli organi politici del Consiglio d’Europa raccomandano agli Stati membri di evitare l’inflizione di sanzioni detentive nei casi di diffamazione, proprio per tutelare la libertà di espressione dei giornalisti e, allo stesso tempo, il diritto dei cittadini ad essere informati; altresì, lo stesso Comitato dei ministri ha adottato nel 2004 una Dichiarazione sulla libertà dei dibattiti politici nei media, secondo cui la pena detentiva non dovrebbe essere inflitta, se non in casi di grave violazione di altri diritti fondamentali che la rendano strettamente necessaria e proporzionata.

Nel quadro di un’auspicata complessiva rimediazione del bilanciamento fra tali diritti, la discussione delle questioni di legittimità costituzionale è stata rinviata dalla Consulta all’udienza pubblica che si terrà il 22 giugno 2021, e ciò per ragioni di opportunità e per «*spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni*», tenuto conto di vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa attualmente in corso di esame dinanzi alle Camere.

Detto rinvio, nell’ottica del monito lanciato dalla Corte, permetterebbe al legislatore di intervenire con una nuova disciplina normativa in piena conformità a principi costituzionali e convenzionali di cui si è parlato in precedenza, tramite l’accordo tra le forze politiche.

Le finalità (ri)educative del rito minorile escludono la possibilità di disporre la messa alla prova (già) nella fase delle indagini preliminari

(C. Cost., 6 luglio 2020, n. 139)

“1.– Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i minorenni di Firenze ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 28 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (...), in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 31, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che la messa alla prova del minore possa essere disposta nella fase delle indagini preliminari.

“1.1.– Atteso che l’art. 464-ter del codice di procedura penale consente la messa alla prova in fase di indagini preliminari per l’adulto, l’esclusione di un’analogha possibilità per il minore (...), determinerebbe un’irragionevole disparità di trattamento, con l’effetto, contrario al finalismo rieducativo del trattamento sanzionatorio e al favor per la protezione della gioventù, di impedire il più celere affrancamento penale del minore.

4.1.1.– Il tenore letterale dell’art. 28 del d.P.R. n. 448 del 1988, con l’impiego delle dizioni «processo» e «imputato», univoche nel presupporre l’avvenuto esercizio dell’azione penale, indica chiaramente che la messa alla prova del minore non può essere disposta nel corso delle indagini preliminari, prima dell’esercizio dell’azione, e quindi anteriormente all’udienza preliminare. Se ne trae conferma dall’art. 29 del d.P.R. n. 448 del 1988 (...). Se ne trae ulteriore conferma dal riferimento dell’art. 27 del d.lgs. n. 272 del 1989 al «collegio che ha disposto la sospensione del processo», organo che, per avere struttura collegiale, non può essere il giudice per le indagini preliminari (...).

4.2.– (...) L’art. 464-ter cod. proc. pen. contempla la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nel corso delle indagini preliminari (...).

4.2.1.– (...) Risulta pertanto corretto il presupposto interpretativo delle questioni in scrutinio, cioè che il giudice per le indagini preliminari non può disporre la messa alla prova del minore, alla luce dell’art. 28 del d.P.R. n. 448 del 1988 (...).

4.3.– Questa Corte ha già illustrato la profonda differenza funzionale esistente tra la messa alla prova del minore e quella dell’adulto, l’una avente finalità essenzialmente rieducativa, l’altra viceversa connotata da innegabili tratti sanzionatori (sentenze n. 75 del 2020 e n. 68 del 2019) (...).

4.3.1.– A differenza di quella del minore, la messa alla prova dell’adulto, oltre a incontrare limiti oggettivi in rapporto alla pena edittale del reato per cui si procede (art. 168-bis del codice penale), postula la richiesta specifica dell’imputato (art. 464-bis cod. proc. pen.) e, ove tale richiesta sia formulata nel corso delle indagini preliminari, il consenso del pubblico ministero (art. 464-ter cod. proc. pen.). La messa alla prova dell’adulto si presenta, quindi, come un istituto di carattere “negoziale”, perché espressivo di una libera opzione di convenienza dell’imputato; nella fase delle indagini preliminari, l’istituto acquista finanche una configurazione “patteggiata”, per la necessità di un accordo tra l’indagato e il pubblico ministero; tutto ciò secondo un indirizzo di politica legislativa cui non sono estranee finalità generali di deflazione giudiziaria per reati di contenuta gravità. Quale istituto ad applicazione officiosa e illi-

mitata, non condizionata cioè dalla richiesta dell'imputato, né dal consenso del pubblico ministero, né sottoposta a limiti oggettivi di pena edittale, la messa alla prova del minore evidenzia caratteristiche specularmente opposte a quella dell'adulto, poiché l'essenziale finalità rieducativa ne plasma la disciplina in senso rigorosamente personologico, estraneo ogni obiettivo di deflazione giudiziaria.

4.4.1.– Deve allora rammentarsi che questa Corte, nel giudicare legittimo l'art. 25 del d.P.R. n. 448 del 1988, laddove esclude l'operatività nel processo penale minorile dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, ha ritenuto che l'esclusione corrisponda «ad un ponderato bilanciamento tra le esigenze di economia processuale, che avrebbero consigliato di ammettere forme di “patteggiamento” anche nel procedimento a carico di imputati minorenni, e le peculiarità del modello di giustizia minorile adottato dall'ordinamento italiano, sorretto dalla prevalente finalità di recupero del minorenne e di tutela della sua personalità, nonché da obiettivi pedagogico-rieducativi piuttosto che retributivo-punitivi» (sentenza n. 272 del 2000). Ancora prima, con la sentenza n. 135 del 1995, questa Corte ha osservato come l'istituto del “patteggiamento” possa condurre ad esiti incoerenti con la finalità rieducativa del processo penale minorile, essendo questo caratterizzato da amplissimi e incoercibili poteri discrezionali del giudice, in funzione dell'esigenza primaria di recupero del minore.

4.5.– La questione sollevata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i minorenni di Firenze in riferimento all'art. 3 Cost. è infondata, dunque, poiché il tertium comparationis, che il giudice a quo individua nell'art. 464-ter cod. proc. pen., è eterogeneo rispetto alla norma censurata. (...).

4.5.1.– La finalità essenzialmente rieducativa della messa alla prova minorile si oppone a un'eccessiva anticipazione procedimentale delle relative valutazioni. Nel modello elevato dal rimettente a tertium comparationis, l'adulto può chiedere la messa alla prova anche all'esordio delle indagini preliminari (...). Se ciò può apparire coerente con la natura “negoziale” della messa alla prova dell'adulto e con l'oggettiva delimitazione edittale dei reati compatibili, non altrettanto sarebbe per la messa alla prova del minore, poiché quest'ultima, rientrando nell'esclusiva discrezionalità del giudice e potendo riguardare anche reati di elevata gravità, presuppone quantomeno una definizione approssimativa dei fatti, sintomatici delle reali necessità rieducative del minore indagato (...).

4.6.– La scelta del legislatore di affidare la messa alla prova minorile al giudice dell'udienza preliminare, e di non consentirne una valutazione anticipata da parte del giudice per le indagini preliminari, trova la sua ratio anche nella struttura dell'organo giudicante, collegiale e interdisciplinare nell'un caso, monocratico e togato nell'altro.

4.6.4.– La tesi espressa dal rimettente, secondo la quale l'apporto scientifico dei giudici onorari potrebbe essere recuperato dal giudice per le indagini preliminari tramite l'audizione di esperti ai sensi dell'art. 9, comma 2, del d.P.R. n. 448 del 1988, esperti che potrebbero a suo avviso coincidere con le stesse persone fisiche di quei giudici onorari, tradisce un fraintendimento del ruolo dei componenti non togati del giudice dell'udienza preliminare minorile. Questi non sono meri consulenti tecnici del componente togato, bensì componenti dell'organo giudicante a pari titolo, e come tali essi concorrono alla decisione non indirettamente, ma pleno iure, peraltro rappresentando la quota maggioritaria dell'organo stesso (...).

4.6.6.– Non muta i termini del problema la circostanza che il giudice per le indagini preliminari condivida con il giudice dell'udienza preliminare altri poteri decisori, come quello di adottare misure cautelari nei confronti del minore (art. 19 del d.P.R. n. 448 del 1988) e quello di dichiarare il non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (art. 27 del d.P.R. n. 448 del 1988). In queste diverse fattispecie la valutazione della personalità del minore, seppure necessaria come nell'applicazione di ogni istituto di diritto minorile, non rappresenta tuttavia

l'essenza stessa dell'intervento giudiziale, ed invece concorre con valutazioni di contenuto prevalentemente oggettivo e tecnico-giuridico. Nella messa alla prova del minore, invece, l'aspetto personologico è assolutamente centrale, sicché il contributo decisivo dei giudici esperti si rivela essenziale.

5.1.– (...) Ferma dunque la grande importanza della messa alla prova nel sistema di giustizia penale minorile, alle cui tipiche finalità di reinserimento sociale l'istituto corrisponde «forse più di ogni altro», come da questa Corte rimarcato con la sentenza n. 125 del 1995, resta che la misura può assolvere la sua primaria funzione rieducativa solo se disposta, a tempo debito, da un giudice strutturalmente qualificato alle necessarie valutazioni di personalità, poiché queste condizionano l'esito positivo della prova, la conseguente dichiarazione di estinzione del reato e, in ultima analisi, l'effettiva fuoriuscita del minore dal circuito penale.

6.– Per le considerazioni che precedono, le questioni devono essere dichiarate non fondate, in riferimento a tutti i parametri evocati.”

Nota di Giulio Baffa

Con la sentenza che qui si annota, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, sollevata dal Gip del Tribunale per i minorenni di Firenze, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 31, secondo comma, Cost. nella parte in cui non prevede la possibilità di disporre la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato infradiciottenne anche nella fase delle indagini preliminari.

Più nel dettaglio, il giudice *a quo* segnala come tale preclusione si porrebbe anzitutto in contrasto con il principio di uguaglianza/ragionevolezza, posto che l'art. 464-ter c.p.p. consente, invece, all'indagato “adulto” di presentare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova già nella fase delle indagini preliminari. In secondo luogo, verrebbero vanificate le finalità proprie del processo minorile, con il quale si è inteso coniugare l'esigenza di una rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale (principio di minima offensività) con la necessità di salvaguardare la personalità dello stesso da effetti stigmatizzanti derivanti dal processo (principio di de-stigmatizzazione): da qui, l'ulteriore violazione, da una parte, del principio della funzione rieducativa della pena di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. e, dall'altra, dell'art. 31, secondo comma, Cost. che impegna la Repubblica a favorire gli istituti necessari alla protezione della gioventù, tra i quali rientra sicuramente la messa alla prova del minore.

L'interpretazione restrittiva risulta avvalorata dal dato letterale degli artt. 28 e 29: a ben vedere, infatti, l'art. 28 si riferisce in modo esplicito al “processo” e all'”imputato”, confermando la tesi per cui l'ordinanza di sospensione possa essere disposta solo allorché il p.m. abbia esercitato l'azione penale; inoltre, l'art. 29 impone al giudice, in caso di esito negativo della messa alla prova, di proseguire il normale *iter* processuale, provvedendo a norma degli artt. 32 e 33 d.P.R. n. 448/1988, che disciplinano rispettivamente lo svolgimento dell'udienza preliminare e del dibattimento.

In argomento, il Giudice delle leggi era già intervenuto con la sentenza n. 125/1995, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 28 nella parte in cui non consentiva che la sospensione potesse essere disposta in seguito all'istituzione del giudizio abbreviato e di quello immediato. Si continua invece a discutere sulla possibilità di disporre la messa alla prova nel corso del

giudizio di appello. Ora, se da un lato la disposizione dell'art. 35 d.P.R. 448/1988 risulta compatibile con una lettura "estensiva", dall'altro ammettere la sospensione del processo in un tempo eccessivamente lontano rispetto alla commissione del fatto di reato, potrebbe vanificare l'effetto risocializzante connesso al progetto di intervento.

Tornando alla specifica questione al vaglio della Consulta, può certamente assumersi come presupposto quello per cui l'istituto della messa alla prova nei confronti dell'imputato minore non condivide la medesima finalità di quello previsto nei confronti degli "adulti". Mentre, infatti, la messa alla prova dell'adulto si presenta come un istituto di carattere "negoziale" che risponde ad esigenze deflattive del carico giudiziario e di economia processuale, il progetto di intervento nella messa alla prova del minore evidenzia una chiara impostazione "psicologica" e persegue finalità marcatamente rieducative.

Si tratta del resto di una ricostruzione che sembrerebbe trovare significative conferme a livello normativo. La componente utilitaristica e premiale della messa alla prova dell'adulto deriverebbe anzitutto dall'art. 168-*bis* c.p. che, nello stabilire le condizioni per l'applicabilità dell'istituto, pone dei limiti oggettivi in rapporto alla pena edittale del reato per cui si procede. Ancora, l'art. 464-*bis* c.p.p. postula una richiesta specifica dell'imputato, richiesta che, se formulata nel corso delle indagini preliminari, deve essere corredata, ai sensi dell'art. 464-*ter* c.p.p., dal consenso del pm, attraverso un meccanismo non dissimile da quello previsto per il c.d. patteggiamento¹. Al contrario, la *probation* minorile è un istituto ad applicazione officiosa e illimitata, non essendo condizionato dalla richiesta dell'imputato, né dal consenso del pm, né sottoposto a limiti oggettivi di pena edittale.

Muovendo da queste premesse di carattere teorico, la Consulta ha ritenuto che l'art. 464-*ter* c.p.p. non potesse assumere il ruolo di *tertium comparationis*, in vista del quale rilevare che la "disparità" di trattamento sia irragionevole o arbitraria.

Oltretutto, la soluzione per cui la messa alla prova debba essere affidata (quantomeno) alla scelta del Gup minorile, sembra imporsi anche in ragione della struttura di tale organo giudicante. Invero, la fattibilità, la predisposizione e la valutazione sull'andamento del progetto richiedono un giudizio che investe aspetti psichici, sociali e ambientali del minore, riservato nel processo minorile alla competenza del Gup, collegiale-misto che vede la prevalenza dei giudici onorari specializzati nelle scienze sociali (componenti privati). Ragionando diversamente, significherebbe investire il Gip minorile, organo togato-monocratico – e, dunque, privo di una istituzionale specializzazione nelle scienze sociali – di una cognizione dal carattere non esclusivamente tecnico-giuridica.

L'impressione generale è quella per cui la scelta del legislatore di non consentire la sospensione del processo già nella fase delle indagini preliminari risulta conforme al principio del finalismo rieducativo: un'anticipazione delle valutazioni funzionali all'esito positivo della prova, alla conseguente dichiarazione di estinzione del reato e, quindi, all'effettiva fuoriuscita dal circuito penale, da parte di un organo strutturalmente inadatto a giudicare la personalità dell'imputato, potrebbe frustrare la finalità tipica della messa alla prova e, conseguentemente, lo stesso reinserimento sociale dell'infradiciottenne.

¹ Cfr., da ultimo, Corte cost., 24 aprile 2020, n. 75 nella quale si osserva come la messa alla prova manifesta, per gli imputati adulti, una «innegabile connotazione sanzionatoria»

Moniti inascoltati: la ragionevole applicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva

(C. Cost., 21 luglio 2020, n. 156)

“1.– Il Tribunale ordinario di Taranto ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 131-bis del codice penale [...], in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione.

La norma censurata violerebbe gli evocati parametri nella parte in cui, limitando l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ne esclude il reato di ricettazione attenuata da particolare tenuità, la cui pena detentiva massima è pari invero a sei anni di reclusione, a norma dell'art. 648, secondo comma, cod. pen.

Poiché la medesima causa di non punibilità è viceversa applicabile, in ragione di un massimo edittale contenuto nel limite dei cinque anni, a fattispecie delittuose omogenee alla ricettazione – quali furto, danneggiamento e truffa – nonostante queste abbiano una pena detentiva minima molto superiore a quella della ricettazione attenuata, si determinerebbe una disparità di trattamento contraria al principio di ragionevolezza e al finalismo rieducativo della pena, giacché l'applicazione dell'esimente contraddirebbe il giudizio di disvalore insito nei minimi edittali.

3.– Nel merito, la questione sollevata con riferimento all'art. 3 Cost. è fondata.

3.1.1.– Come questa Corte ha avuto modo di chiarire, tale ultima disposizione [*recte*: il comma quinto dell'art. 131-bis c.p.] indica che l'esistenza di un'attenuante, di cui la particolare tenuità del danno o del pericolo sia elemento costitutivo, di per sé non impedisce l'applicazione della causa di non punibilità, ma neppure la comporta automaticamente (sentenza n. 207 del 2017).

Ciò in quanto la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. richiede una valutazione complessiva di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, a norma dell'art. 133, primo comma, cod. pen., incluse quindi le modalità della condotta e il grado della colpevolezza, e non solo dell'entità dell'aggressione del bene giuridico protetto (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 6 aprile 2016, n. 13681).

3.2.1.– La «particolare tenuità del fatto» di cui all'art. 648, secondo comma, cod. pen. integra una circostanza attenuante rientrante nel novero di quelle cosiddette indefinite o discrezionali (ancora sentenza n. 207 del 2017). (...)

3.3.– In linea astratta, dunque, per effetto del quinto comma dell'art. 131-bis cod. pen., la particolare tenuità del fatto quale attenuante della ricettazione, come definita dall'art. 648, secondo comma, cod. pen., potrebbe concorrere a integrare l'esimente di cui al medesimo art. 131-bis (...).

3.3.1.– Viceversa, per effetto del quarto comma dell'art. 131-bis cod. pen., che attribuisce rilevanza alle circostanze speciali *quoad poenam*, detta causa di non punibilità non può trovare applicazione in rapporto alla ricettazione attenuata di cui al secondo comma dell'art. 648

cod. pen., poiché questo fissa un massimo edittale di pena detentiva pari a sei anni di reclusione, quindi superiore al limite di cinque anni posto dalla norma esimente (...).

3.4.1.– (...) Per delineare questa esimente generale, il legislatore del 2015 ha «considerato i reati al di sotto di una soglia massima di gravità (...) e ha tracciato una linea di demarcazione trasversale per escludere la punibilità – ma non l’illiceità penale – delle condotte che risultino, in concreto, avere un tasso di offensività marcatamente ridotto, quando appunto l’”offesa è di particolare tenuità”» (ancora sentenza n. 120 del 2019) (...).

3.5.– Per costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, le cause di non punibilità costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, sicché la loro estensione comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti, in primo luogo quelle che sorreggono la norma generale e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria, giudizio che appartiene primariamente al legislatore (ex multis, sentenze n. 140 del 2009 e n. 8 del 1996).

3.5.1.– Con la medesima sentenza [*recte*: sentenza n. 207 del 2017], questa Corte ha dichiarato non fondate, in riferimento agli artt. 3, 13, 25 e 27 Cost., le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 131-bis cod. pen., nella parte in cui non estende l’applicabilità dell’esimente all’ipotesi attenuata di cui all’art. 648, secondo comma, cod. pen., in ragione del massimo edittale di pena detentiva superiore ai cinque anni (...).

3.5.2.– La sentenza n. 207 del 2017 ha tuttavia rilevato l’«anomalia» della comminatoria per la ricettazione di particolare tenuità, in ragione dell’inconsueta ampiezza dell’intervallo tra minimo e massimo di pena detentiva (da quindici giorni a sei anni di reclusione), della larga sovrapposizione con la cornice edittale della fattispecie non attenuata (da due anni a otto anni), nonché dell’asimmetria scalare tra gli estremi del compasso (...).

3.5.3.– La citata sentenza ha osservato che, «se si fa riferimento alla pena minima di quindici giorni di reclusione, prevista per la ricettazione di particolare tenuità, non è difficile immaginare casi concreti in cui rispetto a tale fattispecie potrebbe operare utilmente la causa di non punibilità (impedita dalla comminatoria di sei anni), specie se si considera che, invece, per reati (come, ad esempio, il furto o la truffa) che di tale causa consentono l’applicazione, è prevista la pena minima, non particolarmente lieve, di sei mesi di reclusione» (...) per ovviare all’incongruenza – si è aggiunto –, «oltre alla pena massima edittale, al di sopra della quale la causa di non punibilità non possa operare, potrebbe prevedersi anche una pena minima, al di sotto della quale i fatti possano comunque essere considerati di particolare tenuità». Astenutasi dal compiere siffatto intervento additivo, primariamente spettante alla discrezionalità legislativa, questa Corte ha ammonito il legislatore a farsene carico (...).

3.5.4.– Il legislatore non ha dato seguito a tale monito (...).

3.6.– Come osservato nella sentenza n. 207 del 2017 circa la ricettazione attenuata, con un rilievo che può essere tuttavia formulato in termini generali, la mancata previsione di un minimo edittale di pena detentiva – e quindi l’operatività del minimo assoluto di quindici giorni (...) – richiama per necessità logica l’eventualità applicativa dell’esimente di particolare tenuità del fatto.

D’altronde, nella giurisprudenza costituzionale sul principio di proporzionalità della sanzione penale, il minimo assoluto dei quindici giorni di reclusione ha identificato il punto di caduta di fattispecie delittuose talora espressive di una modesta offensività (sentenza n. 341 del 1994). (...)

In linea generale, l’opzione del legislatore di consentire l’irrogazione della pena detentiva nella misura minima assoluta rivela inequivocabilmente che egli prevede possano rientrare nella sfera applicativa della norma incriminatrice anche condotte della più tenue offensività (...).

3.6.1.– Il carattere generale dell'esimente di particolare tenuità di cui all'art. 131-bis cod. pen. impedisce a questa Corte di rinvenire nel sistema un ordine di grandezza che possa essere assunto a minimo edittale di pena detentiva sotto il quale l'esimente stessa potrebbe applicarsi comunque, a prescindere cioè dal massimo edittale (...) Ben potrà il legislatore, nell'esercizio della sua ampia discrezionalità in tema di estensione delle cause di non punibilità, fissare un minimo relativo di portata generale, al di sotto del quale l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-bis cod. pen. non potrebbe essere preclusa dall'entità del massimo edittale. Qui deve tuttavia censurarsi, alla luce dell'art. 3 Cost., l'intrinseca irragionevolezza della preclusione dell'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-bis cod. pen. per i reati – come la ricettazione di particolare tenuità – che lo stesso legislatore, attraverso l'omessa previsione di un minimo di pena detentiva e la conseguente operatività del minimo assoluto di cui all'art. 23, primo comma, cod. pen., ha mostrato di valutare in termini di potenziale minima offensività.

4.1.– Resta assorbita la questione sollevata in riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost.”

Nota di Irene Palese

La sentenza della Corte Costituzionale in esame dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis c.p., per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva».

L'art. 131-bis, inserito dall'art. 1 c. 2 del D.Lgs. n. 28/2015, introduce nell'ordinamento penale la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Essa è applicabile ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni ovvero con pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva.

La *ratio* è di ridurre e velocizzare la trattazione di quei procedimenti per reati bagatellari, in applicazione del principio di economia processuale e proporzionalità della pena.

Il limite applicativo dell'esimente, fissato dal c. 1 in cinque anni, è stato spesso oggetto di dibattiti giurisprudenziali, che hanno evidenziato casi emblematici di stati patologici della giustizia penale.

Si pensi, ad esempio, a una nota condanna pronunciata dalla Corte d'Appello di Lecce per il furto, tentato, di una melanzana prelevata da un campo.

Essendo il furto aggravato dall'esposizione dell'oggetto alla fede pubblica, esso è punito *ex art. 625 c.p.* con la reclusione pari, nel massimo, a sei anni: un limite edittale superiore a cinque anni che non consente, quindi, l'applicazione dell'esimente.

A mente di ciò, risulta inconcepibile la celebrazione di un procedimento, sino al terzo grado di giudizio, per fatti la cui offensività è scarsissima e il valore della *res* quasi inesistente.

Sulla scia di tali riflessioni, nel gennaio 2016 il Tribunale di Nola sollevava questione di legittimità costituzionale, lamentando la lesione degli artt. 3, 13, 25 e 27 Cost., a causa della mancata estensione dell'art. 131-bis all'ipotesi circostanziata della ricettazione di particolare tenuità, *ex art. 648 c. 2 c.p.*

La pena massima prevista per detto reato impedisce infatti l'applicazione dell'art. 131-bis, comportando un ingiustificato diverso trattamento di ipotesi astrattamente configurabili come di particolare tenuità. Invero, il giudice osserva come «fatti astrattamente gravi, in quanto severamente sanzionati dal legislatore a volte si manifestano scarsamente offensivi, e fatti

astrattamente non gravi perché puniti lievemente dal legislatore, in concreto ledono seriamente il bene giuridico protetto».

L'ingiustificata disparità di trattamento è evidenziata dal fatto che la causa di non punibilità è paradossalmente applicabile a reati di maggior allarme sociale rispetto all'ipotesi attenuata di ricettazione.

Con sent. n. 207/2017, tuttavia, la questione veniva dichiarata manifestamente infondata dalla Corte. Ciò nonostante, la stessa riconosceva il carattere insoddisfacente della normativa e auspicava l'intervento del legislatore, suggerendo che «oltre alla pena massima edittale, al di sopra della quale la causa di non punibilità non possa operare, potrebbe prevedersi anche una pena minima, al di sotto della quale i fatti possano comunque essere considerati di particolare tenuità».

Tre anni dopo, la Corte, chiamata nuovamente a decidere sulla questione di legittimità, con la sent. n. 156/2020 riconosce invece l'incostituzionalità dell'art. 131-*bis* c.p. con riferimento all'art. 3 Cost., «nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto» non soltanto alla ricettazione attenuata, ma, ampliando e generalizzando i termini della questione prospettata, a tutti i «reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva».

Nel caso di specie l'imputato rispondeva di ricettazione attenuata da particolare tenuità, poiché, al fine di procurarsi un ingiusto profitto, aveva acquistato o comunque ricevuto alcune confezioni di raso e lamette da barba di provenienza furtiva.

Nonostante la comprovata particolare tenuità sia del danno subito dalla persona offesa, che del lucro conseguito dall'imputato (peraltro incensurato), non era applicabile l'esimente, a causa del massimo di pena detentiva previsto per la ricettazione, pari a sei anni di reclusione.

La pronuncia in commento, con una motivazione piuttosto stringata, ribadisce che «il legislatore non ha dato seguito al monito» contenuto nella sent. n. 207/2017 e per questo appare obbligatorio un intervento manipolatorio. Si legge che «è proprio la circostanza che il legislatore non abbia sanato l'evidente scostamento della disposizione censurata dai parametri costituzionali che impone oggi a questa Corte di intervenire con il diverso strumento della declaratoria di illegittimità costituzionale» (§ 3.5.4 e ss.).

La Corte osserva che la mancata previsione di un minimo edittale di pena detentiva, che comporta l'operatività del minimo assoluto di quindici giorni stabilito per la reclusione dall'art. 23 c. 1 c.p. «richiama per necessità logica l'eventualità applicativa dell'esimente di particolare tenuità del fatto». (§ 3.6)

In particolare, si sottolinea come con riferimento alla fattispecie di ricettazione attenuata, «l'assoluta mitezza del minimo edittale rispecchia una valutazione legislativa di scarsa offensività della ricettazione attenuata» e, di conseguenza, è manifestamente irragionevole l'aprioristica esclusione dell'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Con questa sentenza si adotta una soluzione tecnica del tutto innovativa, che introduce un nuovo presupposto applicativo della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, alternativo rispetto a quello previsto dal legislatore; si assume a parametro la pena minima assoluta, di quindici giorni, prevista per la reclusione dall'art. 23 c.p., consentendo dunque l'applicazione della causa di non punibilità in questione a tutti i reati per i quali il legislatore non ha previsto un limite edittale minimo di pena detentiva.

Covid-19: il “Decreto Antiscarcerazioni” supera il vaglio della Consulta

(C. Cost., 24 novembre 2020, n. 245)

“1.– (...) il Tribunale di Sorveglianza di Sassari ha sollevato questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, 32, 102, primo comma, e 104, primo comma, della Costituzione, dell’art. 2 del decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29 (...).

2.– (...) il Magistrato di sorveglianza di Avellino ha sollevato questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 24, secondo comma, 32 e 111, secondo comma, Cost., dell’art. 2 del d.l. n. 29 del 2020, «nella parte in cui prevede che proceda a rivalutazione del provvedimento di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all’emergenza sanitaria da Covid 19, il magistrato [di sorveglianza] che lo ha emesso».

3.– (...) il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha sollevato questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., dell’art. 2-bis del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 (...) «nella parte in cui prevede che proceda a rivalutazione del provvedimento di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all’emergenza sanitaria da COVID-19, il magistrato di sorveglianza che lo ha emesso». (...)

8.– Quanto al merito delle questioni prospettate, conviene anzitutto esaminare quelle formulate dai Magistrati di sorveglianza di Avellino e di Spoleto, in riferimento agli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., che possono essere vagliate congiuntamente.

Le questioni non sono fondate.

8.1.– Le censure formulate dalle ordinanze di rimessione si incentrano sulla previsione da parte del legislatore di «un procedimento senza spazi di adeguato formale coinvolgimento della difesa tecnica dell’interessato», che non avrebbe accesso ai pareri e alla documentazione acquisita dal magistrato di sorveglianza in forza della disposizione censurata e che sarebbe pertanto tenuta all’oscuro degli elementi essenziali, acquisiti durante l’istruttoria, sui quali l’autorità giudiziaria formerà il proprio convincimento sulla possibilità di una revoca della misura extramuraria in essere (...).

8.2.– La censura essenziale dei rimettenti concerne dunque l’allegata illegittimità costituzionale del ricorso, da parte del legislatore, a un procedimento a contraddittorio soltanto differito ai fini della eventuale revoca della misura extramuraria, da parte dello stesso magistrato di sorveglianza che l’aveva in precedenza concessa.

(...) L’osservazione coglie, in punto di fatto, nel segno. Ciò tuttavia non è sufficiente, ad avviso di questa Corte, a determinare l’illegittimità costituzionale della disciplina in esame.

In seguito ad un’istanza del condannato di applicazione della detenzione domiciliare “in surroga”, ai sensi dell’art. 47-ter, comma 1-ter, ordin. penit., l’intervento del magistrato di sorveglianza è previsto dal successivo comma 1-quater come connesso alle ragioni di urgenza che sostengono l’istanza, il cui destinatario naturale è il tribunale di sorveglianza; tanto che il provvedimento dello stesso magistrato di sorveglianza che dispone l’«applicazione provvisoria» della misura è inteso come meramente interinale, per far fronte a tale situazione di urgenza.

za, essendo poi destinato a essere caducato dalla successiva decisione definitiva del tribunale di sorveglianza.

(...) Una simile situazione (...) non rappresenta, d'altra parte, un'anomalia nel procedimento di sorveglianza (...); né questa Corte ha mai ritenuto costituzionalmente necessario assicurare, in simili ipotesi, il pieno contraddittorio già nella fase avanti al magistrato di sorveglianza, destinata a sfociare in un provvedimento interinale che verrà poi confermato o smentito dal tribunale in esito a un procedimento – quello sì – a contraddittorio pieno, nel quale la difesa avrà accesso agli atti e ai documenti sui quali si formerà il convincimento del tribunale. (...).

8.3.– (...) Un simile assetto normativo non appare a questa Corte incompatibile con gli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., in considerazione del successivo recupero della pienezza delle garanzie difensive e del contraddittorio nel procedimento avanti al tribunale di sorveglianza (...).

9.– Infondate sono, altresì, le censure formulate dal Tribunale di sorveglianza di Sassari e dal Magistrato di sorveglianza di Avellino con riferimento all'art. 32 Cost.

9.1.– L'essenza di tali censure è che il procedimento di periodica (ri)valutazione delle condizioni che giustificano la misura extramuraria disciplinata dalla normativa censurata mirebbe a indurre il giudice alla revoca di un provvedimento già concesso allo scopo di salvaguardare la salute del detenuto; ciò che sarebbe dimostrato, in particolare, dall'imposizione dell'obbligo di acquisire i pareri del Procuratore distrettuale antimafia o del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, nonché informazioni da parte del Dipartimento per gli affari penitenziari e del Presidente della Giunta regionale, ma non – invece – documentazione relativa allo stato di salute del detenuto. (...).

9.2.– Tali assunti non possono, tuttavia, essere condivisi.

Intento del legislatore è, certamente, quello di imporre ai giudici che abbiano concesso la detenzione domiciliare in surroga o – direttamente – il differimento della pena ex art. 147 del codice penale per ragioni connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 l'obbligo di periodiche e frequenti rivalutazioni della persistenza delle condizioni che hanno giustificato la concessione della misura, sulla base anche della documentazione che la disposizione censurata impone loro di acquisire. E ciò al fine di verificare a cadenze temporali ravvicinate, durante l'intero corso della misura disposta, la perdurante attualità del bilanciamento tra le imprescindibili esigenze di salvaguardia della salute del detenuto e le altrettanto pressanti ragioni di tutela della sicurezza pubblica, poste in causa dalla speciale pericolosità sociale dei destinatari della misura (...).

Tuttavia, in nessun luogo della disposizione censurata emerge la prospettiva di un affievolimento della tutela della salute del condannato; sottolineandosi anzi, nel comma 2 dell'art. 2-bis, la necessità di verificare – quale presupposto della revoca – l'effettiva «disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato (...) può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute»: la cui tutela resta, dunque, essenziale anche nell'ottica della legge.

Se è vero, d'altra parte, che la disposizione censurata non impone l'acquisizione di documentazione sullo stato di salute del detenuto (...). Dovendosi peraltro rammentare (...) che la disposizione censurata concerne condannati che in via generale non presentano condizioni di salute di per sé incompatibili con le condizioni carcerarie, e che solo in relazione alla particolare situazione della pandemia in corso sono stati ammessi al beneficio extramurario (...).

In definitiva, la nuova disciplina (...) non abbassa in alcun modo i doverosi standard di tutela della salute del detenuto, imposti dall'art. 32 Cost. e dal diritto internazionale dei diritti umani anche nei confronti di condannati ad elevata pericolosità sociale, compresi quelli sotto-

posti al regime penitenziario di cui all'art. 41-bis ordin. penit. (...); né intende in alcun modo esercitare indebite pressioni sul giudice che abbia in precedenza concesso la misura, mirando unicamente ad arricchire il suo patrimonio conoscitivo sulla possibilità di opzioni alternative intramurarie o presso i reparti di medicina protetti in grado di tutelare egualmente la salute del condannato, oltre che sulla effettiva pericolosità dello stesso, in modo da consentire al giudice di mantenere sempre aggiornato il delicato bilanciamento sotteso alla misura in essere, alla luce di una situazione epidemiologica in continua evoluzione.

10.– Parimenti infondate sono le censure sollevate [...] con riferimento all'art. 3 Cost. (...).

11.– Manifestamente infondata è la censura (...) in riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost. (...)

12.– Del pari manifestamente infondate, infine, sono le censure (...) in riferimento agli artt. 102, primo comma, e 104, primo comma, Cost. (...)"

Nota di Claudia Bogatto

Con sentenza n. 245/2020, la Corte Costituzionale si è pronunciata in unica sede nei tre giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 5 d.l. 29/2020 e dell'art. 2-bis d.l. 28/2020 convertito, con modifiche, nella legge n. 70/2020, promossi dagli uffici di Sorveglianza di Sassari, Avellino e Spoleto. La riunione dei giudizi era stata disposta in considerazione dell'analogia tanto dell'oggetto, avendo la L. n. 70/2020 abrogato il d.l. 29/2020 ma, al contempo, trasfuso, con modifiche, il disposto degli artt. 2 e 5 nel neo-introdotta art. 2-bis d.l. 28/2020, quanto dei parametri di costituzionalità richiamati dai giudici *a quo*.

La normativa censurata prevede, ora come allora, che il Magistrato o il Tribunale di Sorveglianza che abbia ammesso alla detenzione domiciliare o al differimento della pena, «*per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19*», i condannati e gli internati per gravi reati di criminalità organizzata o comunque sottoposti al regime penitenziario *ex art. 41-bis ordin. penit.*, valuti «*la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile*», previa acquisizione del parere del Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di condanna (nel previgente art. 2 d.l. 29/2020 Procuratore distrettuale antimafia del luogo di commissione del reato) e, per i detenuti già sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis ordin. penit., del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, nonché delle «*informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato o l'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute*» da parte del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. In ipotesi di disponibilità delle predette strutture, la valutazione dell'autorità giudiziaria è compiuta «*immediatamente, anche prima della decorrenza dei termini sopra indicati*»; in ogni caso, l'eventuale provvedimento di revoca della detenzione domiciliare o del differimento della pena adottato in esito alla prescritta valutazione è immediatamente esecutivo.

Innovando rispetto all'art. 2 d.l. 29/2020, l'art. 2-bis d.l. 28/2020 prevede, inoltre, al co. 4 che, se il Magistrato di Sorveglianza dispone la revoca della misura adottata in via provvisoria, il Tribunale di Sorveglianza decide sull'ammissione alla detenzione domiciliare o sul dif-

ferimento della pena entro il termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione del provvedimento di revoca, anche in deroga al termine previsto dall'art. 47, co. 4 L. n. 354/1975.

Le tre ordinanze di rimessione prospettavano l'incostituzionalità della c.d. "disciplina anti-scarcerazioni" sotto più profili: contrarietà agli artt. 24, co. 2 e 111, co. 2 Cost., nella parte in cui viene delineato un sistema a contraddittorio differito sui provvedimenti di revoca delle misure extramurarie adottati dal Magistrato di Sorveglianza; violazione degli artt. 27, co. 3 e 32 Cost., non essendo prescritta l'acquisizione di documenti relativi allo stato di salute del detenuto in sede di periodica rivalutazione delle condizioni giustificative della misura disposta; contrarietà all'art. 3 Cost., essendo la normativa censurata applicabile solo a specifiche categorie di detenuti, in base ad una presunzione di pericolosità correlata solo al titolo di reato ed al regime detentivo; violazione degli artt. 102, co. 1 e 104, co. 1 Cost., per l'indebita restrizione della sfera di competenza riservata alla giurisdizione determinata dalle tempistiche di periodica rivalutazione delle condizioni giustificative delle misure.

La Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza di tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quo*.

In punto di compatibilità della disciplina censurata con gli artt. 24, co. 2 e 111, co. 2 Cost., è stato evidenziato che, per costante giurisprudenza, non è necessario assicurare *"il pieno contraddittorio già nella fase avanti al magistrato di sorveglianza, destinata a sfociare in un provvedimento interinale che verrà poi confermato o smentito dal tribunale in esito a un procedimento – quello sì – a contraddittorio pieno, nel quale la difesa avrà accesso agli atti e ai documenti sui quali si formerà il convincimento del tribunale. Procedimento, quest'ultimo, che la legge n. 70 del 2020 dispone ora che debba concludersi nel termine perentorio di trenta giorni dall'eventuale provvedimento interinale di revoca"*.

La Corte Costituzionale ha, altresì, rigettato le censure prospettate in riferimento all'art. 32 Cost., in quanto *"in nessun luogo della disposizione censurata emerge la prospettiva di un affievolimento della tutela della salute del detenuto"* ovvero di *"esercitare indebite pressioni sul giudice che abbia in precedenza concesso al misura, mirando unicamente ad arricchire il suo patrimonio conoscitivo sulla possibilità di opzioni alternative intramurarie o presso i reparti di medicina protetti in grado di tutelare egualmente la salute del condannato, oltre che sulla effettiva pericolosità dello stesso"*, nonché quelle sollevate rispetto all'art. 3 Cost., per la ragionevolezza della scelta *"di imporre al giudice una frequente e penetrante rivalutazione delle condizioni che hanno giustificato la concessione della misura nei confronti di condannati per gravi reati, tutti connessi alla criminalità organizzata, e a fortiori per quelli giudicati di tanto elevata pericolosità da essere sottoposti al regime penitenziario di cui all'art. 41-bis ordin. penit."*

Infine, sono state ritenute infondate le questioni basate sugli artt. 27, co. 3, 102, co. 1 e 104, co. 1 Cost., per erronea indicazione del parametro costituzionale ovvero del presupposto interpretativo.

Lesioni stradali: la Consulta fa (ancora) salvo il generale regime di procedibilità d'ufficio previsto dall'art. 590-*bis* c.p.

(C. Cost., 25 novembre 2020, n. 248)

“5. Invocando vari parametri costituzionali, i giudici a quibus si dolgono della mancata previsione della procedibilità a querela del delitto di cui all'art. 590-*bis* cod. pen., limitatamente al primo comma (...) ovvero con riferimento a tutte le ipotesi diverse da quelle previste dal secondo comma (...). Conviene in proposito sinteticamente rammentare che, prima dell'entrata in vigore della legge 23 marzo 2016, n. 41 (...), le lesioni commesse con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale costituivano una circostanza aggravante del delitto di lesioni personali colpose di cui all'art. 590 cod. pen., mutuandone il regime di procedibilità a querela. La legge n. 41 del 2016 ha delineato, all'art. 590-*bis* cod. pen., un autonomo delitto di lesioni personali stradali gravi o gravissime, perseguibile d'ufficio sia nell'ipotesi base di cui al primo comma (caratterizzata dalla generica violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale), sia nelle ipotesi aggravate previste dai commi successivi.

La disciplina della procedibilità d'ufficio del delitto non è mutata nemmeno a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2018, oggetto di censura nelle prime due ordinanze, che pure ha introdotto la procedibilità a querela per una serie cospicua di altri delitti. (...)

9. Merita (...) una considerazione più estesa la censura formulata con riferimento all'art. 3 Cost. (...) che (...) dubita della legittimità costituzionale della mancata previsione della punibilità a querela del delitto di lesioni stradali gravi e gravissime in tutte le ipotesi diverse da quelle previste dal secondo comma dell'art. 590-*bis* cod. pen. (...)

9.1. Secondo il giudice a quo, la previsione della procedibilità d'ufficio sarebbe, anzitutto, foriera di una irragionevole disparità di trattamento tra il delitto in questione e quello di lesioni gravi o gravissime commesse nell'esercizio della professione sanitaria, procedibile invece a querela. Sarebbe, inoltre, intrinsecamente irragionevole la previsione indiscriminata della procedibilità d'ufficio per tutte le ipotesi di lesioni stradali gravi o gravissime, a prescindere dalla sussistenza o meno dell'aggravante relativa all'ebbrezza alcolica o all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, atteso il diverso grado di disvalore di tale fattispecie.

9.2. Al riguardo, non può negarsi che quanto meno le ipotesi base del delitto di lesioni stradali colpose, previste dal primo comma dell'art. 590-*bis* cod. pen., appaiono normalmente connotate da un minor disvalore sul piano della condotta e del grado della colpa. (...) Simili violazioni sono connotate da un disvalore inferiore a quello proprio delle assai più gravi ipotesi di colpa cui si riferiscono i commi successivi dell'art. 590-*bis* cod. pen., le quali sono caratterizzate in gran parte dalla consapevole (o addirittura temeraria) assunzione di rischi irragionevoli (...). Inoltre, a fronte di condotte consistenti in occasionali disattenzioni, pur se produttive di danni significativi a terzi, potrebbe discutersi dell'opportunità dell'ineffabile celebrazione del processo penale a prescindere dalla volontà della persona offesa, specie laddove a quest'ultima sia stato assicurato l'integrale risarcimento del danno subito; e ciò anche

a fronte dell'esigenza (...) di non sovraccaricare [la giustizia penale] dell'onere di celebrare processi penali non funzionali alle istanze di tutela della vittima.

9.3. Tuttavia, va rammentato che – in linea generale – le scelte sanzionatorie del legislatore possono essere sindacate da questa Corte soltanto entro i limiti della manifesta irragionevolezza (...); e che tale standard vige anche rispetto alle scelte relative al regime di procedibilità dei singoli reati (...).

Alla luce di tale criterio, ritiene questa Corte che le considerazioni sopra svolte – le quali sono del resto alla base delle diverse iniziative di legge pendenti in Parlamento, miranti a reintrodurre il regime di punibilità a querela delle lesioni stradali di cui all'art. 590-bis, primo comma, cod. pen. – non siano sufficienti a connotare in termini di illegittimità costituzionale la scelta, attuata con la legge n. 41 del 2016 (e confermata, come si è visto, dal d.lgs. n. 36 del 2018), di prevedere la procedibilità d'ufficio per tutte le ipotesi di lesioni personali stradali gravi o gravissime; scelta che si iscriveva nel quadro di un complessivo intervento volto ad inasprire il trattamento sanzionatorio per questa tipologia di reati, ritenuti di particolare allarme sociale a fronte dell'elevato numero di vittime di incidenti che ricorre ogni anno sulle strade italiane (...).

9.4.– Dal che la non fondatezza della censura di violazione dell'art. 3 Cost.

Rientra nella discrezionalità del legislatore l'individuazione delle soluzioni più opportune per ovviare agli indubbi profili critici segnalati dalle ordinanze di rimessione, i quali – pur non assurgendo al vizio di manifesta irragionevolezza della disciplina censurata – suggeriscono, tuttavia, una complessiva rimediazione sulla congruità dell'attuale regime di procedibilità per le diverse ipotesi di reato contemplate dall'art. 590-bis cod. pen.”

Nota di Beatrice Montagna

La Corte costituzionale, con la sentenza in epigrafe, si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Treviso, dal Tribunale ordinario di Milano e dal Tribunale ordinario di Pisa, in relazione al decreto legislativo 10 aprile 2018, n. 36 recante “*Disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 16, lettere a) e b), e 17, della legge 23 giugno 2017, n. 103*” e all'art. 590-bis c.p.

In particolare, la Corte ha dichiarato la non incostituzionalità della mancata previsione della procedibilità a querela del delitto di lesioni stradali gravi e gravissime ex art.590-bis c.p., pur reputando opportuno che il legislatore rimedi la congruità della disciplina vigente.

Preliminarmente, occorre ricordare come prima dell'entrata in vigore della legge 23 marzo 2016, n. 41, rubricata “*Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali*”, le lesioni commesse «con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale» costituivano circostanza aggravante del delitto di cui all'art. 590 c.p., da cui mutuavano il regime di procedibilità a querela.

L'intervento legislativo del 2016, la cui *ratio* è orientata a riconoscere a tali condotte un grado di disvalore talmente elevato da non trovare adeguata punibilità nelle circostanze descritte, ha determinato l'inserimento nel sistema del diritto penale di autonome fattispecie delittuose, tra cui l'art. 590-bis c.p., prevedendone la procedibilità d'ufficio sia nelle ipotesi base previste al comma 1 sia nelle ipotesi aggravate individuate nei commi successivi. La disciplina della procedibilità d'ufficio per il delitto in esame è stata poi implicitamente confermata

con l'entrata in vigore del d.lgs. 36/2018, in attuazione della legge delega 23 giugno 2017, n. 103.

Dichiarando in parte inammissibili (in relazione all'art. 24 Cost.) e in parte manifestamente infondate (in riferimento agli artt. 25, co. 2, 76 e 77, co. 1 Cost.) le questioni di legittimità costituzionale sollevate, la Corte si sofferma sulla censura, meritevole di maggiore attenzione, fondata sul principio di uguaglianza e di ragionevolezza ex art. 3 Cost.

Dal punto di vista estrinseco, secondo il giudice a quo, la previsione della procedibilità d'ufficio sarebbe foriera di una "irragionevole disparità di trattamento tra il delitto in questione e quello di lesioni gravi o gravissime commesse nell'esercizio della professione sanitaria, procedibile invece a querela".

La Corte rileva come non sia privo di giustificazione il differente regime di procedibilità previsto nei due ambiti. Basti considerare che l'attività sanitaria è stata recentemente oggetto di ripetuti interventi da parte del legislatore che mirano specificatamente a delimitare l'ambito di responsabilità degli operatori sanitari rispetto ai reati colposi in generale, al fine di contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva, produttivo di inaccettabili sprechi di risorse pubbliche e lontano dallo scopo primario di tutela della salute.

Dal punto di vista intrinseco, sarebbe irragionevole "la previsione indiscriminata della procedibilità d'ufficio per tutte le ipotesi di lesioni stradali gravi o gravissime, a prescindere dalla sussistenza o meno dell'aggravante relativa all'ebbrezza alcolica o all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, atteso il diverso grado di disvalore di tali fattispecie".

È evidente come, alla luce del principio di offensività, le ipotesi previste al comma 1 dell'art. 590-bis c.p. siano caratterizzate da un disvalore inferiore sul piano della condotta e del grado della colpa rispetto alle fattispecie aggravate dei commi successivi. Quest'ultime, infatti, si distinguono per la "*consapevole (o addirittura temeraria) assunzione di rischi irragionevoli*".

Inoltre, condotte consistenti in un'occasionale disattenzione, pur se produttive di danni nei confronti di terzi, pongono il serio interrogativo circa la "*opportunità dell'indefettibile celebrazione del processo penale a prescindere dalla volontà della persona offesa*", in particolare nel caso in cui a quest'ultima venga garantito l'integrale risarcimento del danno subito. Si staglia sullo sfondo l'esigenza dell'efficienza della giustizia penale e di non sovraccaricare il sistema con la celebrazione di processi non funzionali alle istanze di tutela della vittima.

Nonostante ciò, le scelte sanzionatorie del legislatore possono essere sindacate da parte della Corte costituzionale soltanto entro i limiti della manifesta irragionevolezza, che nel caso in esame non può essere riscontrata avuto riguardo della *ratio legis* attuata con la legge 41/2016 e confermata con il d.lgs. 36/2018, consistente in un inasprimento del trattamento sanzionatorio per questa tipologia di reati, ritenuti di particolare allarme sociale.

In definitiva, ad avviso della Corte, le considerazioni svolte, pur dotate di autorevolezza e poste alla base di diverse iniziative di legge pendenti in Parlamento miranti alla reintroduzione del regime di procedibilità a querela rispetto all'art. 590-bis, co. 1 c.p., non sono sufficienti a connotare in termini di illegittimità costituzionale la scelta legislativa di prevedere la procedibilità d'ufficio per tutte le ipotesi criminose di lesioni personali stradali gravi o gravissime.

In conclusione, pur dichiarando la non fondatezza della censura di violazione dell'art. 3 Cost., la Corte suggerisce al legislatore "*una complessiva rimediazione sulla congruità dell'attuale regime di procedibilità*" per le diverse ipotesi di reato ex art. 590-bis c.p., rientrando nella sua discrezionalità l'individuazione delle soluzioni più opportune al fine di risolvere gli emersi profili di criticità.

Legittima l'inapplicabilità del giudizio abbreviato agli imputati di delitti puniti con l'ergastolo

(C. Cost., 3 dicembre 2020, n. 260)

“7.1.– Secondo i giudici a quibus, la preclusione al giudizio abbreviato per gli imputati di delitti puniti con la pena dell'ergastolo produrrebbe da un lato irragionevoli equiparazioni sanzionatorie tra fatti aventi disvalore differente, e dall'altro irragionevoli disparità di trattamento sanzionatorio tra fatti aventi disvalore omogeneo. (...)

7.3.– Rispetto alle questioni ora all'esame, questa Corte è dunque sollecitata a valutare se rimeditare (anche alla luce delle modificazioni strutturali subite nel frattempo dal giudizio abbreviato) il proprio specifico precedente in termini, rappresentato dalla menzionata ordinanza n. 163 del 1992, concludendo che la scelta legislativa di ancorare la preclusione del giudizio abbreviato alla contestazione di un delitto punito con l'ergastolo risulti manifestamente irragionevole, o addirittura arbitraria.

Pur avendo attentamente vagliato i molti argomenti offerti dalle ordinanze di rimessione (...) la Corte non ritiene di dover pervenire a tale conclusione.

7.4.– Quanto anzitutto alle irragionevoli equiparazioni che sarebbero prodotte dalla disciplina censurata, i giudici a quibus e le parti si dolgono a ben vedere della previsione dell'unica e indifferenziata pena dell'ergastolo a fatti dei quali assumono il differente disvalore (...): la preclusione dell'accesso al giudizio abbreviato – e la conseguente impossibilità di operare il relativo sconto di pena, in caso di condanna – costituisce, in effetti, null'altro che il riflesso processuale della previsione edittale della pena dell'ergastolo per quelle ipotesi criminose. (...)

Nessuno dei rimettenti contesta, però, la ragionevolezza della scelta legislativa di comminare l'ergastolo per i titoli di reato per i quali sta procedendo.

Di talché resta da chiedersi se – rispetto a fatti tutti assunti come legittimamente punibili con la medesima pena dell'ergastolo – possa ritenersi produttiva di irragionevoli equiparazioni di trattamento una disciplina processuale che precluda, in via generale, l'accesso al giudizio abbreviato a tutti indistintamente gli imputati di tali reati.

La risposta non può, ad avviso di questa Corte, che essere negativa: la comminatoria edittale dell'ergastolo (...) segnala infatti un giudizio di speciale disvalore della figura astratta del reato che il legislatore, sulla base di una valutazione discrezionale che non è qui oggetto di censure, ha ritenuto di formulare; speciale disvalore che sta per l'appunto alla base della scelta del legislatore del 2019 di precludere l'accesso al giudizio abbreviato a tutti gli imputati di tali delitti. (...)

8.– La Corte di assise di Napoli dubita, poi, della legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 1-bis, cod. proc. pen. sotto il profilo della sua compatibilità con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., in sé considerato e in relazione agli artt. 2, 3 e 27, secondo comma, Cost.

Nemmeno tali censure sono fondate.

8.1.– La Corte rimettente ritiene, anzitutto, che la disciplina censurata, precludendo a taluni imputati l'accesso al giudizio abbreviato, vulneri il loro diritto costituzionale di difesa, di cui sarebbe parte integrante la possibilità di definire il giudizio mediante i riti alternativi previsti dall'ordinamento.

In secondo luogo, tale disciplina costringerebbe anche l'imputato, che pure è presunto innocente ai sensi dell'art. 27, secondo comma, Cost., il quale intenda rinunciare alla garanzia della pubblicità del giudizio, ad affrontare il dibattimento in pubblica udienza, con conseguente pregiudizio ai suoi diritti inviolabili alla dignità e alla riservatezza, riconducibili allo spettro di tutela degli artt. 2 e 3 Cost.

8.2.– Circa il primo profilo, (...) anzitutto (...) è ben vero che “la facoltà di chiedere i riti alternativi – quando è riconosciuta – costituisce una modalità, tra le più qualificanti ed incisive (...), di esercizio del diritto di difesa (...). Ma è altrettanto vero che la negazione legislativa di tale facoltà in rapporto ad una determinata categoria di reati non vulnera il nucleo incompressibile del predetto diritto (...).

L'accesso ai riti alternativi costituisce, dunque, parte integrante del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. soltanto in quanto il legislatore abbia previsto la loro esperibilità in presenza di certe condizioni (...). Ma dall'art. 24 Cost. non può dedursi un diritto di qualunque imputato ad accedere a tutti i riti alternativi previsti dall'ordinamento processuale penale, come invece parrebbe, erroneamente, presupporre il giudice a quo.

8.3.– Quanto poi alla lamentata violazione del diritto di difesa “in relazione” al diritto alla dignità e alla riservatezza dell'imputato, non v'è dubbio che la pubblicità delle udienze sia concepita dall'art. 6, comma 1, CEDU, dall'art. 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e dall'art. 14, comma 1, del Patto internazionale dei diritti civili e politici come una garanzia soggettiva dell'imputato.

Tuttavia, la dimensione di diritto fondamentale riconosciuta alla pubblicità dei processi dalle carte internazionali dei diritti (...) non esaurisce la ratio del principio medesimo, che nel suo nucleo essenziale costituisce altresì (...) “garanzia di imparzialità ed obiettività” di un processo che “si svolge sotto il controllo dell'opinione pubblica” (...). Il che appare di particolare significato nei processi relativi ai reati più gravi, “che maggiormente colpiscono l'ordinata convivenza civile” (...) e addirittura ledono il nucleo dei diritti fondamentali delle vittime, a cominciare dalla loro stessa vita. Di talché il mero consenso dell'imputato non basta a fondare un suo diritto costituzionale – opposto, e anzi speculare, al suo diritto alla pubblicità delle udienze – alla celebrazione di un processo “a porte chiuse”, al riparo del controllo dell'opinione pubblica. (...)

12.– La medesima Corte di assise [di Napoli] dubita, ancora, della compatibilità della stessa disciplina con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, dal momento che essa precluderebbe ingiustamente l'accesso al giudizio abbreviato a talune categorie di imputati.

La censura è, in questo caso, manifestamente infondata, dal momento che l'unica decisione citata a supporto del principio (Corte EDU, decisione 8 dicembre 2015, Mihail-Alin Podoleanu contro Italia) afferma, da un lato, che “gli Stati contraenti non sono costretti dalla Convenzione a prevedere ... delle procedure semplificate”, e dall'altro lascia intenzionalmente aperta “la questione se, quando essi esistano, i principi dell'equo processo impongano di non privare arbitrariamente un imputato della possibilità di chiederne l'adozione”: questione alla quale la giurisprudenza di questa Corte, come si è visto, offre una risposta positiva alla luce dell'art. 24 Cost. (...), ma che non viene in considerazione nel caso di specie, in cui si discute piuttosto della legittimità costituzionale della scelta legislativa di precludere in radice l'accesso al giudizio abbreviato agli imputati di reati puniti con l'ergastolo. Scelta legislativa, quest'ultima, che non sembra incontrare alcun ostacolo sul piano convenzionale, nemmeno alla luce dell'unica decisione invocata dal rimettente.

13.– Il GUP del Tribunale della Spezia dubita, infine, della legittimità costituzionale dell'art. 5 della L. n. 33 del 2019 in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione

all'art. 7 CEDU, dal momento che tale disposizione consentirebbe l'applicazione del nuovo art. 438, comma 1-bis, cod. proc. pen. anche agli imputati di delitti puniti con l'ergastolo che abbiano tenuto la condotta prima dell'entrata in vigore della L. n. 33 del 2019.

La censura (...) non è fondata, giacché riposa sull'erroneo presupposto interpretativo secondo cui la disposizione farebbe riferimento, nei reati ad evento differito, al momento dell'evento e non a quello, anteriore, della condotta.

(...) [L]a ratio della disposizione depone inequivocabilmente a favore dell'interpretazione secondo cui – nello stabilire l'applicazione della nuova disciplina soltanto ai “fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della legge” – essa identifichi il tempus commissi delicti nel momento di commissione della condotta criminosa, nel quale la norma svolge la propria funzione di orientamento della condotta dei consociati.

Così interpretata, la disposizione si pone in conformità, anziché in contrasto, con il divieto di applicazione retroattiva della legge penale, sancito – oltre che dallo stesso art. 25, secondo comma, Cost. – dall'art. 7 CEDU, escludendo che una disciplina di natura processuale ma avente effetti peggiorativi sulla pena applicabile in caso di condanna, come quella stabilita nel suo complesso dalla L. n. 33 del 2019, possa applicarsi a condotte commesse prima della sua entrata in vigore, ancorché l'evento costitutivo del reato si sia verificato successivamente.”

Nota di Maria Angelini

La Corte Costituzionale, con la sentenza in commento, si è espressa sulla “non irragionevolezza” e “non arbitrarietà” dell'inapplicabilità del giudizio abbreviato, per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

La decisione della Consulta, nel rispetto delle scelte intraprese dal legislatore, “... ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate sulla legge n. 33 del 2019 dalla Corte d'Assise di Napoli e dal Tribunale di Piacenza, nell'ambito di due processi a carico di imputati accusati di aver ucciso, rispettivamente, il padre e la moglie...”².

Nello specifico, l'analisi resa sull'argomento, è stata confortata dalla valutazione unitaria delle seguenti tre ordinanze: la numero 1/2020 del Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di La Spezia, sulla legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 1 *bis*, c.p.p., come inserito dall'art. 1, comma 1, lettera a), della legge 12 aprile 2019, n. 33 (*Inapplicabilità del giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo*), in riferimento agli artt. 3 e 111, 2° comma, Cost., nonché dell'art. 5 della medesima legge, in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost., in relazione all'art. 7 della C.E.D.U.; la n. 77/2020 della Corte di Assise di Napoli, sulla legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 1 *bis*, c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 24 “anche in relazione agli artt. 2, 3 e 27”, nonché agli artt. 111, 1° comma, e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 C.E.D.U.; infine, la n. 127/2020 del Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di Piacenza, sulla legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 1 *bis*, c.p.p. e dell'art. 3 della legge n. 33 del 2019, in riferimento agli artt. 3, 27, 2° comma, e 111, 2° comma, Cost.

Ebbene, dalla lettura della corposa motivazione, si ritiene doveroso evidenziare alcuni passaggi salienti della sentenza *de qua*, a partire dall'esclusione sulla violazione dell'art. 3 Cost.,

² Cfr. comunicato stampa del 3.12.2020 della Corte Costituzionale.

in osservanza dell'ordinanza n. 163 del 1992 e nella parte in cui *“non è in sé irragionevole, né l'esclusione di alcune categorie di reati, come attualmente quelli punibili con l'ergastolo, in ragione della maggiore gravità di essi, [né di quelle che] determina[-no] una ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri reati, trattandosi di situazioni non omogenee”*.

Tuttavia, la Corte ha sottolineato che la preclusione dell'accesso al giudizio abbreviato è un effetto patologico e processuale della previsione edittale della pena dell'ergastolo, avvinta a determinate ipotesi criminose; e, nel caso specifico, l'eventuale vizio di legittimità costituzionale da sollevare in merito, al più, avrebbe dovuto rivolgersi alla pena detentiva perpetua, per i reati contestati nei procedimenti in questione e non in generale. Secondo il Supremo Consesso infatti *“Nessuno dei rimettenti contesta, però, la ragionevolezza della scelta legislativa di comminare l'ergastolo per i titoli di reato per i quali sta procedendo”*.

Secondo la Consulta, pertanto, la pena edittale dell'ergastolo *“segnala ... un giudizio di speciale disvalore della figura astratta del reato che il legislatore, sulla base di una valutazione discrezionale che non è qui oggetto di censure, ha ritenuto di formulare; speciale disvalore che sta per l'appunto alla base della scelta del legislatore del 2019 di precludere l'accesso al giudizio abbreviato a tutti gli imputati di tali delitti”*.

Ed è per tale motivazione, che la Corte ha escluso anche una diversità di trattamento tra l'omicidio del coniuge nelle distinte ipotesi di matrimonio e di divorzio, a fronte della esclusiva scelta del legislatore di prevedere la sola pena dell'ergastolo all'art. 577, 1 comma, numero 1, c.p.

Nell'evidenziando compendio motivazionale, inoltre, si rileva la *“solida ragionevolezza”* della regola generale seguita dall'art. 438, comma 1 bis, c.p.p. che, nello specifico caso, *“... esprime un giudizio di disvalore della fattispecie astratta marcatamente superiore a quello che connota la corrispondente fattispecie non aggravata; e ciò indipendentemente dalla sussistenza nel caso concreto di circostanze attenuanti, che ben potranno essere considerate dal giudice quando, in esito al giudizio, irrogherà la pena nel caso di condanna”*.

Di pari rilievo, altresì, risulta meritevole di attenzione l'afflato della Consulta posto sulla ritenuta esclusione della violazione del diritto di difesa, in relazione agli artt. 2 e 27 Cost., letto in uno all'art. 24 Cost., nella parte in cui stigmatizza il diritto dell'imputato ad accedere a tutti i riti alternativi; medesime positive valutazioni si rilevano in ordine alle argomentazioni addotte sull'esclusione della ritenuta lesione della dignità e della riservatezza dell'imputato, sollevata dai rimettenti, oltre a quella e diversa della violazione sul principio della ragionevole durata del processo, rigettata in rigoroso ossequio di quanto sancito nelle sentenze nn. 56/2009, 159/2014 e 12/2016.

La Corte, non da ultimo, ha dichiarato infondata la legittimità costituzionale sollevata ex art. 5 della Legge n. 33 del 2019, in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost. e all'art. 7 C.E.D.U., ritenendo, di contro a quanto sollevato dalla parte rimettente sul punto, che la disposizione in esame si riferisce al momento dell'evento e non a quello, anteriore, della condotta; pertanto, esso risulta in conformità con il divieto di applicazione retroattiva della legge penale, sancito dagli artt. 25, 2° comma, Cost. e 7 C.E.D.U.

Vi è più che, per le suddette motivazioni, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili e infondati i ricorsi presentati e assunti con le tre ordinanze in esame, ma ha fornito i criteri interpretativi e applicativi da assumere sulla precipua norma, oltre ai diversi profili di diritto discendenti dalla legge n. 33 del 2019.

Il principio di legalità è salvo: la sospensione (emergenziale) della prescrizione è costituzionalmente legittima

(C. Cost., 23 dicembre 2020, n. 278)

“1.– Con le ordinanze di rimessione indicate in epigrafe (...), i Tribunali ordinari di Siena, Spoleto e Roma sollevano tutti questioni di legittimità costituzionale dell’art. 83, comma 4, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (...), convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27, nella parte in cui dispone la sospensione del termine di prescrizione, con riferimento ai procedimenti penali indicati nel comma 2 della stessa disposizione, anche per fatti commessi prima del 9 marzo 2020.

(...) 1.2.– In tutte le ordinanze si prospetta la violazione dell’art. 25, secondo comma, della Costituzione (...) che, secondo i rimettenti, preclude l’applicazione retroattiva delle norme che modificano in senso peggiorativo la disciplina della prescrizione.

1.3.– Le ordinanze n. 117 e n. 132 del 2020 prospettano anche la violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) (...).

1.4.– L’ordinanza n. 132 del 2020, infine, censura le disposizioni impugnate anche in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE) (...).

(...) 6. Appare necessario richiamare brevemente il contesto normativo connesso all’emergenza epidemiologica da COVID-19 in tema di svolgimento dell’attività giudiziaria, nel cui ambito si collocano le disposizioni censurate.

(...) È in questa disciplina emergenziale che si colloca la norma censurata (art. 83, comma 4, del d.l. n. 18 del 2020), recante un’ipotesi speciale di sospensione del termine di prescrizione dei reati (...).

8.– Ciò premesso, le questioni sollevate in riferimento al principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., non sono fondate.

9.– (...) Deve ribadirsi a tal proposito (...) che la determinazione della durata del tempo, il cui decorso estingue il reato per prescrizione (art. 157, primo comma, cod. pen.), ricade nell’area di applicazione del principio di legalità posto dall’art. 25, secondo comma, Cost. (...).

È la legge del tempus commissi delicti che (...) anche fissa il tempo oltre il quale la sanzione non potrà essere applicata per essere il reato estinto per prescrizione (art. 157 cod. pen) (...).

Questa proiezione diacronica della punibilità integra la fattispecie penale nel senso che non solo l’autore del fatto deve essere posto in grado di conoscere ex ante qual è la condotta penalmente sanzionata (ossia la fattispecie di reato) e quali saranno le conseguenze della sua azione in termini di sanzioni applicabili (ossia la pena), ma deve egli avere anche previa consapevolezza della disciplina concernente la dimensione temporale in cui sarà possibile l’accertamento nel processo, con carattere di definitività, della sua responsabilità penale (...).

11.– Il rispetto del principio di legalità comporta innanzi tutto che (...) la fissazione della durata del tempo di prescrizione deve essere sufficientemente determinata. (...).

Inoltre il rispetto del principio di legalità implica la non retroattività della norma di legge che, fissando la durata del tempo di prescrizione dei reati, ne allunghi il decorso ampliando in peius la perseguibilità del fatto commesso. (...).

12.– Il rispetto del principio di legalità coinvolge anche la disciplina della decorrenza, della sospensione e dell'interruzione della prescrizione stessa perché essa, nelle sue varie articolazioni, concorre (...) a determinare la durata del tempo il cui decorso estingue il reato per prescrizione. (...).

15.– Una volta precisata la portata del principio di legalità (...) e la causa generale di sospensione del corso della prescrizione, di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen., occorre ora passare a verificare, sul piano interpretativo, se il censurato comma 4 dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, letto complessivamente nel contesto degli altri commi, preveda, o no, una sospensione dei procedimenti penali riconducibile a tale causa generale.

In tal senso è già la giurisprudenza di legittimità che ha ripetutamente ricondotto la sospensione della prescrizione, prevista dalla disposizione censurata, alla fattispecie generale di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen., ritenendo di conseguenza manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale qui in esame (...).

Questa giurisprudenza (...) ha collegato la sospensione dei termini stabiliti dal comma 2 dell'art. 83 citato per il periodo 9 marzo-11 maggio 2020 (...) al rinvio d'ufficio, per il medesimo arco temporale, delle udienze dei procedimenti penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari stabilito dal comma 1 del medesimo art. 83 e ne ha tratto una considerazione unitaria delle due discipline: sospensione dei termini e rinvio del processo sono, di regola, inscindibilmente collegati.

Si è affermato che «l'esame dell'effetto combinato delle discipline dettate dai commi 1 e 2 dell'art. 83 cit. mette in luce come esse diano corpo a un caso di sospensione del procedimento o del processo: il rinvio d'ufficio di tutte le udienze e la sospensione di tutti i termini (con le eccezioni stabilite dal comma 3) convergono nell'attribuire alla situazione processuale determinata dalle previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 83 cit. i connotati della sospensione del procedimento o del processo a norma del primo comma dell'art. 159 cod. pen.» (Cass., n. 25222 del 2020).

In sostanza (...) il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 83 contempla l'integrale sospensione dell'attività giurisdizionale nel periodo emergenziale, prevedendo non solo il rinvio delle udienze (comma 1), ma anche la sospensione dei termini processuali di qualsiasi natura (comma 2).

(...). 16.– La riconducibilità della fattispecie in esame alla disciplina di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen., esclude, quindi, che si sia in presenza di un intervento legislativo, recato dalla norma censurata, in contrasto con il principio di irretroattività della norma penale sostanziale sfavorevole sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. (...).

Sotto questo profilo, il principio di legalità è rispettato perché la sospensione del corso della prescrizione di cui alla disposizione censurata, essendo riconducibile alla fattispecie della «particolare disposizione di legge» di cui al primo comma dell'art. 159 cod. pen., può dirsi essere anteriore alle condotte contestate agli imputati nei giudizi a quibus. La regola, secondo cui quando il procedimento o il processo penale è sospeso in applicazione di una particolare disposizione di legge lo è anche il corso della prescrizione, è certamente anteriore alle condotte penalmente rilevanti proprio perché contenuta nel codice penale del 1930 e ribadita dalla richiamata novella del 2005.

17.– La regola “tempus regit actum” diventa di stretta applicazione allorché concerne la prescrizione, nel senso che gli atti e le vicende processuali non potrebbero aver mai una proiezione retroattiva quanto all’incidenza indiretta sul tempo di prescrizione dei reati; profilo questo che viene in rilievo anche nel presente giudizio quanto al periodo iniziale della sospensione dei processi penali dal 9 marzo al 17 marzo 2020.

È vero che l’art. 83, commi 1 e 2, del d.l. n. 18 del 2020, entrato in vigore il 17 marzo 2020, ha previsto la sospensione dei processi e dei procedimenti penali fin dal 9 marzo e quindi (apparentemente) in modo retroattivo quanto al periodo dal 9 al 17 marzo; retroattività che non potrebbe parimenti riflettersi sulla sospensione del termine di prescrizione dei reati, in generale prevista dal censurato comma 4 della medesima disposizione.

In realtà, però, così non è perché il rinvio ex lege (e quindi la sospensione temporanea) dei procedimenti e dei processi penali nel (breve) periodo precedente il 17 marzo 2020 e la simmetrica sospensione del termine di prescrizione trovano il loro fondamento normativo nell’art. 1 del d.l. n. 11 del 2020, entrato in vigore il 9 marzo 2020, il quale sì non è stato convertito in legge, e anzi prima ancora è stato abrogato dall’art. 1 della legge n. 27 del 2020, ma la stessa disposizione ne ha fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo, unitamente a quelli oggetto del precedente d.l. n. 9 del 2020. Vi è pertanto continuità normativa tra la disposizione (fin quando vigente) del d.l. n. 11 del 2020, che all’art. 1, comma 3, richiama l’art. 10 del d.l. n. 9 del 2020 (...), e quella di salvezza della legge n. 27 del 2020, sicché il periodo di rinvio (id est sospensione) di procedimenti e processi penali dal 9 al 17 marzo trova il suo fondamento in una norma vigente già alla data iniziale di questo intervallo temporale.

Non c’è stata pertanto alcuna sospensione retroattiva del corso della prescrizione come conseguenza della sospensione di procedimenti e processi penali, bensì ha trovato piena applicazione il principio secondo cui la legge (nella specie, di contenuto processuale) dispone per l’avvenire (art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale) e pertanto legittima è la ricaduta sulla prescrizione in termini di sospensione della sua durata, prevista dall’art. 1 del d.l. n. 11 del 2020, in combinato disposto con l’art. 10, comma 13, del d.l. n. 9 del 2020, in piena sintonia con l’art. 159, primo comma, cod. pen.

18.– In conclusione, le questioni, poste con riferimento al parametro interno dell’art. 25, secondo comma, Cost., sono tutte non fondate.

19.– Invece, le questioni poste in riferimento ai parametri europei sono inammissibili. (...)”

Nota di Luca Leonardo Pastore

Con la sentenza in commento, dissipando i dubbi di costituzionalità inerenti alla causa sospensiva della prescrizione del reato introdotta dall’art. 83, c. 4 n. 18/2020 (conv. con mod. dalla L. n. 27/2020), la Consulta salva capra e cavoli. La pronuncia origina dalla q.l.c. sollevata in riferimento alla sospensione disposta (dal 9 marzo all’11 maggio 2020) a causa dell’emergenza epidemiologica da Covid-19. Chiara la conseguenza: i termini necessari al perfezionamento dell’estinzione del reato sono andati incrementandosi corrispondentemente alla durata del congelamento *de quo*. Com’è intuibile, la questione è apparsa subito delicata, tanto da spingere molteplici Tribunali a titubare in ordine alla compatibilità costituzionale del predetto allungamento (pari a 64 giorni) alla luce del principio d’irretroattività della legge penale sfavorevole (art. 25 c. 2 Cost.). *In apicibus*, la Corte afferma il carattere inderogabile del

principio di legalità, il quale si concreta in un «*diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che [...] non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti; si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore*». Con il passo successivo, coerente alla sua piroclastica giurisprudenza, la Consulta conferma la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, quantunque le sue cause sospensive (art. 159 c.p.) siano generate da accadimenti processuali (*lato sensu*). Di conseguenza, lungi dal sottostare al noto criterio *tempus regit actum*, la disciplina della prescrizione del reato è soggetta all'aureo principio dell'irretroattività della legge penale sfavorevole: «*espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale*». Ora, al contrario delle inappuntabili premesse teoriche, sviluppo e conclusioni sembrano piuttosto incoerenti. Invero, come più sopra anticipato, il Giudice delle leggi salva la disciplina portata alla sua attenzione facendo leva sul c. 1 dell'art. 159: il decorso della prescrizione rimane fermo tutte le volte in cui la sospensione del procedimento penale sia imposta da una particolare disposizione di legge. Secondo la Corte, e questo è un passaggio nodale, il c. 1 altro non fa se non prevedere un rinvio mobile o, se si vuole, un meccanismo sospensivo *per relationem*. Epperò, difficile negarlo, un rinvio mobile, spoglio da limiti di sorta, può garantire cittadinanza a qualunque causa sospensiva della prescrizione introdotta nell'ordinamento, anche successivamente al momento della commissione del fatto. Senz'altro il lettore avrà rilevato che il ragionamento della Consulta si regge su d'un paradosso: da un lato, s'afferma che anche la disciplina sulla prescrizione del reato sottostia al principio d'irretroattività della legge penale sfavorevole, dall'altro, la lettura soprariportata dell'art. 159 *de facto* permette a cause sospensive sopravvenute (alla commissione del fatto) l'allungamento dei termini necessari a prescrivere. Nessun *cul-de-sac* secondo la Corte, poiché «*al momento della commissione del fatto il suo autore sa ex ante che, se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell'applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione*». Il meccanismo del rinvio mobile, pertanto, «*rispetta il principio di legalità [...] avendo un contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge, le quali devono comunque rispettare [...] il principio della ragionevole durata del processo [...] e quell[i] di ragionevolezza e proporzionalità*». Detto altrimenti: la Corte considera la causa sospensiva comunque anteriore alla condotta criminosa per cui è procedimento, seppure formalmente sopravvenuta, perché la regola secondo cui quando il procedimento è sospeso in applicazione d'una particolare disposizione di legge lo è anche il corso della prescrizione (art. 159 c. 1 c.p.) è certamente anteriore alla condotta criminosa. Tanto basta? Forse consapevole delle storture teratologiche del suo ragionamento, per la Consulta, al di là del rispetto formale del principio di legalità (così come interpretato nella presente pronuncia), il rinvio mobile non può permettere alla mano pigra del legislatore un'illimitata dilatazione del tempo complessivo necessario a prescrivere, assicurando (in ipotesi) l'operatività di qualsivoglia sopravvenuta disposizione di legge che preveda la sospensione del procedimento penale. Difatti, il rispetto del principio di legalità non esclude, anzi si coniuga al possibile giudizio di conformità tanto al canone della ragionevole durata del processo quanto ai principi di ragionevolezza e proporzionalità. Orbene, proprio sulla base di questi ultimi parametri, s'afferma la legittimità dell'art. 83 c. 4 del c.d. Decreto cura Italia. A parere della Corte, infatti, la previsione in parola è senz'altro funzionale al contrasto della crisi sanitaria, ed è frutto d'un bilanciamento ragionevole: *in primis*, perché motivato dallo scopo supremo della tutela della salute collettiva (art. 32 c. 1 Cost.); *in secundis*, perché la sospensione *de qua* si dipana per un lasso di tempo contenuto al periodo stimato dello stato emergenziale, così risultando proporzionata alla predetta finalità, nonché

compatibile col principio della ragionevole durata del processo. Infine, sia consentita una suggestione *a latere*: con un occhio rivolto al sistema, ciò che si scorge in questa pronuncia (e che davvero preoccupa) è un deciso slittamento del principio di legalità dalla legge verso il giudice, con tutti i rischi che ne derivano in termini di garanzie: è lapalissiana la fluidità del canone di ragionevole durata del processo e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, sulla base dei quali la Consulta si riserva, di volta in volta, di giudicare l'operato del legislatore.

CORTE EDU

Protezione del diritto alla vita dei detenuti: sullo Stato non può incombere un onere insostenibile o eccessivo

**(Corte EDU, Sez. I, 19 marzo 2020, ricorso n. 41603/13, Fabris e Parziale c. Italia)
Traduzione a cura del Ministero della Giustizia**

“(…) 73. La Corte rammenta che la prima frase dell’articolo 2 della Convenzione obbliga lo Stato non soltanto ad astenersi dal provocare la morte in maniera volontaria e irregolare, ma anche ad adottare le misure necessarie per la protezione della vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione (…).

74. La Corte rammenta anche che l’articolo 2 della Convenzione può, in alcune circostanze ben definite, porre a carico delle autorità l’obbligo positivo di adottare in via preventiva delle misure di ordine pratico per proteggere l’individuo da altri o (….) da se stesso (…).

75. Tuttavia, si deve interpretare tale obbligo in maniera da non imporre alle autorità un onere insostenibile o eccessivo, senza perdere di vista le difficoltà che incontrano le forze dell’ordine nell’esercizio delle loro funzioni nelle società contemporanee, l’imprevedibilità del comportamento umano e le scelte operative da fare in materia di priorità e di risorse. Pertanto, ogni presunta minaccia contro la vita non obbliga le autorità, in riferimento alla Convenzione, ad adottare misure concrete per prevenirne la realizzazione (…).

77. Inoltre, la Corte rammenta che i detenuti si trovano in situazione di vulnerabilità e le autorità hanno il dovere di proteggerli. Parimenti, le autorità penitenziarie devono esercitare le loro funzioni in maniera compatibile con i diritti e le libertà dell’individuo interessato. Possono essere adottate delle misure e delle precauzioni generali per ridurre i rischi di autolesionismo nel rispetto dell’autonomia individuale (…). La Corte ha ammesso che delle misure eccessivamente restrittive potevano sollevare dei problemi in riferimento agli articoli 3, 5 e 8 della Convenzione (…).

78. (...) Nella fattispecie, la questione che si pone è (...) se le autorità si siano sottratte al loro obbligo positivo di proteggere la vita del nipote del ricorrente, tenuto conto della sua situazione personale (...).

80. Sebbene la vittima non si trovasse in una situazione di vulnerabilità particolare a causa del suo stato mentale, rimane comunque il fatto, secondo la Corte, che la sua tossicodipendenza cronica, associata a disturbi del comportamento legati al consumo di sostanze che danno assuefazione e il suo stato di salute fragile, ne facevano un soggetto particolarmente vulnerabile (...).

83. (...) la Corte osserva che il nipote del ricorrente era costantemente seguito da parte dei medici del carcere di Venezia, i quali (...) avevano messo in atto dei trattamenti di disassuefazione farmacologica e psicologica. Inoltre, ad (OMISSIS) venivano somministrati dei farmaci allo scopo di curare le patologie da cui quest’ultimo era affetto.

84. Per quanto riguarda, in particolare, la fibrosi miocardica che aveva verosimilmente comportato l’arresto cardiaco di (OMISSIS), tale patologia (...) non era dunque nota alle autorità prima del decesso (...).

87. (...) La Corte ne deduce che le autorità non avevano alcun motivo di prevedere un rischio immediato che il nipote del ricorrente agisse in maniera tale da mettere in pericolo la propria vita o la propria integrità fisica.

88. Tenuto conto di quanto precede, e tenendo presente che l'obbligo positivo che incombeva allo Stato deve essere interpretato in modo da non imporre alle autorità un onere insostenibile o eccessivo, la Corte conclude che non è stato accertato (...) che le autorità sapessero o avrebbero dovuto sapere che sussisteva un rischio reale e immediato per la vita di (OMISSIS) e (...) che non abbiano adottato le misure che si poteva ragionevolmente attendersi da esse.

89. Pertanto, non vi è stata violazione dell'elemento sostanziale dell'articolo 2 della Convenzione nelle circostanze del caso di specie.

90. La Corte rammenta che, quando vi è stato il decesso di una persona in circostanze per le quali lo Stato può essere considerato responsabile, l'articolo 2 della Convenzione implica per quest'ultimo il dovere di assicurare, con ogni mezzo di cui dispone, una reazione adeguata (...).

91. In tutti i casi in cui un detenuto decede in condizioni sospette e in cui la causa di tale decesso è riconducibile a un'azione o a un'omissione degli agenti o dei servizi pubblici, le autorità hanno l'obbligo di condurre d'ufficio una «indagine ufficiale ed effettiva» (...).

102. (...) la Corte ritiene che le autorità italiane abbiano agito con la diligenza richiesta dall'elemento procedurale dell'articolo 2 della Convenzione (...).

Nota di Agostino Sabatino

La vicenda di riferimento trae origine dal ricorso (n. 41603/13) presentato contro lo Stato italiano da due ricorrenti cittadini italiani, i quali hanno adito la Corte di Strasburgo ai sensi dell'art. 34 Cedu, sostenendo che le autorità fossero venute meno ai loro obblighi, da un lato, non proteggendo adeguatamente il diritto alla vita del loro parente deceduto in carcere e, dall'altro, non conducendo un'effettiva indagine al riguardo, in piena violazione dell'art. 2 Cedu, secondo cui «*il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge*».

La Corte europea, chiamata a decidere sul ricorso, si è espressa sul rispetto degli obblighi positivi delle autorità statali concernenti, sotto il profilo sostanziale, l'adozione concreta di tutte le ragionevoli misure volte ad evitare il decesso e, sotto il profilo procedurale, lo svolgimento di indagini effettive per accertare la dinamica dei fatti e le eventuali responsabilità.

In ordine al primo aspetto, la Corte ha ricordato che l'art. 2 Cedu non impone agli Stati soltanto l'obbligo di astenersi dal provocare la morte in maniera volontaria e irregolare, ma devono altresì adottare in via preventiva tutte le misure necessarie a garantire la protezione della vita dei soggetti sotto la propria giurisdizione. Tuttavia, la previsione di simili obblighi non può gravare le autorità di un onere insostenibile o eccessivo, per cui ogni presunta minaccia contro la vita non le obbliga ad adottare misure concrete per prevenirne la realizzazione.

Nel caso di specie, la Corte ha sottolineato l'impossibilità di dimostrare che le autorità avrebbero potuto prevedere l'insorgenza di un rischio reale e immediato per la vita del detenuto decretando, di conseguenza, l'assenza di una violazione dell'elemento sostanziale di cui all'art. 2 Cedu.

Sotto il profilo procedurale, non vi è dubbio che le autorità abbiano l'obbligo di svolgere indagini ufficiali ed effettive per la ricerca della verità, soprattutto – come nel caso in oggetto – in cui lo Stato avrebbe potuto o dovuto impedire la morte di un detenuto.

Al riguardo, la Corte ha evidenziato che, in considerazione dell'entità degli elementi di prova raccolti, i rallentamenti che hanno investito il procedimento, poi definito con l'archiviazione per l'intervenuta prescrizione dei fatti, non siano sufficienti a mettere in discussione l'effettività delle indagini nel loro complesso. Pertanto, la Corte ha ritenuto che le autorità italiane abbiano agito con la diligenza richiesta dall'elemento procedurale di cui all'art. 2 Cedu.

La sentenza in commento, oltre agli aspetti concernenti il merito della vicenda, merita un approfondimento in relazione alla preliminare eccezione sulla ricevibilità del ricorso, proposto dallo zio e dalla cugina della vittima. Sul punto, il Governo italiano ha infatti contestato il possesso, in capo alla cugina, della qualifica di "vittima", requisito essenziale per presentare ricorso *ex art. 34 Cedu*.

Al riguardo la Corte ha, in più occasioni, dichiarato ricevibili ricorsi relativi a violazioni dell'art. 2 Cedu presentati da genitori, fratelli, sorelle o nipoti della persona deceduta, ritenendoli vittime indirette delle violazioni. Invece, quanto ai ricorsi presentati da cugini, non ha sempre ritenuto di per sé sufficiente il legame di parentela per attribuire la qualifica di "vittima" della violazione.

Nel caso in esame, la ricorrente ha puntualizzato che, oltre al legame di parentela, l'ulteriore elemento a sostegno della sua prossimità con la vittima, è da rinvenire nel riconoscimento alla stessa, da parte delle autorità italiane, della posizione di parte lesa nell'ambito del procedimento penale. Tuttavia la Corte, precisato che le condizioni disciplinanti i ricorsi individuali *ex art. 34 Cedu* non coincidano necessariamente con i criteri previsti negli ordinamenti nazionali e considerata, altresì, l'assenza di elementi che dimostrino, in capo alla cugina, la sussistenza di un interesse legittimo in quanto "parente stretto", ha concluso che la ricorrente non potesse essere qualificata come "vittima" ai sensi dell'art. 34 Cedu.

In tal senso, la Corte – oltre al vincolo formale di parentela – sembra pretendere una prova della sussistenza di un reale e tangibile rapporto affettivo tra i ricorrenti e le vittime dirette delle violazioni di cui all'art. 2 Cedu, così da poter configurare anche la "vittima" indiretta quale soggetto direttamente colpito dalla violazione.

Inoltre, occorre notare che la Corte, in circostanze analoghe, non ha sempre richiesto la dimostrazione di un particolare grado di intensità del rapporto affettivo, dando maggiore importanza al bene "vita" tutelato dall'art. 2 Cedu. Infatti, la protezione del diritto alla vita – valore al vertice della gerarchia dei diritti – riconoscerebbe anche un legame di minore intensità con la vittima diretta, rispetto a quella richiesta per violazioni di altri diritti tutelati dalla Cedu, quale condizione legittimante la proposizione del ricorso alla Corte europea ai sensi dell'art. 34 Cedu.

Quanto affermato sembra, altresì, trovare conferma nel fatto che il riconoscimento dello status di "vittima" ai fini della legittimazione a ricorrere *ex art. 34 Cedu* sia slegato dal diritto ad ottenere un'equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 Cedu.

La sentenza in commento, che si inserisce nel corposo filone giurisprudenziale della Corte europea relativo ai decessi di detenuti *intra moenia*, lascia non poche perplessità non solo con riguardo ai chiarimenti offerti circa il contenuto degli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 Cedu, ma soprattutto in riferimento alle valutazioni sul possesso dello status di "vittima" in capo ai ricorrenti nei casi in cui la vittima diretta della presunta violazione dell'art. 2 Cedu sia deceduta senza possibilità di presentare ricorso o sia comunque impossibilitata a farlo.

L'ingerenza legislativa non prevedibile viola il diritto a un equo processo

**(Corte EDU, Sez. I, 9 luglio 2020, Ricorso n. 6561/10, Avellone e altri c. Italia)
Traduzione a cura del Ministero della Giustizia**

“1. I ricorrenti hanno lamentato che l'articolo 6 della Legge 15 aprile 1985 n. 140 (“Legge n. 140/1985”), come interpretata dalla Legge 24 dicembre 2007 n. 244 (“Legge n. 244/2007”), aveva costituito un'ingerenza legislativa in procedimenti in corso, in violazione del loro diritto a un equo processo ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione.

(...) 44. Nei loro ricorsi i ricorrenti hanno sostenuto che promulgando la Legge n. 244/2007, il Governo aveva compiuto un'ingerenza a favore di una parte di un procedimento in corso. La Legge n. 244/2007 aveva difatti introdotto un'interpretazione delle pertinenti disposizioni giuridiche che era diametralmente opposta al significato attribuito alle stesse dalla giurisprudenza consolidata dei tribunali interni, in particolare successivamente alla sentenza n. 14285/2005 pronunciata dalla Corte di Cassazione (...).

(...) 47. La Corte ha ripetutamente ritenuto che benché non sia proibito al legislatore di regolamentare, mediante nuove disposizioni retroattive, diritti derivanti da leggi in vigore, il principio dello Stato di diritto e la nozione di equo processo sancita dall'articolo 6 preclude, salvo che per motivi imperativi di interesse generale, l'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia finalizzata a influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia (si vedano, tra numerosi altri precedenti, Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia [GC], nn. 24846/94 e altri 9, § 57, CEDU 1999 VII, e Stefanetti e altri c. Italia, sopra citata, § 38).

48. La Corte non è persuasa dei rilievi presentati dal Governo secondo cui le controversie non sono state decise sulla base della legge di interpretazione autentica. Mentre è vero che nelle sentenze menzionate dal Governo (...) la Corte di Cassazione ha sostenuto espressamente che il risultato sarebbe stato il medesimo, in quanto le controversie dovevano essere risolte sulla base della nuova interpretazione, la Corte rileva che tale interpretazione seguiva l'approccio adottato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 401/2008 (...), concernente a sua volta la costituzionalità della Legge n. 244/2007.

49. La Corte rileva che il Governo non ha presentato alcuna sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione antecedente alla promulgazione della Legge che aveva approvato la posizione dell'INPS. Al contrario, la Corte rileva che precedentemente alla promulgazione della Legge n. 244/2007 i tribunali interni si erano ripetutamente pronunciati a favore della posizione dei ricorrenti, e che l'interpretazione delle pertinenti disposizioni giuridiche era stata confermata in un'occasione anche dalla Corte di Cassazione (...). Dato che le disposizioni giuridiche erano state interpretate prevalentemente a favore dei ricorrenti nei decenni in cui era stato contestato nei tribunali interni l'adeguamento al costo della vita, segue che l'ingerenza legislativa (che spostava la bilancia a favore di una delle parti) nel caso di specie non era prevedibile.

50. In realtà, la promulgazione della Legge 244/2007 mentre erano in corso dei procedimenti ha determinato la sostanza delle controversie. In realtà la Legge ha avuto l'effetto di

modificare definitivamente l'esito della lite in corso di cui lo Stato era parte, sostenendo la posizione dello Stato a svantaggio dei ricorrenti.

51. Infine, anche accettando che lo Stato stesse tentando di sistemare una situazione che non aveva originariamente voluto creare e assicurare il rispetto dell'originale volontà del legislatore, avrebbe potuto farlo senza ricorrere all'applicazione retroattiva della legge (si veda, *mutatis mutandis*, Stefanetti e altri c. Italia, sopra citata, § 43).

52. Le considerazioni di cui sopra sono sufficienti a consentire alla Corte di concludere che vi è stata violazione dell'articolo 6 della Convenzione. (...).”

Nota di Emanuele Vannata

Nella sentenza di cui in epigrafe la Corte di Strasburgo ha condannato all'unanimità l'Italia per violazione del diritto all'equo processo come sancito nell'art. 6 § 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU), nella misura in cui esso “preclude, salvo che per motivi imperativi di interesse generale, l'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia finalizzata a influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia”.

All'origine della causa un ricorso presentato da una pluralità di soggetti compresi in una delle categorie (ex combattenti, invalidi di guerra, vedove di guerra, vittime civili di guerra) per le quali la L. 15 aprile 1985, n. 140 aveva introdotto un aumento mensile delle pensioni. L'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), tuttavia, aveva riconosciuto l'applicazione di tale maggiorazione pensionistica a decorrere dalla data in cui gli aventi diritto soddisfacevano i requisiti richiesti, piuttosto che dall'anno di entrata in vigore della Legge (1985), il che aveva dato abbrivio ad una serie di azioni, prima amministrative, poi giudiziarie, attraverso le quali questi agivano per ottenere la perequazione automatica del trattamento pensionistico. Invero, fino alla fine del 2007, il giudice nazionale si era pronunciato sempre a favore dei ricorrenti³, obbligando l'INPS a calcolare l'adeguamento dell'aumento a decorrere dall'anno in cui era entrata in vigore la Legge. La promulgazione della L. 24 dicembre 2007, n. 244 – peraltro considerata conforme al principio di uguaglianza e di ragionevolezza dalla Corte costituzionale (Corte Cost., 5 dicembre 2008, n. 401) – nel fornire l'interpretazione autentica della Legge n. 140/1985, aveva, invece, modificato la giurisprudenza consolidata⁴ compiendo, secondo i giudici di Strasburgo “un'ingerenza a favore di una parte di un procedimento in corso” e così negando loro il diritto a un equo processo di cui all'art. 6 della CEDU.

Nell'accertare (e riconoscere) preliminarmente la ricevibilità del caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sul mancato esaurimento dei ricorsi interni eccetto dal Governo italiano, rilevando che esso non ha dimostrato che i ricorsi che i ricorrenti avrebbero potuto esperire per contestare l'applicazione della Legge n. 244/2007 avessero probabilità di successo e che la applicazione della Legge in parola nei procedimenti nazionali “aveva determinato

³ V., *ex multis*, Cass.Civ., sez. lav., 7 luglio 2005, n. 14285.

⁴ V. Cass.Civ., sez. lav., 30 dicembre 2009, nn. 27786, 27798, 27800 e 27812.

la sostanza della controversia” rendendo “inutile” per i ricorrenti il proseguimento della lite⁵. Quanto all’assenza di un importante pregiudizio *ex art. 35 § 3*, lettera b CEDU, lamentata dal Governo, la Corte richiama e chiarisce la portata del principio *de minimis non curat praetor*, accogliendo le doglianze della quasi totalità dei ricorrenti anche in ragione del fatto che essi rappresentavano soggetti ricadenti (o direttamente o in qualità di eredi) nella categoria di persone vulnerabili.

Pronunciandosi nel merito del caso, i giudici di Strasburgo riconoscono che “la promulgazione della Legge 244/2007 mentre erano in corso dei procedimenti ha determinato la sostanza delle controversie” avendo l’effetto “di modificare definitivamente l’esito della lite in corso” di cui lo Stato era parte, sostenendone la posizione a svantaggio dei ricorrenti.

Benché, secondo la Corte europea, non sia proibito al legislatore di regolamentare, mediante nuove disposizioni retroattive, diritti derivanti da leggi in vigore, tale operazione – salvo che per motivi imperativi di interesse generale – non è compatibile col principio dello Stato di diritto e la nozione di equo processo sancita dall’art. 6 CEDU⁶. I giudici di Strasburgo, in un interessante passaggio della sentenza in esame, sostengono inoltre che “anche accettando che lo Stato stesse tentando di sistemare una situazione che non aveva originariamente voluto creare e assicurare il rispetto dell’originale volontà del legislatore, avrebbe potuto farlo senza ricorrere all’applicazione retroattiva della legge”. Conseguentemente, è opportuno leggere l’interpretazione autentica quale strumento di per sé legittimo, ma che nel quadro CEDU può trovare spazio soltanto laddove risponda a quegli *impérieux motifs d’intérêt général* più volte richiamati dalla Corte europea dei diritti umani, altrimenti tale operazione, applicata retroattivamente, non può che considerarsi un’incompatibile interferenza nell’amministrazione della giustizia, laddove incidente sia sul principio di certezza del diritto, che sul principio di tutela dell’affidamento.

⁵ V. Corte eur.dir.uomo, Seconda Sezione, sentenza del 31 maggio 2011, n. 46286/09 e altri 4, *Maggio e altri c. Italia*, § 44.

⁶ Corte eur.dir.uomo, Seconda Sezione, sentenza del 15 aprile 2015, ric. nn. 21838/10 e altri 7, *Stefanetti e altri c. Italia*, § 38; Corte eur.dir.uomo, cit., *Maggio e altri c. Italia*, § 43; Corte eur.dir.uomo, Grande Camera, sentenza del 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97, *Scordino c. Italia*, § 126; Corte eur.dir.uomo, Grande Camera, sentenza del 28/10/1999, ric. n. 24846/94 e altri 9, *Zielinski e altri c. Francia*, § 57). Per una più ampia panoramica, si veda G. DE MARZO, *Legge di interpretazione autentica ed equo processo (art. 6, par. 1, CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2016-2020)*, CEDAM, 2020, pp. 329 e ss.

Legge “modificativa” nelle more del procedimento: ancora una violazione dell’equo processo

**(Corte EDU, Sez. I, 3 settembre 2020, ricorso n. 3497/09, Facchinetti c. Italia)
Traduzione a cura del Ministero della Giustizia**

“4. Nel luglio del 1999 il defunto marito della ricorrente (...) che aveva trasferito in Italia i contributi pensionistici che aveva versato in Svizzera, presentò una domanda all’Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (“INPS”) affinché riliquidasse la sua pensione, in conformità alla Convenzione italo-svizzera in materia di sicurezza sociale del 1962 (...), sulla base dei contributi che aveva versato in Svizzera per il lavoro ivi svolto per diversi anni. Come base per la liquidazione della sua pensione (...), l’INPS utilizzò una retribuzione teorica invece della retribuzione effettiva. Tale criterio comportò una riparametrazione sulla base dell’aliquota contributiva applicata in Svizzera (8%) e di quella applicata in Italia (32,7%), vale a dire che il calcolo fu basato su uno pseudo-salario, che ha comportato (...) che egli percepisse una pensione pari a un quarto di quanto avrebbe dovuto ricevere.”

“5. L’INPS rigettò la domanda presentata da(l) (marito della ricorrente). Conseguentemente, nel 2002, (il marito della ricorrente) presentò ricorso al Tribunale di Bergamo (organo competente per le controversie di lavoro e previdenziali), sostenendo che ciò violava lo spirito della Convenzione italo-svizzera”.

“6. In data 7 febbraio 2003, il Tribunale di Bergamo accolse la pretesa [...] e ordinò all’INPS di riliquidare la pensione (...).”

“7. A seguito dell’appello proposto dall’INPS, in data 11 dicembre 2003, la Corte di Appello di Brescia ribaltò la sentenza di primo grado.”

“8. Nelle more del pertinente procedimento dinanzi alla Corte di Cassazione, in data 1° gennaio 2007 entrò in vigore la Legge 27 dicembre 2006 n. 296 (“Legge n. 296/2006”).”

“9. In data 19 gennaio 2006 (il marito della ricorrente) decedette”.

“10. In data 11 dicembre 2008, in considerazione dell’entrata in vigore della Legge n. 296/2006, la Corte di Cassazione rigettò con decisione definitiva il ricorso presentato (...) avverso la sentenza della Corte di Appello di Brescia”.

“[...]”

“15. La ricorrente ha lamentato che l’intervento legislativo – vale a dire la promulgazione della Legge n. 296/2006, che ha modificato la pertinente giurisprudenza consolidata nelle more del procedimento – le aveva negato il diritto, quale erede (OMISSIS), a un equo processo ai sensi dell’articolo 6 § 1 della Convenzione, che recita: “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente da un tribunale (...) chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile (...)”

“[...]”

“23. La ricorrente ha sostenuto che mediante la promulgazione della Legge n. 296/2006 il Governo aveva compiuto un’ingerenza a favore di una delle parti di un procedimento pendente. La Legge n. 296/2006 aveva introdotto un’interpretazione delle pertinenti disposizioni giuridiche che era diametralmente opposta al significato attribuito a esse dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione (...).”

“25. La Corte osserva che circostanze praticamente identiche avevano dato luogo a violazione dell’articolo 6 nelle cause *Maggio e altri c. Italia* (nn. 46286/09 e altri 4, 31 maggio 2011) e *Stefanetti e altri (merito)* (sopra citata), ed è convinta che nel presente ricorso non vi sia motivo per concludere diversamente”.

“26. Vi è conseguentemente stata violazione dell’articolo 6 della Convenzione.”

Nota di Emanuele Vannata

La sentenza che ivi si annota si iscrive nel solco già tracciato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁷, a proposito dell’istituto dell’interpretazione autentica (e, in particolare, dell’efficacia retroattiva della legge interpretativa) e del suo rapporto con i lineamenti applicativi dell’equo processo *ex art. 6 §1* della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU). Le circostanze della causa sono sostanzialmente analoghe alle precedenti questioni sollevate innanzi ai giudici europei sul tema della c.d. “pensioni svizzere” e che avevano condotto più volte alla condanna dell’Italia in riferimento all’interpretazione delle pertinenti disposizioni di legge fornita dalla L. 27 dicembre 2006, n. 296, la cui promulgazione durante la pendenza di procedimenti – come si legge nella sentenza *Maggio* (richiamata *in toto*, unitamente alla sentenza *Stefanetti*) – “in realtà determinava il merito delle controversie”, rendendo “inutile” per un intero gruppo di persone che si trovavano nella posizione di ricorrenti la prosecuzione del giudizio. Più precisamente, la legge italiana in parola aveva avuto l’effetto di “modificare definitivamente l’esito del giudizio pendente” nel quale lo Stato era parte, avallando la posizione di questo a svantaggio dei ricorrenti.

Sebbene la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani abbia chiarito che un impellente motivo di interesse generale possa costituire ragione giustificatrice dell’ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia, i giudici di Strasburgo non ritengono applicabile questo principio al caso in esame. L’approccio della Corte europea si discosta, pertanto, dalla posizione espressa dalla Corte Costituzionale italiana, che – proprio sul caso delle “pensioni svizzere” – aveva ritenuto legittima la compressione del diritto ad un equo processo in ragione di ulteriori interessi costituzionali in gioco, quali la parità di trattamento tra pensionati e il mantenimento dell’equilibrio di bilancio⁸, cui ha riconosciuto prevalenza.

Nell’attività di bilanciamento degli obblighi internazionali con gli interessi costituzionalmente protetti che “non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall’ordinamento interno, ma deve, caso mai, costituire strumento di ampliamento della tutela stessa”⁹, il Giudice delle Leggi invoca, quindi, una “garanzia di sistema”, al fine di evidenziare il più elevato livello di tutela dei diritti fondamentali realizzabile in ambito nazionale¹⁰. La Corte Costituzionale, infatti, in relazione alla fattispecie in esame, rivendica un

⁷ V. Corte eur.dir.uomo, Seconda Sezione, sentenza del 15 aprile 2015, ric. nn. 21838/10 e altri 7, *Stefanetti e altri c. Italia*; Corte eur.dir.uomo, Seconda Sezione, sentenza del 31 maggio 2011, ric. nn. 46286/09 e altri 4, *Maggio e altri c. Italia*.

⁸ V. Corte Cost., 28 novembre 2012, n. 264.

⁹ V. Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

¹⁰ L. CASSETTI, *Diritti, Carte e politiche pubbliche*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent’anni dal consiglio europeo di Tampere*, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 65 e ss.

marginale di apprezzamento nazionale nella valutazione dell'interesse generale che non può essere eroso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui visione "frazionata" dei diritti di volta in volta coinvolti consentirebbe solo una valutazione isolata – e non sistemica – dei valori tutelati dalla norma di volta in volta scrutinata¹¹.

I giudici di Strasburgo, *ex adverso*, collocandosi nel solco già tracciato dalle sentenze *Stefanetti* e *Maggio*, evitano di perpetuare una sterile *actio finium regundorum* ed evidenziano che il ritardo con cui il legislatore interno è intervenuto a riformare il sistema previdenziale del 1982 e il (conseguente) consolidarsi di un'interpretazione giurisprudenziale interna maggioritaria a favore dei ricorrenti, aveva reso "non prevedibile" l'ingerenza del legislatore italiano. A dispetto dell'apparente contrasto tra gli orientamenti della Consulta e quelli della Corte di Strasburgo, la recente sentenza costituzionale n.166/2017¹² mostra, invece, una sia pur timida adesione alle linee interpretative del giudice sovranazionale laddove riconosce "l'esistenza di una più circoscritta area di situazioni in riferimento alle quali la riparametrazione delle retribuzioni percepite in Svizzera, in applicazione della censurata norma nazionale retroattiva, può entrare in collisione con gli evocati parametri convenzionali e, corrispondentemente, con i precetti di cui agli artt. 3 e 38 della Costituzione".

¹¹ V. Corte Cost., 28 novembre 2012, n. 264.

¹² V. Corte Cost., 12 luglio 2017.

Viola l'art. 6 Cedu la mancata escussione del testimone a carico già dichiarato non attendibile

(Corte Edu, Sez. I, 22 ottobre 2020, ric. n. 75037/14, Tondo c. Italia)

Traduzione a cura del Ministero della Giustizia

“29. Il ricorrente afferma che la corte d'assise d'appello di Lecce lo ha dichiarato colpevole senza avere proceduto all'escussione diretta di un testimone chiave a carico, che era stato dichiarato non credibile dai giudici di primo grado. Egli invoca l'articolo 6 della Convenzione che, nelle sue parti pertinenti, è così formulato: “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente (...) da un tribunale (...), il quale sia chiamato a pronunciarsi (...) sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.» (...)

33. (Il ricorrente) afferma che questa testimonianza era fondamentale per la ricostruzione della fase finale dei fatti, (trattandosi) di un elemento determinante nell'esercizio di valutazione dell'elemento psicologico del reato. (...)

38. La Corte rammenta che le modalità di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione ai procedimenti di appello dipendono dalle caratteristiche del procedimento in questione; è necessario tenere conto dell'intero procedimento interno e del ruolo attribuito al giudice di appello nell'ordinamento giuridico nazionale (Botten c. Norvegia, 19 febbraio 1996, § 39, Recueil des arrêts et décisions 1996 I). In particolare, quando un giudice di appello deve esaminare una causa in fatto e in diritto e studiare complessivamente la questione della colpevolezza o dell'innocenza, detto giudice non può, per motivi di equità del procedimento, decidere su tali questioni senza una valutazione diretta delle testimonianze presentate personalmente dall'imputato che afferma di non avere commesso l'atto considerato come illecito penale (...) o dai testimoni che hanno reso una deposizione durante il procedimento e alle cui dichiarazioni il giudice vuole dare una nuova interpretazione (...). Infatti, anche se spetta in linea di principio al giudice nazionale decidere sulla necessità o l'opportunità di citare un testimone, alcune circostanze eccezionali possono portare la Corte a concludere che la mancata audizione di una persona in qualità di testimone è incompatibile con l'articolo 6 della Convenzione. (...)

40. (...) La Corte osserva anzitutto che la corte d'assise di Lecce ha assolto il ricorrente dopo aver sentito vari testimoni. I giudici di primo grado hanno valutato che, considerati complessivamente, i documenti del fascicolo non permettevano di escludere che il ricorrente avesse agito per legittima difesa. Ritenendo che non disponevano di alcun documento che permettesse di confutare questa versione, i suddetti giudici hanno deciso di accettare la versione dei fatti fornita dagli imputati. A questo proposito, hanno concluso che le dichiarazioni dell'unico testimone ad aver assistito all'omicidio, (...), non erano attendibili, e che le stesse non erano compatibili con le conclusioni dei periti, soprattutto per quanto riguarda la questione delle posizioni nelle quali la vittima e l'imputato si trovavano al momento dello sparo mortale.

41. La Corte osserva inoltre che i giudici d'appello avevano la possibilità di confermare la soluzione del ricorrente o di dichiararlo colpevole dopo aver proceduto a una valutazione della questione della responsabilità dell'interessato. A questo scopo, hanno ordinato una nuova audizione del coimputato del ricorrente, (...) Non hanno invece sentito né gli altri testimoni né il ricorrente, sebbene quest'ultimo fosse stato presente al dibattimento”.

42. La Corte osserva anche che i giudici di appello hanno invalidato la sentenza di primo grado e hanno dichiarato il ricorrente colpevole dopo aver escluso l'esistenza di una situazione di legittima difesa idonea a fondare una decisione di irresponsabilità penale dell'interessato. Per giungere a questa conclusione, i giudici di appello hanno considerato che era necessario tenere conto delle dichiarazioni di tutti i testimoni, anche di quelle che la corte d'assise aveva ritenuto non pertinenti, qualificando come «decisiva» la deposizione di (OMISSIS) e discostandosi dal parere dei giudici di primo grado per quanto riguarda la credibilità di tale testimone e l'interpretazione delle sue dichiarazioni.

43. La Corte ritiene, alla luce di questi elementi, che il giudice di appello non si sia limitato a procedere a una nuova valutazione di elementi di natura puramente giuridica, ma si sia pronunciato su una questione fattuale, ossia la credibilità di un testimone chiave a carico, modificando in tal modo i fatti constatati dai giudici di primo grado (...). Essa rammenta che la valutazione della credibilità di un testimone è un compito complesso, che, normalmente, non può essere compiuto attraverso una semplice lettura del contenuto delle dichiarazioni di quest'ultimo, riportate nei verbali delle audizioni (...).

45. La Corte considera che, non procedendo a una nuova audizione di (OMISSIS) o di altri testimoni prima di invalidare il verdetto di assoluzione di cui aveva beneficiato in primo grado, la corte d'assise d'appello ha notevolmente limitato i diritti della difesa del ricorrente.

46. Infine, la Corte osserva che i giudici che lo hanno dichiarato colpevole non hanno sentito il ricorrente – sebbene quest'ultimo fosse presente al dibattimento –, privandolo in tal modo della possibilità di esporre le proprie argomentazioni su questioni di fatto determinanti per la valutazione della sua colpevolezza (...)

47. Considerate tutte le circostanze del caso di specie, la Corte conclude che il ricorrente è stato privato del suo diritto a un processo equo. Pertanto vi è stata violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.”

Nota di Anna Onore

Con la sentenza in epigrafe la Corte europea dei diritti dell'uomo è ritornata a pronunciarsi sulla corretta interpretazione e applicazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, a mente del quale *“ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale (...), il quale sia chiamato a pronunciarsi (...) sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”*. La norma in esame ribadisce i principi costituzionali del diritto di difesa (art. 24 Cost.), del giusto processo e dell'imparzialità e terzietà dell'organo giudicante (artt. 101 e 111 Cost.).

Con ricorso n. 75037/14 alla Corte EDU, veniva contestata la violazione dell'art. 6 CEDU, da parte del giudice di appello, per mancata nuova audizione del testimone chiave a carico prima di ribaltare il verdetto di assoluzione pronunciato in primo grado.

Nel caso di specie, all'esito del giudizio di primo grado veniva pronunciata sentenza di assoluzione ex art. 530 c.p.p. per il delitto di omicidio, in concorso con il fratello, avendo agito per difendere la propria e l'altrui incolumità (*rectius* legittima difesa, art. 52 c.p.) e in considerazione della circostanza che alcuno dei testimoni ascoltati in giudizio aveva fornito una ricostruzione chiara e condivisibile degli accadimenti occorsi immediatamente prima l'esplosione del colpo di pistola, rivelatosi mortale per la persona offesa.

Veniva, poi, condannato per il predetto reato dalla Corte d'assise d'appello di Lecce; in tale occasione, il giudice di secondo grado riteneva sussistente la penale responsabilità degli imputati sulla base di una testimonianza ritenuta inattendibile nel processo di primo grado. A tal proposito si ricordi che l'attendibilità del teste afferisce alla veridicità della sua deposizione; questa va valutata discrezionalmente dal giudice alla stregua di elementi di natura oggettiva (la precisione e completezza della dichiarazione, le possibili contraddizioni, ecc.) e di carattere soggettivo (la credibilità della dichiarazione in relazione alle qualità personali, ai rapporti con le parti ed anche all'eventuale interesse ad un determinato esito della lite).

Gli imputati, così, avanzavano ricorso per cassazione. La Suprema Corte, accertata la violazione dell'art. 6 CEDU nella condotta del giudice di appello che aveva rivalutato la credibilità del teste senza disporre una nuova audizione, accoglieva parzialmente il ricorso e annullava la sentenza con rinvio. Tuttavia, riteneva che tale principio di diritto dovesse essere utilizzato come parametro di accertamento della colpevolezza per il solo concorrente (fratello) e non anche per il ricorrente, in quanto materiale esecutore del fatto di reato.

La corte d'assise d'appello di Taranto, infine, disposta l'audizione del testimone ma non anche degli imputati, condannava il ricorrente a diciannove anni di reclusione e il correo a dodici anni di reclusione. Il ricorrente adiva, pertanto, la Corte di Strasburgo.

Ricostruita la vicenda processuale, la Corte ricorda come le modalità di applicazione dell'art. 6 CEDU dipendono dalle caratteristiche del procedimento interno e dal ruolo attribuito al giudice di appello nell'ordinamento giuridico nazionale¹³.

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza europea, in ordine alle disposizioni processual-penalistiche, quando un giudice di appello deve esaminare una causa in fatto e in diritto e studiare complessivamente la questione della colpevolezza o dell'innocenza, detto giudice non può (per motivi di equità del procedimento) decidere su tali questioni senza una valutazione diretta delle testimonianze presentate dall'imputato o dai testimoni che hanno reso una deposizione durante il procedimento e alle cui dichiarazioni il giudice vuole dare una nuova interpretazione¹⁴.

In altre parole, la Corte europea ha ribadito un principio già espresso in precedenti pronunce, secondo il quale *“la valutazione della credibilità di un testimone è un compito complesso che, normalmente, non può essere portato a termine semplicemente leggendo il contenuto delle dichiarazioni del testimone”*¹⁵. Pertanto, la valutazione meramente cartolare di tali prove viene ritenuta inidonea a garantire un processo equo, stante la complessità e delicatezza del giudizio sulla attendibilità delle stesse.

A seguire, la Corte ritiene a ragione che *“il giudice di appello non si è limitato a procedere a una nuova valutazione di elementi di natura puramente giuridica, ma si è pronunciato su una questione fattuale, ossia la credibilità di un testimone chiave a carico, modificando in tal modo i fatti contestati dai giudici di primo grado”*(§ 43).

Infine, discostandosi dalla posizione della Corte nazionale secondo cui le dichiarazioni del testimone erano determinanti ai fini della valutazione di colpevolezza del solo concorrente e non anche ai fini del ricorrente (§ 44), i giudici di Strasburgo osservano che la mancata audizione dello stesso imputato ha inciso notevolmente sulle garanzie difensive, privandolo della

¹³ Cfr. Corte Edu, *Botten c. Norvegia*, 19 febbraio 1996, § 39, *Recueil des arrêts et décisions* 19961.

¹⁴ Si vedano, tra altre, Corte Edu: *Ekbatani c. Svezia*, 26 maggio 1988, § 32, serie A n. 134; *Con stantinescu c. Romania*, n. 28871/95, § 55, CEDU 2000; *Vill, Dondarini c. San Marino*, n. 50545/99, § 27, 6 luglio 2004, e *Igual Coll c. Spagna*, n. 37496/04, § 27, 10 marzo 2009.

¹⁵ V. Corte Edu, *Dan c. Moldavia*, n. 8999/07, 5 luglio 2011.

possibilità di esporre le proprie argomentazioni su questioni di fatto determinanti per la valutazione della sua colpevolezza.

In definitiva, la Corte EDU ritiene violato l'art. 6 della Convenzione e condanna lo Stato italiano, ai sensi dell'art 41 CEDU, a risarcire il ricorrente per i pregiudizi patiti.

SEZIONI UNITE

Utilizzazione di intercettazioni in procedimenti diversi: se c'è connessione tra reati non opera il divieto di cui all'art. 270 c.p.p.

(Cass. Pen., SS.UU., 2 gennaio 2020, n. 51)

“1. La questione di diritto in relazione alla quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite può essere così sintetizzata: se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, di cui all'art. 270 c.p.p., riguardi anche i reati non oggetto della intercettazione ab origine disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione.

2. L'esame della questione controversa presuppone la ricognizione del quadro costituzionale di riferimento (...) che deve muovere dal richiamo all'art. 15 Cost., che tutela due distinti interessi, “quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale” (...)

Con particolare riferimento alla disciplina ex art. 270 c.p.p., dell'utilizzazione probatoria dei risultati di un'intercettazione in altro procedimento, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che la libertà della comunicazione “risulterebbe pregiudicata (...) ove la sua garanzia non comportasse il divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva delle notizie di cui si è venuti a conoscenza a seguito di una legittima autorizzazione di intercettazioni al fine dell'accertamento in giudizio di determinati reati” (...). In questo quadro, l'art. 270 c.p.p., comma 1, pone “una norma del tutto eccezionale”“: “la possibilità di utilizzare i risultati delle intercettazioni disposte nell'ambito di un determinato processo limitatamente ai procedimenti diversi, relativi all'accertamento di reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, risponde all'esigenza di ammettere una deroga alla regola generale del divieto di utilizzazione delle intercettazioni in altri procedimenti, giustificata dall'interesse dell'accertamento dei reati di maggiore gravità” (...) (Corte Cost., sent. n. 63 del 1994). (...)

L'autorizzazione del giudice non si limita a legittimare il ricorso al mezzo di ricerca della prova, ma

circoscrive l'utilizzazione dei suoi risultati ai fatti-reato che all'autorizzazione stessa risultino riconducibili: essa, infatti, deve dar conto dei “soggetti da sottoporre al controllo” e dei “fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede” (Corte Cost., sent. n. 366 del 1991); riferimento, quest'ultimo, che rende ragione della delimitazione dell'utilizzabilità probatoria dei risultati dell'intercettazione ai reati riconducibili all'autorizzazione giudiziale, delimitazione che, a sua volta, è condizione essenziale affinché l'intervento giudiziale abilitativo non si trasformi, come si è visto, in una “autorizzazione in bianco”.

3. Richiamato, a grandi linee, il quadro costituzionale di riferimento, possono essere esaminati (...) i diversi indirizzi espressi dalla giurisprudenza di legittimità.

Il primo, maggioritario, orientamento fa leva, nella definizione della nozione di “procedimento diverso” di cui all’art. 270 c.p.p., comma 1, su un criterio di natura – almeno tendenzialmente – sostanzialistica. (...)

Il legame tra la notizia di reato in relazione alla quale è stata autorizzata l’intercettazione e quella emersa dai risultati dell’intercettazione che, se riconosciuto, esclude la diversità dei procedimenti e, con essa, il divieto di utilizzazione di cui all’art. 270 c.p.p., comma 1, è delineato facendo riferimento ad indagini strettamente connesse e collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato alla cui definizione il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato (...)

4. Il secondo orientamento, invece, valorizza l’inerenza delle risultanze relative a reati diversi da quelli oggetto del provvedimento autorizzativo al medesimo procedimento in cui il mezzo di ricerca della prova è stato disposto: (...) qualora l’intercettazione sia legittimamente autorizzata all’interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all’art. 266 c.p.p., i suoi esiti sono utilizzabili anche per gli altri reati di cui emerge la conoscenza dall’attività di captazione, mentre, nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso ab origine, l’utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati espressamente dall’art. 270 c.p.p., e, cioè, all’indispensabilità ed all’obbligatorietà dell’arresto in flagranza (...)

5. Il complesso quadro degli orientamenti (...) si completa con il riferimento ad un terzo orientamento, più risalente nel tempo e più restrittivo (...).

Secondo tale indirizzo, al di fuori dei casi tassativamente indicati nell’art. 270 c.p.p., non è consentita l’utilizzazione in un procedimento penale delle risultanze emerse da intercettazioni telefoniche disposte in altro procedimento, neppure quando i due procedimenti siano strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio (...).

7. Allo scopo di definire con chiarezza il perimetro della questione controversa e il principio di diritto che, in relazione ad essa, sarà enunciato, si rende necessaria una duplice puntualizzazione.

Non è in discussione l’orientamento, del tutto consolidato nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte, attiene solo alla valutazione di tali risultati come elementi di prova, ma non preclude la possibilità di dedurre dagli stessi notizie di nuovi reati, quale punto di partenza di nuove indagini (...)

8. (...) [È] opportuno (...) affrontare (...) il problema della necessità o meno che il reato accertato sulla base dell’intercettazione autorizzata in specifica relazione ad altro reato rientri nei limiti di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova. Al quesito deve darsi risposta affermativa. (...)

[I] limiti di ammissibilità definiscono il perimetro legale all’interno del quale il giudice deve operare le valutazioni relative alla sussistenza, nella fattispecie concreta, dei presupposti dell’autorizzazione (...). Pertanto, la previsione di limiti di ammissibilità delle intercettazioni (...) è espressione diretta e indefettibile della riserva assoluta di legge ex art. 15 Cost., che governa la materia delle intercettazioni, e dell’istanza di rigorosa – e inderogabile – tassatività che da essa discende (...)

11. (...) [L]’adesione, cui le Sezioni unite ritengono di dover pervenire, all’impostazione di fondo del primo orientamento, (...) richiede comunque alcune ulteriori puntualizzazioni.

Rilevata (...) la coerenza di tale orientamento con il dettato legislativo, (...) si tratta (...) di verificare quale “legame sostanziale” tra il reato in relazione al quale l’autorizzazione all’intercettazione è stata emessa e il reato emerso grazie ai risultati di tale intercettazione renda

quest'ultimo reato riconducibile al provvedimento autorizzatorio e, dunque, in linea con l'art. 15 Cost., che vieta "autorizzazioni in bianco".

(...) [D]etto legame sostanziale è individuato dalla giurisprudenza di legittimità richiamando ora l'esistenza di una connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico tra il contenuto dell'originaria notizia di reato, per la quale sono state disposte le intercettazioni, e i reati per i quali si procede, ora (...) la sussistenza, tra i due fatti-reato pur storicamente differenti, di ipotesi di connessione ex art. 12 c.p.p., o, comunque, di collegamento ex art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b) e c), sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico: i due criteri di individuazione del legame sostanziale si prestano, però, a valutazioni diverse.

11.1. La connessione ex art. 12 c.p.p., riguarda (...) procedimenti tra i quali esiste una relazione in virtù della quale la regiudicanda oggetto di ciascuno viene, anche in parte, a coincidere con quella oggetto degli altri (...).

In caso di imputazioni connesse ex art. 12 c.p.p., dunque, il procedimento relativo al reato per il quale l'autorizzazione è stata espressamente concessa non può considerarsi "diverso" rispetto a quello relativo al reato accertato in forza dei risultati dell'intercettazione. La parziale coincidenza della regiudicanda oggetto dei procedimenti connessi e, dunque, il legame sostanziale – e non meramente processuale – tra i diversi fatti-reato consente di ricondurre ai "fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede" (...), anche quelli oggetto delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione: il legame sostanziale tra essi, infatti, esclude che l'autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un'"autorizzazione in bianco". (...)

12. Deve dunque essere enunciato il seguente principio di diritto: "Il divieto di cui all'art. 270 c.p.p., di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 c.p.p., a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge". (...)"

Nota di Pamela D'Oria

La sentenza in commento affronta il tema delle intercettazioni a strascico che pone non pochi dubbi di compatibilità con le garanzie di cui agli artt. 15 e 14 Cost. che, rispettivamente, sanciscono l'inviolabilità della libertà e segretezza delle comunicazioni e del domicilio.

Segnatamente, le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere la questione dell'operatività del divieto – sancito dall'art. 270 c.p.p. – di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello nel cui ambito le intercettazioni sono state disposte, qualora tali procedimenti riguardino reati non oggetto dell'intercettazione *ab origine* disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione.

Come detto, il regime delle intercettazioni si scontra con valori costituzionali di primissimo rilievo, suscettibili, tuttavia, di bilanciamento con altri interessi di pari rango costituzionale, uno fra tutti l'interesse alla prevenzione e repressione di reati.

Il divieto probatorio di cui all'art. 270 c.p.p. si inserisce nel novero delle garanzie che l'ordinamento appresta per evitare che le ingerenze dell'autorità giudiziaria nella sfera perso-

nale del singolo si traducano in eccessive limitazioni delle predette libertà; esigenza che viene soddisfatta dalla Carta costituzionale con la previsione di una doppia riserva: di legge e di giurisdizione.

L'art. 270 c.p.p. contempla, tuttavia, la possibilità di utilizzare i risultati delle intercettazioni in un procedimento diverso da quello nel cui ambito sono state disposte se essi risultano *“indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza”*; deroga che trova la propria ragion d'essere nella necessità di accertare reati di particolare allarme sociale.

La circolazione dei risultati delle intercettazioni, tuttavia, non può estendersi a dismisura. Il rischio, infatti, sarebbe quello di trasformare *“l'intervento del giudice richiesto dall'art. 15 Cost., in un'inammissibile “autorizzazione in bianco”*”.

Vi è da chiedersi, dunque, quale sia il significato da attribuire al concetto di “diverso procedimento”.

Dopo aver prospettato le diverse tesi che si sono contese il campo in seno alla giurisprudenza di legittimità ed aver evidenziato le ragioni in forza delle quali non può essere condivisa né quella che identifica il procedimento con il singolo fatto di reato né quella che lo correla al dato meramente formale del numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato non potendo lo stesso *“fungere da schermo per l'utilizzabilità indiscriminata delle intercettazioni, facendo convivere tra loro procedimenti privi di collegamenti reali”*, le Sezioni Unite hanno avallato quell'orientamento secondo cui vi è identità dei procedimenti, con conseguente inoperatività del divieto *de quo*, quando tra i due reati sussiste un *“legame sostanziale”* tale per cui il reato emerso dalle intercettazioni possa essere ricondotto al provvedimento di autorizzazione, evitando così di incorrere in una violazione della riserva di giurisdizione *ex art. 15 Cost.*

L'adesione della Corte a tale indirizzo è, tuttavia, soltanto parziale.

Preliminarmente, le Sezioni Unite hanno precisato che il divieto di cui al comma 1 dell'art. 270 c.p.p. preclude solo la valutazione dei risultati delle intercettazioni telefoniche alla stregua di elementi di prova in procedimenti diversi da quelli nei quali le stesse sono state disposte e non anche *“la possibilità di dedurre dagli stessi notizie di nuovi reati, quale punto di partenza di nuove indagini”*.

In ordine alla definizione di “procedimenti diversi”, secondo il Supremo Collegio, il predetto nesso sostanziale idoneo a ricondurre il reato, emerso dalle intercettazioni autorizzate in relazione ad un altro reato, al provvedimento autorizzatorio sussiste soltanto qualora i fatti-reato, quello oggetto dell'autorizzazione *ab origine* disposta e quello emerso dai risultati della stessa, risultino connessi *ex art. 12 c.p.p.* Tra procedimenti connessi, infatti, vi è una parziale coincidenza della *res iudicanda* che *“consente di ricondurre ai “fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede” (...), anche quelli oggetto delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione”*.

Così non è nel caso del collegamento investigativo di cui all'art. 371 c.p.p., come pure sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, mancando in tale ipotesi quel legame oggettivo tra i reati necessario per assicurare che il reato emerso dalle intercettazioni sia riconducibile all'autorizzazione del giudice.

Al fine di restringere ulteriormente l'ambito applicativo del divieto, la Corte ha aggiunto che il reato connesso, non oggetto del provvedimento autorizzatorio ma emerso dalle intercettazioni, deve rientrare nei limiti di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova *ex art. 266 c.p.p.* D'altro canto, se così non fosse, si assisterebbe ad un ampliamento del novero dei reati per i quali sarebbero utilizzabili i risultati delle intercettazioni con conseguente rottura dell'equilibrio realizzato dall'art. 270 c.p.p. tra valori costituzionali contrastanti.

La soluzione adottata, dunque, è indubbiamente più garantista rispetto a quella fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria poiché riduce le ipotesi in cui è preclusa l'operatività del divieto di cui all'art. 270 c.p.p.

Occorre segnalare che nelle more del deposito delle motivazioni della sentenza in commento, il comma 1 dell'art. 270 c.p.p. è stato oggetto di modifica ad opera della legge n. 7/2020 di conversione del d.l. 161/2019. Con tale intervento il legislatore, vanificando di fatto il tentativo delle Sezioni unite di porre un freno alla tendenza della giurisprudenza di ampliare la nozione di diverso procedimento, ha ampliato le ipotesi in cui i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati in altri procedimenti.

Fratelli minori Contrada: la pronuncia Cedu non si estende a questi poiché non si tratta di sentenza “pilota”

(Cass. Pen., SS.UU., 3 marzo 2020, n. 8544)

“1. Le Sezioni Unite sono chiamate a risolvere la seguente questione di diritto: “*se la sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 sul caso Contrada abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna e, conseguentemente, qualora sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile*”. (...)”

4. Il quesito all’odierno esame richiede di affrontare il tema preliminare dell’individuazione della natura e della portata della decisione della Corte EDU nel caso Contrada contro Italia.

4.2 (...) È opportuno premettere che nel sistema convenzionale l’espansione degli effetti di una decisione della Corte EDU ad altri casi non oggetto di specifica disamina rinviene una base normativa nell’art. 61 del regolamento CEDU, per il quale, ove venga rilevata una violazione strutturale dell’ordinamento statale (...) è possibile adottare una sentenza “pilota”, che indichi allo Stato convenuto la natura della questione sistemica riscontrata e le misure riparatorie da adottare a livello generalizzato per conformarsi al *decisum* della sentenza stessa (...).

Oltre a tale strumento, è oggetto di formale riconoscimento normativo anche il diverso caso, in cui la pronuncia della Corte sovranazionale assume un rilievo ed una portata generali, perché (...) accerta una violazione di norme convenzionali in tema di diritti della persona, suscettibile di ripetersi con analoghi effetti pregiudizievoli nei riguardi di una pluralità di soggetti diversi dal ricorrente, ma versanti nella medesima condizione. (...) In tali situazioni (...) l’obbligo di adeguamento dello Stato convenuto trascende la posizione del singolo coinvolto nel caso risolto, ma investe tutti quelli caratterizzati dalla sussistenza di una medesima situazione interna a portata generale di contrarietà alle previsioni convenzionali. (...)

5. La considerazione della sentenza nel caso Contrada in base ai principi esposti consente di escludere che essa rientri nello schema formale della sentenza pilota e che sul piano contenutistico contenga l’affermazione (...) della natura generale della violazione riscontrata. (...)

5.1 Resta allora da verificare se alla pronuncia in esame possa assegnarsi portata generale, secondo quanto previsto dal citato art. 61, comma 9 e se vi sia ricavabile il riscontro di una carenza di ordine strutturale nel sistema giuridico italiano, derivante dal testo delle norme di legge pertinenti, lesiva dell’interesse non soltanto del singolo ricorrente, ma di una pluralità di soggetti trovatisi nella medesima situazione processuale.

L’unico profilo che potrebbe autorizzare siffatta conclusione riguarda la stigmatizzazione del contrasto interpretativo (...) sulla configurabilità quale fattispecie di reato autonoma del concorso esterno in associazione mafiosa (...).

5.2 (...) Come puntualmente osservato nella (...) sentenza Dell’Utri del 2016, la Corte EDU “pur evidenziando le criticità derivanti dalla tumultuosa evoluzione giurisprudenziale in tema di concorso esterno in associazione mafiosa non realizza – a ben vedere – una conside-

razione generalizzata di illegittimità convenzionale di qualsiasi affermazione di responsabilità, per fatti antecedenti al 1994, divenuta irrevocabile”. Tale considerazione (...) sarebbe già in sé sufficiente per negare l’efficacia estensiva della decisione Contrada nei riguardi di altri condannati per la medesima fattispecie di concorso esterno in associazione di stampo mafioso, ravvisata per comportamenti agevolativi dell’organizzazione, realizzati prima dell’anno 1994.

5.3 Ma ulteriore e non meno rilevante ragione milita a favore di tale conclusione. Considerata alla stregua dei criteri orientativi, formulati dalla giurisprudenza costituzionale, la pronuncia non costituisce espressione di un diritto consolidato (...)

Nel panorama delle decisioni della Corte dei diritti fondamentali l’inedito rigore col quale è stata risolta la vicenda Contrada (...) si contraddistingue, oltre che per il metro di apprezzamento della prevedibilità, anche per il fatto di avere superato i rilievi (...) espressi sul necessario ruolo evolutivo e specificativo da assegnare all’interpretazione giurisprudenziale, quale fattore ineliminabile di progressiva chiarificazione delle regole legislative e di possibile violazione dell’art. 7 CEDU soltanto quando non congruente con l’essenza del reato e sviluppo non conoscibile rispetto alla linea interpretativa già affermata. (...)

Ne discende che, ad avviso delle Sezioni Unite, la statuizione adottata nei confronti del ricorrente Contrada dalla Corte EDU non è vincolante per il giudice nazionale al di fuori dello specifico caso risolto e non consente di affermare in termini generalizzati l’imprevedibilità dell’incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa per tutti gli imputati italiani condannati per avere commesso fatti agevolativi di un siffatto organismo criminale prima della sentenza D. e che non abbiano adito la Corte Europea, ottenendo a loro volta una pronuncia favorevole.

6. Plurimi profili di criticità (...) inducono a ritenere che l’applicazione del concetto di prevedibilità, contenuto nella sentenza Contrada, non sia esportabile nei riguardi di altri soggetti già condannati irrevocabilmente per la stessa fattispecie (...) nemmeno ai fini di un’interpretazione convenzionalmente orientata del principio di legalità (...).

6.1 In primo luogo, è singolare e non rispondente al reale contenuto delle decisioni adottate nel panorama giurisprudenziale interno sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa, intervenute prima del 1994, l’affermazione circa la “creazione giurisprudenziale” della fattispecie. (...) La configurabilità come reato del concorso esterno in associazione mafiosa (...) discende dall’applicazione in combinazione (...) degli artt. 110 e 416-bis c.p. (...) ed è l’approdo di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale (...).

6.3 Nella sentenza della Corte EDU non si rinviene nemmeno una posizione coerente con i suoi precedenti pronunciamenti quanto all’incidenza del contrasto interpretativo, attinente al solo profilo della qualificazione giuridica del fatto illecito, sulla reale capacità di previsione dell’esito giudiziario da parte del cittadino. Si è osservato da parte della dottrina, e si condivide il rilievo, che le divergenti definizioni giuridiche date al contributo dell’*extraneus* ed il numero limitato di opzioni alternative, individuate in giurisprudenza, rendevano conoscibile in via anticipata al momento del compimento della condotta la possibile adozione di una delle soluzioni in discussione, conducenti in ogni caso all’incriminazione ed alla punizione, senza che la stessa potesse manifestarsi quale effetto a sorpresa (...).

6.5 A convincere che nel sistema giuridico italiano non è possibile riscontrare una carenza strutturale (...) è anche la considerazione che all’epoca l’unico profilo di incertezza in presenza di definizioni giuridiche del fatto di reato non uniformi, ma nessuna comportante l’esonero da responsabilità e nemmeno variazioni di pena, era confinato a quale di esse avrebbe potuto essere recepita in sede giudiziaria, dubbio che però non eliminava la colpevolezza (...).

Il concetto di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta non è estraneo all'ordinamento nazionale, ma è veicolato attraverso la nozione di errore di diritto incolpevole, come elaborata dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988, poi ripresa nella sentenza n. 185 del 1992, che ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 5 c.p. "nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile". (...)

7. Con riferimento alla questione principale oggetto del ricorso deve dunque essere enunciato il seguente principio di diritto: *"I principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza Europea consolidata"*.

Nota di Lorenzo Frabboni

Le Sezioni Unite, con la pronuncia annotata, hanno enunciato il seguente principio di diritto: *"I principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata"*.

Il richiamato arresto della Corte EDU riguarda la vicenda di Contrada, nella quale è stata riconosciuta l'incompatibilità con il principio di legalità convenzionale – *sub specie* di chiarezza e prevedibilità del precetto penale all'epoca dei fatti – della condanna definitiva a suo carico per concorso esterno in associazione mafiosa. Tale fattispecie di reato è stata ritenuta di origine pretoria e i suoi presupposti di configurabilità definiti con adeguata precisione solamente con la pronuncia *Demistry* del 1994, successiva alla cessazione della condotta. Il ricorrente avrebbe dunque agito in un arco temporale caratterizzato da incertezza circa l'integrabilità del delitto, con conseguente non conformità della condanna alla garanzia *ex art. 7 CEDU*. La nozione di legge in tale norma comprende anche il formante giurisprudenziale, in relazione al quale si postula la prevedibilità per l'agente delle conseguenze penali della sua condotta, quale logico e ragionevole sviluppo delle pronunce precedenti. In definitiva, l'intervenuto impiego della *regola iuris* formulata nella sentenza *Demistry* avrebbe determinato un'inaccettabile applicazione retroattiva di un *overruling* sfavorevole. I Giudici italiani, nell'ottica di conformazione *ex art. 46 CEDU*, hanno poi individuato nell'incidente di esecuzione il rimedio interno volto a impedire l'ulteriore esecuzione della sentenza nazionale censurata, non imponendosi la riattivazione delle garanzie processuali attraverso lo strumento della revisione europea, come nel caso di *error in procedendo*.

Il quesito rimesso al vaglio del Supremo Collegio atteneva all'estensibilità dei principi enunciati nella sentenza della Corte EDU ai soggetti che – estranei a quel giudizio – siano stati condannati per il medesimo delitto rispetto a condotte antecedenti alla sentenza *Demistry*; in caso di risposta positiva, sarebbe stato necessario, altresì, individuare il rimedio interno da essi esperibile.

L'efficacia *erga omnes* di una decisione della Corte alsaziana è contemplata dall'art. 61 Reg. CEDU, ove si prevede la possibilità di adottare sentenze-pilota – in caso di violazioni di carattere strutturale, con indicazione delle relative misure riparatorie – nonché pronunce aventi portata generale, rilevanti una problematica sistemica nello Stato contraente, ma senza il ricorso a una procedura formale. In tali ipotesi l'adeguamento alla statuizione europea riguarda anche gli altri soggetti in una posizione analoga, lesi dalla carenza accertata.

La giurisprudenza costituzionale, nel definire il rapporto tra il diritto vivente europeo e la sua applicazione nazionale, ha circoscritto l'obbligo di conformazione dei giudici nazionali alle sentenze-pilota e al diritto consolidato europeo *ex art. 28 CEDU*, fermo il margine di apprezzamento dello Stato membro. Di contro, un analogo dovere non è ravvisabile rispetto alle pronunce rimaste isolate nel panorama giurisprudenziale europeo.

La pronuncia delle Sezioni Unite ha dunque sancito la non riferibilità ai cd. “*fratelli minori*” dell'accertata violazione nel caso *Contrada*, all'esito dell'analisi della pronuncia sulla scorta dei criteri enunciati dalla Consulta, qualificandola in termini di atipicità.

Anzitutto, la sentenza non rivestiva lo schema formale della sentenza-pilota e, sul piano argomentativo, la mancanza di prevedibilità discendeva dalle specificità della vicenda processuale concreta, senza enunciazioni generali rispetto alla condizione dei condannati per condotte analoghe antecedenti al 1994.

Parimenti, veniva esclusa la portata generale della pronuncia, in quanto non espressiva di un diritto consolidato europeo, in mancanza di pronunce di analogo tenore, indicative di un indirizzo univoco circa la carenza di prevedibilità nel precetto penale in questione. La stessa nozione di prevedibilità risultava poi essere stata intesa in modo peculiare, in quanto derivante dalla combinazione di due tra i criteri utilizzati dalla Corte EDU in altre pronunce, ossia quello soggettivo (fondato sulla valorizzazione di elementi quali l'attività professionale o la qualifica del ricorrente) e quello oggettivo (concentrato sul solo contenuto precettivo e sull'interpretazione giudiziale della norma), con prevalenza di quest'ultimo e tralasciando quello basato sulla considerazione sociale.

Peraltro, la ritenuta creazione giurisprudenziale del concorso esterno, quale operazione ermeneutica svincolata dal dato normativo, sarebbe stata incompatibile con i principi di legalità e riserva di legge: la *fattispecie* trae fondamento normativo negli artt. 110 e 416 *bis* c.p., aventi entrambi funzione incriminatrice. L'affermazione circa la sua configurabilità nella pronuncia *Demitry* si è incentrata sulla corretta qualificazione della figura, ferma restando la sua illi-ceità penale. Nel complesso dibattito giurisprudenziale sul punto, infatti, veniva esclusa la possibile liceità di tali condotte, per cui la decisione *de qua* non ha determinato un *overruling* sfavorevole, limitandosi a recepire una delle già note soluzioni giurisprudenziali.

Le Sezioni Unite hanno evidenziato infine come la prevedibilità delle conseguenze penali della condotta sia riconducibile nel nostro sistema all'errore incolpevole sulla legge penale, attinente alla colpevolezza: l'incertezza derivante da un contrasto giurisprudenziale non rileva quale ignoranza inevitabile, ma impone un dovere di astensione prudenziale da comportamenti che possano integrare il reato.

Aggravante dell'agevolazione mafiosa: chiarita la natura soggettiva

(Cass. Pen., SS.UU., 3 marzo 2020, n. 8545)

“1. La questione di diritto per la cui soluzione il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite può illustrarsi nei termini seguenti: *“se l’aggravante speciale già prevista dal D.L. n. 152 del 1991, art. 7, ed oggi inserita nell’art. 416-bis c.p., comma 1, che prevede l’aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata al fine di agevolare le associazioni mafiose, abbia natura oggettiva concernendo le modalità dell’azione, ovvero abbia natura soggettiva concernendo la direzione della volontà”*.”

2. L’aggravante prevista dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152, art. 7, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 1991, n. 203, il cui contenuto è oggi trasfuso nell’art. 416-bis c.p., comma 1, norma cui si farà riferimento nel prosieguo, rappresenta garanzia di una maggiore efficacia della funzione preventivo-repressiva del fenomeno mafioso. (...)

3.1. Secondo un primo orientamento tale circostanza è integrata da un atteggiamento di tipo psicologico dell’agente, che richiama i motivi a delinquere ed è riconducibile alle circostanze indicate nell’art. 118 c.p.: quindi non estensibile ai concorrenti nel reato.

Secondo un contrapposto orientamento, l’aggravante è integrata da un elemento obiettivo, attinente alle modalità dell’azione, ed è quindi riconducibile alle circostanze di natura oggettiva ai sensi dell’art. 70 c.p., non contemplate dall’art. 118 c.p., con conseguente estensibilità ai concorrenti, ai sensi dell’art. 59 c.p., comma 2, purché conosciuta e conoscibile.

Secondo un ulteriore orientamento, la natura dell’aggravante e la disciplina in caso di concorso di persone nel reato dipendono da come la stessa si attegga in concreto e dal reato cui essa acceda.

3.2. Secondo l’orientamento che ritiene l’aggravante di natura soggettiva, essa sarebbe integrata da un atteggiamento psicologico, per lo più definito in termini di dolo specifico: occorre cioè che l’agente, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale integrante l’elemento oggettivo del reato base, agisca per un fine particolare (quello di agevolare l’attività dell’associazione di tipo mafioso), la cui realizzazione non è necessaria per l’integrazione dell’aggravante. Questa viene quindi ritenuta di natura soggettiva, in quanto concernente i motivi a delinquere o l’intensità del dolo, e riconducibile nell’ambito di quelle contemplate dall’art. 118 c.p., che “sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono” e non si estendono, pertanto, ai concorrenti nel reato.

Nell’ambito di questo orientamento non è tuttavia pacifico come deve individuarsi l’elemento soggettivo necessario ad integrare l’aggravante (...).

Analogamente non appare pacifico (...) quale sia il requisito necessario ai fini dell’applicazione della circostanza in caso di concorso di persone nel reato, ai sensi dell’art. 118 c.p. (...).

3.3. Il contrapposto orientamento è nel senso che la circostanza in esame sia integrata da un elemento oggettivo, consistente nell’essere l’azione “rivolta ad agevolare un’associazione di tipo mafioso”, e che sia quindi di natura oggettiva ai sensi dell’art. 70 c.p., in quanto concernente le modalità dell’azione. (...)

Secondo le sentenze riconducibili a tale orientamento, quindi, l'aggravante dell'agevolazione (...) è pertanto estensibile ai concorrenti nel reato. (...)

3.4. L'orientamento intermedio è nel senso che la natura dell'aggravante (e la disciplina in caso di concorso di persone nel reato) dipende da come la stessa si attegga in concreto e dal reato a cui accede: quando l'aggravante, in concreto, si configura come un dato oggettivo, che (...) finisce per agevolare la commissione del reato, deve ritenersi estensibile ai concorrenti (...).

Anche tale orientamento richiede (...) che l'attività dell'agente esprima comunque una oggettiva capacità di agevolare, almeno potenzialmente, l'associazione criminale (...).

3.5. L'ordinanza di remissione fonda il rilevato contrasto sulla considerazione che l'orientamento secondo cui l'aggravante di natura soggettiva non richiederebbe, ai fini dell'integrazione, il dolo specifico, ma il solo dolo generico, in quanto, postulando la necessità di un elemento di natura oggettiva, ridurrebbe la rilevanza dell'elemento psicologico alla "copertura volitiva" di tale elemento obiettivo. Conseguentemente il contrasto sarebbe ridotto alla "copertura volitiva" dell'elemento materiale consistente nella "concreta funzionalizzazione dell'attività criminosa contestata all'agevolazione di un'associazione mafiosa", nel senso cioè che il contrasto si configurerebbe tra una tesi che ritiene necessaria "la volizione piena e specifica ovvero la piena consapevolezza" della oggettiva finalità agevolatrice della condotta, ed una contrapposta tesi per la quale "è sufficiente che il nesso funzionale tra reato contestato e associazione mafiosa sia sorretto da una volizione attenuata cioè l'ignoranza colposa".

4. (...) [I]l contrasto non si riduce alla mera alternativa tra chi sostiene l'applicabilità dell'art. 118 c.p. e chi ritiene, invece, applicabile l'art. 59 c.p., comma 2 e quindi sufficiente l'ignoranza colposa per l'estensione dell'aggravante al concorrente. (...)

L'individuazione dei requisiti necessari per l'applicazione della circostanza in esame al concorrente dipende da come si ricostruisce l'elemento soggettivo integrante la stessa aggravante, essendo evidente che là dove si ritenga sufficiente la mera consapevolezza dell'idoneità della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa, ai fini del riferimento dell'aggravante tanto a carico dell'agente, quanto a carico del concorrente, ai sensi dell'art. 118 c.p., risulterebbe sufficiente tale mera consapevolezza. (...)

7. Sulla base di quanto precede ritiene il Collegio che il dato testuale imponga la qualificazione della circostanza nell'ambito di quelle di natura soggettiva, inerenti al motivo a delinquere.

11. Definite le caratteristiche dell'aggravante della finalità agevolativa della associazione mafiosa, si deve chiarire la sua applicabilità ai concorrenti nel reato.

11.1. Il dibattito sulla natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante in esame è stato determinato, soprattutto, per le diverse conseguenze in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 59 o 118 c.p. Deve in proposito sottolinearsi che le due norme richiamate sono state ridisegnate dalla novella contenuta nella L. 7 febbraio 1990, n. 19, modifica normativa che non ha toccato invece l'art. 70 c.p., che classifica le circostanze a seconda della loro natura soggettiva od oggettiva. (...)

In tal senso l'art. 59 c.p. (...) è stato modificato nel senso di consentire l'applicazione delle aggravanti solo se conosciute dall'agente; contestualmente (...) l'art. 118 c.p. (...) attualmente (...) circoscrive l'applicazione di alcune aggravanti soggettive alla persona a cui si riferiscono. (...)

In conseguenza, qualora si rinvenivano elementi di fatto suscettibili di dimostrare che l'intento dell'agente sia stato riconosciuto dal concorrente, e tale consapevolezza non lo abbia dissuaso dalla collaborazione, non vi è ragione per escludere l'estensione della sua applicazione, posto che lo specifico motivo a delinquere viene in tal modo reso oggettivo, sulla base

degli specifici elementi rivelatori che, per quanto detto, devono accompagnarne la configurazione, per assicurare il rispetto del principio di offensività. (...)

12. Quanto esposto induce a ritenere che il concorrente nel reato, che non condivide con il coautore la finalità agevolativa, ben può rispondere del reato aggravato, le volte in cui sia consapevole della finalità del compartecipe, secondo la previsione generale dell'art. 59 c.p., comma 2, che attribuisce all'autore del reato gli effetti delle circostanze aggravanti da lui conosciute. Tale disposizione è applicabile al concorrente ex art. 110 c.p., atteso che l'impostazione monistica del reato plurisoggettivo impone l'equivalenza degli apporti causali alla consumazione dell'azione concorsuale (...).

In tal caso per il coautore del reato, non coinvolto nella finalità agevolatrice, è sufficiente il dolo diretto, che comprende anche le forme di dolo eventuale. (...)

A tal riguardo occorre accertare se il compartecipe è in grado di cogliere la finalità avuta di mira dal partecipe (...).

In presenza di tali dati dimostrativi, non potrebbe negarsi che l'agente (...) si sia rappresentato la finalità tipizzante la fattispecie aggravata, e pur non agendo personalmente a tal fine, abbia assicurato il suo apporto al perfezionamento dell'azione illecita, nelle forme volute dai concorrenti.

13. Sulla base di quanto illustrato, può, pertanto, enunciarsi il seguente principio di diritto: *“L'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa prevista dall'art. 416-bis c.p., comma 1, ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità”.*”

Nota di Irene Palese

La sentenza delle Sezioni Unite in esame dirime il contrasto giurisprudenziale concernente la natura giuridica dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa ex art 416 bis 1 c.p.

Questa aggravante ad effetto speciale, già prevista dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, prevede l'aumento di pena da un terzo alla metà quando la condotta tipica sia consumata al fine di agevolare le associazioni mafiose.

La circostanza prevista da detto articolo si snoda nelle due varianti del 'metodo' e dell' 'agevolazione', con lo scopo di assicurare una copertura repressiva totale del fenomeno mafioso.

Mentre è pacifica la natura oggettiva dell'aggravante del metodo mafioso, che si caratterizza per le modalità dell'azione, controversa è la natura dell'aggravante agevolativa.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a stabilire se quest'ultima fosse di tipo oggettivo, e quindi riconducibile alle circostanze ai sensi dell'art. 70 c.p., ovvero soggettivo, in tal caso rientrante nell'ambito dell'art. 118 c.p., e di conseguenza non estensibile ai concorrenti nel reato.

Il Supremo Consesso ha altresì chiarito *«se sia necessario individuare in capo a ciascun concorrente il dolo specifico richiesto dalla norma o se, invece, sia sufficiente che il concorrente abbia arrecato il proprio contributo nella consapevolezza della finalità agevolatrice perseguita dall'agente».* (§ 3.2)

La vicenda giudiziaria riguarda un soggetto la cui attività illecita era consistita nell'intermediare tra coloro i quali necessitavano di finanziamenti ed i coimputati (finanziatori

usurai collegati con il clan dei Casalesi), svolgendo, tramite forza intimidatoria, il recupero dei crediti.

Veniva quindi tratto in giudizio per reati di usura, tentata estorsione ed abusiva attività finanziaria, aggravati dalla circostanza prevista dall'art. 416 *bis* 1 c.p.

Sia il Tribunale sia la Corte d'Appello ravvisavano l'aggravante, ma esprimevano valutazioni antitetiche quanto alla sua natura giuridica: nella sentenza di primo grado si riconosceva la natura oggettiva, in quella di secondo grado la natura soggettiva.

La Corte d'Appello sosteneva che l'aggravante fosse integrata da un atteggiamento psicologico dell'agente: dolo di agevolazione.

L'imputato ricorreva dunque in Cassazione, deducendo che la prova del dolo di agevolazione sarebbe sussistita sulla base dell'assunto, indimostrato, della conoscenza da parte dell'imputato dei legami tra i suoi concorrenti con il clan dei Casalesi.

D'altronde la qualificazione dell'elemento soggettivo come consapevolezza da parte del reo di agevolare l'associazione *ex art* 416 *bis* c.p. non è sufficiente: la consapevolezza non può essere genericamente qualificata come un atteggiamento psicologico, né tantomeno, l'agevolazione può basarsi sulla mera condotta.

Diversamente si rischierebbe di scadere in un campo punitivo troppo indeterminato e astratto.

Né l'orientamento seguito dal giudice di prime cure che attribuisce alla circostanza aggravante natura oggettiva risulta più garantista.

Secondo questa teoria è sufficiente che il nesso funzionale tra reato contestato e associazione mafiosa sia sorretto da una «volizione attenuata», cioè dall'ignoranza colposa. (§ 3.8): è necessario che vi sia in capo ad almeno uno dei concorrenti il dolo specifico o la consapevolezza della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione mafiosa.

Di conseguenza la circostanza aggravante può essere estesa anche ai concorrenti sulla base della mera conoscibilità ai sensi dell'art. 59 c.p.

Vi è poi un terzo orientamento, intermedio rispetto agli altri due, secondo il quale la finalità di agevolare un'associazione mafiosa può denotare una specifica attitudine delittuosa del singolo concorrente, oppure essere connessa alla struttura organizzativa dell'associazione, rappresentando un dato oggettivo e strutturale, che travalica la condotta del singolo associato.

Con la sentenza n. 8545 del 2020, le Sezioni Unite rigettano il ricorso e risolvono il contrasto giurisprudenziale affermando il seguente principio di diritto: *«l'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa prevista dall'art. 416 bis 1 c. p. ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità»*. (§13)

Il fine dell'agevolazione dell'associazione mafiosa deve essere l'unico ed esclusivo scopo perseguito dall'agente: l'attività illecita commessa dal reo, che incidentalmente potrebbe anche favorire l'associazione, non deve solo rispondere a esigenze egoistiche del reo per conseguire vantaggi personali, ma deve avere la finalità considerata dalla norma.

Sull'estensibilità ai concorrenti, questa non può basarsi sul mero sospetto o sull'ignoranza colposa, necessitando del dolo diretto anche nella forma del dolo eventuale. Si valuta la riconoscibilità all'esterno di quel determinato intento agevolatore e la conseguente condotta del partecipante.

La Corte, ancora, si sofferma sul concorso esterno in associazione mafiosa e sulla fattispecie aggravata presa in esame, la quale ha in comune con il primo solo la necessità dell'esistenza dell'associazione.

Nel delineare le differenze tra i due istituti presi in esame, la pronuncia chiarisce che il concorrente esterno ha un rapporto effettivo e strutturale con l'associazione mafiosa, della cui

natura e funzione ha una conoscenza complessiva, mentre non può dirsi altrettanto dell'autore dell'illecito aggravato, il cui contributo è estemporaneo e *«fungibile rispetto all'attività delinquenziale programmata»*. Riguardo a quest'ultimo, l'utilità del suo intervento *«può essere anche valutata astrattamente solo da uno degli agenti, senza estensione ai componenti del gruppo»*. (§ 10)

Infine, mentre nel concorso esterno si deve verificare un risultato positivo per l'organizzazione illecita, nel reato aggravato dall'art. 416 *bis* 1 c.p. l'azione del reo non necessariamente deve essere produttiva di effetti di concreta agevolazione.

Nuove contestazioni nel rito abbreviato condizionato: l'imputazione "allo stato degli atti" quale presidio di garanzia per l'imputato

(Cass. Pen., SS.UU., 18 aprile 2020, n. 5788)

"(...) 1. La questione sottoposta alle Sezioni Unite può essere così sintetizzata: "Se nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria o nel quale l'integrazione sia stata disposta dal giudice, sia consentito procedere alla modificazione dell'imputazione o a contestazioni suppletive con riguardo a fatti già desumibili dagli atti delle indagini preliminari e non collegati agli esiti dei predetti atti istruttori".

2. Per la soluzione della questione occorre partire dalla disciplina dell'art. 441, comma 1, cod. proc. pen. ove, è previsto che nel rito abbreviato si osservano in quanto applicabili le disposizioni dettate per l'udienza preliminare, fatta eccezione per quelle di cui agli artt. 422 e 423 cod. proc. pen.

L'effetto derivante dalla suddetta regola è l'impossibilità per il pubblico ministero di modificare l'imputazione originariamente mossa e nota all'imputato nel momento in cui questi ha formulato la propria richiesta di ammissione al rito premiale. (...).

(...) 2.3. Con la legge 16 dicembre 1999 n. 479 il legislatore ha modificato il rito processuale in esame, introducendo la possibilità di arricchire la piattaforma probatoria o su richiesta dell'imputato (art. 438, commi 1 e 5, cod. proc. pen. cd. rito abbreviato condizionato) o su disposizione del giudice (art. 438, comma 1 e 441, comma 5, cod. proc. pen.).

In tale modo il legislatore ha superato l'originaria rigidità del giudizio abbreviato assecondando le esigenze dell'imputato o dello stesso giudicante attraverso la possibilità di un ampliamento della base cognitiva del processo, con la immissione di materiale istruttorio "nuovo" rispetto a quello già presente in atti. (...)

La soluzione della questione rimessa alle Sezioni Unite va quindi rinvenuta all'interno delle disposizioni richiamate che vanno fra loro coordinate in una lettura che tenga presente i principi affermati dalla Corte Costituzionale.

Il dato letterale dell'art. 423 cod. proc. pen. non appare di per sé solo, sufficiente a dare una convincente risposta al quesito posto. (...) La ambiguità segnalata viene invece superata nel momento in cui l'art. 423 cod. proc. pen. viene calato allo interno della disciplina del giudizio abbreviato e letta in relazione alle peculiarità del rito.

Questo si caratterizza per tre elementi distintivi: è un giudizio allo stato degli atti; è un giudizio nel quale l'imputato accetta di essere giudicato rinunciando al contraddittorio sulla formazione della prova; è un giudizio che prevede un trattamento sanzionatorio premiale per la scelta fatta dall'imputato. Il fatto che il legislatore abbia previsto (artt. 441, comma 5, e 438, comma 5, cod. proc. pen.) che la base cognitiva del giudizio possa essere ampliata da una richiesta di integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione, non muta la natura del giudizio che è e rimane comunque "allo stato degli atti". Infatti l'imputato continua a rinunciare al contraddittorio sulla formazione delle prove acquisite e per esempio a far valere le nullità a regime intermedio, la incompetenza per territorio e le inutilizzabilità c.d. fisiologi-

che. Tali rinunce processuali (...) sono il frutto di una scelta dell'imputato fondata proprio sullo "stato degli atti".

La anzidetta valutazione degli "atti" non può prescindere dal tenore della imputazione che costituisce, per il suo contenuto, la sintesi degli addebiti che vengono mossi proprio in loro funzione. Tale considerazione vale tanto per il rito abbreviato c.d. "secco", quanto nel caso del rito abbreviato condizionato. Infatti, nel caso in cui l'imputato scelga di seguire la strada del rito abbreviato condizionato, è di tutta evidenza che la richiesta di integrazione probatoria viene formulata in funzione degli atti contenuti nel fascicolo, apprezzati alla luce del tenore dell'accusa mossa, sicché anche la richiesta di integrazione probatoria risente del tenore dell'accusa. Va altresì rilevato che la valutazione del giudice in ordine all'ammissione delle prove richieste, ex art. 438, comma 5, cod. proc. pen., a sua volta, si fonda necessariamente su tutti gli atti del processo compresa la relativa imputazione. Proprio questa diretta dipendenza dallo stato degli atti, incidente sulle scelte nel rito abbreviato condizionato dell'imputato e sulla susseguente decisione del giudice porta a ritenere che il pubblico ministero non è legittimato a variare la imputazione originariamente formulata recuperando aspetti già desumibili dal contenuto del fascicolo depositato al momento della richiesta di ammissione al rito, ma non correttamente considerati.

All'interno di questa dimensione giuridica e della pregnanza della scelta processuale di accedere al rito abbreviato, non può essere sottaciuto che la imputazione è presidio di garanzia per l'imputato che ha diritto a conoscere nei suoi esatti termini il contenuto dell'accusa sulla cui base opera le proprie scelte anche in relazione al rito processuale e alla modalità di accesso ad esso. Ritenere che il pubblico ministero possa, nel rito abbreviato condizionato, modificare ad libitum l'imputazione originaria, (...) vuol dire minare una garanzia dell'imputato e indirettamente la bontà delle decisioni del giudice nella fase di ammissione al rito.

(...) diversamente opinando si andrebbe incontro ad una illogica disarmonia di sistema. (...).

Mutatis mutandis le considerazioni fin qui svolte valgono anche nel caso in cui sia il giudice a disporre l'acquisizione di nuovi elementi ex art. 441, comma 5, cod. proc. pen. (...).

Da quanto sopra deriva, quindi, che le nuove contestazioni ex art. 423 cod. proc. pen. non possono che trovare giustificazione se non nei nuovi elementi di fatto emersi dall'allargamento della piattaforma probatoria ex artt. 438, comma 5, e 441, comma 5, cod. proc. pen. e le nuove contestazioni devono essere direttamente dipendenti dall'arricchimento del piano cognitivo del giudizio.

Riconoscere che il pubblico ministero possa, nel giudizio abbreviato condizionato, modificare l'imputazione sulla base di quanto già in atti, si traduce nell'inosservanza delle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale che si è pronunciata a tal proposito con la sentenza 140 del 2010, con cui, (...) ha sottolineato che la previsione della possibilità per il pubblico ministero di modificare ex art. 423 cod. proc. pen. il capo di imputazione nelle ipotesi in cui sia stato operato un ampliamento della piattaforma probatoria si pone come eccezione rispetto alla regola enunciata dall'art. 441, comma 1, cod. proc. pen. Sicché le nuove contestazioni sono legittimamente formulate in quanto ancorate a fatti nuovi o nuove circostanze emerse a seguito della modificazione della base cognitiva conseguenti all'attivazione dei meccanismi di attivazione probatoria. La Corte Costituzionale ha inoltre affermato che «...con la richiesta di giudizio abbreviato l'imputato accetta di essere giudicato con il rito semplificato in rapporto ai reati già contestatigli dal pubblico ministero, rispetto ai quali solo egli esprime l'apprezzamento della convenienza del rito: sicché non sarebbe costituzionalmente accettabile che egli venisse a trovarsi vincolato dalla sua scelta anche in relazione ad ulteriori reati concorrenti che gli potrebbero essere contestati a fronte di evenienze patologiche». (...).

4. In conclusione, sulla base di quanto fin qui considerato, si deve pertanto affermare il seguente principio di diritto: “nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria a norma dell’art. 438, comma 5, cod. proc. pen. o nel quale l’integrazione sia stata disposta a norma dell’art. 441, comma 5, dello stesso codice è possibile la modifica dell’imputazione solo per i fatti emergenti dagli esiti istruttori ed entro i limiti previsti dall’art. 423 cod. proc. pen. (...)”.

Nota di Vittorio Marcello Chindamo

Nel caso in esame il Pubblico Ministero procedeva contro l’imputato con giudizio immediato per aver ritenuto evidente la prova della commissione dei delitti di cui agli articoli 575 e 423 cod. pen., quest’ultimo aggravato ai sensi dell’art. 61 n. 2 c.p. L’imputato, a sua volta, sceglieva di procedere con rito abbreviato condizionato ad integrazione probatoria. Il Pubblico Ministero, all’esito delle nuove risultanze istruttorie, provvedeva, poi, a contestare in via suppletiva l’ulteriore reato di cui all’art. 412 c.p. nonché le circostanze aggravanti dei motivi abietti, di aver adoperato sevizie e di aver agito con premeditazione.

La difesa, muovendo dall’art. 441-*bis* c.p.p., eccepiva l’inammissibilità della contestazione suppletiva così formulata, in quanto dagli esiti istruttori non era emerso nulla di nuovo rispetto a quanto non fosse già noto “allo stato degli atti”. A seguito della condanna in primo grado, la Corte di Assise d’Appello, adita dalla difesa, riteneva invece legittime le contestazioni suppletive del Pubblico Ministero, confermando nel merito la decisione di primo grado.

L’imputato, tramite i suoi difensori, ha proposto allora ricorso per Cassazione contro la sentenza d’appello.

La Prima Sezione della Suprema Corte – segnalando un contrasto giurisprudenziale in relazione alle contestazioni suppletive mosse dal Pubblico Ministero in sede di giudizio abbreviato condizionato e riferibili a circostanze già note benché non riportate nel capo d’imputazione – ha trasmesso gli atti alle Sezioni Unite. Il Collegio si è trovato, così, a dover risolvere il quesito riguardante la legittimità delle modifiche dell’imputazione o delle contestazioni suppletive nel corso del giudizio abbreviato c.d. condizionato, mosse con riguardo a fatti già desumibili dagli atti delle indagini preliminari e non collegati agli eventuali e ulteriori esiti istruttori.

La questione ha imposto una rigorosa disamina di quelli che sono i raccordi tra le norme rilevanti: da una parte, quelle disciplinanti le modifiche dell’imputazione nel giudizio abbreviato condizionato (artt. 438, comma 5 e 441, comma 5 del c.p.p.); dall’altro, quelle cui il codice di rito fa espresso rinvio per essere applicabili ad integrazione delle prime, ma relative alle modifiche dell’imputazione in udienza preliminare (art. 423 c.p.p.).

L’art. 441 del codice di rito è, infatti, indiscutibilmente chiaro nello stabilire che, durante lo svolgimento del giudizio abbreviato, debbano applicarsi le disposizioni previste per l’udienza preliminare, fatta eccezione per quelle di cui agli articoli 422 e 423 c.p.p. Contestualmente, possono individuarsi due ipotesi in cui, al contrario, “resta salva” l’applicabilità dell’art. 423 c.p.p. (artt. 438, comma 5 e 441, comma 5 dello stesso codice). Da una lettura logico-sistematicamente orientata della disciplina relativa al giudizio abbreviato, le due ipotesi così previste sembrano rivestire carattere di eccezionalità e, pertanto, non paiono suscettibili di applicazioni estensive (non a caso il legislatore ha utilizzato, in prossimità di entrambe le disposizioni, la locuzione “in tal caso”).

È, dunque, da accogliere con favore il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite per cui nel giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria a norma dell'art. 438, comma 5, c.p.p. ovvero a norma dell'art. 441, comma 5, dello stesso codice “è possibile la modifica dell'imputazione solo per i fatti emergenti dagli esiti istruttori ed entro i limiti previsti dall'art. 423 c.p.p.”

Una lettura costituzionalmente orientata delle norme richiamate¹⁶ e le caratteristiche stesse dell'abbreviato in quanto tale dopo la legge “Carotti” – che ha fatto sì che il quadro probatorio in giudizio abbreviato risulti, in realtà, sempre integrabile – portano a ritenere che la difesa abbia legittimamente eccepito la questione in esame e che la Suprema Corte si sia espressa in senso conforme ad una lettura logico-sistematica delle norme del codice di rito. In caso contrario, infatti, sarebbe minata la garanzia dell'imputato avuto riguardo alla stabilità dell'accusa rispetto a quanto già presente in atti.

¹⁶ V. Corte Cost., sent. n. 140 del 2010.

Illecita concorrenza con minaccia o violenza: le Sezioni Unite chiariscono il concetto di “atti di concorrenza”

(Cass. Pen., SS.UU., 28 aprile 2020, n. 13178)

“1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è riassumibile nei termini di seguito indicati: «se, ai fini della configurabilità del reato di illecita concorrenza con minaccia o violenza, sia necessario il compimento di condotte illecite tipicamente concorrenziali o, invece, sia sufficiente anche il solo compimento di atti di violenza o minaccia comunque idonei a contrastare od ostacolare l'altrui libertà di concorrenza».

Sull'ambito di applicazione del reato (...) previsto dall'art. 513-*bis* cod. pen., e in particolare sulla interpretazione della nozione di “atti di concorrenza” (...) si registrano tre diversi orientamenti giurisprudenziali.

2. Secondo un primo indirizzo interpretativo il dato testuale della fattispecie (...) ricomprende solo i comportamenti competitivi tipici che si prestino ad essere realizzati con mezzi vessatori, ossia con violenza o minaccia nei confronti di altri soggetti economici tendenzialmente operanti nello stesso settore (...)

Entro tale prospettiva, dunque, il reato non è riferibile anche a colui che nell'esercizio di un'attività imprenditoriale compie atti intimidatori al fine di contrastare o scoraggiare l'altrui libera concorrenza (...) poiché questa opzione ermeneutica non può essere considerata conforme al dato testuale e pone, al contempo, inevitabili problemi di violazione del principio di tassatività (...).

3. Un diverso orientamento giurisprudenziale interpreta la norma (...) in senso ampio (...) poiché ciò che rileva non è tanto la commissione di tipici atti di concorrenza, quanto la realizzazione di una serie di attività violente e minacciose, che proprio per le loro caratteristiche di fatto configurano una concorrenza illecita e tendono a controllare le attività commerciali, o comunque a condizionarne il libero esercizio (...).

4. (...) un terzo indirizzo interpretativo (...) ha affermato che la condotta materiale del delitto previsto dall'art. 513-*bis* cod. pen. può essere integrata da tutti gli atti di concorrenza sleale previsti dall'art. 2598 cod. civ., fra i quali rientrano quelli diretti non solo a distruggere l'attività del concorrente, ma anche ad impedire che possa essere esercitato un atto di libera concorrenza (...)

11. (...) in assenza di una definizione, anche penalistica, del concetto giuridico di “concorrenza”, l'interpretazione del sintagma “atti di concorrenza” (...) deve necessariamente procedere alla luce della pertinente normativa euro-unitaria ed interna che disciplina i presupposti e le regole di funzionamento della libertà di concorrenza. (...)

12.1. L'analisi della struttura della fattispecie di reato (...) ne suggerisce, in primo luogo, la riconduzione all'interno di una dialettica concorrenziale, postulando, attraverso il riferimento lessicale al compimento di atti di concorrenza “nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva”, sia la qualità di imprenditore in capo al soggetto che, direttamente o indirettamente, pone in essere la condotta, sia l'esistenza di un rapporto di competizione economica nei confronti del soggetto che ne subisce le conseguenze.(...)

12.2. Una specifica valenza selettiva ai fini della individuazione della condotta punibile deve assegnarsi, inoltre, al contenuto e alle finalità del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice in esame, che ha introdotto nel codice penale un reato plurioffensivo orientato non solo verso la tutela di un più ampio interesse al corretto funzionamento del sistema economico, inteso come bene finale, ma anche alla protezione di un diverso interesse, da intendersi quale bene strumentale, più direttamente inerente ad una esigenza di garanzia della sfera soggettiva della libertà di ciascuno di autodeterminarsi nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva (...)

12.3. La dialettica del rapporto concorrenziale entro cui può fisiologicamente dispiegarsi il libero esercizio dell'attività d'impresa delinea, unitamente ai contenuti del bene protetto, il contesto giuridico entro cui si inserisce, e come tale va ricostruita, la tipicità di una condotta oggettivamente distorsiva degli ordinari meccanismi di competizione economica: condotta che, in quanto illecitamente connotata dal ricorso ai mezzi della violenza o della minaccia, assume rilievo penale integrando la fattispecie incriminatrice senza che si renda necessaria la reale intimidazione del soggetto passivo ovvero una effettiva alterazione degli equilibri di mercato. (...)

12.4. (...) È dunque il libero svolgimento delle iniziative economiche ad essere tutelato, attraverso la sanzione di comportamenti costrittivi o induttivi che possono orientarsi anche sulla libertà di iniziativa delle persone, non più solo sulle cose, come nella condotta contemplata dalla contigua previsione dell'art. 513 cod. pen. (...)

L'idoneità a recare un pregiudizio all'impresa concorrente, contrastandone od ostacolando la libertà di autodeterminazione, connota la fattispecie dell'art. 513-bis nella sua materialità, poiché costituisce un elemento oggettivo della condotta, a sua volta accompagnata dalla coscienza e volontà di compiere un atto di concorrenza inficiato dal ricorso ai mezzi della violenza o della minaccia (...)

13. In conclusione, la questione posta dall'ordinanza di rimessione va risolta enunciando il seguente principio di diritto: “ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 513-bis c.p. è necessario il compimento di atti di concorrenza che, posti in essere nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, siano connotati da violenza o minaccia e idonei a contrastare od ostacolare la libertà di autodeterminazione dell'impresa concorrente”. (...)

Nota di Leonardo Pinto

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite della Cassazione si sono pronunciate sulla questione rimessa loro dalla Sez. III Pen., volta ad accertare se, ai fini della configurabilità del reato di illecita concorrenza con minaccia o violenza, sia necessario il compimento di condotte illecite tipicamente concorrenziali o se, invece, sia sufficiente anche il solo compimento di atti di violenza o minaccia idonei a contrastare od ostacolare l'altrui libertà di concorrenza.

In ordine all'esatta individuazione dell'ambito di operatività del reato di illecita concorrenza di cui all'art. 513-bis c.p. e, in particolare, in merito alla interpretazione della nozione di “atti di concorrenza” che costituisce l'asse attorno al quale ruota l'intera fattispecie incriminatrice, si registrano tre diversi orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo indirizzo interpretativo il dato testuale della fattispecie prevista dall'art. 513-bis c.p. ricomprenderebbe solo i comportamenti competitivi tipici che si prestino ad esse-

re realizzati con mezzi vessatori, ossia con violenza o minaccia nei confronti di altri soggetti economici tendenzialmente operanti nello stesso settore. La norma incriminatrice sarebbe dunque inapplicabile agli atti di violenza o minaccia non sostanziatisi in condotte illecite tipicamente concorrenziali anche quando la finalità perseguita dall'agente si identifichi con la limitazione della libertà di concorrenza. Tale orientamento, tuttavia, si fonda su una interpretazione letterale eccessivamente restrittiva del dato normativo, che incide negativamente sulla potenzialità applicativa del precetto.

Un secondo orientamento, invece, offre un'interpretazione più ampia della disposizione ex art. 513-bis c.p. non limitata alle indicazioni desumibili dalle pertinenti disposizioni del codice civile, come se la condotta si incentrasse sulla violenza o minaccia posta in essere con il dolo specifico di inibire la concorrenza. Tale opzione ermeneutica mira a tutelare nella sua massima potenzialità espansiva il contenuto del bene protetto: ciò che rileva è la realizzazione di una serie di attività violente e minacciose che, in virtù delle loro caratteristiche di fatto, configurano una concorrenza illecita e tendono a controllare le attività commerciali oppure a condizionarne il libero esercizio. Il vulnus dell'orientamento testé citato è stato individuato nella valorizzazione della sola prospettiva teleologica dell'azione, sicché il carattere concorrenziale dell'atto non è dato dalla sua natura materiale, bensì dalla sua finalità. Invero, così ragionando, si avrebbe una vera e propria equiparazione tra l'atto violento o minaccioso finalizzato a inibire la concorrenza, non ravvisabile nel dato normativo, e l'atto di concorrenza commesso con violenza o minaccia, espressamente annoverato fra gli elementi costitutivi del reato: ciò determinerebbe una compressione del principio di tassatività e determinatezza della legge penale.

La terza e più recente elaborazione giurisprudenziale è quella che offre prospettive di maggiore interesse, come evidenziato anche dalla pronuncia in commento: difatti, pur in assenza di una definizione penalistica del concetto giuridico di "concorrenza", essa si propone di ridefinire la tipicità della fattispecie attraverso una interpretazione del sintagma "atti di concorrenza" che tenga debitamente conto della pertinente normativa euro-unitaria nonché di quella interna che disciplinano i presupposti e le regole di funzionamento della libertà di concorrenza.

In tale ottica, l'indagine dell'interprete non può prescindere dall'esegesi dell'art. 2598 c.c.: in esso gli atti di concorrenza vengono classificati anzitutto mediante l'individuazione di due vaste aree di fattispecie tipiche al co. 1, nn. 1 e 2, ossia gli atti di confusione e gli atti di denigrazione e di appropriazione di pregi altrui; nel successivo n. 3, invece, viene enunciata una regola generale di chiusura statuendo che costituisce atto di concorrenza sleale «ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda». Come sostenuto da autorevole dottrina, la contrarietà ai principi di correttezza professionale e l'idoneità a danneggiare l'altrui azienda rappresentano i criteri fondamentali che fungono da paradigmi di riferimento sul piano ermeneutico non solo in relazione all'individuazione dei cd. atti non tipizzati (previsti nel n. 3), ma anche per la qualificazione degli atti di concorrenza sleale espressamente indicati nell'art. 2598, co. 1, nn. 1 e 2. Orbene, l'adozione di un simile parametro sembra adeguarsi maggiormente ai mutamenti di costume del mercato, consentendo all'interprete di stabilire se un comportamento, anche se non previsto nelle fattispecie tipizzate nei nn. 1 e 2, realizzi potenzialmente la stessa dannosità anticoncorrenziale. Di conseguenza, si impone la necessità di esaminare caso per caso se il comportamento allegato dia luogo o meno anche alla violazione di norme pubblicitiche.

Per le ragioni sin qui esposte, il giudice di legittimità ha ricostruito gli elementi costitutivi della condotta delittuosa di cui all'art. 513-bis c.p. accogliendo l'intero ambito applicativo delle disposizioni racchiuse nell'art. 2598 c.c. come un corpus strettamente compenetrato alla

normativa concorrenziale comunitaria e a quella interna che vi ha dato attuazione, da interpretare alla stregua dei principi dalle stesse desumibili. Alla luce dell'iter esegetico così delineato, gli Ermellini, attenendosi a una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della fattispecie delittuosa sottoposta al loro vaglio, hanno statuito che la configurabilità del reato di cui all'art. 513-bis c.p. presuppone il necessario compimento di atti di concorrenza posti in essere nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva; tali atti, peraltro, devono essere altresì connotati da violenza o minaccia e devono essere idonei a contrastare o compromettere la libertà di autodeterminazione dell'impresa concorrente.

Confisca urbanistica: in caso di prescrizione la Cassazione decide solo ai fini della misura ablatoria *ex art. 578-bis c.p.p.*

(Cass. Pen., SS.UU., 30 aprile 2020, n. 13539)

“1. La questione devoluta a queste Sezioni Unite è così formulata:

“Se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l’annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’uomo 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia”.

2. La suddetta questione presuppone che, con riguardo al reato oggetto di condanna, sia maturato il corrispondente termine di prescrizione; prima di affrontarla, è pertanto necessario, una volta constatato che, nella specie, detto termine è decorso (...). Solo in tal caso, infatti, sarebbe consentito al giudice di legittimità, a fronte di prescrizione maturata in data posteriore alla sentenza impugnata rilevare la stessa, mentre ciò sarebbe impedito dalla mancata formazione di un regolare rapporto processuale derivante appunto dalla inammissibilità del ricorso (...).

3. (...) Residua, in altri termini, su un piano che è innanzitutto di dommatica generale del processo penale, la necessità di accertare se, all’annullamento senza rinvio “della sentenza impugnata”, possano resistere singole statuizioni della stessa, sulla base della possibilità di individuare una sostanziale autonomia di esse; ciò che, in definitiva, rappresenta il presupposto per dare risposta alla questione rimessa a queste Sezioni Unite, ovvero la possibilità che la Corte di cassazione, annullando la sentenza di condanna per il reato di lottizzazione in quanto estinto per prescrizione, possa, allo stesso tempo, decidere dell’impugnazione quanto alla confisca, in ciò dunque compresa, per venire alla specificità del quesito posto, anche la possibilità di annullare con rinvio, quanto a tale limitato aspetto, al giudice di merito.

4. La questione è peraltro inevitabilmente connessa, trovando in essa il suo presupposto logico, a quella più in generale riguardante i rapporti intercorrenti tra declaratoria di prescrizione, da un lato, e adozione della confisca lottizzatoria, dall’altro, posto che, evidentemente, se detta declaratoria impedisse radicalmente di potere disporre la confisca, lo stesso interrogativo posto a queste Sezioni Unite in ordine ai poteri del giudice di legittimità resterebbe privo di senso giacché lo stesso, una volta constatata la prescrizione del reato, non potrebbe fare altro che annullare senza rinvio in toto la sentenza impugnata.

Secondo un orientamento consolidato di questa Corte (...), essenzialmente fondato sulla lettera del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, comma 2 (...), la confisca dei terreni ben può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato purché sia accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva.

Tale indirizzo, sorto sin da tempi risalenti (...), si è, in tempi progressivi, consolidato ed “affinato” fino a trovare, in epoca recente, sostanziale sintonia anche con la giurisprudenza della Corte EDU. (...)

4.1. Segnatamente, con la sentenza n. 49 del 2015, la Corte costituzionale ha, per quanto strettamente interessante l'oggetto del presente giudizio, ribadito la necessità, ai fini della confisca urbanistica, di un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato e della malafede del terzo eventualmente colpito dalla confisca(...); in altri termini, ai fini della confisca urbanistica, ben potrebbe tenersi conto "non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento", valorizzandosi le potenzialità di accertamento del fatto di reato consentite anche a fronte di pronuncia di sentenza di proscioglimento; in definitiva, secondo la Corte, "nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità".

4.2. Quanto poi alla Corte EDU, la stessa, nella pronuncia della Grande Camera 28/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, ribadendo che i principi di legalità e colpevolezza, condensati nell'art. 7 CEDU, (...) ha affermato che "qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'art. 7, che in questo caso non è violato" (p. 261).

5. Tornando, dunque, al quesito rimesso a questa Corte, le pronunce che hanno inizialmente affermato la possibilità di annullamento con rinvio (...) hanno trovato una conferma di ciò nell'art. 578-bis c.p.p. secondo cui "quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dall'art. 240-bis c.p., comma 1 e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'art. 322-ter c.p., il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato".

5.1. È senz'altro esatto che la formulazione originaria della norma, introdotta dal D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21, art. 6, comma 4, (...), e da ultimo modificata con la L. n. 3 del 2019 (...), ha rappresentato, salva la precisazione di cui oltre, il sostanziale trapianto, nel codice di rito, del contenuto del D.L. n. 306 del 1992, art. 12-sexies, comma 4-septies (...).

Ed è ulteriormente esatto che l'art. 12-sexies cit., comma 1 (e, conseguentemente (...) l'art. 240 bis cit., comma 1), prevedeva (...), la sola confisca cosiddetta "per sproporzione", senza in alcun modo contemplare la confisca urbanistica, ma è anche vero che l'art. 578-bis non si è limitato a richiamare la "confisca in casi particolari prevista dall'art. 240-bis c.p., comma 1" ma ha ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge" (...).

È pertanto evidente che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale. (...)

5.4. Del resto, la riferibilità dell'art. 578-bis cit. anche alla confisca urbanistica poggia anche su un criterio di evidente razionalità: (...) ai fini di disporre la confisca lottizzatoria non è necessaria una pronuncia di condanna, essendo invece sufficiente il "sostanziale" accertamento del fatto, sia pure circondato dalle garanzie sostanziali e processuali già ricordate sopra; non si comprende allora quale senso potrebbe avere consentire che il mero fatto di una prescrizione sopravvenuta in grado di appello o in quello di legittimità (ovvero, in altri termini, il sopravvenire di una situazione che, ove prodottasi già in primo grado, non avrebbe comunque potuto impedire la sanzione amministrativa de qua) impedisca al giudice dell'impugnazione di decidere comunque agli effetti della confisca. (...)

6.1. (...) Un orientamento di questa Corte, ricordato in chiave critica anche dalla ordinanza di rimessione, ha ritenuto recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato di cui all'art. 129 c.p.p. rispetto al correlativo e coesistente "obbligo di accertamento" ricavabile dall'art. 44 cit. (...)

Sicché, in definitiva, l'unico limite a che il processo penale possa progredire relativamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica sarebbe rappresentato dall'estinzione maturata prima dell'esercizio dell'azione penale (...).

7.6. Il principio di adozione in via immediata del proscioglimento (in esso compreso quello dovuto ad estinzione del reato) va dunque riaffermato, sicché il giudice di primo grado potrà disporre la confisca solo ove, anteriormente al momento di maturazione della prescrizione, sia stato comunque già accertato, nel contraddittorio delle parti, il fatto di lottizzazione nelle sue componenti oggettive e soggettive.

8. Vanno, in definitiva, enunciati i seguenti principi di diritto:

"La confisca di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129 c.p.p., comma 1, proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento.

In caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis c.p.p., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44".

9. Nella specie, pertanto, nonostante la intervenuta prescrizione del reato, che comporta l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, questa Corte è tenuta ugualmente, alla stregua del principio appena enunciato, a decidere in ordine alla confisca già disposta dal giudice di primo grado e confermata in sede di appello."

Nota di Irene Pellegrini

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite penali della Cassazione si sono pronunciate sulla questione relativa all'applicabilità della cosiddetta confisca "urbanistica o lottizzatoria" (prevista dall'art. 44, co. 2, d.P.R. 380/2001) in caso di prescrizione del reato-presupposto – tematica, quest'ultima, già da tempo oggetto di intenso confronto giurisprudenziale a livello sia nazionale che sovranazionale.

La pronuncia in commento trae origine dal ricorso per Cassazione che l'imputato esperiva avverso la sentenza con cui la Corte d'Appello di Messina confermava la condanna dello stesso per il reato di lottizzazione abusiva ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. c), d.P.R. n. 380/2001 (T.U. dell'edilizia); tale decisione convalidava altresì la confisca dell'area e dei fabbricati abusivamente realizzati, così come ordinata dal giudice di primo grado.

All'udienza di trattazione, la Terza Sezione penale constatava l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale circa le statuizioni adottabili dalla Corte di Cassazione in ordine alla confisca disposta in conseguenza di reato di lottizzazione abusiva poi prescritto; dunque, essa rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite ex art. 618 c.p.p., devolvendo loro il seguente quesito: "se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva,

sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo del 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia".

La Corte a composizione allargata apre il suo ragionamento chiarendo come, ai fini della risoluzione della questione sottoposta al suo esame, sia preliminarmente necessario accertare l'avvenuto decorso del termine di prescrizione del reato oggetto di condanna; una volta appurato che lo spirare di detto termine era già stato constatato in sede di ordinanza di remissione, le Sezioni Unite procedono quindi alla disamina dei motivi introdotti tramite ricorso, i quali vengono tutti dichiarati inammissibili – ad eccezione del quinto, ritenuto comunque infondato.

A questo punto, il giudice di legittimità si sofferma più compiutamente sul quesito di diritto postogli dalla Terza Sezione il quale, essendo incentrato sull'eventuale esistenza di una disposizione normativa che legittimi la Cassazione ad annullare con rinvio una sentenza limitatamente alle statuizioni sulla confisca, si riconnette al fondamentale contrasto giurisprudenziale riguardante l'assoggettabilità a tale misura dei terreni e degli immobili costituenti lottizzazione abusiva in caso di intervenuta prescrizione del reato.

L'intenso dibattito svoltosi sul tema tra Corte di Cassazione¹⁷, Corte Costituzionale¹⁸ e Corte EDU¹⁹ ha infine portato all'enucleazione della *regula iuris* secondo cui la confisca urbanistica, essendo collegata all'accertamento del reato, consente di prescindere dalla necessità di una sentenza di condanna "formale" e può, pertanto, essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato. Ciò a condizione che, per un verso, sia stata accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo e che, per altro verso, tale accertamento discenda da un giudizio svoltosi nel rispetto del contraddittorio tra le parti e dei diritti partecipativi degli interessati.

Orbene, una volta chiarito come la confisca urbanistica possa essere ordinata anche in caso di sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato-presupposto, il Supremo Consesso individua la norma attributiva di tale potere nell'art. 578 *bis* c.p.p (introdotto nel codice di rito dall'art. 6 del D. Lgs. 21/2018), il quale dispone che "*Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal co. 1 dell'art. 240 bis c.p. e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'art. 322 ter c.p., il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*".

Mentre per la Terza Sezione remittente l'espressione "*da altre disposizioni di legge*" sarebbe da riferirsi alla sola "confisca allargata" relativa ai reati *ex art. 295*, comma 2, d.P.R. 43/1973 ed *ex art. 73 T.U.* Stupefacenti (i quali, in virtù del principio di riserva di codice, non avrebbero potuto essere espressamente menzionati nel codice penale), a parere delle Sezioni Unite, "*la norma in oggetto [...] non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca prevista da altre disposizioni di legge, formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale*".

¹⁷ Si veda, *ex multis*: Cass. Pen., Sez. III, 18 novembre 1997, n. 3900, *Farano e altri*; Cass. Pen., Sez. III, 23 settembre 2004, n. 41757, *Pignatiello ed altri*; Cass. Pen., Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188, *Casasanta*; Cass. Pen., Sez. III, 19 maggio 2009, n. 30933, *Costanza*; Cass. Pen., Sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066, *Volpe*.

¹⁸ Si veda, in particolare, sent. n. 49 del 14 gennaio 2015; sent. n. 187 del 24 giugno 2015.

¹⁹ Si veda, in particolare: Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri contro Italia*; Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara contro Italia*; Corte EDU, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri contro Italia*.

“Del resto” continua la Corte “la riferibilità dell’art. 578-bis c.p.p. anche alla confisca urbanistica poggia anche su un criterio di evidente razionalità”, giacché “ai fini di disporre la confisca lottizzatoria non è necessaria una pronuncia di condanna, essendo invece sufficiente il sostanziale accertamento del fatto”. Al contrario, per il principio di adozione in via immediata del proscioglimento – ivi compreso quello determinato dall’estinzione del reato –, il giudice di primo grado potrà invece disporre la confisca solo ove, anteriormente al momento di maturazione della prescrizione, sia stato comunque già accertato, nel contraddittorio delle parti, il fatto di lottizzazione nelle sue componenti oggettive e soggettive.

Stupefacenti: l'aggravante della ingente quantità si configura al superamento dei 2 kg per le c.d. droghe leggere

(Cass. Pen., SS.UU., 12 maggio 2020, n. 14722)

“4. L'ordinanza di remissione propone alle Sezioni Unite due quesiti diversi, strettamente collegati:

– *se mantenga validità il criterio per la determinazione dell'ingente quantità fissato dalla sentenza delle Sezioni Unite Biondi, fondato sul rapporto (1 a 2000) fra quantità massima detenibile come prevista nell'elenco» allegato al D. M. 11 aprile 2006 e quantità di principio attivo contenuto nella sostanza oggetto della condotta, ferma la discrezionalità giudiziale in caso di superamento del limite così ottenuto;*

– *come debbano essere individuati i fattori della moltiplicazione il cui prodotto determina il confine inferiore dell'ingente quantità nell'ipotesi di reati concernenti le c.d. “droghe leggere”.*

5. Le Sezioni Unite Biondi avevano risolto il contrasto interpretativo sorto nella giurisprudenza di legittimità dopo che le medesime Sezioni Unite, n. 17 del 21/06/2000, Primavera (...) avevano affermato il principio secondo cui la circostanza aggravante speciale dell'ingente quantità di sostanza stupefacente (...) ricorre ogni qualvolta il quantitativo di sostanza oggetto di imputazione, pur non raggiungendo valori massimi, sia tale da creare condizioni di agevolazione del consumo nei riguardi di un rilevante numero di tossicodipendenti, secondo l'apprezzamento del giudice del merito (...).

7. Solo con la sentenza Sez. 6, n. 20119 del 02/03/2010 (...) si era manifestata l'esigenza di ancorare la nozione di ingente quantità ad un parametro improntato, per quanto possibile, a criteri oggettivi e ciò anche per evitare un insanabile contrasto fra la circostanza aggravante in questione ed il principio di determinatezza (...).

8. In tale quadro di decisioni confliggenti interveniva la sentenza n. 36258 del 24/05/2012, Biondi, Rv. 253150. Con essa le Sezioni Unite, preso atto dei perduranti contrasti (...) in ordine al significato da attribuire all'espressione “ingente quantità”, (...) hanno ricercato e rinvenuto la soluzione del quesito all'interno del sistema approntato dalla legislazione (allora) vigente in tema di stupefacenti. (...)

Le Sezioni Unite hanno dunque preso le mosse (...) dall'art. dall'art. 73, comma 1 bis, lett. a), d.P.R. n. 309/90 (come introdotto dalla “Fini-Giovanardi”) ai limiti massimi di stupefacente la cui detenzione è tendenzialmente presunta per uso personale (...): quantitativo definito espressamente come “soglia” e ricavato – per ogni sostanza – dal prodotto della moltiplicazione del valore della dose media singola espresso in milligrammi per un fattore (...).

Assumendo come riferimento il valore-soglia previsto dalla predetta “tabella” (...), le Sezioni Unite hanno pertanto ritenuto di individuare (...) una soglia ponderalmente determinata al di sotto della quale non possa di regola parlarsi di quantità “ingente”.

Hanno quindi affermato che (...) non possa di norma ritenersi “ingente” un quantitativo di sostanza stupefacente che non superi di 2000 volte il predetto valore-soglia espresso in milligrammi di principio attivo (...).

12.3 (...) [S]i aggiunge come (...) il superamento dei parametri enucleati dalla sentenza “Biondi” per l’individuazione del limite minimo dell’ingente quantità (...) non determini automaticamente la sussistenza dell’ipotesi aggravata, dovendosi in ogni caso avere riguardo alle circostanze del caso (...).

14.(...) [S]uccessivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite (...) si è sviluppato un contrasto interpretativo (...) nell’ipotesi di reati concernenti le c.d. “droghe leggere”.

14.1. Tale contrasto ha avuto origine da un’imprecisione contenuta nella sentenza (...) Biondi la quale, individuato in 2000 il moltiplicatore del dato numerico (...) da utilizzare (...) per determinare il livello ponderale minimo (...) dell’ingente quantità, ha indicato per le c.d. droghe leggere un “valore soglia”, espresso in milligrammi, pari a 1000.

14.2. A far data da Sez. 3, n. 47978 del 28/09/2016, Hrim, Rv. 268698, tale indirizzo è stato tuttavia integralmente sostituito da altro (...), secondo il quale, (...) il quantitativo minimo di principio attivo di sostanza stupefacente del tipo “leggero” al di sotto del quale non è ravvisabile la circostanza aggravante (...) «deve essere necessariamente pari (...) a 4.000 (e non 2.000) volte il quantitativo di principio attivo che può essere detenuto in un giorno (...)». (...)

16. Si deve, pertanto, concludere affermando i seguenti principi: *“a seguito della riforma introdotta nel sistema della legislazione in tema di stupefacenti dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni dalla legge 16 marzo 2014, n. 79, mantengono validità i criteri fissati dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi, per l’individuazione della soglia oltre la quale è configurabile la circostanza aggravante dell’ingente quantità prevista dall’art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309/90; con riferimento alle c.d. droghe leggere la soglia rimane fissata in 2 kg. di principio attivo”.*

Nota di Sara Frattura

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono tornate a pronunciarsi sui parametri per ritenere configurata l’aggravante dell’ingente quantità, prevista dall’art. 80 co. 2 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

La questione assume una notevole rilevanza, considerata l’incidenza della circostanza aggravante in questione sul piano sanzionatorio.

Il quesito rimesso all’organo di nomofilachia assume un interesse peculiare, in quanto viene chiesto alle Sezioni Unite di valutare l’attuale validità dei criteri determinati dalle Sezioni Unite n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi, per l’individuazione della soglia oltre la quale è configurabile la circostanza aggravante dell’ingente quantità e, con specifico riferimento alle c.d. droghe leggere, di dichiarare se tale soglia resti fissata in 2 kg di principio attivo.

Nell’ordinanza di rimessione si legge che il principio di diritto appena riportato era riferibile ad un quadro normativo «affatto diverso dall’attuale, ossia in epoca antecedente alla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge Fini-Giovanardi».

Atteso il mutamento dell’assetto legislativo in materia di traffico illecito di stupefacenti, è necessario interrogarsi, secondo i giudici remittenti, sulla persistente validità dei criteri individuati dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite hanno sciolto il nodo gordiano, decidendo di dirimere un equivoco ritenuto spesso presente nelle decisioni della giurisprudenza di legittimità, ovvero la confusione del sistema tabellare disciplinato dagli artt. 13 e 14 d.P.R. n. 309/1990, con il sottosistema con-

cernente l'individuazione dei limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope riferibili ad un uso esclusivamente personale.

Esclusa la presunta rimodulazione normativa, almeno ai fini della circostanza aggravante dell'ingente quantità, le Sezioni Unite rigettano la conseguenza che l'orientamento minoritario deduceva, ossia l'inammissibilità di un sistema aritmetico di integrazione dell'aggravante.

La base sostanziale e formale della sent. SS.UU. n. 36258/2012, quindi, è rimasta immutata.

Posto ciò, la Corte affronta l'ulteriore questione concernente l'individuazione dei fattori della moltiplicazione il cui prodotto determina il confine inferiore dell'ingente quantità nelle ipotesi concernenti le droghe leggere.

La *quaestio* è sorta perché le SS.UU. n. 36258/2012 indicavano un valore soglia per le droghe leggere pari a 1.000 mg, traendolo erroneamente dal citato elenco allegato al d.m. 11 aprile 2006, che moltiplicato per 2000 fornisce il parametro dei 2 kg necessari per realizzare un ingente quantità rispetto alle droghe leggere.

Ed invero, il d.m. 4 agosto 2006 aveva individuato proprio in 1.000 mg il valore soglia di THC; tuttavia, tale decreto è stato annullato per motivi formali dal TAR Lazio con sent. n. 2487 del 21 marzo 2007. Di conseguenza, la disciplina anteriore, che fissava tale valore in 500 mg, era tornata in vigore, senza che le Sezioni Unite potessero prevederlo.

Le Sezioni Unite ritengono, tuttavia, irrilevante l'errore nel testo della sentenza SS.UU. n. 36258/2012.

Invero, la Corte afferma che «il risultato aderente all'esito dell'indagine induttiva delle Sezioni Unite cristallizzato nella sentenza Biondi è che la soglia minima perché si possa intendere ingente una quantità di droga leggera è di 2 kg di principio attivo».

All'esito delle motivazioni, le Sezioni Unite ritengono necessario fornire una precisazione relativa alla definizione della dose soglia come quantitativo di principio attivo che può essere detenuto in un solo giorno; tale precisazione si rende necessaria per fornire un criterio di ausilio al giudice di merito nella sua residua discrezionalità valutativa.

In particolare, secondo la Corte, ad oggi la figura fondamentale è quella della dose media singola, intesa come quantità di principio attivo per singola soluzione idonea a produrre in un soggetto assunto un effetto stupefacente e psicotropo.

A questa si affianca la figura della dose soglia, vale a dire la quantità massima detenibile, la quale è data dall'incremento della dose media singola in base a un moltiplicatore variabile in relazione alle caratteristiche di ciascuna sostanza.

Invero, è proprio la dose soglia che individua la quantità massima detenibile e prescinde dalla frequenza delle assunzioni, motivo per il quale è tollerabile un accumulo per più giorni destinato all'uso personale.

In conclusione, ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 80, co. 2, d.P.R. 309/90 in riferimento alle cd. droghe leggere, deve ritenersi che la modifica del sistema tabellare realizzata per effetto del d.l. 20 marzo 2014, n. 36 (convertito con modificazioni nella l. 16 maggio 2014, n. 79) non abbia inciso sui presupposti di applicazione di detta circostanza aggravante come già individuati dalla giurisprudenza maggioritaria.

In particolare, mantengono validità, per effetto dell'espressa reintroduzione della nozione di quantità massima detenibile, ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 75 d.P.R. n. 309 del 1990, i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile di cui alla nota sentenza delle Sezioni unite, n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi.

Pertanto, l'individuazione della soglia oltre la quale è configurabile la circostanza aggravante dell'ingente quantità prevista dall'art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309 del 1990, resta, per le cd. droghe leggere, fissata in 2 kg di principio attivo.

Contestazione a catena: le Sezioni Unite sulla retrodatazione dei termini delle misure custodiali

(Cass. Pen., SS.UU., 29 luglio 2020, n. 23166)

“1. La questione rimessa all’esame delle Sezioni Unite può essere riassunta nei seguenti termini: “Se, in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all’art. 297 c.p.p., comma 3, deve essere effettuata frazionando la durata globale della custodia cautelare, ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee, oppure computando l’intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee”.

(...) 2.1. Secondo la più risalente tesi maggioritaria, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare (...) andrebbe eseguita frazionando la durata globale della custodia relativa alla prima misura ed imputando alla seconda solo i periodi relativi a fasi omogenee, in tal modo pervenendosi al computo dei termini di fase ed alla conseguente valutazione circa l’avvenuto decorso del termine massimo (...).

Le pronunce adesive a tale orientamento sottolineano concordemente che i termini di durata delle misure cautelari si articolano in base ad una ripartizione per fasi procedurali. Non sarebbe quindi consentito cumulare periodi di custodia cautelare afferenti a fasi disomogenee.

Argomentando in tal senso, si sostiene che in caso di contestazioni a catena ai sensi dell’art. 297 c.p.p., comma 3, la retrodatazione dei termini di custodia cautelare della seconda ordinanza andrebbe necessariamente operata sommando al periodo di custodia già subito dall’indagato solo quello sofferto in base alla prima ordinanza nella medesima fase. (...)

2.2. A fronte dell’orientamento maggioritario, le più recenti pronunce di legittimità intervenute in argomento hanno recepito una diversa soluzione.

Così, Sez. 6, n. 3058 del 28/12/2016, (...) ha affermato l’opposto principio secondo cui “in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all’art. 297 c.p.p., comma 3, non deve essere effettuata frazionando la globale durata della custodia cautelare ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee”.

In motivazione, la pronuncia in esame ha sottolineato come l’istituto della “retrodatazione” vada letto alla stregua dei principi – più volte ribaditi dalla Corte costituzionale (...) – secondo cui la “retrodatazione” mira ad evitare, in perfetta aderenza con i valori di certezza e di “durata minima” della custodia cautelare, che la rigorosa predeterminazione dei termini di durata massima delle misure cautelari possa essere elusa tramite la diluizione nel tempo di più provvedimenti restrittivi nei confronti della stessa persona, con il conseguente impedimento al contemporaneo decorso dei termini relativi a plurimi titoli custodiali nei confronti del medesimo soggetto. Mediante il ritardo nell’adozione della seconda ordinanza cautelare ed in assenza del correttivo previsto dall’art. 297 c.p.p., comma 3, si determinerebbe l’indebita espansione della restrizione complessiva della libertà personale dell’imputato, tramite il “cumulo materiale” – totale o parziale – dei periodi di custodia afferenti a ciascun reato. Effetto che non si verificherebbe, invece, qualora l’indagato, pur versando nella medesima situazione sostanziale, fosse stato raggiunto da provvedimenti cautelari coevi. (...)

3. Le Sezioni Unite ritengono condivisibile la soluzione prospettata dall'indirizzo giurisprudenziale più recente, e attualmente minoritario, secondo il quale, in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare prevista all'art. 297 c.p.p., comma 3, non deve essere effettuata frazionando la globale durata della custodia cautelare ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee.

4. Fa propendere in tal senso, in primo luogo, il dato testuale.

La disposizione di cui all'art. 297 c.p.p., comma 3, è infatti chiara e recisa nell'affermare che, in presenza delle condizioni ivi descritte, "i termini decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima ordinanza e sono commisurati all'imputazione più grave".

La norma è (...) esclusivamente focalizzata sulla decorrenza dei termini di custodia relativi alla seconda misura cautelare e suscettibile al riguardo di immediata e autonoma applicazione. Essa non contiene alcuna indicazione circa la necessità di procedere a ulteriori calcoli finalizzati alla sommatoria dei periodi di custodia cautelare subiti in riferimento a ciascuna misura cautelare, né pone alcuna preclusione circa l'imputazione di periodi di custodia relativi a fasi processuali diverse. Tantomeno essa prevede o suggerisce che la retrodatazione debba operare secondo modalità analoghe allo scomputo dalla pena detentiva del periodo di custodia cautelare presofferto.

Al contrario, essa descrive un meccanismo basato sull'anticipazione, mediante una *fictionis iuris*, del termine iniziale di durata della seconda misura. Ciò che del resto risulta perfettamente conforme alla nozione di "retrodatazione" nella quale viene, per consuetudine, icasticamente riassunto il fenomeno in esame.

In definitiva, l'art. 297 c.p.p., comma 3, delinea un sistema che si sostanzia nella mera sostituzione del termine iniziale di durata della misura adottata per ultima, sicché per calcolare il relativo termine di fase sarà sufficiente far riferimento al *dies a quo* della prima misura. (...)

5. L'orientamento giurisprudenziale minoritario appare inoltre l'unico compatibile con i plurimi pronunciamenti della Corte costituzionale che hanno chiaramente delineato ratio e finalità del meccanismo della retrodatazione.

6. Già con la sentenza n. 89 del 1996 la Corte costituzionale ha evidenziato che lo scopo dell'istituto in esame è quello di "comprimere entro spazi sicuri il termine di durata massima delle misure cautelari, in perfetta aderenza con quanto previsto dall'art. 13 Cost., u.c.", al fine di impedire "la diluizione dei termini in ragione dell'episodico concatenarsi di più fattispecie cautelari". (...)

Il Collegio rileva che i medesimi accenti si colgono del resto nella giurisprudenza della Corte EDU. La Corte di Strasburgo ha infatti ripetutamente affermato che l'art. 5, p. 1 della Convenzione EDU (...) ha primario rilievo tra i diritti fondamentali che proteggono la sicurezza fisica dell'individuo e che il suo scopo è quello di prevenire limitazioni della libertà arbitrarie e ingiuste (...). Essa ha poi precisato che se l'espressione "nei modi previsti dalla legge" contenuta nell'art. 5 p. 1 della Convenzione EDU rinvia alle leggi nazionali e stabilisce l'obbligo di conformarsi ad esse, cosicché, di norma, spetta innanzitutto ai giudici nazionali interpretare e applicare la legge interna, tuttavia, la situazione è diversa ove il mancato rispetto della legge comporti di per sé una violazione della Convenzione. In tali casi, infatti, la Corte EDU deve verificare se la legge interna sia stata effettivamente osservata (...) e la detenzione deve considerarsi "arbitraria" tutte le volte in cui, nonostante essa appaia rispettosa della lettera della legge, vi sia stata mala fede o raggirio da parte delle autorità (...)

7. Particolare rilievo assumono inoltre le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 233 del 2011, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 297 c.p.p., comma 3, nella parte in cui non prevede che la retrodatazione operi anche qualora, per i

fatti contestati con la prima ordinanza, l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato anteriormente all'adozione della seconda misura. (...) la Corte costituzionale ha sottolineato che, in mancanza dell'effetto correttivo della retrodatazione, il ritardo nell'adozione della seconda ordinanza cautelare determina l'espansione della restrizione complessiva della libertà personale dell'imputato per effetto del "cumulo materiale" dei periodi afferenti a ciascun reato. Da ciò conseguendo la sostanziale elusione dei termini di durata massima delle misure cautelari imposta dall'art. 13 Cost., u.c., e una posizione cautelare dell'interessato inferiore rispetto a quella che si sarebbe prodotta a seguito dell'adozione di provvedimenti custodiali coevi.

Proprio perché il meccanismo della retrodatazione serve a garantire l'effettivo rispetto dei valori di certezza e "durata minima" della custodia cautelare a fronte del rischio di diluizione dei termini (...) appare chiaro che tale finalità può essere realizzata solo correlando il periodo di retrodatazione all'entità complessiva della custodia sofferta. (...)

8. La sentenza della Corte costituzionale n. 233 del 2011 appare di rilevante interesse anche là dove afferma la compatibilità tra l'istituto della retrodatazione e il computo, previsto dall'art. 657 c.p.p., comma 1, della custodia cautelare subita per la prima misura ai fini della determinazione della pena detentiva da eseguire in conseguenza del passaggio in giudicato, anteriormente all'adozione del secondo provvedimento cautelare, della relativa sentenza. (...)

La Corte costituzionale ha (...) chiarito che l'espressa previsione dell'art. 297 c.p.p., comma 5, secondo periodo, secondo la quale "ai soli effetti del computo dei termini di durata massima, la custodia cautelare si considera compatibile con lo stato di detenzione per esecuzione di pena", comporta che, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il reato contestato con la prima ordinanza, nel computo del termine della custodia cautelare applicata con la seconda ordinanza si deve comunque tenere conto anche del periodo nel quale la misura in questione si è sovrapposta all'esecuzione della pena per il primo reato. (...)

Pur non essendosi la Corte costituzionale pronunciata sul quesito sottoposto ad esame, appare peraltro evidente che, nel momento in cui la retrodatazione viene riferita alla data di esecuzione della misura cautelare adottata in un procedimento già definito con sentenza passata in giudicato, almeno parte del periodo di custodia relativo a tale prima misura possa essere stato subito nel corso del relativo giudizio e, quindi, in una fase diversa da quella in cui è stato adottato, dopo il passaggio in giudicato della sentenza relativa alla prima ordinanza, il secondo provvedimento cautelare.

Inoltre, essendo stata riconosciuta l'operatività della retrodatazione in riferimento a periodi di custodia cautelare suscettibili di essere scomputati – ai sensi dell'art. 657 c.p.p., comma 1, – dalla pena detentiva da eseguire, a maggior ragione la retrodatazione dovrebbe operare rispetto a periodi di custodia cautelare che, pur relativi a fasi procedurali diverse, si collocano tutti a monte del giudicato. (...)

9. Ad analoga conclusione conducono le considerazioni sviluppate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 229 del 2005, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 303 c.p.p., comma 2, nella parte in cui non consente di computare nei termini di durata massimi di fase di cui all'art. 304 c.p.p., comma 6, i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi o in gradi diversi dalla fase o dal grado in cui il procedimento è regredito. (...)

Da un lato, dunque, la Corte costituzionale ribadisce che l'imprescindibile garanzia del rispetto dei termini massimi di durata della custodia cautelare e del "valore unitario" rappresentato dalla tutela della libertà personale richiede la valutazione di periodi di custodia cautelare sofferti in fasi non omogenee, a prescindere dalle contingenze processuali. Dall'altro, segnala con chiarezza che, tra più possibili opzioni interpretative, deve preferirsi quella che comporta il minor sacrificio della libertà personale. Anche sotto questo profilo, l'orientamento giuri-

sprudenziiale minoritario e più recente deve ritenersi preferibile, poiché più favorevole per la persona soggetta a custodia e il solo in grado di fornire una ricostruzione dell'istituto della retrodatazione conforme al dettato costituzionale. (...)

12. Va quindi enunciato il seguente principio di diritto: “La retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare di cui all’art. 297 c.p.p., comma 3, deve essere effettuata computando l’intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee”. (...)”

Nota di Claudia Bogatto

Nella vicenda processuale giunta al vaglio delle Sezioni Unite, il ricorrente era stato raggiunto da due ordinanze di custodia cautelare in carcere, emesse da diverse autorità giudiziarie nell’ambito di procedimenti penali separati, ma aventi ad oggetto fatti connessi dal punto di vista soggettivo e desumibili, entrambi, dagli atti di indagine alla base del provvedimento restrittivo più lungo.

Con ordinanza n. 8564/2020, la Quarta Sezione Penale assegnataria del ricorso ne rimetteva la trattazione alle Sezioni Unite, segnalando la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alle modalità applicative dell’istituto di cui all’art. 297, co. 3 c.p.p. e formulando il seguente quesito di diritto: “*Se, in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all’art. 297 c.p.p., comma 3, deve essere effettuata frazionando la durata globale della custodia cautelare, ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee, oppure computando l’intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee*”.

Al fine di offrire soluzione alla questione giuridica prospettata, la Corte Suprema passava preliminarmente in rassegna le opzioni ermeneutiche formatesi sul disposto dell’art. 297, co. 3 c.p.p., riconducibili a due orientamenti antitetici.

Secondo la più risalente tesi maggioritaria, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare comporta il previo frazionamento della durata globale della misura subita per prima, con conseguente imputazione alla seconda dei soli periodi di detenzione relativi a fasi procedurali omogenee; a sostegno dell’assunto si porrebbe, nello specifico, l’articolazione per fasi procedurali della disciplina dei termini delle misure cautelari, che impedirebbe, in sede di retrodatazione, di cumulare periodi custodiali afferenti a fasi disomogenee.

All’opzione ricostruttiva c.d. “*a scomputo*” si è, più di recente, contrapposto un filone giurisprudenziale che, invece, ritiene che la retrodatazione debba essere operata computando l’intera durata della misura disposta per prima e, quindi, prescindendo dal frazionamento per fasi procedurali; in particolare, tale soluzione applicativa troverebbe riscontro nella finalità stessa dell’istituto di cui all’art. 297, co. 3 c.p.p., consistente nell’evitare un’indebita espansione della restrizione complessiva della libertà personale dell’imputato, tramite il “*riallineamento*” di fattispecie cautelari che, pur dovendo nascere in un unico contesto temporale, si sono sviluppate in momenti successivi.

Con la sentenza n. 23166/2020, le Sezioni Unite hanno avallato gli approdi interpretativi del più recente indirizzo giurisprudenziale, deponendo in tal senso sia il dato testuale della norma disciplinante l’istituto della retrodatazione, sia le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale in punto di *ratio* e finalità dello stesso, in linea con i principi sanciti dalla Corte EDU.

Sotto il primo profilo, la Corte Suprema ha evidenziato la chiarezza del disposto dell'art. 297, co. 3 c.p.p. nel descrivere un *“meccanismo basato sull'anticipazione, mediante una fictio iuris, del termine iniziale di durata della seconda misura”* al *dies a quo* della prima senza, per contro, fornire indicazioni circa un'eventuale ulteriore necessità di frazionamento dei periodi di custodia cautelare subiti in riferimento a ciascun provvedimento restrittivo ovvero porre alcuna preclusione all'imputazione di periodi custodiali patiti in fasi procedurali diverse.

Una corretta analisi del dato normativo, condotta nel rispetto del principio ermeneutico sancito dall'art. 12, co. 1 disp. prel. c.c., induce, pertanto, a ritenere che la retrodatazione consista nel sostanziale *“slittamento all'indietro”* della data di esecuzione del provvedimento cautelare successivo sino al termine iniziale della misura adottata per prima.

Le Sezioni Unite hanno, altresì, messo in luce che l'avallata soluzione interpretativa è l'unica compatibile con la giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Il Giudice delle leggi, infatti, ha sottolineato a più riprese che lo scopo del correttivo previsto dall'art. 297, co. 3 c.p.p. è di evitare *“la diluizione dei termini in ragione dell'episodico concatenarsi di più fattispecie cautelari”*, in modo da *“comprimere entro spazi sicuri il termine di durata massima delle misure cautelari, in perfetta aderenza con quanto previsto dall'art. 13 Cost. u.c.”*.

In particolare, la retrodatazione impedisce che, mediante *“contestazioni a catena”* formulate nei confronti del medesimo soggetto, la durata complessiva della restrizione della sua libertà personale venga *“a dipendere non da un fatto obiettivo (rispettoso, dunque, del canone dell'uguaglianza e della ragionevolezza), quale quello degli elementi idonei e sufficienti per adottare i diversi provvedimenti cautelari, ma da un'imponderabile valutazione soggettiva dei titolari del potere cautelare”*, in elusione dei termini massimi delle misure cautelari ed in aperta violazione del divieto di detenzioni *“arbitrarie”* sancito dalla Corte EDU.

Ad avviso delle Sezioni Unite, la predetta finalità di garanzia rimarrebbe, tuttavia, contraddetta ove il meccanismo di cui all'art. 297, co. 3 c.p.p. si sostanziasse non già nella regressione del termine iniziale di durata della seconda misura a quello di esecuzione della prima, bensì nel mero cumulo materiale dei soli termini decorsi per entrambe le ordinanze cautelari in fasi omogenee.

Con la sentenza n. 23166/2020 è stato, quindi, enunciato il seguente principio di diritto: *“La retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare di cui all'art. 297 c.p.p., comma 3, deve essere effettuata computando l'intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee”*.

Attenuante del lucro di speciale tenuità: per le Sezioni Unite è applicabile anche ai reati in materia di stupefacenti

(Cass. Pen., SS.UU., 2 settembre 2020, n. 24990)

“1. La questione rimessa all’esame delle Sezioni Unite può essere riassunta nei seguenti termini: “se la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità, di cui all’art. 62 c.p., n. 4, sia applicabile ai reati in materia di stupefacenti, e, in caso affermativo, se sia compatibile con l’autonoma fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dal D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 5”.

2. La questione prospettata nell’ordinanza della Quarta Sezione si compone di due nuclei problematici, collegati tra loro. Il primo aspetto del problema attiene alla applicabilità della circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità, di cui all’art. 62, n. 4, cod. pen., ai reati in materia di stupefacenti. Il secondo (...) profilo della questione riguarda la compatibilità dell’attenuante in esame con l’autonoma fattispecie “di lieve entità”, prevista dall’art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990.

3. Correttamente la Sezione rimettente ha registrato un contrasto interpretativo in ordine a tali profili.

3.1. Secondo l’orientamento più risalente, la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all’art. 62 c.p., n. 4, non sarebbe applicabile ai reati in materia di stupefacenti, né sarebbe compatibile con la fattispecie prevista dal quinto comma dell’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990.

Con riferimento al primo dei profili indicati, la Corte di cassazione (...) era pervenuta alla soluzione negativa sulla base di considerazioni, rimaste peraltro isolate, secondo le quali, nonostante il generico riferimento operato dall’art. 62, n. 4, cod. pen. ai “delitti determinati da motivi di lucro”, l’evento dannoso o pericoloso di speciale tenuità deve sempre essere riferito a fatti di reato offensivi del patrimonio, nei quali non rientrano i reati in materia di sostanze stupefacenti, che sono invece «lesivi dei valori costituzionali attinenti alla salute pubblica, alla sicurezza ed all’ordine pubblico, alla salvaguardia del sociale». (...)

Con riferimento al secondo profilo (...), plurime pronunce hanno poi (...) affermato l’incompatibilità della circostanza attenuante comune in esame con l’autonoma fattispecie di reato prevista al quinto comma dell’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 (...). Secondo tali decisioni, al ricorrere della speciale tenuità del lucro, perseguito o effettivamente conseguito, e dell’evento dannoso o pericoloso, si verificherebbe sempre la coincidenza dei presupposti fattuali dell’attenuante con quelli che determinano il riconoscimento della fattispecie di “lieve entità” di cui all’art. 73, comma 5, d.P.R. 309 del 1990, sicché la concessione dell’attenuante determinerebbe una duplice valutazione degli stessi elementi e una conseguente, indebita duplicazione dei benefici sanzionatori.

3.2. All’orientamento esposto se ne contrappone un altro che, invece, ammette l’applicabilità dell’attenuante di cui all’art. 62, n. 4, cod. pen. ai reati in materia di stupefacenti e, in particolare, ai fatti “di lieve entità” di cui all’art. 73, comma 5, d.P.R. 309 del 1990.

L'orientamento positivo ha trovato la sua prima affermazione in Sez. 6, n. 20937 del 18/01/2011, Bagoura, Rv. 250028 (...). Con tale decisione la Corte di cassazione ha in primo luogo chiarito che, a seguito delle modifiche recate dalla legge n. 19 del 7 febbraio 1990 al testo dell'art. 62, n. 4, cod. pen., l'attenuante in esame è configurabile per ogni tipo di delitto purché commesso per motivi di lucro, a prescindere dalla natura dell'offesa prodotta e dal bene protetto dalla norma incriminatrice. Ritenere ex lege presuntivamente esclusa tale attenuante per alcune categorie di fattispecie criminose, quali quelle riguardanti le sostanze stupefacenti, considerandola circoscritta ai soli reati offensivi del patrimonio, sarebbe contrario al chiaro tenore letterale della nuova disposizione ed avrebbe di fatto vanificato la portata della modifica normativa. (...)

La decisione, pronunciata allorché (...) [il] citato quinto comma costituiva un'attenuante speciale rispetto ai reati previsti dall'art. 73 (...), ha affermato altresì la compatibilità di detta attenuante con quella di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen., posto che la prima si riferisce all'azione e all'oggetto materiale del reato, globalmente e unitariamente vagliati, mentre la seconda attiene unicamente al lucro e all'evento dannoso o pericoloso che siano connotati da speciale tenuità. La stessa sentenza ha evidenziato che l'attenuante comune ex art. 62, n. 4, cod. pen. era stata ritenuta compatibile con le attenuanti speciali da "particolare tenuità del fatto" di cui agli artt. 648, comma 2, cod. pen. (...) e 323-bis cod. pen. – relative, al pari della diminuzione prevista all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, a reati non annoverabili tra quelli posti a tutela del patrimonio (...).

I principi affermati nella sentenza Bagoura (...) sono stati ripresi da una successiva sentenza della Sesta Sezione (Sez. 6, n. 5812 del 24/11/2016, dep. 2017, Samateh, Rv. 269032) che (...) contesta in primo luogo l'argomentazione (...) secondo cui in caso di violazione della disciplina penale degli stupefacenti sarebbe impossibile il verificarsi di un evento dannoso o pericoloso "tenue". Questo enunciato (...) sarebbe infatti «normativamente contraddetto dal chiaro disposto dell'art. 73, comma 5, D.P.R. 309/90, il quale riconosce espressamente la possibilità che un fatto punibile ai sensi del citato art. 73 sia caratterizzato da minima offensività dei beni protetti, pure certamente primari e costituzionalmente garantiti». (...) [L'] assoluta impossibilità di un evento dannoso o pericoloso di lieve entità per i reati in materia di stupefacenti «si rivela [...] vieppiù insostenibile a seguito dell'introduzione della generale causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis cod. pen. Posto infatti che la pena edittale prevista per l'ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5, D.P.R. 309/90 rientra nei limiti di cui al primo comma dell'art. 131-bis e che gli elementi oggettivi di esclusione della particolare tenuità dell'offesa sono (...) descritti nel secondo comma della medesima disposizione senza che tra essi figurino (...) [la] "categoria" dei delitti in tema di stupefacenti, deve ritenersi che la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. possa applicarsi alle condotte rientranti nella fattispecie di lieve entità. (...)». In definitiva, nell'attuale assetto normativo (...) i delitti in materia di stupefacenti di cui all'art. 73 d.P.R. 309 del 1990, non solo possono essere caratterizzati da minima offensività, tale da determinare la qualificazione del fatto in termini di lieve entità ex art. 73, comma 5, ma potrebbero risultare addirittura non punibili in ragione della particolare tenuità del fatto. Né (...) può essere condiviso «l'argomento secondo il quale il riconoscimento dell'attenuante del lucro di speciale tenuità prevista all'art. 62, n. 4, seconda parte, cod. pen. comporterebbe, in caso di condanna per il delitto di cui all'art. 73, comma 5, D.P.R. 309/90, un'ingiustificata duplicazione di benefici sanzionatori. La trasformazione dell'attenuante speciale (...) in autonoma fattispecie di reato (...) fa sì che a tale autonoma fattispecie delittuosa corrisponda ora una specifica cornice edittale. (...)

4. Le Sezioni Unite ritengono condivisibile la soluzione prospettata dall'indirizzo giurisprudenziale più recente, secondo il quale la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'art. 62 c.p., n. 4 è applicabile ai reati in materia di stupefacenti in presenza di un evento dannoso o pericoloso connotato anch'esso da speciale tenuità, ed è compatibile con l'autonoma fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990. (...)

12. Tenuto conto del contesto normativo appena descritto, le Sezioni Unite ritengono in primo luogo fondato il rilievo (...) secondo il quale la trasformazione dell'attenuante speciale originariamente prevista all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 in ipotesi di reato autonomo, come tale dotata di specifica cornice edittale, fa sì che l'attenuante comune in esame sia ormai destinata ad incidere sull'ordinario trattamento punitivo riservato a quelle condotte, sicché in tal caso non si verifica (...) alcun cumulo di benefici sanzionatori tra loro concorrenti. (...)

16. Esclusa l'incompatibilità logica e normativa tra la fattispecie di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 e l'attenuante del lucro/offesa di speciale tenuità, il riconoscimento di tale attenuante nel caso concreto resta tuttavia affidato ad una puntuale ed esaustiva verifica, della quale il giudice di merito deve offrire adeguata giustificazione (...).

17. In conclusione, va affermato il seguente principio di diritto: "La circostanza attenuante del lucro e dell'evento di speciale tenuità è applicabile, indipendentemente dalla natura giuridica del bene oggetto di tutela, ad ogni tipo di delitto commesso per un motivo di lucro, compresi i delitti in materia di stupefacenti, ed è compatibile con la fattispecie di lieve entità prevista dall'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990".

Nota di Letizia Barbero

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione a Sezioni Unite è stata chiamata a pronunciarsi sul duplice quesito se la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità, di cui all'art. 62 c.p. n. 4, sia applicabile ai reati in materia di stupefacenti e, in caso affermativo, se sia compatibile con l'autonoma fattispecie del fatto di lieve entità prevista dall'art. 73 c. 5 D.P.R. 309/1990 (T.U. stupefacenti).

In considerazione di un contrasto giurisprudenziale sul punto, la questione veniva rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Secondo un primo orientamento, dovrebbe essere esclusa l'applicabilità della circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p. ai reati in materia di stupefacenti in quanto il requisito dell'evento dannoso o pericolo di speciale tenuità deve essere sempre riferito ai soli reati contro il patrimonio. Secondo tale orientamento, i reati in materia di stupefacenti sono lesivi dei valori costituzionali attinenti alla salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché la salvaguardia del sociale (Cass.16 aprile 2019, n. 32513).

Con riferimento alla seconda questione oggetto del contrasto, diverse pronunce hanno affermato l'incompatibilità tra la circostanza attenuante *ex art. 62 n. 4 c.p.* e la fattispecie autonoma di reato *ex art. 73 c. 5 D.P.R. cit.* in quanto alla ricorrenza dei requisiti della speciale tenuità del lucro e dell'evento dannoso o pericoloso si accompagnerebbe sempre la coincidenza dei presupposti che determinano la configurabilità della fattispecie "di lieve entità" del T.U. sopra citato comportando, dunque, una duplicazione indebita dei benefici sanzionatori. Secondo altro ed opposto orientamento, l'applicabilità dell'attenuante in esame trova fonamen-

to nel tenore letterale dell'articolo 62, c.p., n. 4, a mente del quale l'attenuante è configurabile per qualsiasi tipologia di delitto purché commesso per motivi di lucro, indipendentemente dal bene tutelato dalla norma. Detto orientamento stabilisce, inoltre, la compatibilità dell'art. 73 c. 5 con l'art. 62 n. 4 c.p. in quanto il primo riguarda l'azione e l'oggetto materiale del reato, mentre il secondo attiene unicamente al lucro e all'evento dannoso o pericoloso. Successive pronunce hanno precisato che l'indebita duplicazione del beneficio sanzionatorio non può ravvisarsi in relazione alle due fattispecie in quanto, a seguito della modifica operata dal D.L. 146/2013 (conv. in L. 10/2014), l'art. 73 c. 5 è stato trasformato da attenuante speciale ad autonoma fattispecie di reato.

Le Sezioni Unite superano il contrasto interpretativo aderendo all'indirizzo giurisprudenziale che afferma l'applicabilità della circostanza attenuante comune ai reati in materia di stupefacenti e la relativa compatibilità della stessa con l'autonoma fattispecie di reato di cui all'art. 73 c. 5. La Suprema Corte ribadisce la natura della circostanza attenuante comune nonché il fatto che, a seguito della riforma del 1990, tale norma è applicabile a tutti i delitti determinati da motivo di lucro; non può affermarsi, inoltre, che ogni violazione della disciplina penale in materia di stupefacenti comporti necessariamente un evento dannoso o pericolo che non possa essere qualificato in termini di tenuità del fatto. Il D.P.R. 309/1990, infatti, con la previsione dell'ipotesi del fatto di "lieve entità" consente di ritenere configurabile una lesione "tenue" dell'interesse protetto. Inoltre, la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* è applicabile anche alla fattispecie di cui all'art. 73 c. 5; appare evidente, pertanto, che il legislatore ha ritenuto la violazione di tale precetto penale suscettibile di produrre un'offesa di particolare tenuità che può andare esente da pena. A tal riguardo, la Corte afferma che l'evento di un reato non può essere considerato, in astratto, di non particolare tenuità solo in virtù del bene giuridico leso o minacciato.

Con riferimento al contrasto relativo alla compatibilità, le Sezioni Unite precisano che, alla luce della nuova natura dell'art. 73 c. 5, non è possibile ritenere sussistente il cumulo di benefici sanzionatori predetto e che, inoltre, la duplice valutazione in ordine al medesimo elemento costitutivo (l'esiguità del profitto) è smentita dalla diversità dei presupposti necessari per integrare il fatto di lieve entità. Benché l'esiguità del lucro è elemento che il Giudice può valutare ai fini dell'applicabilità della fattispecie di spaccio di lieve entità, la valutazione della "lieve entità" è relativa alla condotta, avuto riguardo ai mezzi, alla modalità e alle circostanze dell'azione, e all'oggetto materiale, per quanto riguarda la qualità e quantità delle sostanze, mentre la verifica della "speciale tenuità" attiene ai motivi a delinquere, al profitto e all'evento dannoso o pericoloso del reato. Si tratta, pertanto, di valutazioni focalizzate su elementi tra loro distinti. In conclusione, la Cassazione afferma il principio di diritto secondo cui la circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 4 è applicabile, indipendentemente dalla natura giuridica del bene oggetto di tutela, ad ogni delitto commesso per motivo di lucro, compresi i reati in materia di stupefacenti, ed è compatibile con la fattispecie di lieve entità prevista dall'art. 73 c. 5 D.P.R. 309/1990.

La soluzione adottata appare perfettamente in linea con la *ratio* della riforma del 1990, volta a dare consistenza ai principi costituzionali di proporzionalità e adeguatezza della pena in materia di stupefacenti, adattando il sistema penale alle diverse condotte ed all'effettivo disvalore delle stesse; l'accoglimento della tesi opposta avrebbe comportato che, anche in presenza di un lucro e di un'offesa di speciale tenuità, l'imputato non avrebbe potuto beneficiare di una riduzione della pena o di un potenziale giudizio di bilanciamento con eventuali aggravanti che fossero state contestate in relazione alla fattispecie di cui all'art. 73 c. 5 di cui al citato D.P.R.

Violenza sessuale mediante costrizione: chiarito il concetto di abuso di autorità

(Cass. Pen., SS.UU., 1 ottobre 2020, n. 27326)

“1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente: “Se, in tema di violenza sessuale, l’abuso di autorità di cui all’art. 609-bis c.p., comma 1, presupponga nell’agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o, invece, possa riferirsi anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l’agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali”. (...)”

3. La Sezione rimettente ha posto in evidenza due diversi indirizzi interpretativi venutisi a formare con riferimento alla violenza sessuale definita “costrittiva” in relazione al concetto di “abuso di autorità” dopo una prima pronuncia delle Sezioni Unite (...) nella quale, in via incidentale, essendo la questione prospettata relativa alla interpretazione dell’art. 600-ter c.p., comma 1, si era stabilito che l’abuso di autorità di cui all’art. 609-bis c.p., comma 1, presuppone nell’agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico, escludendone la configurabilità nei confronti di un insegnante privato che aveva compiuto atti sessuali con un minore degli anni sedici a lui affidato per ragioni di istruzione ed educazione, ritenendo conseguentemente corretta la decisione del giudice di merito che aveva qualificato il fatto come atti sessuali con minorenne ai sensi dell’art. 609-quater c.p.. (...)”

4. Il diverso orientamento, richiamando la prevalente dottrina, propende invece per un concetto di abuso di autorità più ampio, comprensivo di ogni relazione, anche di natura privata, in cui l’autore del reato riveste una posizione di supremazia della quale si avvale per coartare la volontà della persona offesa (...).

Ancora una volta viene richiamata l’attenzione sul contenuto dell’art. 61 c.p., n. 11 (...) osservando che lo stesso si riferisce, indifferentemente, all’abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero di relazioni d’ufficio, di prestazioni d’opera, di coabitazione o di ospitalità e ricordando come la giurisprudenza ne abbia sempre offerto un’interpretazione pacificamente ampia, riferibile indistintamente tanto all’autorità pubblica che a quella privata, mentre quando il legislatore intende considerare una posizione autoritativa di tipo pubblicistico la indica espressamente, come nel caso dell’art. 608 c.p., il quale fa specifico riferimento al “pubblico ufficiale”, menzione che, presente nell’abrogato art. 520 c.p., non è stata ripetuta nella formulazione dell’art. 609-bis c.p. con il preciso fine di sanzionare qualsiasi persona che, dotata di autorità pubblica o privata, abusi della sua posizione per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali (...).

5. Richiamati i contrapposti orientamenti giurisprudenziali che hanno dato origine al contrasto e preso atto di quanto osservato in dottrina, occorre in primo luogo individuare, prima di stabilire quale sia l’origine della posizione autoritativa rilevante per la configurabilità del reato, il significato concreto della locuzione abuso di autorità nel contesto in cui è collocato.

La differente formulazione dei primi due commi dell’art. 609-bis c.p. evidenzia come, nella violenza sessuale “costrittiva”, il soggetto passivo ponga in essere o subisca un evento non voluto poiché ne viene annullata o limitata la capacità di azione e di reazione coartandone la capacità di autodeterminazione, mentre nella violenza sessuale “induttiva” l’agente persuade la persona offesa a sottostare ad atti che, diversamente, non avrebbe compiuto, ovvero a subir-

li, strumentalizzandone la vulnerabilità e riducendola al rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità.

In entrambi i casi l'autore del reato incide sul processo formativo della volontà della persona offesa, direttamente compressa, nel primo caso, fino ad impedire ogni diversa opzione ed orientata, nel secondo, conformemente alle intenzioni dell'agente. (...)

Come osservato in dottrina, la condizione in cui versa la persona offesa nei casi di abuso di autorità è una condizione di sudditanza materiale o psicologica ma non psichica e, quindi, di origine patologica in senso stretto.

L'abuso di autorità può, peraltro, ritenersi distinguibile anche dalla minaccia funzionale alla costrizione, menzionata sempre nell'art. 609-bis c.p., comma 1.

Il confine è certamente labile, ma risponde, evidentemente, all'esigenza di ampliare l'ambito di operatività del comma 1 fino a ricomprendervi situazioni non riconducibili alla violenza o minaccia ed è individuabile nel senso che, mentre la minaccia determina un'efficacia intimidatoria diretta sul soggetto passivo, costretto a compiere o subire l'atto sessuale, la coartazione che consegue all'abuso di autorità trae origine dal particolare contesto relazionale di soggezione tra autore e vittima del reato determinato dal ruolo autoritativo del primo, creando le condizioni per cui alla seconda non residuano valide alternative di scelta rispetto al compimento o all'accettazione dell'atto sessuale che, consegue, dunque, alla strumentalizzazione di una posizione di supremazia.

6. (...) Ciò posto, occorre rilevare, in primo luogo, come non sia determinante il richiamo alle disposizioni del codice penale abrogate, rispetto alle quali quelle vigenti risultano del tutto scollegate.

Invero, la collocazione del delitto di violenza sessuale tra quelli contro la libertà personale e la pacifica natura di reato comune rendono evidente l'intenzione del legislatore di ampliare l'ambito di operatività della fattispecie e svincolano del tutto l'art. 609-bis c.p. dai riferimenti alla figura del pubblico ufficiale di cui all'abrogato art. 520 c.p., la cui posizione (...) era di per sé sufficiente alla configurazione del reato, non essendo richiesta la costrizione, bensì il solo nesso occasionale tra la posizione di pubblico ufficiale ed il fatto (...).

Corretta risulta, poi, l'osservazione secondo cui, quando la legge ha inteso riferirsi a soggetti che rivestono una posizione autoritativa formale, lo ha fatto espressamente, come nel caso dell'art. 608 c.p., concernente l'abuso di autorità contro arrestati o detenuti, mentre in altre disposizioni il concetto di autorità è inteso in senso ampio, pacificamente comprensivo di posizioni di preminenza non necessariamente di derivazione pubblicistica, come, ad esempio, nel caso dell'art. 61 c.p., n. 11 (...) confrontato anche con il n. 9 del medesimo articolo (...).

Anche le ulteriori argomentazioni poste a sostegno della interpretazione maggiormente restrittiva, (...) perdono consistenza non soltanto per la presenza della clausola di riserva e la diversa formulazione, che si riferisce non all'abuso di autorità bensì all'abuso di poteri, ma anche per la diversa conformazione della condotta sanzionata che non richiede, come si è fatto rilevare in più occasioni, la costrizione del minore, il quale è ritenuto non capace di esprimere un valido consenso (in ragione dell'età o del rapporto che lo lega al soggetto attivo), tanto è vero che il bene giuridico del reato non è la libertà di autodeterminazione del minore ma la sua integrità fisio-psichica nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità (...).

Accedendo, pertanto, alla tesi più restrittiva, la prevaricazione esercitata dall'agente sulla persona offesa sarebbe valutabile in sede penale solo se collocabile nell'ambito della minaccia o dell'abuso delle condizioni di inferiorità psichica, restandone esclusa qualora il compimento dell'atto sessuale con soggetto non consenziente avvenga in assenza dei presupposti caratterizzanti le suddette forme di coartazione o induzione.

7. Esclusa la natura formale e pubblicistica dell'autorità di cui l'agente abusa nel commettere il reato di cui all'art. 609-bis c.p., occorre stabilire se l'autorità "privata" sia solo quella che deriva dalla legge o anche un'autorità di fatto, comunque determinatasi ed è conseguente alle premesse indicate ritenere corretta la seconda ipotesi, poiché, se ciò che rileva è la coartazione della volontà della vittima, posta in essere da una posizione di preminenza, la specifica qualità del soggetto agente resta in secondo piano rispetto alla strumentalizzazione di tale posizione, quale ne sia l'origine. (...)

Occorre in primo luogo ribadire, a tale proposito, che (...) tra le finalità della L. 15 febbraio 1996, n. 66 vi era quella di assicurare la massima tutela a tutti coloro che, per caratteristiche personali o in ragione del contesto ambientale o relazionale che li vede coinvolti, vengano indotti o costretti a compiere o subire atti sessuali, sicché una nozione ampia del concetto di autorità risulta del tutto coerente con gli scopi perseguiti dal legislatore.

Inoltre, la sussistenza oggettiva del rapporto autoritario così come in precedenza individuato, deve essere inequivocabilmente dimostrata mediante un'analisi concreta della dinamica dei fatti idonea a porre in luce un rapporto di soggezione effettivamente intercorrente tra l'agente e la vittima del reato.

Deve, poi, essere dimostrata anche l'arbitraria utilizzazione del potere, dando anche conto della correlazione esistente tra l'abuso di autorità e le conseguenze sulla capacità di autodeterminazione della persona offesa, poiché una condotta che dovesse diversamente estrinsecarsi dovrebbe inevitabilmente essere inquadrata nelle contermini ipotesi di minaccia o induzione. (...)

8. Alla stregua di quanto precede, può pertanto enunciarsi il seguente principio di diritto: "L'abuso di autorità cui si riferisce l'art. 609-bis c.p., comma 1, presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali". (...)"

Nota di Mariarita Cupersito

Le Sezioni Unite affermano con la sentenza n. 27326 del 2020 il seguente principio di diritto: "l'abuso di autorità cui si riferisce l'art. 609-bis, comma primo, c.p., presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali".

La questione rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza n. 2888 del 2020, tenuto conto del contrasto giurisprudenziale sorto in materia, concerneva la configurabilità o meno dell'aggravante dell'abuso di autorità di cui all'art. 609-bis, comma 1, c.p. così esposta: "*se l'abuso di autorità di cui all'art. 609 bis comma primo cod. pen. presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o se, invece, si riferisca anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali*".

Un primo orientamento in materia sostiene che l'abuso di cui all'art. 609-bis presupponga una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico nell'agente, in assenza della quale dovrà applicarsi la diversa ipotesi dell'art. 609-quater; un secondo orientamento include invece nell'abuso di autorità, inteso come modalità di consumazione del reato di cui all'art. 609-bis c.p., ogni potere di supremazia, inclusi quelli di natura privata, di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali.

Ancor prima di individuare l'origine della posizione autoritativa rilevante per la configurabilità del reato, le SS.UU. delineano il concreto significato dell'espressione "abuso di autorità" nel contesto in cui si esso pone. La differenza nella formulazione dei primi due commi dell'art. 609-bis c.p. permette infatti di rilevare come, nella violenza sessuale "costrittiva", il soggetto passivo subisca o ponga in essere un evento non voluto perché la sua capacità di azione e di reazione è annullata o limitata, derivandone una costrizione in danno della capacità di autodeterminazione, mentre nella la violenza sessuale "induttiva" ricadono le ipotesi in cui l'agente persuade la persona offesa a compiere atti che altrimenti non avrebbe compiuto, oppure a subirli, agendo sulla vulnerabilità della vittima.

L'abuso di autorità preso in considerazione dal comma 1 è dunque solo quello in cui si verifici un'effettiva sopraffazione della volontà della persona offesa, che si traduce in una costrizione e non anche in una mera induzione, a cui si fa invece riferimento nel comma 2 nei termini su illustrati.

Quanto fin qui esposto permette di rilevare l'assenza di validi argomenti per accedere all'interpretazione maggiormente restrittiva dell'abuso di autorità precedentemente richiamato e a cui le SS.UU. avevano in passato aderito con la sentenza n. 13/2000, argomentando in quell'occasione che l'abuso di autorità di cui all'609-bis c.p. coincideva con l'abuso della qualità di pubblico ufficiale di cui all'abrogato art. 520 c.p. in quanto la disposizione vigente aveva sostituito quelle di cui agli abrogati art. 519 c.p., comma 1 e art. 520 c.p., precisando inoltre che si presupponeva una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico.

"Occorre rilevare", si legge nella sentenza n. 27326 del 2020, "come non sia determinante il richiamo alle disposizioni del codice penale abrogate, rispetto alle quali quelle vigenti risultano del tutto scollegate. Invero, la collocazione del delitto di violenza sessuale tra quelli contro la libertà personale e la pacifica natura di reato comune rendono evidente l'intenzione del legislatore di ampliare l'ambito di operatività della fattispecie e svincolano del tutto l'art. 609-bis c.p. dai riferimenti alla figura del pubblico ufficiale di cui all'abrogato art. 520 c.p., la cui posizione, secondo la lettura della norma offerta dalla coeva giurisprudenza, era di per sé sufficiente alla configurazione del reato, non essendo richiesta la costrizione, bensì il solo nesso occasionale tra la posizione di pubblico ufficiale ed il fatto, tanto da ritenersi penalmente rilevante la condotta posta in essere con soggetto consenziente o indotta dal soggetto passivo, essendo peraltro il reato configurabile soltanto quando quest'ultimo fosse una persona arrestata, detenuta o in affidamento per esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente"; a ciò si aggiunge la considerazione che nei casi in cui la legge abbia voluto far riferimento a soggetti che rivestono una posizione autoritativa formale, tale riferimento sia sempre stato fatto in modo espresso. Una interpretazione di stampo formale e pubblicistico dell'autorità di cui l'agente abusa si porrebbe, in definitiva, "in evidente contrasto con l'esigenza di massima tutela della libertà sessuale della persona che la legge persegue".

Dopo aver escluso la natura formale e pubblicistica, la pronuncia ribadisce la necessità di stabilire *"se l'autorità 'privata' sia solo quella che deriva dalla legge o anche un'autorità di fatto, comunque determinatasi ed è conseguente alle premesse indicate ritenere corretta la seconda ipotesi, poiché, se ciò che rileva è la coartazione della volontà della vittima, posta in essere da una posizione di preminenza, la specifica qualità del soggetto agente resta in secondo piano rispetto alla strumentalizzazione di tale posizione, quale ne sia l'origine".*

Bisogna tuttavia chiarire che per la configurabilità del reato in oggetto è necessario dimostrare non solo l'esistenza di un rapporto di autorità tra l'autore e il soggetto passivo del reato che sia diverso dalla mera costrizione fisica e dalle ipotesi di minaccia ed induzione, ma anche che l'agente abbia abusato di tale posizione di supremazia per costringere la vittima a compiere o subire atti sessuali a cui non avrebbe acconsentito in un contesto differente, do-

vendosi escludere la possibilità di una ricostruzione presuntiva in base alla posizione autoritativa del soggetto agente.

Le Sezioni Unite sul *discrimen* tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e il reato di estorsione

(Cass. Pen., SS.UU., 23 ottobre 2020, n. 29541)

“9.1. Sin da epoca risalente, la giurisprudenza di questa Corte ha ritenuto che il criterio differenziale tra i delitti di cui agli artt. 629 e 393 c.p. consista nell’elemento intenzionale, in quanto nel primo l’intenzione dell’agente è di procurarsi un ingiusto profitto, mentre nel secondo il reo agisce per conseguire un’utilità che ritiene spettargli, nonostante che il suo diritto sia contestato o contestabile, senza adire l’Autorità giudiziaria (Cass. 21 gennaio 1941, Clocchiatti, Giust. pen., 1941, II, 810, 1078; Cass. 27 marzo 1950, Paoli, Riv. pen., 1950, 679) (...).

10. Queste Sezioni Unite ritengono che il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenzino tra loro in relazione all’elemento psicologico. (...)

10.5.3. Ai fini della distinzione tra i reati di cui agli artt. 393 e 629 c.p. assume, pertanto, decisivo rilievo l’esistenza o meno di una pretesa in astratto ragionevolmente suscettibile di essere giudizialmente tutelata: nel primo, il soggetto agisce con la coscienza e la volontà di attuare un proprio diritto, a nulla rilevando che il diritto stesso sussista o non sussista, purché l’agente, in buona fede e ragionevolmente, ritenga di poterlo legittimamente realizzare; nell’estorsione, invece, l’agente non si rappresenta, quale impulso del suo operare, alcuna facoltà di agire in astratto legittima, ma tende all’ottenimento dell’evento di profitto mosso dal solo fine di compiere un atto che sa essere *contra ius*, perché privo di giuridica legittimazione, per conseguire un profitto che sa non spettargli.

11. L’elemento psicologico del reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone e quello del reato di estorsione vanno accertati secondo le ordinarie regole probatorie: alla speciale veemenza del comportamento violento o minaccioso potrà, pertanto, riconoscersi valenza di elemento sintomatico del dolo di estorsione. Questa Corte è, infatti, ferma nel ritenere, in generale, che la prova del dolo, in assenza di esplicite ammissioni da parte dell’imputato, ha natura indiretta, dovendo essere desunta da elementi esterni ed, in particolare, da quei dati della condotta che, per la loro non equivoca potenzialità offensiva, siano i più idonei ad esprimere il fine perseguito dall’agente (Sez. 1, n. 39293 del 23/09/2008, Di Salvo, Rv. 241339; Sez. 1, n. 35006 del 18/04/2013, Polisi, Rv. 257208; Sez. 1, n. 11928 del 29/11/2018, dep. 2019, Comelli, Rv. 275012) (...)

13.1. La giurisprudenza di questa Corte ha tradizionalmente affermato che, per configurare il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni in luogo di quello di estorsione, nel caso in cui la condotta tipica sia posta in essere da un terzo a tutela di un diritto altrui, occorre che il terzo abbia commesso il fatto al solo fine di esercitare il preteso diritto per conto del suo effettivo titolare, dal quale abbia ricevuto incarico di attivarsi, e non perché spinto anche da un fine di profitto proprio, ravvisabile ad esempio nella promessa o nel conseguimento di un compenso per sé, anche se di natura non patrimoniale (Sez. 2, n. 11282 del 2/10/1985, Conforti,

Rv. 171209); qualora il terzo agente – seppure inizialmente inserito in un rapporto inquadrabile ex art. 110 c.p. nella previsione dell’art. 393 – inizi ad agire in piena autonomia per il perseguimento dei propri interessi, deve ritenersi che tale condotta integri gli estremi del concorso nel reato di estorsione ex artt. 110 e 629 c.p. (Sez. 2, n. 8836 del 05/02/1991, Paiano, Rv. 188123; Sez. 2, n. 4681 del 21/03/1997, Russo, Rv. 207595; Sez. 5, n. 29015 del 12/07/2002, Aligi, Rv. 222292; Sez. 5, n. 22003 del 07/03/2013, Accarino, Rv. 255651).

13.2. Questo orientamento va condiviso e ribadito.

Due sono i punti di partenza di questa ulteriore disamina, necessariamente costituiti dai principi in precedenza affermati:

– il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni ha natura di reato proprio non esclusivo;

– il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con minaccia o violenza alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all’elemento psicologico.

Di conseguenza, se, ai fini della distinzione tra i reati de quibus, alla partecipazione al reato di terzi concorrenti non creditori (abbiano, o meno, posto in essere la condotta tipica) non è possibile attribuire rilievo decisivo, risulta, al contrario, determinante il fatto che i terzi eventualmente concorrenti ad adiuvandum del preteso creditore abbiano, o meno, perseguito (anche o soltanto) un interesse proprio. Ove ciò sia accaduto, i terzi (ed il creditore) risponderanno di concorso in estorsione; in caso contrario, ove cioè i concorrenti nel reato abbiano perseguito proprio e soltanto l’interesse del creditore, nei limiti in cui esso sarebbe stato in astratto giudizialmente tutelabile, tutti risponderanno di concorso in esercizio arbitrario delle proprie ragioni. (...)

14. Vanno conclusivamente enunciati i seguenti principi di diritto: “i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni hanno natura di reato proprio non esclusivo”; “il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all’elemento psicologico, da accertarsi secondo le ordinarie regole probatorie”; “il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone è configurabile nei soli casi in cui questi si limiti ad offrire un contributo alla pretesa del creditore, senza perseguire alcuna diversa ed ulteriore finalità”.

15. Così focalizzata la distinzione tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone ed il reato di estorsione, appare evidente che, diversamente da quanto ritenuto nell’ordinanza di remissione, non residui alcuno spazio per ipotesi di concorso formale, risultando le due fattispecie, proprio in relazione all’elemento psicologico, alternative: nei casi di concorso in estorsione, l’eventuale fine di soddisfazione di un diritto del preteso creditore resta, infatti, assorbito nel concorrente fine di profitto illecito dei terzi concorrenti”.

Nota di Maria Angelini

La sentenza in commento risolve le questioni di diritto richieste con l’ordinanza di remissione n. 50696 del 2019 e, precisamente, di scioglimento sul contrasto giurisprudenziale esistente tra i delitti di cui agli artt. 629 (estorsione) e 393 (esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone) c.p., circoscritto soltanto ai casi “*in cui l’aggressione alla persona è funzionale alla soddisfazione di un diritto tutelabile innanzi all’autorità giudiziale*”.

ria”; di contro, il delitto di estorsione è ravvisabile soltanto nella condotta funzionale al soddisfacimento di pretese sfornite di tutela.

La Suprema Corte di Cassazione, pertanto, si è dovuta esprimere “*se il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone e quello di estorsione si differenzino tra loro in relazione all’elemento oggettivo, in particolare con riferimento al livello di gravità della violenza o della minaccia esercitate, o, invece, in relazione al mero elemento psicologico, e, in tale seconda ipotesi, come debba essere accertato tale elemento*”; e ancora “*se il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni debba essere qualificato come reato proprio esclusivo e, conseguentemente, in quali termini si possa configurare il concorso del terzo non titolare della pretesa giuridicamente tutelabile*”. Quesiti i suddetti che, a fronte di due macro orientamenti, risiedono nella materialità e nell’elemento psicologico dei singoli delitti in questione.

A fronte di questa disamina, il *thema decidendum* della sentenza *de qua*, a diverse riprese, ripercorre l’evoluzione storica e giuridica delle fattispecie criminose richiamate da ultimo, con argomentazione perequativa e sintonica dei precedenti orientamenti assegnati per essi, attraverso un *excursus* giuridico implementato dalla indizione degli elementi soggettivi e oggettivi di reato, tipici e tipicizzanti i suddetti e differenti delitti, adiuvati nella unitaria soluzione espressa dalla Corte, con ancillare addizione argomentativa resa alle singole e rimesse questioni di diritto.

Sotto il profilo dell’elemento psicologico, infatti, i Giudici di Palazzo Cavour, riportano alcune decisioni che valorizzano a titolo di elemento distintivo, soltanto, la direzione della volontà dell’agente alla soddisfazione del credito, altre invece sulle modalità della condotta e, quindi, sull’intensità della violenza e della minaccia rilevanti ai fini della prova sul dolo dell’estorsione; un ulteriore contrasto giurisprudenziale, *ex se* sorto, si è enucleato però sulla configurabilità del concorso di persone nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 c.p.), quale reato annoverato tra i cc.dd. “reati propri esclusivi” o “di mano propria”.

Ordunque, in ragione di quest’ultimo aspetto, la Corte ha affermato che la condotta tipica posta in essere da un terzo estraneo al rapporto obbligatorio, fondato sulla pretesa civilistica asseritamente vantata nei confronti della persona offesa, quale agente su mandato del creditore, non potrà mai integrare il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, ma soltanto una diversa fattispecie. Mentre, nei casi in cui la condotta tipica è posta in essere da chi intende “farsi ragione da sé medesimo”, può configurare il concorso – “per agevolazione” o anche “morale” – dei terzi estranei alla pretesa civilistica vantata dall’agente nei confronti della persona offesa, nell’esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Nella prosecuzione della motivazione in commento, si riporta altresì dei diversi orientamenti intervenuti sulla addotta questione, anche di quella minoritaria che, a tutto voler assolvere in sintesi, si è incentrata sulla individuazione del soggetto attivo nei reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, ritenendo che questi ultimi hanno natura giuridica di reati propri; peraltro, non si è condiviso l’orientamento secondo cui i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni siano inclusivi dei “reati propri esclusivi” o “di mano propria”.

La Suprema Corte di Cassazione pertanto ravvisa la differenza tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione, in relazione all’elemento psicologico. Nel primo, l’agente persegue il conseguimento di un profitto nella convinzione non meramente astratta e arbitraria, ma ragionevole, anche se in concreto infondata, di esercitare un diritto ovvero di soddisfare una pretesa, che potrebbe formare oggetto di azione giudiziaria; nel secondo, invece, l’agente persegue il conseguimento di un profitto nella piena consapevolezza della ingiustizia. Per tale motivazione, “*l’effetto costrittivo*

della condotta estorsiva appare consustanziale proprio alla diversa finalità dell'agente, che mira ad ottenere una prestazione non dovuta, dalla quale l'agente trae profitto ingiusto, e la vittima un danno; diversamente, nell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni la violenza o minaccia mira ad ottenere dal debitore proprio e soltanto la prestazione dovuta, come in astratto giudizialmente esigibile”.

Le argomentazioni offerte in sentenza dai Giudici di Palazzo Cavour, quindi, hanno consentito di enunciare i seguenti principi di diritto: “*i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni hanno natura di reato proprio non esclusivo; oltre ad aver ritenuto che “il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all'elemento psicologico, da accertarsi secondo le ordinarie regole probatorie”;* e, infine, “*il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone è configurabile nei soli casi in cui questi si limiti ad offrire un contributo alla pretesa del creditore, senza perseguire alcuna diversa ed ulteriore finalità”.*

È nullo il decreto che dispone il giudizio emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione del G.U.P.

(Cass. Pen., SS.UU., 23 dicembre 2020, n. 37207)

“1. La questione di diritto per la quale i ricorsi sono stati rimessi alle Sezioni Unite è riassumibile nei termini di seguito indicati: «se, in caso di accoglimento della istanza di ricusazione del g.u.p., il decreto che dispone il giudizio – emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione – conservi o meno efficacia».

2. La decisione di accoglimento della ricusazione non si è pronunciata sull'efficacia del decreto di rinvio a giudizio, la cui validità è stata invece espressamente affermata dalle sentenze di merito sulla base del principio di conservazione degli atti processuali e del duplice riferimento al momento in cui è intervenuta la decisione definitiva del procedimento incidentale (due mesi prima della decisione di primo grado) ed alla natura interlocutoria del decreto, non assimilabile in quanto tale ad una sentenza.

3.1.1. In relazione all'ambito di applicazione del principio secondo cui gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato devono considerarsi inefficaci in assenza di una espressa dichiarazione che ne conservi l'efficacia nel provvedimento che accoglie la relativa dichiarazione di astensione o di ricusazione, si sono formati due diversi orientamenti giurisprudenziali.

Un primo indirizzo interpretativo ritiene che l'enunciato normativo dell'art. 42, comma 2, cit. è riferibile esclusivamente agli atti giurisdizionali aventi natura probatoria, rimanendo invece dotati di efficacia – pure in mancanza di una espressa indicazione – altri atti parimenti emessi dal giudice la cui ricusazione sia stata in seguito accolta (Sez. 5, n. 34811 del 15/06/2016, Lo Giudice, Rv. 267742; [...]). (...)

3.1.2. Un diverso orientamento, di contro, ritiene che, nell'ipotesi dell'assenza di una espressa dichiarazione di conservazione dell'efficacia degli atti nel provvedimento di accoglimento della dichiarazione di astensione o di ricusazione, tutti gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato debbono considerarsi inefficaci, senza distinzioni basate sulla loro natura e connotazione funzionale. (...).

3.2. Con tale ultima decisione [Sez. U, n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi], in particolare, le Sezioni Unite hanno inquadrato sul piano dogmatico la natura del vizio che scaturisce dalla violazione dei divieti stabiliti dal legislatore in materia di ricusazione (art. 37, comma 2 e art. 42, comma 1, cit.), (...) stabilendo il principio secondo cui la violazione del divieto, posto dall'art. 42, comma 1, cit., per il giudice la cui ricusazione sia stata accolta, di compiere alcun atto del procedimento «comporta rispettivamente la nullità, ex art. 178 c.p.p., lett. a) delle decisioni ciononostante pronunciate e l'inefficacia di ogni altra attività processuale, mentre la violazione del divieto, ex art. 37 c.p.p., comma 2, per il giudice ricusato, di pronunciare sentenza, comporta la nullità di quest'ultima solo ove la ricusazione sia successivamente accolta, e non anche quando la ricusazione sia rigettata o dichiarata inammissibile» (Sez. U, n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi, Rv. 249734).

4. Muovendo dal quadro di principi stabiliti con la sentenza Tanzi, la questione rimessa alle Sezioni Unite è agevolmente risolvibile, ove si consideri che nel modello tipico di atto processuale cui il legislatore ha dato veste formale con il decreto che dispone il giudizio – emesso nel caso di specie da un giudice il cui difetto di imparzialità è stato accertato solo all’esito del giudizio di rinvio, quando il processo principale era in fase di avanzata trattazione – sono senza dubbio ravvisabili i connotati strutturali e funzionali propri di un atto del procedimento che «definisce la regiudicanda cui la dichiarazione di ricusazione si riferisce»

5. Logico corollario di tale ricostruzione del sistema normativo è il riconoscimento della piena idoneità del decreto che dispone il giudizio a “pregiudicare” la fase processuale sulla quale esso si innesta (...).

5.1. Assumendo quale canone di riferimento ermeneutico l’insieme dei principi delineati nella sentenza Tanzi emerge con evidenza che l’accoglimento definitivo dell’istanza di ricusazione rende il decreto pronunciato dal giudice *suspectus* affetto da nullità assoluta *ex art. 178, comma 1, lett. a), cit.*, rilevabile, anche officiosamente, in ogni stato e grado di giudizio, per difetto di potere giurisdizionale rispetto allo specifico giudizio in cui “quel” giudice si è pronunciato, senza che possano rilevare, in questa prospettiva, i possibili “effetti conclusi” o “esauriti” dell’atto all’interno della fase in cui è stato pronunciato e senza che possa profilarsi, al riguardo, una sorta di “sanatoria di rito” per l’avvenuto transito nella fase dibattimentale. Il decreto che dispone il giudizio definisce la regiudicanda propria di quella fase processuale e consuma in maniera definitiva ed irreversibile il potere decisorio che il giudice è chiamato ad esercitarvi, a nulla rilevando, sotto tale profilo, che la regiudicanda sia “trasferita” dinanzi ad altro organo giurisdizionale, cui l’ordinamento attribuisce – con presupposti, forme ed oggetto diversi – altro potere decisorio su di essa. In altri termini, non è tanto nel carattere valutativo del decreto che deve rilevarsi l’elemento di piena assimilazione, quanto invece nel profilo della irretrattabilità decisoria del provvedimento rispetto al segmento processuale che esso definitivamente conclude (...).

5.2. Dal complesso delle su esposte considerazioni discendono logicamente, a mò di corollario, due conclusioni: a) che il divieto per il giudice ricusato di pronunciare sentenza ai sensi dell’art. 37 c.p.p., comma 2, è riferibile anche al decreto che dispone il giudizio ed opera sino alla pronuncia di inammissibilità o di rigetto, anche non definitiva, dell’organo competente a decidere sulla ricusazione; b) che nell’ipotesi in cui il decreto che dispone il giudizio sia successivamente emesso dal giudice ricusato, lo stesso sarà affetto da nullità qualora la pronuncia di inammissibilità o di rigetto della dichiarazione di ricusazione sia annullata dalla Corte di cassazione e il difetto di imparzialità accertato dalla stessa Corte o nell’eventuale giudizio di rinvio.

7. In conclusione, la questione posta dall’ordinanza di rimessione va risolta enunciando il seguente principio di diritto: «In caso di accoglimento della istanza di ricusazione del giudice dell’udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio – emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione – non conserva efficacia ed è affetto da nullità ai sensi dell’art. 178 c.p.p., comma 1, lett. a)».

Nota di Leonardo Luca Pastore

Nel Medio Evo vi sarebbe stato un banditore ad annunziarlo: Udite udite, anche secondo la Corte Suprema di Cassazione il decreto che dispone il giudizio è un “atto di tipo valutativo e

decisorio [...] con una connotazione funzionale assimilabile alla sentenza per la sua vocazione definitiva della regiudicanda preliminare all'instaurazione del dibattimento". Per il processualista penale, simile affermazione suonerebbe come verità prossima all'ovvietà, se soltanto le SS.UU. non avessero tratto da queste premesse un certo derivato. Invero, sull'assunto dianzi esposto si regge, distillando al massimo, il principio di diritto enucleato dai giudici del Palazzaccio. Procediamo con ordine: *da mihi factum dabo tibi ius*. Il 14 dic. 2015 veniva proposta istanza di ricusazione ex art. 37 c. 1 lett. b) nei confronti del G.u.p. del Tribunale di Catania. Frattanto l'iter principale marciava, nessun provvedimento sospensivo essendo stato all'uopo emanato. Il 17 dic. 2015, la Corte d'Appello di Caltanissetta dichiarava l'istanza inammissibile. Successivamente, il G.u.p., l'8 feb. 2016, disponeva il giudizio. Avverso l'ordinanza d'inammissibilità si ricorreva per cassazione, ottenendosi l'annullamento con rinvio il 15 set. 2016. Nel giudizio restitutorio, il 29 nov. 2016, la Corte d'Appello dichiarava ancora una volta l'*absolutio ab instantia*. Il 4 luglio 2017, tale seconda ordinanza veniva d'acapo annullata. Nuovamente investita, la Corte nissena, il 28 sett. 2017, accoglieva l'istanza senza dichiarare alcunché in ordine alla sorte degli atti compiuti dal (o innanzi al) *iudex suspectus*, come vorrebbe l'art. 42 c. 2 c.p.p. Eppure il silenzio non sarà destinato a pesare. Chiara la *quaestio iuris*: "se, in caso di accoglimento della istanza di ricusazione del g.u.p., il decreto che dispone il giudizio – emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione – conservi o meno efficacia". Adito il giudice di legittimità, la Sezione I, non coordinandole con le affermazioni della sentenza n. 23122 del 27 gen. 2011 (ric. Tanzi), registrava le incertezze interpretative sviluppatasi attorno agli approdi delle SS.UU. n. 13626 del 16 dic. 2010 (ric. Digiacomantonio). Vediamoli in sintesi: in mancanza d'espressa dichiarazione conservativa ex art 42 c. 2 c.p.p., contenuta nel provvedimento che accoglie l'istanza di ricusa, gli atti compiuti in precedenza dallo *iudex suspectus* devono considerarsi inefficaci. Così, per un primo filone, il principio affermato dalla sentenza Digiacomantonio sarebbe stato applicabile solo agli atti di raccolta della prova. Intuibile il precipitato: atti di diversa natura (*i.e.* interlocutori) si sarebbero dovuti ritenere sempre efficaci, pur in assenza della suddetta dichiarazione. Per un secondo orientamento, in mancanza della dichiarazione salvifica, tutti gli atti compiuti in precedenza dal (o innanzi al) giudice la cui ricusazione fosse stata successivamente accolta si sarebbero dovuti considerare inefficaci, dando così piena attuazione al principio d'imparzialità, consacrato nell'art. 111 Cost. Inutile aggiungere che l'assenza nella decisione della Corte d'Appello nissena di qualsivoglia indicazione circa le sorti del decreto introduttivo rendeva rilevante il contrasto giurisprudenziale, non potendosi titubare sulla natura non probatoria del provvedimento ex art. 429 c.p.p. Ora, secondo le SS.UU. la soluzione della *quaestio iuris* presuppone la corretta individuazione dei rapporti intercorrenti tra l'art. 37 c. 2 e l'art. 42 c. 1 c.p.p., nonché l'individuazione della sanzione ricollegabile alle violazioni dei precetti. Sul tema è intervenuta la sentenza Tanzi insegnando che: «il divieto [...] di pronunciare sentenza ex art. 37 comma secondo, cod. proc. pen., opera sino alla pronuncia di inammissibilità o di rigetto, anche non definitiva, dell'organo competente a decidere sulla ricusazione, essendo, tuttavia, la successiva decisione del giudice ricusato, affetta da nullità qualora la pronuncia di inammissibilità o di rigetto sia annullata dalla Corte di cassazione...»; non solo: «rientra, nell'ambito del divieto [...] di pronunciare sentenza [...] ogni provvedimento [...] idoneo a definire la regiudicanda cui la dichiarazione di ricusazione si riferisce». Sulla scorta di queste premesse, la violazione del divieto ex art. 42 c. 1 c.p.p.: «comporta rispettivamente la nullità, ex art. 178, lett. a) c.p.p., delle decisioni ciononostante pronunciate e l'inefficacia di ogni altra attività processuale, mentre la violazione del divieto, ex art. 37, co. 2, c.p.p. per il giudice ricusato, di pronunciare sentenza, comporta la nullità di quest'ultima solo ove la ricusazione sia successivamente accolta, e non anche quando la ricu-

sazione sia rigettata o dichiarata inammissibile». L'intelligenza delle SS.UU. sta nell'aver chiarito gli effetti ingenerati dall'accoglimento dell'istanza di ricusa sulle sorti del decreto che dispone il giudizio: a rilevare non è già la dicotomia tra atto probatorio e interlocutorio, sibbene il carattere della *decisorietà*. Difatti, il decreto introduttivo lungi dall'imprimere il mero avanzamento di fase è provvedimento atto a definirla, col quale s'adotta una delle due alternative decisorie *ex art. 424 c.p.p.* Detto altrimenti: l'adozione del decreto *de quo* consuma irreversibilmente il potere valutativo e decisorio del G.u.p. Da quanto ripercorso, le SS.UU. derivano due corollari: se da un lato, il divieto di pronunciar sentenza *ex art. 37 c. 2 c.p.p.* interessa anche il decreto dispositivo del giudizio e opera finché sopraggiunga il rigetto o la declaratoria d'inammissibilità, dall'altro, “[i]n caso d'accoglimento dell'istanza di ricasazione [e solo in tal caso!] del giudice dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio – emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricasazione – non conserva efficacia ed è affetto da nullità ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen.”, così estendendosi il modello della nullità *secundum eventum*, già enucleato nella sentenza Tanzi, al provvedimento *ex art. 429 c.p.p.*

SEZIONI SEMPLICI

Nuove coordinate ermeneutiche a proposito della cessione di immagini pedopornografiche autoprodotte

(Cass. Pen., Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 5522)

“3. (...) [I]l primo problema di diritto (...) è relativo all’interpretazione dell’art. 600-ter c.p., comma 4, in rapporto all’art. 600-ter c.p., comma 1: se la condotta di chi entri abusivamente nella disponibilità di foto pornografiche autoprodotte dal minore e presenti nel suo telefono cellulare, ne effettui la riproduzione fotografica e le offra o le ceda successivamente a terzi senza autorizzazione, integri o meno l’ipotesi delittuosa per cui è intervenuta la condanna. (...)”

4. Il caso in esame è emblematico dell’assenza di una stabilizzazione delle interpretazioni in materia.

4.1. Il punto di partenza del ragionamento è costituito dalla sentenza di questa Sezione n. 11675 del 18/02/2016 (...), secondo la quale, ai fini della configurabilità del delitto dell’art. 600-ter c.p., è necessario che il produttore del materiale sia persona diversa dal minore raffigurato, in quanto, nel diverso caso dell’autoproduzione difetterebbe l’elemento costitutivo dell’utilizzo del minore da parte di un soggetto terzo. (...)

4.4. Nella sentenza del 2016 i Giudici di legittimità hanno affermato che il medesimo percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite “impone – quale presupposto logico prima ancora che giuridico –, che l’autore della condotta sia soggetto altro e diverso rispetto al minore da lui (prima sfruttato, oggi) utilizzato, indipendentemente dal fine – di lucro o meno – che lo anima e dall’eventuale consenso, del tutto irrilevante, che il minore stesso possa aver prestato all’altrui produzione del materiale o realizzazione degli spettacoli pornografici; alterità e diversità che, quindi, non potranno ravvisarsi qualora il materiale medesimo sia realizzato dallo stesso minore – in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto –, ostando a ciò la lettera e la ratio della disposizione come richiamata, sì che la fattispecie di cui all’art. 600-ter, comma 1, in esame non potrà essere configurata per difetto di un elemento costitutivo”. (...)

4.5. Tale decisione non ha trovato riscontri unanimi in dottrina.

Se da un lato è stata apprezzata l’interpretazione restrittiva in scrupolosa aderenza al testo letterale, dall’altro è stata lamentata l’assenza di una riflessione approfondita sulla rilevanza del consenso del minore nella produzione e successiva divulgazione del materiale pornografico ed è stato evidenziato il vuoto di tutela del sexting, neologismo inglese coniato a metà degli anni 2000, che individua la pratica di diffusione, attraverso dispositivi elettronici, principalmente il cellulare, di testi e/o immagini sessualmente espliciti.

È stato più in dettaglio osservato che il sexting determina, rispetto alla produzione “tradizionale” della pedopornografia, un’inversione della strumentalizzazione del minore, che si sposta dal momento della produzione al momento della diffusione, con la conseguenza che l’interprete non deve valutare se il minore sia stato o meno utilizzato, ma deve concentrarsi sulle caratteristiche delle immagini e sulla tipicità delle condotte che assumono significato criminoso in sé, senza indagare sull’origine dell’immagine. Se la ratio della norma è quella di

garantire una tutela omnicomprensiva del minore, attraverso l'incriminazione di qualsiasi condotta connessa alle immagini pedopornografiche, si deve prendere atto che le condotte disciplinate dai commi successivi al primo sono temporalmente e materialmente distanti dal primo fatto di utilizzazione e non presuppongono necessariamente l'accertamento dell'alterità. (...)

È stato altresì ritenuto che la sostituzione del termine “sfruttamento” con quello di “utilizzazione” fosse sintomatica di un allentamento dello stretto collegamento tra le varie condotte dell'art. 600-ter c.p., soprattutto qualora si fosse attribuito al nuovo termine il significato neutro di “impiego” del minore. In altri termini, se l'utilizzazione indicava la strumentalizzazione o reificazione del minore, allora restava intatto il forte disvalore della condotta di produzione che doveva permeare tutte le fattispecie successive; se, invece, le si conferiva il semplice significato di impiego, allora non poteva arricchire il significato delle condotte successive e non ne condizionava la sussistenza. (...)

6.1. Tuttavia, proprio la singolare vicenda processuale in esame, riletta alla luce della successiva sentenza a Sezioni Unite n. 51815 del 31/05/2018 (...), impone un generale ripensamento dell'orientamento di questa Sezione espresso nelle citate sentenze del 2016 e 2017. (...)

9. Ritiene il Collegio che, alla luce delle considerazioni delle Sezioni Unite nel 2018, che a) hanno definitivamente espunto il requisito del pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto, utilizzando i minori di anni diciotto, dal reato dell'art. 600-ter c.p., b) hanno affermato l'unitarietà della nozione di materiale pornografico quale indicata nell'ultimo comma della norma in esame, e c) hanno ritenuta lecita la pornografia domestica minorile, debba rivedersi l'orientamento di questa Sezione espresso nelle due sentenze del 2016 e 2017. (...)

9.2. Ai fini dell'applicazione dell'art. 600-ter c.p., mentre in alcune limitate ipotesi è richiesta la eteroproduzione del materiale pedopornografico, in altre no. E non vi è nessun ragionevole motivo per escludere la tutela di tutte quelle condotte, specificamente descritte dal legislatore, che ledano la dignità del minore e ne impediscano il suo armonioso sviluppo morale.

Ne consegue che i commi 2, 3 e 4, nel riferirsi al materiale pornografico di cui al comma 1, non richiamano l'intera condotta delittuosa del comma 1, ma si riferiscono all'oggetto materiale del reato, evocando l'elemento sul quale incide la condotta criminosa e che forma la materia su cui cade l'attività fisica del reo: il materiale pedopornografico prodotto e non il reato di produzione del materiale pedopornografico.

Ai fini dell'incriminazione e, quindi, del fatto tipizzato nel comma 4 dell'art. 600-ter c.p., non rileva la modalità della produzione, auto o eteroproduzione. Tale approdo è confermato dall'inserimento nell'art. 600-ter del comma 7, che ha introdotto la nozione di pornografia minorile a beneficio di tutte le fattispecie contemplate dalla norma. (...)

Nota di Pierpaolo Schiattone

Giungendo ad affermare che *“il reato di cessione, con qualsiasi mezzo, anche telematico, di materiale pedo-pornografico, previsto dall'art. 600-ter, comma 4, c.p., è configurabile anche nel caso in cui detto materiale sia stato realizzato dallo stesso minore (fattispecie in cui l'agente, entrato abusivamente nella disponibilità di foto pornografiche auto-prodotte dal*

minore ritratto, ne aveva effettuato una copia, inviandola poi a terzi)”, la III Sezione della Suprema Corte ha consolidato un orientamento che prende le mosse dalla precedente svolta dalle Sezioni Unite n. 51815/2018, sovvertendo i precedenti arresti giurisprudenziali della medesima Sezione con le sentenze nn. 1165/2016 e 34357/2017.

La questione richiede la necessaria esegesi del combinato disposto dei commi 1, 3 e 4 dell’art. 600-ter c.p., collocandosi, peraltro, sullo sfondo dell’inarrestabile sviluppo delle nuove tecnologie di comunicazione in concomitanza alla sempre più ampia platea degli utenti delle stesse, nell’opportunità ed esigenza che l’ordinamento possa adeguarsi o evolversi di pari passo al fine di tutelare il bene giuridico contenuto nella struttura delle norme incriminatrici in argomento.

Proprio nel contesto rivolto a tutelare la libertà di sviluppo ed espressione della propria sfera sessuale rispetto ai minori di anni diciotto, la pronuncia in commento, superando un’interpretazione restrittiva dell’art. 600-ter c.p., è particolarmente significativa, in primo luogo, nella parte in cui compie una disamina dello stato dell’arte sul piano normativo e giurisprudenziale rispetto al fenomeno della pornografia minorile, transitando anche attraverso gli impulsi di matrice comunitaria che hanno portato al testo normativo vigente (Decisione Quadro 2004/68/GAI del Consiglio e la Direttiva 2011/93/UE) e le indicazioni internazionali provenienti, in particolare, dal Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti dei bambini, ratificato nel 2002, e la Convenzione del Consiglio d’Europa di “Lanzarote” sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, ratificata nel 2012.

Invero, già le Sezioni Unite citate avevano individuato la soglia del penalmente rilevante nel requisito dell’utilizzazione del materiale prodotto, ritenendola esclusa nel momento in cui le immagini o video che avessero per oggetto la vita privata sessuale nell’ambito di un rapporto non caratterizzato da condizionamenti derivati dalla posizione dell’autore, ma fossero frutto di una libera scelta –come avviene, ad esempio, nell’ambito di relazione paritaria tra minorenni ultraquattordicenni– e fossero destinate ad un uso strettamente privato. Cosicché, rivedendo proprio l’orientamento delle citate pronunce del 2016 e 2017, che, tra l’altro, avevano ritenuto non punibile la condotta di chi avesse divulgato materiale pedopornografico autoprodotta (*selfie*) dalla presunta vittima dello stesso, la sentenza n. 5522 del 12/02/2020 ha affermato che, ai fini della riconducibilità di una condotta nell’ambito del IV comma dell’art. 600-ter c.p., non riveste alcun valore la modalità di produzione del materiale pedopornografico, poiché rientra nella norma incriminatrice ogni condotta che leda la dignità del minore o ne impedisca il suo armonioso sviluppo morale, essendo necessario e sufficiente che oggetto dell’offerta o della cessione sia il materiale pedopornografico realizzato o prodotto, e non il reato di produzione pornografica.

Tutto ciò accordandosi in maniera coerente con la definizione stessa di «pornografia minorile», introdotta dal 2012 nel III comma dell’art. 600-ter e che, in precedenza, aveva risentito di un’interpretazione più restrittiva, e senza sconfinare in *overruling in malam partem*, anche perché, sulla scorta degli indirizzi della Corte Costituzionale e della Corte EDU (tra cui G. Camera 21/10/2013, Del Rio Prada c/ Spagna e Sezione 3, 17/10/2017, Navalnyye c/Russia), il principio di legalità e quello del giusto processo risultano essere violati allorché il dato normativo non risponda a criteri di chiarezza e conoscibilità.

Il definitivo superamento del precedente indirizzo si incentra, dunque, proprio sul richiamo al dato normativo nello sforzo di colmare il vuoto di tutela in relazione alla diffusione illecita di materiali autoprodotti anche al fine dello scambio consensuale con altri soggetti (“*sexting*”), che richiede l’individuazione del momento di strumentalizzazione del minore; rispetto ai casi di pedopornografia tradizionalmente intesi, esso si sposta dal momento della (auto)produzione a quello dell’eventuale diffusione non consensuale del materiale.

Va, dunque, apprezzato lo sforzo della sentenza in commento di porre rimedio ad un significativo vuoto di tutela relativamente alla diffusione illecita di immagini o video intimi auto-scattati dalla persona offesa, al punto che la stessa III Sezione della Corte, prima dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p. ("*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*") con la Legge 19/07/2019, n. 69, non aveva ricondotto le condotte in oggetto alle fattispecie di contrasto alla pedopornografia, invocando, al limite, le fattispecie di trattamento illecito di dati personali o l'accesso abusivo ad un sistema informatico, comunque incentrate sulla tutela di differenti beni giuridici.

Ad ogni modo, il notevole sforzo interpretativo compiuto con questa sentenza dalla Suprema Corte rende anche evidente la necessità di una ulteriore scelta in chiave politico-criminale a livello di normazione, nella prospettiva di un quadro normativo che si possa presentare completo, coordinato e volto alla tutela del bene giuridico in oggetto e, al contempo, dissuasivo rispetto a tali condotte anche sotto il profilo sanzionatorio, contribuendo, non da ultimo, a chiarire il rapporto tra l'art. 600-ter e l'art. 612-ter c.p., introdotto successivamente alla vicenda che è giunta all'attenzione del Supremo Collegio nella sentenza in commento.

Esercizio arbitrario delle proprie ragioni: incompatibile la scriminante dell'esercizio di un diritto

(Cass. Pen., Sez. VI, 17 febbraio 2020, n. 6226)

“3. (...) Deve rilevarsi che la Corte distrettuale ha correttamente preso in esame e disatteso le su esposte obiezioni difensive, uniformandosi ai principii al riguardo stabiliti da questa Suprema Corte (Sez. 6, n. 25262 del 21/02/2017, S., Rv. 270484), secondo cui in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, non è applicabile la scriminante dell'esercizio del diritto in quanto la convinzione di esercitarlo costituisce essa stessa elemento costitutivo del delitto.

È infatti irrilevante l'effettiva esistenza o la mera apparenza del diritto medesimo, tale da far credere all'agente di buona fede di poterla legittimamente realizzare, poiché il delitto de quo si consuma quando il preteso diritto viene fatto valere in modo antigiuridico (Sez. 3, n. 3966 del 21/09/2018, dep. 2019, Giardina, Rv. 275689).

Privo di fondamento, dunque, deve ritenersi l'assunto basato sul presupposto secondo cui il convincimento dell'imputato di agire legittimamente nell'esercizio del suo diritto di tutelare il possesso di un passaggio da anni esercitato varrebbe ad escludere la sussistenza dell'elemento psicologico del reato contestato.

Giova rammentare, sul punto, che il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni richiede, oltre il dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà di farsi ragione da sé pur potendo ricorrere al giudice, anche quello specifico, rappresentato dall'intento di esercitare un preteso diritto nel ragionevole convincimento della sua legittimità. Il dolo del reato in esame, però, non può essere confuso con la buona fede circa l'opinata sussistenza del preteso diritto esercitato: buona fede che, lungi dall'essere inconciliabile con il dolo, costituisce un presupposto necessario della fattispecie incriminatrice in esame. Nella stessa struttura dell'art. 392 c.p., infatti, è insita la «pretesa di esercitare un diritto», con l'effetto che la sussistenza di una tale finalità, accompagnata dalla convinzione dell'agente, fondata o putativa, di vantare un diritto, costituisce elemento essenziale del reato e non causa di esclusione del dolo: è evidente, invero, che, ove l'agente avesse la coscienza dell'ingiustizia della sua pretesa (fosse cioè in mala fede quanto a quest'ultima), non agirebbe per fare ragione a sé medesimo, bensì per rendere torto ad altri, ciò che integrerebbe pertanto un diverso e più grave titolo criminoso (cfr. Sez. 6, n. 13115 del 6 febbraio 2001, Scalise, 218202; Sez. 6, n. 41368 del 28/10/2010, Giustozzi, Rv. 248715).

Sotto altro, ma connesso profilo, corretta deve ritenersi l'argomentazione dalla Corte distrettuale impiegata nel rilevare che lo spazio dall'ordinamento riconosciuto per l'esercizio dell'autotutela privata è di stretta interpretazione, sì da rappresentare una risorsa utilmente spendibile nella sola immediatezza dell'azione, per non vedere irrimediabilmente sacrificate le proprie ragioni. Entro tale prospettiva, infatti, questa Suprema Corte ha insegnato che l'autoreintegrazione nel possesso di una cosa, della quale taluno venga spogliato clandestinamente o con violenza, opera come causa speciale di giustificazione solo quando sia impossibile il ricorso al giudice e sussista la necessità impellente di ripristinare il possesso perduto, al

fine di evitare il consolidamento della nuova situazione possessoria (Sez. 6, n. 10602 del 10/02/2010, Costanzo, Rv. 246409 Sez. 6, n. 2548 del 08/01/2010, Giommetti, Rv. 24585).

Può dunque escludersi il delitto nella sola ipotesi di esercizio arbitrario delle proprie ragioni da parte di colui che usi violenza sulle cose al fine di difendere il diritto di possesso in presenza di un atto di spoglio, sempre che l'azione reattiva avvenga nell'immediatezza di quella lesiva del diritto”.

Nota di Marina Albisinni

La Suprema Corte di Cassazione ha affrontato la questione giuridica concernente l'operatività dell'autoreintegrazione nel possesso, quale causa speciale di giustificazione, con riguardo al reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni di cui all'art. 392 c.p.

La vicenda da cui prende avvio la questione sottoposta all'attenzione dei giudici di legittimità si concentra sulla condotta di N.M., il quale è stato condannato per aver danneggiato un muro edificato su un'area di proprietà di C.B., al fine di esercitare un preteso diritto di passaggio, per poter accedere ad una stradella pedonale, che da molto tempo gli permetteva di raggiungere più agevolmente la sua abitazione. A fronte di ciò, il giudice di prime cure decideva di assolvere N.M. dal reato di cui all'art. 392 c.p. perché il fatto non costituisce reato, in quanto ritenuto posto in essere nell'esercizio del diritto. Di diverso avviso, la Corte di Appello riformava la sentenza di primo grado, disponendo la condanna al risarcimento dei danni nei confronti della parte civile.

In particolare, la sentenza impugnata evidenziava taluni rilevanti aspetti fattuali, quali ad esempio: la possibilità per l'imputato di raggiungere ugualmente la sua abitazione nonostante la presenza del muro; la circostanza per cui l'imputato, resosi conto dello svolgimento di lavori manutentivi sul muro di cinta, avrebbe potuto prontamente rivolgersi alla proprietaria del fondo, al fine di trovare un accordo ovvero, in caso contrario, esperire gli strumenti previsti dall'ordinamento al fine ottenere giustizia.

Orbene, la difesa di N.M. decideva di impugnare la sentenza, con ricorso per Cassazione, sulla base di plurime violazioni di legge e altrettanti vizi di motivazione, in relazione all'accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità penale; in particolare, rilevava come l'azione realizzata nell'immediatezza dall'imputato, consistente nell'aver demolito una parte del muro di cinta, si sarebbe resa necessaria al fine di impedire la perdita del possesso, a fronte dell'atto di spoglio posto in essere ai suoi danni.

La Suprema Corte, nel valutare il ricorso proposto dalla difesa di N.M., ha condiviso le motivazioni per cui i giudici di appello hanno provveduto a riformare la pronuncia di primo grado, ponendo in luce il principio secondo cui “in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, non è applicabile la scriminante dell'esercizio del diritto in quanto la convinzione di esercitarlo costituisce essa stessa elemento costitutivo del delitto”.

Ulteriormente, la sentenza in esame si è soffermata sull'analisi della fattispecie di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, di cui all'art. 392 c.p., affermando che la consumazione del delitto *de quo* avviene allorquando taluno faccia valere il preteso diritto in modo antiggiuridico.

Con riguardo all'elemento psicologico richiesto dal reato in esame, la Suprema Corte ha ribadito la necessità che sussista il dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà di farsi ragione autonomamente, insieme al dolo specifico, rappresentato dal fine particolare cui tende

l'azione posta in essere, ossia quello di agire a tutela di un preteso diritto nel convincimento della sua legittimità.

La motivazione della pronuncia si sofferma altresì sulla distinzione intercorrente tra l'elemento psicologico richiesto e la buona fede dell'agente, quale elemento costitutivo del reato, inquadrabile nella ritenuta sussistenza del preteso diritto esercitato. Invero, esclusa l'incompatibilità tra il dolo e la buona fede, si sottolinea la necessaria coesistenza ai fini dell'integrazione del reato; ciò in quanto, mentre il dolo attiene al mezzo impiegato al fine di tutelare la propria pretesa, la buona fede si riferisce alla consapevolezza del soggetto agente circa la liceità della pretesa fatta valere.

Diversamente, allorché il soggetto agente sia consapevole dell'ingiustizia della propria condotta, la sua azione avrebbe quale fine solo quello di danneggiare gli altri e non anche di farsi giustizia da sé a fronte di un torto subito, giungendo così ad integrare un diverso e più grave reato.

Orbene, volgendo lo sguardo alla questione concernente la configurabilità dell'auto-reintegrazione nel possesso, quale causa speciale di giustificazione, la Suprema Corte ha riaffermato il principio di diritto secondo cui "l'auto-reintegrazione nel possesso di una cosa, della quale taluno venga spogliato clandestinamente o con violenza, opera come causa speciale di giustificazione solo quando sia impossibile il ricorso al giudice e sussista la necessità impellente di ripristinare il possesso perduto, al fine di evitare il consolidamento della nuova situazione possessoria".

In particolare dunque si esclude la sussistenza del delitto in esame allorché la condotta di violenza sulle cose si realizzi nell'immediatezza al fine di difendere il diritto di possesso a fronte di un atto di spoglio, e non risulti possibile ricorrere agli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico per ottenere giustizia, quale ad esempio l'azione dinnanzi al Giudice Civile.

Sicché, la suddetta causa speciale di giustificazione richiede due requisiti: l'immediatezza dell'azione reintegrativa in difesa del possesso, al fine di evitare il consolidamento di una nuova situazione possessoria; la proporzionalità della reazione rispetto all'azione di spoglio realizzata per mano di terzi.

Tutto ciò premesso, la Suprema Corte, nell'affermare l'infondatezza delle censure sollevate dalla difesa di N.M. a riguardo delle ragioni poste a fondamento del giudizio di responsabilità, ha ritenuto la motivazione della pronuncia impugnata immune da qualsivoglia vizio di contraddittorietà ovvero di illogicità e per tali ragioni ha deciso per il rigetto del ricorso con condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Punti fermi in materia di interruzione del nesso causale nell'ambito della responsabilità del datore di lavoro per infortunio del lavoratore

(Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 8164)

“5. [N]ell'ambito della sicurezza sul lavoro emerge la centralità del concetto di rischio, in un contesto preposto a governare ed evitare i pericoli connessi al fatto che l'uomo si inserisce in un apparato disseminato di insidie.

Rispetto ad ogni area di rischio esistono distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare; il “garante è il soggetto che gestisce il rischio” e, quindi, colui al quale deve essere imputato, sul piano oggettivo, l'illecito, qualora l'evento si sia prodotto nell'ambito della sua sfera gestoria.

Proprio nell'ambito in parola (quello della sicurezza sul lavoro) il D.Lgs. n. 81 del 2008 (così come la precedente normativa in esso trasfusa) consente di individuare la genesi e la conformazione della posizione di garanzia, e, conseguentemente, la responsabilità gestoria che, in ipotesi di condotte colpose, può fondare la responsabilità penale.

Nel caso che occupa l'imputata (quale soggetto onerato della “posizione di garanzia” nella materia prevenzionale, come spiegato dai Giudici del merito) era il gestore del rischio e l'evento si è verificato nell'alveo della sua sfera gestoria (cfr. Sez. Un., n. 38343 del 24/04/2014, Rv. 261108).

La eventuale ed ipotetica condotta abnorme del [lavoratore] non può considerarsi interruttiva del nesso di condizionamento poiché essa non si è collocata al di fuori dell'area di rischio definita dalla lavorazione in corso. In altri termini la complessiva condotta del [lavoratore] non fu eccentrica rispetto al rischio lavorativo che il garante (la ricorrente) era chiamato a governare (cfr. Sez. Un., n. 38343 del 24/04/2014, cit.); nella condotta del [lavoratore] non si possono, in vero, riscontrare i requisiti di eccezionalità ed imprevedibilità poiché trattasi di manovra realizzata nel contesto della lavorazione cui lo stesso era addetto e finalizzata (sia pure imprudentemente) ad aggirare gli ostacoli alla prosecuzione del ciclo lavorativo.

Più esattamente, in tema di prevenzione antinfortunistica, perché la condotta colposa del lavoratore possa ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo, è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia (...) (cfr. Sez. 4, n. 15124 del 13/12/2016 Ud. – dep. 27/03/2017 – Rv. 269603). Anche recentemente, questa stessa Sezione ha avuto modo di affermare che, in tema di prevenzione antinfortunistica, perché la condotta colposa del lavoratore faccia venir meno la responsabilità del datore di lavoro, occorre un vero e proprio contegno abnorme del lavoratore medesimo, configurabile come un fatto assolutamente eccezionale e del tutto al di fuori della normale prevedibilità, quale non può considerarsi la condotta che si discosti fisiologicamente dal virtuale ideale (cfr. Sez. 4, n. 7188 del 10/01/2018 Ud. –dep. 14/02/2018– Rv. 272222 [...]).

5.1. Correttamente, quindi, la Corte territoriale ha motivato la propria decisione, evidenziando, tra l'altro, che «dagli accertamenti esperiti (...) emerge che all'epoca dell'infortunio

era stato messo a disposizione del lavoratore un sistema di trasporto a rulli non idoneo in quanto presentava una zona pericolosa che era accessibile. Peraltro (...) i tecnici accertavano che il datore di lavoro, successivamente all'infortunio, aveva già proceduto a segregare la zona pericolosa con una specifica barriera. Veniva quindi riscontrata l'avvenuta violazione dell'art. 71 comma 1 del D.Lgs. 81/2008 e contestualmente la già avvenuta regolarizzazione della situazione mediante installazione di un riparo metallico. (...) [E]merge poi anche che il lavoratore infortunato aveva ricevuto solo una formazione generica e non già una formazione specifica con riguardo ai rischi connessi alla manovra e al funzionamento del macchinario in questione. Emerge altresì che i rischi connessi a tali manovre non erano stati nemmeno espressamente contemplati nel relativo documento di valutazione con particolare riguardo a possibili interventi da eseguirsi in occasione di guasti o di eventi anomali (...). È stata quindi accertata in capo al datore di lavoro la violazione del disposto dell'art. 28 e dell'art. 37 D.Lgs. 81/2008.». Hai poi precisato che «la fuoriuscita dei cinghiali era un evento che si verificava con una certa frequenza, noto al datore di lavoro. Pertanto (...) un'eventuale condotta negligente o imprudente del lavoratore nell'ambito dell'espletamento delle proprie mansioni era evento normalmente prevedibile da parte del datore di lavoro». (...)"

Nota di Luca Napolitano

Con la sentenza in commento, la IV sez. della Suprema Corte di Cassazione è chiamata a pronunciarsi sulla impervia materia della sicurezza sul lavoro, con particolare riferimento ai contenuti del debito di sicurezza gravante sulla figura datoriale ed alla sua gestione del rischio – in quanto garante *ex art. 40 cpv. c.p.* – di infortuni dei lavoratori.

La fattispecie si presta a riflessioni in punto di *causalità materiale*, nella specie *omissiva*, e di *causalità della colpa*.

La prima mira a verificare che la condotta sia condizione necessaria e sufficiente dell'evento (*teoria condizionalistica*, art. 40 c.p.), la seconda ad accertare che l'evento costituisca la concretizzazione proprio del rischio che la regola cautelare violata intende prevenire.

Nelle ipotesi di fattispecie omissive colpose, però, di tale duplice momento valutativo (*causalità materiale e causalità della colpa*) è difficile – impossibile secondo taluni – coglierne la reciproca alterità.

La giustapposizione appena accennata consiste nell'accertare con un medesimo giudizio *controfattuale* (c.d. *doppiamente ipotetico*: si ipotizza, prima, la condotta doverosa da sostituire idealmente a quella omissiva, e, poi, la sua valenza salvifica/riduttiva del rischio del verificarsi dell'evento) la c.d. *causalità omissiva* (comunque attinente al piano oggettivo) e la c.d. *causalità della colpa*, accettando che l'equivalenza normativa (*ex art. 40 cpv. c.p.* “*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”) si intenda materializzata alla luce non della valenza salvifica (*i.e. azzeramento del rischio*) della condotta doverosa, bensì di quella – ipoteticamente attribuita al c.d. *agente modello* – riduttiva del rischio del verificarsi dell'evento. Con maggiore sforzo esplicativo, pare ritenersi provato che l'agente abbia “cagionato” l'evento ogniqualvolta non abbia tenuto una condotta doverosa, che – in concreto – avrebbe ridotto (e non azzerato) il rischio del prodursi dell'evento. A questo accertamento deve seguire quello della c.d. *evitabilità* – secondo un certo orientamento assorbente la c.d. *concretizzazione del rischio* – e della c.d. *prevedibilità dell'evento*, le

quali danno la stura alla c.d. *dimensione soggettiva della colpa*, il cui approfondimento non è, però, possibile in questa sede.

Tanto premesso, è possibile passare ad analizzare il punto nodale della pronuncia in commento, ovverosia se e quando una volontaria – e magari imprudente – esposizione a pericolo del lavoratore sia idonea a recidere il nesso di causalità ai sensi dell'art. 41 co. 2 c.p., non prima, però, di aver dato evidenza dell'origine della posizione di garanzia del datore di lavoro e dei profili di colpa specifica rinvenibili nel caso di specie.

Orbene, la posizione di garanzia la si colloca in capo al datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. – che prevede che l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che “*sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*” – e dell'art. 2 lett. b) D.lgs. n. 81/2008 – ai sensi del quale l'imprenditore ha “*la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa*” – mentre la c.d. *dimensione oggettiva della colpa* nel caso di specie è integrata dalla violazione degli artt. 28, 37 e 71 D.lgs. n. 81/2008.

In particolare, l'imputato non aveva inserito nella valutazione dei rischi le indicazioni delle procedure e delle misure comportamentali da adottare in occasione di guasti o malfunzionamenti delle attrezzature/macchinari (art. 28, *cit.*), non aveva provveduto affinché il lavoratore ricevesse una formazione ed un addestramento adeguati (art. 37, *cit.*), infine, aveva messo a disposizione del lavoratore infortunatosi un macchinario non conforme ai requisiti generali di sicurezza di cui all'allegato V (art. 71 in relazione all'art. 70, *cit.*), come accertato dai Giudici del merito.

Chiaro che dirimente sia la riferibilità causale dell'evento (lesioni da cui derivava una malattia e comunque un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni superiori ai 40 giorni, per complessivi gg. 51 – art. 590 co. 1, 2 e 3 c.p. – cagionate dall'inserimento pure imprudente da parte del lavoratore della mano destra attraverso i rulli dell'impianto di levigatura/squadratura pannelli al fine di ripristinare la cinghia di trazione della puleggia) all'omissione colposa dell'agente.

Per addivenire ad una tale conclusione, va affiancata un'ulteriore valutazione attinente alla c.d. *gestione del rischio*, che permette all'interprete di meglio selezionare le concause in grado di determinare un'interruzione del nesso causale.

Nell'ambito della sicurezza sul lavoro, infatti, è centrale il concetto di rischio, “*in un contesto preposto a governare ed evitare i pericoli connessi al fatto che l'uomo si inserisce in un apparato disseminato di insidie*”.

La sentenza in commento, inserendosi nel solco tracciato da tempo dalla giurisprudenza di legittimità in materia, ribadisce il principio secondo cui la condotta del lavoratore, per interrompere la connessione causale, deve essere “*tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia*”.

In altri termini, in tema di prevenzione antinfortunistica per l'applicazione dell'art. 41 co. 2 c.p. è richiesto un comportamento del lavoratore abnorme, “*configurabile come un fatto assolutamente eccezionale e del tutto al di fuori della normale prevedibilità, quale non può considerarsi la condotta che si discosti fisiologicamente dal virtuale ideale*”.

Per questi motivi, la Corte – riscontrata l'assenza di un simile contegno da parte del lavoratore nel fatto per cui è processo – dichiara inammissibile il ricorso e conferma la sentenza di condanna della Corte d'Appello.

La valorizzazione del dato processuale-probatorio nell'accertamento del dolo eventuale e l'inammissibilità del concorso colposo nel reato doloso. La Cassazione fornisce una "nuova" lettura del caso Ciontoli/Vannini

(Cass. Pen., Sez. I, 6 marzo 2020, n. 9049)

“22. Il tema dell'accertamento [del dolo eventuale] (...) è di particolare complessità «dovendosi inferire fatti interni o spirituali attraverso un procedimento che parte dall'id quod plerumque accidit e considera le circostanze esteriori, caratteristiche del caso concreto, che normalmente costituiscono l'espressione o accompagnano o sono comunque collegate agli stati psichici» (...)

23. La Corte di assise di appello ha passato in rassegna i vari indicatori che l'elaborazione giurisprudenziale ha nel tempo affinato per l'indagine sul dolo eventuale, sì come richiamati dalla più volte citata sentenza delle Sezioni unite con l'importante precisazione che sono solo alcuni tra quelli possibili e formano un catalogo aperto, dovendosi in ogni caso aver riguardo alla vicenda concreta, che «può mostrare plurimi segni peculiari in grado di orientare la delicata indagine giudiziaria sul dolo eventuale» (...)

24. Il perno intorno al quale ruota il ragionamento è che il fine che animò la condotta di C.A. (...) dal ferimento colposo in poi, fu di evitare conseguenze dannose sul piano lavorativo; e che l'affermazione di tale finalità è incompatibile, in netto contrasto, con l'assunto di un'adesione volontaria all'evento morte (...).

25. L'affermazione di quella finalità non comporta per nulla, secondo quel criterio di necessità ritenuto dalla sentenza impugnata, che C.A. non volle la morte. (...)

26. L'indicatore costituito dall'apprezzamento delle conseguenze negative per C.A. in caso di verifica dell'evento morte è stato del pari mal utilizzato (...) Sopravvissuto o meno il ferito, l'accertamento sarebbe stato assai poco evitabile: ed anzi, proprio col pensare che la morte non si sarebbe verificata, il timore di un accertamento di responsabilità ancora più completo e fedele ai fatti sarebbe stato ragionevolmente più fondato, perché le indagini si sarebbero potute avvalere del contributo di conoscenze della vittima (...).

27. La Corte di assise di appello ha, per altro verso, affermato che C.A. evitò consapevolmente e reiteratamente di osservare l'unica possibile condotta in quelle circostanze di tempo e di luogo, e cioè l'immediata chiamata dei soccorsi. E ciò fece – ha proseguito – ben sapendo di aver esploso un colpo di pistola, e quindi con chiara rappresentazione della verifica dell'evento più tragico (...).”

28. Ancora, la condotta del C.A. si è osservato, fu «assolutamente anti-doverosa e aspramente censurabile» (...); egli, militare e possessore di armi, ebbe chiara e nitida rappresentazione dell'evento infausto (...). Se le pregresse esperienze erano di tal tipo (...) sarebbe stato doveroso chiedersi, onde evitare manifeste illogicità nello svolgimento argomentativo, su quale base l'imputato potesse razionalmente fondare il convincimento che l'evento non si sarebbe verificato. (...)

31. La Corte di assise di appello si è poi avvalsa dell'indicatore del giudizio controfattuale di cui alla formula di Frank (...) La premessa è che quel che C.A. volle evitare fu che si accertasse che aveva sparato e allora, questa la conclusione, non avrebbe potuto volere l'evento che inevitabilmente avrebbe comportato l'emersione proprio del fatto che voleva occultare (...).

32. (...) La formula di Frank (...) non è strumento affidabile di indagine quando il caso da esaminare si connota per un evento il cui verificarsi (...) comporti per l'autore della condotta il sostanziale, più o meno integrale, fallimento del piano. L'evento collaterale è infatti, in tale ipotesi, in relazione di incompatibilità con il fine perseguito dall'agente, come attestato dall'esempio di colui che, al fine di ottenere determinate informazioni, sottoponga a sevizie una persona che, proprio per le sevizie subite, muoia e quindi non sia più nelle condizioni di riferire quanto l'agente desiderava conoscere. Con l'applicazione della menzionata formula dovrebbe dirsi che il seviziatore, ove avesse previsto come certo l'evento morte, si sarebbe astenuto dall'agire o almeno dall'agire in quel modo; ma non sfuggirebbe ad alcuno l'assurdità della soluzione di escludere proprio in tale ipotesi il dolo eventuale (...).

34. (...) In conformità con il giudice di primo grado, quello di appello ha ritenuto che [F. e C.M. e P.M.] ebbero sì immediata consapevolezza che era stato esploso un colpo di pistola, ma non v'è prova che ebbero anche certezza che si fosse trattato di un vero colpo e non di un colpo a salve (...). Osserva al riguardo la Corte di assise di appello che, siccome omisero per un tempo apprezzabile di meglio verificare le reali cause del malessere [della vittima] – e quindi di richiedere con la necessaria tempestività l'intervento dei soccorsi e poi di chiarire agli operatori sanitari quanto era a loro conoscenza –, agirono con colpa. (...)

35. Le argomentazioni utilizzate per sostenere l'affermazione della colpa, in luogo del dolo, non persuadono (...)

36. I giudici di merito (...) hanno (...) tralasciato di approfondire (...) che, stando alle dichiarazioni di F. e di C.M., il padre aveva detto nell'immediatezza non già che aveva sparato a salve ma che era «partito un colpo d'aria»; e che, secondo quanto dichiarato da G.V., pur ella accorsa nell'immediatezza dello sparo, A. (cioè, C.A.), da lei interpellato, aveva detto: «è partito un colpo d'aria...è da tanto che non uso la pistola ed è rimasta una bolla d'aria...» (...). I giudici avrebbero allora dovuto spiegare se lo sparo di un colpo d'aria (...) equivalga all'esplosione di un colpo a salve. Tutti gli imputati ebbero cognizione che era stato sparato un colpo, oltre che per il rumore avvertito, anche per il bossolo che C.F. rinvenne subito dandone immediatamente comunicazione agli altri, come del resto confermato da P.M. nel corso dell'interrogatorio dinnanzi al pubblico ministero (...).

41. La Corte di assise di appello è incappata in un paralogismo perché ha considerato i dati di gravidanza indiziaria per la ricostruzione dell'elemento soggettivo (la visione della ferita sanguinante; la constatazione della mancanza del foro d'uscita del proiettile; il mendacio o, quanto meno la reticenza, sul reale accadimento) e, in specie, l'esser stati comuni a tutti gli imputati (...), per inferire che la sentenza di primo grado era criticabile nella parte in cui aveva diversificato la conclusione in punto di elemento soggettivo, con l'affermazione della colpa soltanto per F. e C.M. e P.M. e non anche per C.A.

42. Per escludere l'elemento soggettivo di maggior gravidanza si è valorizzato il fatto che «non consta che la P. fosse esperta di armi da fuoco, né che lo fossero i giovani F. e C.M....» (...), per poi inferirne che, se è evidente che non potettero credere (...) che la ferita (...) fosse stata provocata da un pettine a punta su cui era scivolato, secondo il racconto palesemente menzognero di C.A., non può dirsi che potessero essere al pari consapevoli della “reale portata” del colpo d'arma esploso, ossia se a salve o se colpo vero. (...) Il giudice di appello non si è così soffermato a valutare che sarebbe stato assai più logico ritenere che all'ascolto di una falsa versione dei fatti (...), i suoi familiari avrebbero dovuto interrogarsi sulle ragioni della

menzogna (...) e chiedersi perché mai nello spazio temporale di meno di un'ora C.A. avesse cambiato versione, dal colpo d'aria o a salve al pettine a punta (...).

45. Dal momento in cui avvertirono il rumore dello sparo i familiari di C.A. presero parte alla gestione dell'incidente, non si allontanarono da quel luogo per dedicarsi ai loro affari, non tornarono alle loro stanze da letto, non ripresero a fare ciò in cui erano intenti quando erano stati colti con sorpresa dal forte rumore proveniente dalla stanza da bagno. Sino alla fine, ossia fino a quando arrivarono gli operatori sanitari del 118 non abbandonarono la scena, presenziarono a tutti i momenti, noti, attraverso cui il dramma si svolse. Appena dopo lo sparo, trasportarono il ferito in altra camera (...) e lì lo vestirono con biancheria e abiti comodi (...); ispezionarono la zona della ferita sanguinante alla ricerca del foro di uscita; provvidero a tamponare il sangue con asciugamani e a pulire le macchie con strofinacci; non trascurarono di assicurare il loro aiuto al ferito cercando di tranquillizzarlo; riposero in luogo idoneo la pistola, avendo cura di inserire la sicura, e rinvennero il bossolo. Ma, soprattutto, composero il numero telefonico 118 per chiamare i soccorsi. Ciò avvenne alle ore 23,41, circa venticinque minuti dopo che vi era stato lo sparo.

46. L'iniziativa di chiamare i soccorsi fu di C.F. (...).

47. C.F. mostrò in quell'occasione di esser consapevole che [la vittima] stava male, molto male, perché disse «c'è un ragazzo che si è sentito male di botto, è diventato troppo bianco, non respira più» (...). Ma, alla domanda di cosa fosse successo, C.F. si mostrò reticente. (...) Quindi intervenne P.M. che nulla di utile aggiunse (...).

48. Sia C.F. che P.M. in quel momento erano portatori di un sapere, avevano appreso della versione del colpo a salve e, vero o falsa che fosse, non la riferirono, benché richiesti. La lettura di quel contegno (...) sembra il frutto di una consapevolezza della gravità della situazione assai maggiore di quella indicata nella sentenza impugnata; dall'altro, perché la reticenza è comportamento che ordinariamente muove dalla consapevolezza della difformità di quanto si dice da quel che si sa e, per questa sua cifra psicologica, non trova naturale collocazione nella categoria delle condotte colpose. (...)

54. Va infine precisato come non sia corretta, in riferimento alla posizione di questi imputati, la scelta di qualificazione – operata in primo grado – in termini di concorso colposo nel delitto doloso configurato a carico di C.A. Come è noto, il concorso colposo nel delitto doloso ha riguardo al caso in cui un soggetto, pur potendo prevedere l'evento, tenga una condotta colposa di contributo alla realizzazione dei propositi deliberati e concretizzati da parte dell'autore diretto, il quale agisce in dolo. La figura concorsuale dovrebbe conferire (...) la possibilità di attrarre nell'area della tipicità condotte che invero, autonomamente considerate, appaiono atipiche. Trattandosi però di condotte che si assumono colpose, pur a voler ritenere superato il principio dell'unicità del titolo soggettivo di responsabilità concorsuale e quindi ad ammettere che possa aversi concorso con una diversificazione di elemento soggettivo tra i partecipi, occorre pur sempre individuare, ai fini della punibilità di quei contributi, una previsione incriminatrice a titolo di colpa.

(...) Va allora ricordato (...) che il delitto di omicidio è espressamente previsto e punito anche nella forma colposa e sulla base di un paradigma oggettivo solo causalmente orientato, con la conseguenza che, ove siano plurimi i contributi causali di produzione dell'evento, sia dolosi che colposi, si assiste al concorso di fattori causali indipendenti e quindi al concorso di condotte causali autonome, punibili per titoli soggettivi differenziati.

Se, invece, si afferma la partecipazione concorsuale nel fatto doloso di uno dei partecipi, il paradigma normativo a cui fare riferimento è delineato dalla disposizione dell'art. 110 c.p., nel cui ambito l'apprezzamento di diversificazioni dell'elemento soggettivo di taluno dei concorrenti può essere valutato nei limiti posti dall'art. 116 medesimo codice.

55. Per quanto sino ad ora esposto la sentenza impugnata deve essere annullata, con rinvio ad altra sezione della Corte di assise di appello di Roma, per un nuovo giudizio sul tema dell'elemento soggettivo in capo a tutti gli imputati che presero parte all'omicidio di V.M.”.

Nota di Valentina Acanfora

Il quesito in diritto più delicato che la nota vicenda ha consegnato ai giudici concerne l'elemento soggettivo ravvisabile in capo ad A.C. per aver cagionato la morte di M.V. tardando e depistando i soccorsi dopo averlo accidentalmente ferito con un colpo d'arma da fuoco detenuta per ragioni di servizio.

La soluzione corre lungo il crinale scivoloso tra dolo eventuale e colpa cosciente, risultando che egli, pur non volendo direttamente la morte, ne avesse previsto la verifica come conseguenza probabile della sua condotta, viste le condizioni di crescente malessere manifestate dal ferito.

Com'è noto, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, la cifra volitiva del dolo eventuale non è espressa dalla semplice determinazione ad agire nonostante la rappresentazione dell'evento (condivisa con la colpa cosciente), ma dalla determinazione ad agire anche a costo di cagionare l'evento, accettando il verificarsi dello stesso come prezzo necessario per conseguire il fine perseguito con la condotta.

Per accertare tale *quid pluris* soccorre una serie di indici oggettivi, utili a ricostruire in via indiziaria, ma senza perdere concretezza, l'iter motivazionale dell'agente.

È proprio rispetto al governo di tali indicatori che la Cassazione, con la pronuncia in commento, ha censurato l'operato della Corte d'Assise d'Appello di Roma, annullandone con rinvio la sentenza che degradava l'imputazione del C. da omicidio volontario a omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento.

Il ragionamento del giudice di secondo grado fu, in estrema sintesi, il seguente: acclarato che l'imputato ritardò i soccorsi per dissimulare la reale causa del ferimento al fine di preservare la propria sfera professionale, la verifica dell'evento-morte è un prezzo della condotta che l'imputato non può aver accettato, giacché avrebbe non solo svelato l'utilizzo negligente della pistola di ordinanza, ma altresì aggravato le responsabilità a suo carico; l'incidenza fallimentare del decesso sul piano d'azione indizia nel senso di ritenere che se l'agente si fosse rappresentato come certa la verifica dell'evento, si sarebbe astenuto dalla condotta (c.d. prima formula di Frank).

Illogica, secondo la Cassazione, la motivazione resa dal giudice d'appello, in quanto fondata sulla falsa premessa che la morte, all'opposto della sopravvivenza, avrebbe fatto emergere proprio ciò che l'agente teneva a celare.

Rileva la Suprema Corte, invece, che “Sia che Marco Vannini sopravvivesse, sia che morisse, quel fatto non poteva essere posto nel nulla, non poteva essere occultato”, atteso che, come appurato dallo stesso agente, il proiettile esploso non era fuoriuscito dal corpo del ferito. Sopravvissuto o meno il giovane, la causa materiale dell'offesa sarebbe inevitabilmente venuta alla luce.

A fronte di tale prospettiva, la verifica dell'evento-morte si profila all'agente non già come evento “che avrebbe svelato in maggior misura le responsabilità di Antonio Ciontoli”, bensì, al contrario, come evento che “avrebbe reso più disagiata l'accertamento di dette re-

sponsabilità, proprio perché si sarebbe sostanziata nella soppressione di un'importante fonte di prova".

Non regge più, in questa impostazione, l'affermazione di incompatibilità dell'evento collaterale con il fine perseguito dall'agente, non disvelando la morte più di quanto sarebbe emerso in caso di sopravvivenza del ferito. Di conseguenza, resta priva di fondamento logico l'affermazione per cui il C., "se avesse avuto certezza della verifica dell'evento, si sarebbe certo trattenuto dalla condotta illecita".

Ammonisce la Corte, peraltro, sulla scarsa affidabilità della formula di Frank nei casi in cui si ritenga, come il giudice di secondo grado, che l'evento collaterale, ponderato dall'agente, comporti il fallimento del piano d'azione. Da tale circostanza non sarebbe possibile inferire con sicurezza che chi ha agito non possa aver aderito all'evento, ben potendo nell'agente essere prevalso "il desiderio di realizzare un certo risultato anche di fronte all'eventualità che proprio quella condotta renda definitivamente non realizzabile il risultato perseguito".

Quest'insieme di considerazioni sarà ripreso e sviluppato dal giudice del rinvio per affermare la responsabilità del C. per omicidio volontario nelle forme del dolo eventuale. C'è un passaggio in particolare della motivazione che merita autonoma considerazione, se non altro per il peso attribuito allo status professionale dell'agente.

Il giudice di merito evidenzia come la morte del V., privando le indagini del contributo della persona offesa, avrebbe consentito al C. di sostenere la tesi dell'omicidio colposo, utile per sfuggire all'applicazione della sanzione accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici. Aspetto, quest'ultimo, che sembra essere stato presuntivamente ritenuto conosciuto e ponderato dall'imputato soltanto in virtù della sua appartenenza, in qualità di sotto-ufficiale, alle forze armate.

Al netto del possibile ammiccamento al paradigma della colpa d'autore, ciò che meno persuade della sentenza d'appello bis si annida nello stesso fatto di ritenere che la morte del giovane fosse, in termini di convenienza personale per l'imputato, preferibile alla sua sopravvivenza perché avrebbe taciuto una fondamentale fonte informativa. L'osservazione sembra malcelare il pregiudizio che la vittima, ove sopravvissuta, avrebbe reso una versione certamente difforme da quella patrocinata dall'imputato e che un simile timore ne abbia condizionato l'operato.

Ma se muoviamo dall'unico dato incontestato della vicenda, quello di un ferimento colposo, e non occultabile, l'esito più sconveniente della vicenda pare essere proprio quello della morte del giovane, che, in assenza di indimostrate supposizioni sul suo contributo alle indagini, avrebbe presumibilmente avuto, quale unico effetto, quello di elevare il titolo di responsabilità da lesioni colpose a omicidio colposo.

Interpretazioni teleologiche dell'obbligo "solidaristico" di attivarsi nel reato di fuga ex art. 189 c. 6 c.d.s.

(Cass. Pen., Sez. IV, 9 marzo 2020, n. 9212)

“3.1. Affinché la previsione di cui al D.Lgs. n. 285 del 1992, art. 189, comma 6, che impone all'utente della strada, in caso di incidente con danno alle persone ricollegabile al suo comportamento, di fermarsi, abbia un senso, essa deve essere interpretata non già formalisticamente ma teleologicamente, con riguardo, cioè, allo scopo che il legislatore si prefigge, che è quello di far sì che il destinatario del precetto, in primo luogo, si fermi per rendersi conto dell'accaduto, inoltre eventualmente per mettersi in condizione di prestare assistenza ai feriti (...) e, comunque, per poter essere identificato nella prospettiva di eventuali azioni risarcitorie e/o di compiuta ricostruzione dell'accaduto (...).

Con la conseguenza che ottempererebbe soltanto formalisticamente, ma non realmente, colui che, pur fermatosi, mantenga, tuttavia, un atteggiamento ostile alla identificazione o concretamente impeditivo o elusivo ovvero colui che (...) si fermi solo momentaneamente, per poi ripartire. (...) Insomma, potrebbe dirsi che lo scopo avuto di mira dall'art. 189 C.d.S., valutato nel suo complesso, è quello di imporre ai consociati in genere (poi distinguendosi nelle disposizioni di dettaglio tra «utenti della strada», «persone coinvolte in un incidente» e «conducenti»), anzitutto, di fermarsi con atteggiamento costruttivo e solidale, per poi, con espressione di sintesi, «mettersi a disposizione» civilmente di chi abbia ipoteticamente subito danni reali o personali per effetto di un incidente, addirittura contribuendo, per quanto possibile, nell'attesa dell'intervento della polizia stradale, a porre in essere le misure idonee a salvaguardare la sicurezza della circolazione e a conservare immutato lo stato dei luoghi (D.Lgs. n. 285 del 1992, art. 189, comma 2).

3.2. In un settore estremamente pericoloso quale la circolazione stradale il legislatore ha previsto, dunque, il comportamento da porre in essere in caso di incidente (...) non in attuazione di un generico e non coercibile dovere morale o civico ma come estrinsecazione di un obbligo di legge, variamente sanzionato (...) per l'evenienza della sua inottemperanza, secondo una scala di gravità della condotta, attribuendo alla violazione dell'obbligo solidaristico talora rilievo penale e talaltra rilievo meramente amministrativo (...).

3.3. (...) Occorre in proposito ricordare che la condotta omissiva sanzionata dall'art. 189 C.d.S., comma 7, può considerarsi una ipotesi speciale del delitto di omissione di soccorso previsto dall'art. 593 c.p., comma 2, (...), del quale condivide l'oggettività giuridica e la condotta dell'omessa assistenza alla persona ferita (...).

Il reato in esame trova, dunque, il suo fondamento nell'obbligo giuridico di attivarsi previsto dall'art. 189 C.d.S., comma 1, che attribuisce all'utente della strada, coinvolto in un sinistro comunque riconducibile al suo comportamento, una posizione di garanzia per proteggere altri utenti coinvolti nel medesimo incidente dal pericolo derivante da un ritardato soccorso.

La posizione di garanzia trova, nel caso in esame, la sua ratio nel dato di esperienza per cui i protagonisti del sinistro sono in condizione di percepirne nell'immediatezza le conseguenze dannose o pericolose, dunque di evitare, indipendentemente dall'ascrivibilità agli stessi di tali

conseguenze, che dal ritardato soccorso delle persone ferite possa derivarne un danno alla vita ed all'integrità fisica.

(...) A tale posizione di garanzia è strettamente connesso l'obbligo, in una fase immediatamente successiva e connessa alla prima, in ogni caso di incidente, di agire in maniera collaborativa e di rendersi lealmente riconoscibili (commi 4, 5, 6 e 7 e 9), pur nella pluralità e varietà di situazioni concrete che possono presentarsi.”

Nota di Antonio Verderosa

Nella sentenza in argomento, la Corte di Cassazione chiarisce quali siano i presupposti necessari affinché possa configurarsi il reato di “fuga” previsto dall'art. 189, comma 6, del D. Lgs 30 aprile 1992, n. 285 (cd. “Codice della Strada”).

La vicenda origina dal sinistro stradale occorso tra l'imputato M.A., alla guida di un'auto priva di copertura assicurativa, e il pedone C.P., che aveva riportato, a seguito dell'incidente, lievi lesioni.

Come ricostruito dalla Corte di Appello, l'imputato, a seguito dell'incidente, ottemperava all'obbligo di fermarsi, allontanandosi all'arrivo dell'ambulanza del 118; tuttavia, lo stesso non forniva ad alcuno le proprie generalità e le informazioni utili a fini risarcitori.

Alla luce di ciò, M.A. veniva condannato alla pena di giustizia con sospensione della patente di guida per un anno, oltre al risarcimento dei danni a favore della parte civile.

L'imputato propone ricorso per cassazione, lamentando l'erronea applicazione dell'art. 189 C.d.S., nonché la contraddittorietà e manifesta illogicità della sentenza; da un lato, infatti, si evidenzia come la mancata identificazione dell'utente della strada a seguito del sinistro non rientri nell'area dell'illecito penale (bensì sia passibile di mera sanzione amministrativa), dall'altro, si critica la scelta del giudice di merito di definire “breve” una sosta durata fino all'arrivo dei soccorsi sanitari.

La Suprema Corte, richiamando una propria pronuncia (Cass. pen., Sez. IV, Sent., 8 giugno 2017, n. 44616, Montefiore), utilizzata anche dalla difesa del ricorrente, prende atto che in tale occasione il non fornire le proprie generalità è stata considerata condotta punibile esclusivamente a titolo di sanzione amministrativa (come previsto dall'art. 189, comma 9, C.d.S.).

Secondo i giudici di legittimità, tale statuizione necessita di precisazioni in contesti fattuali differenti. Evidentemente, diversa è la valutazione a seconda che si tratti di incidenti da cui derivino lesioni alle persone (come nel caso in esame) o di sinistri in cui le persone coinvolte risultino illese (come nella citata sentenza Montefiore del 2017).

In relazione al reato di “fuga”, «affinché la previsione di cui al D. Lgs. n. 285 del 1992, art. 189, comma 6, che impone all'utente della strada, in caso di incidente con danno alle persone ricollegabile al suo comportamento, di fermarsi, abbia un senso, essa deve essere interpretata non già formalisticamente ma teleologicamente, con riguardo, cioè, allo scopo che il legislatore si prefigge, che è quello di far sì che il destinatario del precetto, in primo luogo, si fermi per rendersi conto dell'accaduto, inoltre eventualmente per mettersi in condizione di prestare assistenza ai feriti [...] e, comunque, per poter essere identificato nella prospettiva di eventuali azioni risarcitorie e/o di compiuta ricostruzione dell'accaduto; ciò, naturalmente, ove sia possibile».

La sola fermata non esonera l'agente da responsabilità penale se non supportata da ulteriori condotte che siano idonee a raggiungere gli obiettivi fissati dalla norma.

Tra tali *targets* vanno presi in considerazione non solo quelli di natura privatistica (obblighi a fini risarcitori, constatazione del sinistro), ma anche quelli «di genere potenzialmente pubblicistico», che si sostanziano nell'accertamento della vicenda, nella tutela della circolazione stradale e nella verifica della presenza di feriti.

Tale interpretazione finalistica è ricavabile sia dal contesto ordinamentale che dall'osservazione della progressione logica dell'art. 189 C.d.S.

Nella disamina dell'articolo in questione, infatti, si può notare come siano previste ipotesi sia di danni alle sole cose, sia di danni alle persone.

Le sanzioni (di natura penale o meramente amministrativa), che ineriscono ai diversi casi, sono modulate nei commi dell'art. 189 C.d.S. secondo una «scala di gravità della condotta», che si ricollega all'importanza del bene giuridico leso o messo in pericolo.

Tale circostanza mette in luce come a fondamento dell'intera disciplina vi sia un obbligo solidaristico generale, imposto *ex lege*, che si sostanzia, in caso di incidente stradale, nella “fermata costruttiva” e nel “mettersi a disposizione” di chi abbia subito danni reali o personali.

La Corte, nello spiegare quale sia il fondamento di tale *ratio*, coerentemente con un proprio precedente (Cass. pen., Sez. IV, Sent., 6 aprile 2018, n. 21049, Barbieri), evidenzia come, in materia di circolazione stradale, sia posta in capo all'utente della strada anche una posizione di garanzia (positivizzata al comma 1 dell'art. 189 C.d.S.), riconducibile agli interessi pubblicistici tutelati.

I protagonisti del sinistro, infatti, sono considerati coloro che meglio possono valutare, in concreto, le possibili conseguenze dannose e, pertanto, devono attivarsi allo scopo di proteggere gli utenti coinvolti o coinvolgibili.

L'obbligo di farsi identificare, dunque, non può considerarsi come un *quid* slegato dalle azioni precedenti, ma è parte della complessiva condotta che dovrebbe essere tenuta, avendo come principio guida la *voluntas legislatoris* di perseguire la solidarietà sociale, da chiunque venga a trovarsi nella situazione descritta dalla norma penale.

Ovviamente, per poter affermare la sussistenza o meno del reato, la rispondenza del comportamento dell'agente ai principi sopra individuati non può che avvenire ad opera del giudice di merito nella valutazione del caso concreto.

Sul punto, a giudizio della Suprema Corte, l'accertamento condotto dai giudici della Corte di Appello risulta lacunoso in relazione alla verifica della concreta possibilità dell'agente di fornire le proprie generalità.

Pertanto, dichiarato preliminarmente il reato estinto per prescrizione, la sentenza impugnata viene annullata e rinviata al giudice civile competente per un nuovo giudizio *ex art* 622 c.p.p.

Inquinamento ambientale: infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 452-*bis* c.p. perché la fattispecie è sufficientemente determinata

(Cass. Pen., Sez. III, 11 marzo 2020, n. 9736)

“5. Come affermato da questa Corte di legittimità sin dalle prime applicazioni della norma, introdotta con la L. n. 68 del 2015, la fattispecie descritta dall'art. 452-*bis* c.p. è posta tutela dell'ambiente, come chiaramente emerge sia dalla sua collocazione tra i “Delitti contro l'ambiente”, oggetto di considerazione da parte del Titolo 6-bis del libro secondo del c.p., sia dalla struttura stessa dell'illecito, come si desume, in particolare, dall'oggetto del reato.

Si tratta infatti di un reato di danno, e non già di pericolo, integrato da un evento di danneggiamento, essendo punito il cagionare abusivamente una “compromissione” o un “deterioramento”; che siano “significativi” e “misurabili”, di uno dei profili in cui si declina il bene “ambiente”, come descritti al comma 1, n. 1 e al n. 2, tra cui, ai fini che qui interessano, un ecosistema.

6. Si è poi precisato che la “compromissione” e il “deterioramento” consistono in un'alterazione, significativa e misurabile, della originaria consistenza della matrice ambientale o dell'ecosistema, caratterizzata, nel caso della “compromissione”, da una condizione di squilibrio funzionale, incidente sui processi naturali correlati alla specificità della matrice o dell'ecosistema medesimi (...) e che attiene alla relazione del bene aggredito con l'uomo e ai bisogni o interessi che il bene medesimo deve soddisfare (...); nel caso del “deterioramento”, da una condizione di squilibrio “strutturale”, connesso al decadimento dello stato o della qualità degli stessi (...) e che consiste in una riduzione della cosa che ne costituisce oggetto in uno stato tale da diminuirne in modo apprezzabile, il valore o da impedirne anche parzialmente l'uso, ovvero da rendere necessaria, per il ripristino, una attività non agevole (...).

7. Per la sussistenza del reato, non è richiesta anche l'irreversibilità del danno, requisito non contemplato tra i requisiti del fatto.

Ne consegue che le condotte poste in essere successivamente all'iniziale deterioramento o compromissione del bene non costituiscono un *post factum* non punibile, ma integrano invece singoli atti di un'unica azione lesiva che spostano in avanti la cessazione della consumazione, sino a quando la compromissione o il deterioramento diventano irreversibili, o comportano una delle conseguenze tipiche previste dal successivo reato di disastro ambientale di cui all'art. 452-*quater* c.p. (...).

A tal proposito, va evidenziato che l'evento può assumere il carattere di “significatività” anche a seguito di un'attività seriale ripetuta nel tempo, ciascuna delle quali, isolatamente considerata, non è in grado di incidere sul bene tutelato in termini, appunto, di “significatività”.

Da ciò deriva che l'evento è unico, allorquando sia il risultato della sommatoria di una pluralità di condotte, all'esito delle quali il deterioramento o la compromissione di un mede-

simo contesto ambientale raggiunge il grado di compromissione richiesto per l'integrazione del fatto.

Una volta che il reato è consumato, avendo l'offesa raggiunto un livello di "significatività", le condotte successive, ad oggetto il medesimo ecosistema, hanno l'effetto per un verso di incidere sulla gravità dell'unico reato, e quindi sono valutabili ex art. 133 c.p., e, dall'altro, spostano in avanti il momento consumativo del reato medesimo, ciò che rileva sulla decorrenza del termine di prescrizione, ferma restando, ricorrendone i presupposti, la configurabilità del più grave delitto di cui all'452-quater c.p. (...)

11. Orbene, la fattispecie in esame non confligge con l'art. 25 Cost., comma 2, in quanto le espressioni impiegate dal legislatore appaiono sufficientemente univoche nella descrizione del fatto vietato, che, essendo modellato come reato di evento a forma libera, si incentra sulla causazione di una "compromissione" o di un "deterioramento": prova ne è che art. 635 c.p., considera, tra le condotte punite anche il "deterioramento", senza che mai si sia posto un problema di individuazione del fatto punito – e in relazione alle quali la giurisprudenza di questa Corte ha fornito un'interpretazione uniforme e costante (...).

Parimenti preciso è l'oggetto della condotta, che deve aggredire o le matrici ambientali (acque, aria, porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo), ovvero un ecosistema o una biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna. (...)"

Nota di Francesco Martin

L'introduzione nel nostro ordinamento del reato di inquinamento ambientale, delitto di danno integrato da un evento di danneggiamento, trova la propria origine nella L. 22 maggio 2015, n. 68 che a sua volta origina dalla direttiva 2008/99/CE.

A ben vedere, una modesta attuazione della direttiva si era già avuta con il D. Lgs. 11 luglio 2011 n. 121 che, tuttavia, non modificava il volto del diritto penale dell'ambiente, poiché si occupava di temi marginali.

Viceversa, la L. 68/15, mostrava l'encomiabile ambizione di delineare *ex novo* il sistema mediante l'introduzione di nuove incriminazioni con pene di severità medio alta, una speciale aggravante ambientale, termini di prescrizione aumentati e meccanismi di diminuzione di pena nel caso di condotte riparatorie.

Esaminando la struttura, tale reato punisce con la reclusione da due a sei anni e multa da 10 a 100 mila euro chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili delle acque o dell'aria o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo, di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna.

L'art. 452 *quinquies* c.p. estende poi l'incriminazione anche ai fatti colposi, per cui la pena è diminuita di un terzo; una ulteriore diminuzione di un terzo è prevista dal c. 2 se dai fatti descritti al c. 1 deriva il pericolo di un inquinamento.

Come evidenziato, uno dei presupposti essenziali del delitto di inquinamento è che la condotta sia stata commessa abusivamente.

Dopo un vivace dibattito dottrinale è intervenuta la Corte di Cassazione che ha inteso tale parola come la violazione di leggi statali o regionali, ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale, ma anche di prescrizioni amministrative.

Sempre la Corte, con riferimento alla compromissione e al deterioramento, ha affermato che tali termini consistono in un'alterazione significativa e misurabile della originaria consi-

stenza della matrice ambientale o dell'ecosistema caratterizzata, per quanto attiene alla compromissione, da una condizione di squilibrio funzionale che incide sui processi naturali, mentre con riguardo al deterioramento da una condizione di squilibrio strutturale.

L'oggetto su cui cade la condotta può essere alternativamente l'acqua, l'aria, porzioni estese o significative del suolo, del sottosuolo, un ecosistema, biodiversità, flora e fauna.

L'elemento soggettivo richiesto, almeno dal punto di vista strutturale, è dato dal dolo generico; la Corte di Cassazione ritiene tuttavia punibile il reato anche a titolo di dolo eventuale.

La pronuncia in esame origina dal ricorso avverso la decisione del Tribunale della libertà che aveva rigettato l'istanza di riesame avverso l'ordinanza di applicazione della misura cautelare dell'obbligo di dimora emessa dal GIP del Tribunale in relazione ad alcune distinte contestazioni *ex artt.* 110 e 452-*bis* c. 1 n. 2 c.p.

Il ricorrente deduceva la violazione dell'art. 606 c. 1 lett. e) c.p.p., l'erronea qualificazione giuridica dei fatti nella fattispecie *ex art.* 452-*bis* c.p. e, infine, eccepiva l'illegittimità costituzionale dell'art. 452-*bis* c.p. per contrasto con l'art. 25 Cost. e art. 7 CEDU.

Nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale, la Corte di Cassazione l'ha giudicata non fondata, in quanto le espressioni poste dal legislatore sono sufficientemente univoche nel descrivere il fatto vietato, ritenendo che: *“Per costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccorrendolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce”*. Pertanto, la fattispecie in esame non confligge con l'art. 25 c. 2 Cost. in quanto il fatto vietato, essendo modellato come reato di evento a forma libera, si incentra sulla causazione di una compromissione o di un deterioramento. Inoltre *“Parimenti preciso è l'oggetto della condotta, che deve aggredire o le matrici ambientali (...), ovvero un ecosistema o una biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna”*.

Con riferimento alla questione prettamente di diritto sostanziale, la Suprema Corte si sofferma sul reato *ex art.* 452-*bis* c.p.

In particolare viene confermata la natura di reato di danno, e non già di pericolo, integrato da un evento di danneggiamento.

Per quanto attiene all'elemento materiale della condotta, già evidenziato in precedenza, i Giudici di legittimità affermano che: *“la “compromissione” e il “deterioramento” consistono in un'alterazione, significativa e misurabile, della originaria consistenza della matrice ambientale o dell'ecosistema”*. Inoltre: *“per la sussistenza del reato, non è richiesta anche l'irreversibilità del danno, requisito non contemplato tra i requisiti del fatto. Ne consegue che le condotte poste in essere successivamente all'iniziale deterioramento o compromissione del bene non costituiscono un post factum non punibile, ma integrano invece singoli atti di un'unica azione lesiva che spostano in avanti la cessazione della consumazione, sino a quando la compromissione o il deterioramento diventano irreversibili”*.

Sul punto è interessante rilevare che l'evento può assumere il carattere di significatività anche a seguito di attività seriali ripetute nel tempo, ciascuna delle quali, isolatamente considerata, non sarebbe in grado di incidere negativamente sul bene tutelato.

Si deve quindi ritenere che sussista un unico evento, anche come conseguenza di una pluralità di condotte lievi, all'esito delle quali il deterioramento o la compromissione di un medesimo contesto ambientale raggiunge il grado di nocimento richiesto per l'integrazione del reato.

Dopo la consumazione del reato dunque, le successive condotte aggravano il reato diventando rilevabili e valutabili *ex art.* 133 c.p. e spostano in avanti il momento consumativo del reato.

La Suprema Corte, confermando i precedenti orientamenti sul reato in esame, ha rigettato il ricorso.

Responsabilità penale del medico: ulteriori conferme in tema di accertamento del nesso causale nei reati omissivi impropri

(Cass. Pen., Sez. IV, 16 marzo 2020, n. 10175)

“3. (...) L’assunzione della posizione di garanzia di un soggetto dipende dall’attività svolta e dai rapporti instaurati rispetto alla vittima, mentre non può essere influenzata dal tipo di rapporto contrattuale intercorso con un terzo. Difatti, la giurisprudenza di legittimità ha affermato, proprio in tema di colpa professionale del medico, che il concreto e personale espletamento di attività da parte dello specializzando comporta pur sempre l’assunzione diretta, da parte sua, della posizione di garanzia nei confronti del paziente, condivisa con quella che fa capo a chi le direttive impartisce, secondo i rispettivi ambiti di pertinenza e di incidenza (così [...] Sez. 4 n. 6215 del 10/12/2009 ud.-dep. 16/02/2010, Rv. 246419 – 01).

(...) In tema di reati omissivi colposi, la posizione di garanzia può essere generata non solo da investitura formale, ma anche dall’esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante purché l’agente assuma la gestione dello specifico rischio mediante un comportamento concludente, consistente nella presa in carico del bene protetto.

4. (...) Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l’azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l’interferenza di decorsi causali alternativi, l’evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva, mentre l’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all’evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell’omissione dell’agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell’evento lesivo comportano l’esito assolutorio del giudizio (Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002 ud. – dep. 11/09/2002, Rv. 222139 – 01).

Si è, tuttavia precisato che il meccanismo controfattuale, necessario per stabilire l’effettivo rilievo condizionante della condotta umana (nella specie: l’effetto salvifico delle cure omesse), deve fondare non solo su affidabili informazioni scientifiche ma anche sulle contingenze significative del caso concreto, dovendosi comprendere: a) qual è solitamente l’andamento della patologia in concreto accertata; b) qual è normalmente l’efficacia delle terapie; c) quali sono i fattori che solitamente influenzano il successo degli sforzi terapeutici (...).

Alla luce dei principi già evidenziati, (...), [la] motivazione risulta lacunosa nella parte in cui si limita ad affermare la sussistenza del nesso causale alla luce del mero dato statistico ed astratto, prescindendo completamente dalla situazione concreta e, cioè, dalle condizioni specifiche della paziente (...), dal lasso temporale intercorso dal momento in cui sarebbe insorta la doverosità della terapia (...) ed il momento del decesso (...).

Le linee guida non possono (...) escludere che il medico, alla luce della condizione specifica della paziente, individui altri elementi concretamente sintomatici del rischio emorragico. A conferma di ciò, è sufficiente richiamare l’orientamento della giurisprudenza di legittimità

secondo cui, in tema di responsabilità medica, il rispetto di linee guida accreditate presso la comunità scientifica non determina, di per sé, l'esonero dalla responsabilità penale del sanitario ai sensi del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3 (conv. in L. 8 novembre 2012, n. 189), dovendo comunque accertarsi se la specificità del quadro clinico del paziente imponesse un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato da dette linee guida (Sez. 4, n. 244555 del 22/04/2015 ud.– dep. 08/06/2015, Rv. 263732 – 01)”.

Nota di Anna Grazian

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione si sofferma sulla tematica della responsabilità medica, in particolare sul corretto espletamento del giudizio controfattuale teso a verificare l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta omissiva impropria del sanitario e l'evento morte.

Il caso in analisi, infatti, riguarda il decesso di un paziente a causa di insufficienza cardiocircolatoria acuta da tromboembolia polmonare, con colpa del sanitario consistita (come da precedente condanna *ex art. 589 c.p.* della Corte di Appello di Roma) in imprudenza e negligenza, nello specifico nell'omessa prescrizione e somministrazione della terapia profilattica antitrombotica.

Il ricorrente lamentava, tra gli altri motivi, che il giudice di merito avesse erroneamente ritenuto sussistente il nesso di causalità senza compiere un adeguato giudizio controfattuale, non avendo tenuto conto del concreto rischio emorragico che la suddetta terapia anti-trombosi avrebbe comportato nella paziente già affetta da comorbidità.

La Corte di Cassazione ha ritenuto fondata tale doglianza, riscontrando un vizio motivazionale del giudice di precedenti cure e la conseguente violazione dell'art. 40 c.p. in ordine alla sussistenza del nesso di causalità.

Il reato colposo omissivo improprio infatti, richiede una complessa verifica basata sul giudizio controfattuale, che impone all'interprete una valutazione prognostica volta ad ipotizzare come realizzata la condotta dovuta dall'agente, in modo da saggiare il suo concreto effetto salvifico “oltre ogni ragionevole dubbio” alla luce del sapere scientifico e delle specificità del caso.

Tale valutazione, che nella causalità attiva viene compiuta alla stregua di leggi scientifiche di copertura prossime alla certezza, nella causalità omissiva può essere svolta anche a fronte di leggi statistiche con un coefficiente più basso di probabilità, purché sia soddisfatto un **elevato grado di credibilità razionale e probabilità logica** della riconducibilità del caso specifico nella legge di copertura individuata.

Solo così infatti, sarà possibile pervenire – *ceteris paribus* – alla “certezza processuale”. La Corte di Cassazione afferma tali principi con la sentenza cd. Franzese (Cass. Pen., Sez. Unite, 17 luglio 2002, n. 30328) che arriva a dirimere il precedente contrasto interpretativo tra l'orientamento, tradizionale e maggioritario, che riteneva sufficienti ai fini della sussistenza del nesso causale “serie ed apprezzabili probabilità di successo” per l'azione impeditiva dell'evento e l'altro, più recente, che richiedeva un grado di probabilità “prossimo alla certezza”. In tale sede, la Corte ritiene di dover ancorare il giudizio controfattuale a parametri oggettivi in grado di esprimere le effettive potenzialità della condotta necessaria, sulla base delle circostanze di fatto e dell'evidenza disponibile con “alto grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”, esclusa l'interferenza di fattori alternativi.

Già da tale pronuncia, dunque, traspare l'importanza della valutazione non solo di affidabili informazioni scientifiche (Cass. Pen., Sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 10615), ma anche delle contingenze significative del **caso concreto** quali il solito andamento delle patologie, la normale efficacia delle terapie e i fattori che influenzano il successo terapeutico (Cass. Pen., Sez. IV, 16 giugno 2010, n. 32121).

Ebbene, nel caso in esame, la Corte riconosce come lacunosa la motivazione resa dal giudice di merito nella parte in cui «*si limita ad affermare la sussistenza del nesso causale alla luce del mero dato statistico ed astratto, prescindendo completamente dalla situazione concreta e, cioè, dalle condizioni specifiche della paziente*». Il Tribunale e la Corte di appello, infatti, hanno escluso in modo “illogico e contraddittorio” il rischio emorragico che presentava la paziente, limitandosi a constatare l'adesione del personale sanitario alle *linee guida* del 2011.

Al contrario, l'orientamento ormai dominante della giurisprudenza di legittimità ritiene che «*il rispetto di linee guida accreditate presso la comunità scientifica non determina, di per sé, l'esonero dalla responsabilità penale del sanitario ai sensi dell'art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158*», bensì è necessario accertare se il peculiare quadro clinico del paziente imponga o meno il rispetto di un tale piano terapeutico (Cass. Pen., Sez. IV, 22 aprile 2015, n. 24455).

Pertanto, laddove le valutazioni di due consulenti (accusa e difesa) si presentino discordanti su circostanze non espressamente valutate dalle linee guida, il libero convincimento del giudice dovrà essere suffragato da una motivazione “accurata ed approfondita” che, lungi dall'attestarsi su mere argomentazioni astratte o dal semplice rinvio alle linee guida, dovrà prendere in considerazione le peculiarità del caso concreto e le condizioni effettive del paziente (Cass. Pen., Sez. IV, 13 febbraio 2015, n. 8527).

Il caso in esame permette così di affermare che, in tema di responsabilità medica per omissione, al fine di verificare il nesso di causalità e l'effetto salvifico delle cure omesse, acquisisce particolare rilevanza il corretto espletamento del giudizio controfattuale; tale valutazione dovrà essere effettuata secondo un criterio di alta probabilità logica e credibilità razionale ispirato ad affidabili informazioni scientifiche, avendo riguardo altresì alle circostanze del caso concreto – come sopra delineate – e alle condizioni peculiari del paziente.

A tal fine, le linee guida potranno fungere da indirizzo per le decisioni in ambito clinico ma non potranno vincolare il sanitario al loro rispetto, dal momento che, essendo elaborate in via astratta, non possono esaurire tutte le situazioni concrete. Il medico, dunque, dovrà individuare il percorso terapeutico d'elezione considerando non solo le linee guida accreditate dalla comunità scientifica, ma anche le specificità del quadro clinico, qualora esse impongano un percorso terapeutico diverso.

L'uso volontario di alcool o stupefacenti incide sulla configurazione della violenza sessuale, ma non anche dell'aggravante *ex art. 609-ter c. 1 n. 2 c.p.*

(Cass. Pen., Sez. III, 24 marzo 2020, n. 10596)

“2. La questione posta dal ricorrente ha ad oggetto l'individuazione delle condizioni per la configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 609 ter c.p., comma 1, n. 2, e, precisamente, se detta aggravante possa essere ritenuta integrata anche in caso di assunzione di sostanza alcolica o stupefacente non provocata o agevolata dall'autore o dagli autori del reato di violenza sessuale.

2.1. Appare utile premettere che la situazione di approfittamento dell'assunzione di sostanze stupefacenti o alcoliche da parte della vittima, avvenuta per libera iniziativa della stessa, o comunque per causa non imputabili all'agente, è ritenuta idonea ad integrare il reato di violenza sessuale.

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, tra le condizioni di “inferiorità psichica o fisica”, previste dall'art. 609 bis c.p., comma 2, n. 1, rientrano anche quelle determinate dalla volontaria assunzione di alcolici o di stupefacenti (...).

Tuttavia, questa conclusione non può implicare la configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 609 ter c.p., comma 1, n. 2.

In questo senso, in effetti, risulta orientata la giurisprudenza di legittimità. (...) Soprattutto, recenti pronunce hanno espressamente precisato che “l'uso delle sostanze alcoliche deve essere (...) necessariamente strumentale alla violenza sessuale, ovvero deve essere il soggetto attivo del reato che usa l'alcol per la violenza, somministrandolo alla vittima; invece l'uso volontario incide sì, ma non anche sulla sussistenza dell'aggravante” (...).

La soluzione secondo cui, ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 609 ter c.p., comma 1, n. 2, l'uso delle sostanze alcoliche o stupefacenti debba dipendere da un'attività di somministrazione la quale sia stata effettuata o agevolata dall'agente e risulti funzionalmente diretta alla realizzazione degli atti sessuali sembra imporsi per un duplice ordine di ragioni.

Invero, soccorrono argomenti letterali e sistematici. Precisamente, l'art. 609 ter c.p., comma 1, n. 2, ha riguardo ai “fatti di cui all'art. 609 bis (...) commessi: (...) 2) con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa”. Il riferimento ai “fatti (...) commessi (...) con l'uso” e l'accostamento, in via alternativa, delle sostanze alcoliche o stupefacenti alle armi costituiscono elementi dai quali è ragionevolmente inferibile come, per il legislatore, ai fini dell'aggravante in discorso, il ricorso a tali sostanze rilevi quale strumento per costringere o indurre la vittima a compiere o subire atti sessuali, e, quindi, dia luogo ad una situazione diversa, e più grave, rispetto a quella in cui l'agente “si limita” ad approfittare di una situazione di inferiorità della persona offesa.

2.2. Nella specie, la sentenza impugnata rappresenta che la persona offesa aveva assunto volontariamente sostanza stupefacente, fumando uno spinello, cedutogli da altra persona al di fuori di ogni accordo con l'odierno ricorrente. (...)

2.3. In considerazione del principio giuridico affermato e dei fatti accertati, deve essere esclusa la configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 609 ter c.p., comma 1, n. 2.

Se, infatti, la droga era stata assunta dalla vittima senza alcuna istigazione o agevolazione del ricorrente, deve escludersi che questi abbia costretto o indotto la prima a compiere o subire atti sessuali con l'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti. Il ricorrente, piuttosto, ha approfittato (anche) dello "stordimento" della vittima per compiere gli atti sessuali.

3. L'esclusione della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 609 ter c.p., comma 1, n. 2, impone l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata con riferimento a tale circostanza, con eliminazione della stessa (...)."

Nota di Maria Elena Orlandini

La sentenza in epigrafe ha ad oggetto il procedimento penale nel quale l'imputato veniva condannato, alla pena di anni sei e mesi sei di reclusione, per i reati di violenza sessuale aggravato dall'uso di sostanze alcoliche e stupefacenti, nonché del reato di sottrazione consensuale di minorenni.

Il ricorrente censurava la sentenza della Corte d'Appello in ordine alla presunta illegittimità dell'aggravante "*dell'aver indotto la minore all'uso di sostanza stupefacente*", con riferimento agli art. 609 bis co. 1 e 2, 609 ter co.1, n. 2 c.p.; a norma dell'art. 606 co. 1 lett b) c.p.p., in quanto il fatto non avveniva contro la volontà della minore: quest'ultima, difatti, assumeva la sostanza stupefacente che le veniva offerta, senza costrizione alcuna, da un'altra persona, in un contesto appena precedente al rapporto sessuale.

I giudici della Suprema Corte di Cassazione ritenevano fondato il motivo del ricorso e ne chiarivano la *ratio* sottesa alla mancata configurazione dell'aggravante, anche nel caso in cui l'assunzione di stupefacenti non provocata e non agevolata dall'autore – o autori – del reato di violenza sessuale.

Sul punto, gli Ermellini in ossequio ad un precedente orientamento giurisprudenziale chiarivano che la situazione di "*approfittamento*", derivante dall'assunzione di sostanze stupefacenti – o alcoliche – da parte della vittima, – nonostante fosse avvenuta per "*libera iniziativa della stessa*" o per cause non imputabili all'agente – era idonea ad integrare il reato di violenza sessuale: difatti, tra le condizioni di inferiorità psichiche e fisiche" *ex art. 609 bis c.p.* vi è anche la volontaria assunzione, da parte della vittima, di sostanze alcoliche e stupefacenti, in quanto facilmente "*strumentalizzabile per il soddisfacimento degli impulsi sessuali dell'agente*".

Parimenti dalla strumentalizzazione della condizione della vittima non ne deriva, necessariamente, la configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 609 ter co. 1, n. 2, c.p.: sulla circostanza aggravante la giurisprudenza è unanime nel configurarla allorché l'assunzione delle sostanze stupefacenti e/o alcoliche è stata indotta direttamente dall'autore del reato di violenza sessuale, affermando che "*l'uso delle sostanze alcoliche deve essere (...) necessariamente strumentale alla violenza sessuale, ovvero deve essere il soggetto attivo del reato che usa l'alcol per la violenza, somministrandolo alla vittima (...)*".

Nello specifico, il precedente orientamento della Corte di Cassazione affermava che, affinché potesse sussistere l'aggravante dell'uso delle sostanze stupefacenti o alcoliche –, e nello specifico al fine di poterla addebitare al soggetto attivo del reato – fosse necessaria un'attività di somministrazione da parte dell'agente, o da quest'ultimo agevolata, risulti diretta alla realizzazione dell'atto sessuale.

Parimenti, sulla base del disposto normativo *ex art. 609 ter c.p. co. 1, n. 2*, è evidente come per il legislatore ai fini della configurazione della aggravante derivante dall'uso di sostanze stupefacenti, il ricorso a tali sostanze rappresenti uno strumento idoneo a costringere o indurre la vittima a compiere o subire atti sessuali, dando luogo ad una situazione maggiormente gravosa rispetto a quella in cui vi sia il mero servirsi della situazione di una situazione di inferiorità della persona offesa.

Nel caso di specie, però, è certa la non necessaria configurazione dell'aggravante, in quanto la persona offesa aveva volontariamente assunto la sostanza stupefacente – nello specifico uno spinello – cedutole da un terzo sine accordo con il ricorrente in Cassazione.

In riferimento alla fattispecie in oggetto, la Suprema Corte, annullava la sentenza impugnata senza rinvio, non ritenendo integrata la circostanza aggravante descritta ai sensi dell'art. 609 *ter c.p. co. 1 n. 2*. Difatti non è possibile addebitare la circostanza aggravante nel caso in cui non vi sia istigazione o agevolazione del ricorrente nel far assumere la droga alla vittima; quest'ultimo, invero, ha soltanto approfittato dello “stordimento” causato dalla droga alla vittima per compiere atti sessuali.

Responsabilità degli enti: il D.Lgs. n. 231/2001 si applica anche all'ente "straniero" per reato commesso in Italia

(Cass. Pen., Sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626)

“6.1. (...) Non può non essere rilevato come il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 1, comma 2, nel definire l'ambito applicativo delle disposizioni previste dallo stesso decreto legislativo non preveda alcuna distinzione fra gli enti aventi sede in Italia e quelli aventi sede all'estero.

6.2. D'altro canto, va notato come la responsabilità dell'ente (...) sia una responsabilità, sia pure autonoma, «derivata» dal reato, di tal che la giurisdizione va apprezzata rispetto al reato-presupposto, a nulla rilevando che la colpa in organizzazione e dunque la predisposizione di modelli non adeguati sia avvenuta all'estero.

Coerentemente con tale impostazione, l'art. 36 del decreto affida difatti la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi al giudice penale competente per i reati dai quali essi dipendono e l'art. 38 dello stesso decreto esprime un chiaro favore verso il *simultaneus processus* ai fini dell'accertamento del reato-presupposto e dell'illecito amministrativo da esso derivante nell'ambito dello stesso procedimento.

6.3. Conferma l'assunto secondo il quale la giurisdizione va apprezzata con riferimento al reato-presupposto (...) [l']art. 4, che – nel disciplinare la situazione opposta in cui il reato-presupposto sia stato commesso all'estero nell'interesse o a vantaggio di un ente avente la sede principale in Italia – assoggetta l'ente alla giurisdizione nazionale nei casi e alle condizioni previste dagli artt. 7,8,9 e 10 c.p., purché nei suoi confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto (...).

6.4. Condivisibile risulta inoltre il passaggio argomentativo nel quale la Corte (...) ha notato come, ai fini della procedibilità in ordine all'illecito amministrativo, sia del tutto irrilevante la nazionalità (...) dell'ente, non essendovi ragione alcuna per ritenere che le persone giuridiche siano soggette ad una disciplina speciale rispetto a quella vigente per le persone fisiche sì da sfuggire ai principi di obbligatorietà e di territorialità della legge penale codificati all'art. 3 c.p. e art. 6 c.p., comma 1 (...).

6.6. (...) È del tutto irrilevante la circostanza che il centro decisionale dell'ente si trovi all'estero e che la lacuna organizzativa si sia realizzata al di fuori dei confini nazionali, così come, ai fini della giurisdizione dell'A.G. italiana, è del tutto indifferente la circostanza che un reato sia commesso da un cittadino straniero residente all'estero o che la programmazione del delitto sia avvenuta oltre confine.

6.7. (...) Non può non rilevarsi come l'inapplicabilità alle imprese straniere delle regole e degli obblighi previsti dal Decreto n. 231 ed il conseguente esonero da responsabilità amministrativa realizzerebbe un'indebita alterazione della libera concorrenza rispetto agli enti nazionali, consentendo alle prime di operare sul territorio italiano senza dover sostenere i costi necessari per la predisposizione e l'implementazione di idonei modelli organizzativi.

6.9. (...) Si deve affermare il principio di diritto secondo il quale la persona giuridica è chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo derivante da un reato-presupposto per il quale sussista la giurisdizione nazionale commesso dai propri legali rappresentanti o sogget-

ti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza, in quanto l'ente è soggetto all'obbligo di osservare la legge italiana e, in particolare, quella penale, a prescindere dalla sua nazionalità o dal luogo ove esso abbia la propria sede legale ed indipendentemente dall'esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che disciplino in modo analogo la medesima materia anche con riguardo alla predisposizione e all'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione atti ad impedire la commissione di reati fonte di responsabilità amministrativa dell'ente stesso."

Nota di Giovanni Sodano

La vicenda processuale prende le mosse dalle indagini avviate per il delitto di cui all'art. 319 *ter* c.p. nei confronti del coadiutore di una procedura fallimentare accusato di aver favorito due società con sede legale all'estero nell'acquisizione di beni dell'azienda fallita a condizioni vantaggiose e con preferenza rispetto ad altri potenziali acquirenti, ricevendo quale corrispettivo della prestazione resa una somma di danaro dai rappresentanti legali degli enti, anch'essi imputati nel medesimo procedimento.

Secondo l'ipotesi accusatoria, il reato per il quale si procede sarebbe stato realizzato nell'interesse e a vantaggio delle persone giuridiche suindicate, giustificandone, pertanto, il rinvio a giudizio ai sensi degli artt. 5 e 25 del d.lgs. 231 del 2001.

Ricorrono in Cassazione tutti gli imputati, chiedendo la riforma integrale della pronuncia con la quale la Corte d'Appello di Roma confermava la sentenza del Tribunale capitolino che aveva dichiarato ai sensi dell'art. 129, co. 2, c.p.p. il non doversi procedere nei confronti degli imputati per intervenuta prescrizione del reato e, di converso, condannato le persone giuridiche al pagamento di una sanzione pecuniaria di 300 quote, ciascuna dell'importo di 1000 euro.

Dichiarata l'inammissibilità delle doglianze formulate dai ricorrenti persone fisiche, la Corte si sofferma sulla disamina delle censure di merito formulate dalle società ricorrenti, fondate essenzialmente sulla presunta insussistenza della giurisdizione italiana, avendo le stesse la rispettiva sede legale al di fuori dei confini nazionali.

Preliminarmente, il giudice di legittimità osserva come, nel delimitare l'efficacia spaziale delle disposizioni del decreto, l'art. 4 del d.lgs. 231 subordina, per l'ipotesi di commissione all'estero dei reati imputabili all'ente, l'applicabilità della disciplina in tema di responsabilità delle persone giuridiche ad una duplice condizione, ovvero che l'impresa straniera abbia sul territorio nazionale una sede principale e che il reato presupposto sia sottoposto all'applicazione della legge penale italiana ai sensi degli artt. 7 e ss. c.p.

La disposizione in esame non fornisce nondimeno indicazioni di sorta circa la diversa ipotesi in cui l'ente abbia sede legale all'estero e il reato per il quale si procede sia stato realizzato entro i confini nazionali.

La lacunosità del dato normativo non impedisce, tuttavia, ad avviso di giudici di legittimità, di ritenere meritevoli di accoglimento le doglianze formulate dai ricorrenti.

In tal senso, la Corte osserva anzitutto come l'art.1, comma 2, del d.lgs. 231, nel definire l'ambito oggettivo di operatività del decreto, non operi alcun distinguo tra enti con sede all'estero o sul territorio nazionale.

Condividendo le argomentazioni poste a fondamento della pronuncia di secondo grado, il Collegio mette in luce come non vi sia, d'altronde, ragione alcuna per differenziare il tratta-

mento riservato alle persone giuridiche rispetto a quello previsto per le persone fisiche, consentendo loro di sfuggire ai principi di obbligatorietà e di territorialità della legge penale codificati all'art. 3 c.p. e art. 6 c.p.

La nazionalità dell'ente al pari di quella della persona fisica non può, in quanto tale, giustificare in definitiva una deroga al principio di obbligatorietà e territorialità della legge penale. Una lettura di segno opposto comporterebbe, invero, un inevitabile *vulnus* al principio di uguaglianza poiché foriera di un'evidente disparità di trattamento tra persona fisica e giuridica.

Né, malgrado il giudice di legittimità non si esprima sul punto, consente di giungere a conclusioni opposte la presunta natura amministrativa della responsabilità da reato delle persone giuridiche. Com'è stato accuratamente osservato dalla giurisprudenza di merito, che l'applicazione della legge nazionale non sia correlata alla matrice della responsabilità dell'ente trova conferma nella circostanza in base alla quale, sebbene le norme sulla circolazione stradale abbiano notoriamente natura amministrativa, mai si è dubitato della possibilità di estenderne l'operatività ai soggetti stranieri circolanti in Italia ²⁰.

Del tutto irrilevante, dunque, che la predisposizione di modelli organizzativi non adeguati, su cui si fonda la colpa in organizzazione dell'ente ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 231, si sia concretizzata, come nel caso di specie, all'estero.

Rispetto alla possibilità, prospettata dalle difese, che una soluzione del genere comporti il rischio di un trattamento discriminatorio tra persone giuridiche aventi sede legale in Stati membri differenti in contrasto con la libertà di stabilimento stabiliti dagli artt. 49 e 55 TFUE, la Corte osserva, infine, come si dovrebbe allora ritenere che il cittadino straniero non possa essere chiamato a rispondere di un reato commesso in Italia per il solo fatto che, nel proprio ordinamento, le regole poste a disciplina dell'attività presidiata dalla sanzione penale siano diverse, soluzione, quest'ultima, manifestamente in contrasto con i principi di obbligatorietà e di territorialità sanciti dal nostro codice penale.

In conclusione, la Corte enuncia, dunque, il seguente principio di diritto: *“la persona giuridica è chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo derivante da un reato-presupposto per il quale sussista la giurisdizione nazionale commesso dai propri legali rappresentanti o soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza, in quanto l'ente è soggetto all'obbligo di osservare la legge italiana e, in particolare, quella penale, a prescindere dalla sua nazionalità o dal luogo ove esso abbia la propria sede legale ed indipendentemente dall'esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che disciplino in modo analogo la medesima materia anche con riguardo alla predisposizione e all'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione atti ad impedire la commissione di reati fonte di responsabilità amministrativa dell'ente stesso”*.

²⁰ Trib. Milano, Giudice per le indagini preliminari, dr. Salvini, ord. 27 aprile 2004, Siemens AG.

La sottrazione dei dati informatici integra appropriazione indebita

(Cass. Pen., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959)

“1.1. (...) La questione che la Corte è chiamata ad affrontare concerne la possibilità di qualificare i dati informatici, in particolare singoli files, come cose mobili, ai sensi delle disposizioni della legge penale e, specificamente, in relazione alla possibilità di costituire oggetto di condotte di appropriazione indebita. (...)

1.2.2. Con alcune pronunce è stato escluso che i files possano formare oggetto del reato di cui all’art. 624 c.p., osservando che, rispetto alla condotta tipica della sottrazione, la particolare natura dei documenti informatici rappresenta un ostacolo logico alla realizzazione dell’elemento oggettivo della fattispecie incriminatrice, (...) poiché in tale ipotesi non si realizza la perdita del possesso della res da parte del legittimo detentore (...).

Analogamente, con riguardo al delitto di appropriazione indebita, si è più volte affermato che oggetto materiale della condotta di appropriazione non può essere un bene immateriale (...), salvo che la condotta abbia ad oggetto i documenti che rappresentino i beni immateriali (...).

1.2.3. Solo di recente è stata affermata la possibilità che oggetto della condotta di furto possono essere anche i files (...).

1.3. (...) le prime pronunce (...) traggono spunto in primo luogo, quanto alla specificità del delitto di appropriazione indebita, dal tenore testuale della norma incriminatrice che individua l’oggetto materiale della condotta nel “denaro od altra cosa mobile”; si richiamano alla nozione di “cosa mobile” (...) caratterizzata dalla necessità che la cosa sia suscettibile di “fisica detenzione, sottrazione, impossessamento od appropriazione (...)”; ne fanno conseguire l’esclusione delle entità immateriali – le opere dell’ingegno, le idee, le informazioni in senso lato – dal novero delle cose mobili suscettibili di appropriazione, considerata anche l’unica espressa disposizione normativa che equipara alle cose mobili le energie (previsione contenuta nell’art. 624 c.p., comma 2).

1.4. La Corte non ignora l’esistenza di ragioni di ordine testuale, sistematico e di rispetto dei principi fondamentali di stretta legalità e tassatività delle norme incriminatrici (...).

Occorre, però, (...) interpretare talune categorie giuridiche che, coniate in epoche in cui erano del tutto sconosciute le attuali tecnologie informatiche, devono necessariamente essere nuovamente considerate, al fine di render effettiva la tutela cui mirano le disposizioni incriminatrici dei delitti contro il patrimonio.

1.5.2. Secondo le nozioni informatiche comunemente accolte (per tutte, le specifiche ISO), il file è l’insieme di dati, archiviati o elaborati (ISO/IEC 23821:1993), cui sia stata attribuita una denominazione secondo le regole tecniche uniformi; si tratta della struttura principale con cui si archiviano i dati su un determinato supporto di memorizzazione digitale. Questa struttura possiede una dimensione fisica che è determinata dal numero delle componenti, necessarie per l’archiviazione e la lettura dei dati inseriti nel file. (...)

1.5.3. Questi elementi descrittivi consentono di giungere ad una prima conclusione: il file, pur non potendo essere materialmente percepito dal punto di vista sensoriale, possiede una dimensione fisica costituita dalla grandezza dei dati che lo compongono, come dimostrano

l'esistenza di unità di misurazione della capacità di un file di contenere dati e la differente grandezza dei supporti fisici in cui i files possono essere conservati e elaborati. L'assunto da cui muove l'orientamento maggioritario, giurisprudenziale e della dottrina, nel ritenere che il dato informatico non possieda i caratteri della fisicità, propri della "cosa mobile" (nella nozione penalistica di quel termine) non è, dunque, condivisibile (...)

1.7. (...) In conclusione, pur se difetta il requisito della apprensione materialmente percepibile del file in sé considerato (se non quando esso sia fissato su un supporto digitale che lo contenga), di certo il file rappresenta una cosa mobile, definibile quanto alla sua struttura, alla possibilità di misurarne l'estensione e la capacità di contenere dati, suscettibile di esser trasferito da un luogo ad un altro, anche senza l'intervento di strutture fisiche direttamente apprensibili dall'uomo.

1.9. (...) Alla stregua delle considerazioni che precedono, va quindi affermato il seguente principio di diritto: i dati informatici (files) sono qualificabili cose mobili ai sensi della legge penale e, pertanto, costituisce condotta di appropriazione indebita la sottrazione da un personal computer aziendale, affidato per motivi di lavoro, dei dati informatici ivi collocati, provvedendo successivamente alla cancellazione dei medesimi dati e alla restituzione del computer "formattato".

Nota di Stefania Barone

Il caso in esame trae origine da un ricorso per Cassazione proposto avverso la sentenza della Corte di Appello di Torino che affermava la responsabilità penale dell'imputato in ordine al reato di cui all'art. 646 c.p. per la sottrazione di dati informatici societari.

Nella specie, la vicenda oggetto del processo riguardava le condotte poste in essere da un dipendente di una società che, dopo essersi dimesso, aveva restituito il *notebook* aziendale, a lui affidato nel corso del rapporto di lavoro, con l'*hard disk* formattato, così provocando il malfunzionamento del sistema informatico aziendale e impossessandosi dei dati originariamente esistenti, che in parte venivano ritrovati nella disponibilità dell'imputato, su *computer* da lui utilizzato nella nuova azienda, operante nel medesimo settore, ove era stato assunto.

La difesa lamentava, tra gli altri motivi, la violazione di legge in riferimento all'art. 646 c.p. per aver ritenuto in modo erroneo che i dati informatici fossero suscettibili di appropriazione indebita, non potendo essere considerati cose mobili.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione è chiamata ad affrontare, quindi, la questione relativa alla possibilità di qualificare i dati informatici come cose mobili ai sensi dell'art. 646 c.p..

Il Supremo Collegio sottolinea, innanzitutto, la specificità del delitto di appropriazione indebita, che individua l'oggetto materiale della condotta nel "*denaro od altra cosa mobile*", rilevando che la nozione di "*cosa mobile*" risulta caratterizzata dalla necessità che la "*cosa*" sia suscettibile di "*fisica detenzione, sottrazione, impossessamento od appropriazione, e che a sua volta possa spostarsi da un luogo ad un altro o perché ha l'attitudine a muoversi da sé oppure perché può essere trasportata da un luogo ad un altro o, ancorché non mobile ab origine, resa tale da attività di mobilitazione ad opera dello stesso autore del fatto, mediante sua avulsione od enucleazione*".

I Giudici della seconda sezione, riflettono, poi, sulle nozioni informatiche comunemente accolte, secondo cui il *file* è l'insieme di dati, archiviati o elaborati, cui sia stata attribuita una

denominazione secondo le regole tecniche uniformi; in altre parole, costituisce la struttura principale con cui è possibile archiviare i dati su un determinato supporto di memorizzazione digitale.

Evidenziano, inoltre, che il *file* possiede una dimensione fisica che è determinata dal numero delle componenti, necessarie per l'archiviazione e la lettura dei dati in esso inseriti.

Le apparecchiature informatiche, infatti, elaborano i dati inseriti in un *file* mediante il sistema binario, classificando e attribuendo ai dati il corrispondente valore mediante l'utilizzo delle cifre binarie (c.d. *bit*).

Tali elementi, quindi, non possono essere considerati mere entità astratte in quanto sono dotati di una propria fisicità, così come sostenuto anche dalla dottrina più accorta, poiché occupano fisicamente una porzione di memoria quantificabile, la dimensione della quale dipende dalla quantità di dati che in essa possono esser contenuti.

In più, i *files* sono soggetti ad operazioni, quali la creazione, la copiatura e l'eliminazione, tecnicamente registrate o registrabili dal sistema operativo.

Di conseguenza, il *file*, pur non potendo essere materialmente percepito dal punto di vista "sensoriale", possiede una dimensione fisica costituita dalla grandezza dei dati che lo compongono e dalla capacità di essere trasferito da un supporto informatico ad un altro, mantenendo le proprie caratteristiche strutturali, così come la possibilità che lo stesso dato viaggi attraverso la rete *Internet* per essere inviato da un sistema o dispositivo ad un altro sistema, oppure per essere conservato in ambienti virtuali (c.d. *cloud*), del tutto equiparabili a luoghi fisici in cui gli elaboratori conservano e trattano i dati informatici.

Tutte queste caratteristiche fondano, a parere degli Ermellini, il presupposto logico della possibilità del dato informatico di formare oggetto di condotte di sottrazione e appropriazione.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, la Corte di Cassazione afferma il seguente principio di diritto: "*i dati informatici (files) sono qualificabili cose mobili ai sensi della legge penale e, pertanto, costituisce condotta di appropriazione indebita la sottrazione da un personal computer aziendale, affidato per motivi di lavoro, dei dati informatici ivi collocati, provvedendo successivamente alla cancellazione dei medesimi dati e alla restituzione del computer "formattato".*"

In conclusione, la Corte di Cassazione con la sentenza in commento opera una rivisitazione della qualificazione giuridica del dato informatico, classificandolo nel *genus* della cosa mobile, definibile quanto alla sua struttura, alla possibilità di misurarne l'estensione e la capacità di contenere dati, nonché dotato di un intrinseco valore economico, suscettibile di esser trasferito da un luogo ad un altro, anche senza l'intervento di strutture fisiche direttamente apprensibili dall'uomo. Pertanto, la limitazione che deriverebbe dal difetto del requisito della "*fisicità*" della detenzione non costituisce elemento in grado di ostacolare la riconducibilità del dato informatico alla categoria della cosa mobile, né lede il principio di tassatività che governa l'attività interpretativa giurisdizionale affinché l'applicazione della fattispecie incriminatrice non avvenga al di fuori dei casi espressamente considerati.

Il traffico di influenze illecite e il “vecchio” millantato credito alla luce della c.d. L. Spazzacorrotti

(Cass. Pen., Sez. VI, 14 aprile 2020, n. 12095)

“(…) 3. Deve al riguardo in generale osservarsi che il reato di traffico di influenze è destinato ad assicurare copertura anticipata a tutte le forme di programmata interferenza con l’agire della P.A., idonea ad alterarne il buon andamento.

In tale prospettiva la legge 3 del 2019, in luogo dell’equivoco riferimento alla millanteria, contenuto nell’originaria fattispecie di cui all’art. 346 cod. pen., contrapposta allo sfruttamento di relazioni esistenti, ha incluso nell’unica fattispecie di cui al riformulato art. 346-bis, cod. pen., sia la relazione asserita sia quella esistente, nel contempo dando alternativamente rilievo tanto alla vanteria, quale allegazione autoreferenziale di una specifica capacità di influenza, quanto allo sfruttamento di quella capacità, in funzione della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, quale prezzo della mediazione illecita verso un soggetto qualificato o quale remunerazione dell’esercizio da parte di questo delle sue funzioni o dei suoi poteri.

Ciò significa che la fattispecie non riposa necessariamente sulla millanteria o sulla vanteria, ma può essere integrata dalla correlazione eziologica tra promessa o dazione da un lato e sfruttamento della capacità di influenza dall’altro, in quanto quest’ultima costituisca un dato che non necessita di specifica illustrazione ma possa dirsi il presupposto anche implicito dell’intercorsa pattuizione o comunque della dazione.

4. Va poi rimarcato che l’ipotesi del traffico di influenze è caratterizzata da una clausola di sussidiarietà espressa, in forza della quale la stessa sfumatura ed è assorbita, ove sia invece configurabile un vero e proprio patto corruttivo, riconducibile alle fattispecie di cui agli artt. 318, 319, 319-ter o ai reati di cui all’art. 322-bis.

Conseguentemente deve escludersi la configurabilità del delitto di cui all’art. 346-bis cod. pen. allorché la promessa o la dazione siano volte a remunerare il pubblico ufficiale e questo sia direttamente attratto nel patto, divenendone partecipe, quale beneficiario diretto o indiretto del denaro o dell’utilità. (…)

5. Devono peraltro formularsi ancora due precisazioni di carattere generale.

5.1. In primo luogo si rileva che il reato di cui all’art. 346-bis è aggravato se chi indebitamente fa dare denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio: ciò, al fine di distinguere tale fattispecie da quella della corruzione, implica che la qualifica venga in rilievo come mera qualità di posizione, non implicante il dinamico manifestarsi di competenze e poteri del soggetto qualificato, risultando ravvisabile il delitto di corruzione quando al contrario risultino specificamente dedotti all’interno del patto quelle competenze o quei poteri.

Va infatti richiamato il principio consolidato in forza del quale il delitto di corruzione rientra tra i reati funzionali, con la conseguenza che l’atto dedotto nel patto, se non deve essere ricompreso nelle specifiche mansioni, deve comunque rientrare nelle competenze dell’ufficio cui il soggetto appartiene e in relazione al quale eserciti o possa esercitare una forma di ingerenza, sia pure di fatto (…).

Tale principio deve essere letto alla luce di quello in forza del quale l'atto di ufficio deve concretare l'esercizio dei poteri funzionali, non rientrando in esso quello che debba intendersi compiuto «in occasione dell'ufficio» e che se del caso si risolva nella mera segnalazione o raccomandazione (...).

5.2. In secondo luogo deve osservarsi che la relazione di sussidiarietà rispetto alle ipotesi di corruzione implica che, in presenza di elementi di per sé coerenti con la sussunzione nella fattispecie del traffico di influenze, il delitto di corruzione possa dirsi prevalente, solo in quanto questo sia non solo genericamente prospettato ma anche concretamente suffragato, in ragione del fatto che originariamente il prezzo fosse causalmente destinato al soggetto qualificato e non volto a compensare una mediazione (...) o che comunque il soggetto qualificato fosse stato effettivamente reso partecipe del patto, quale beneficiario della dazione o della promessa in relazione all'esercizio delle sue funzioni, essendo per contro insufficiente la mera consegna sine titolo di somme ad un intermediario, in mancanza di elementi idonei a dimostrare che si sia consumato un episodio di corruzione (...).”

Nota di Monica Ricceri

Con la pronuncia in epigrafe la Corte di Cassazione si è pronunciata su una delle questioni sorte a seguito della riforma attuata con la l. 3/2020, (c.d. Spazzacorrotti), che ha abrogato il reato di millantato credito di cui all'art. 346 c.p., contestualmente assorbito nella nuova formulazione del successivo art. 346 *bis* c.p.

In particolare viene meglio chiarito il perimetro applicativo della fattispecie di traffico di influenze illecite, riconoscendone un ampliamento, successivo alla novella.

L'intervento giurisprudenziale ha tratto origine da un ricorso della Procura avverso un'ordinanza emessa dal Tribunale del Riesame di Potenza con la quale era stato parzialmente annullato il provvedimento che applicava la misura degli arresti domiciliari nei confronti di un indagato, con riferimento al capo di imputazione attinente all'art. 346 *bis* c.p., ravvisandosi, piuttosto, il *fumus* del delitto di corruzione.

La motivazione del Tribunale si fondava sull'insussistenza di una vanteria in capo all'agente, collaboratore di fiducia di un importante uomo politico, e sul fatto che il soggetto passivo fosse autonomamente in grado di mantenere contatti diretti con personaggi influenti, elementi che escludevano la sussunzione della fattispecie concreta nell'alveo dell'art. 346 *bis* c.p.

La Corte ha accolto il ricorso e ha annullato con rinvio l'ordinanza impugnata, ritenendo indebito il riferimento alla vanteria come elemento necessario ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 346 *bis* c.p.

In particolare, nella pronuncia viene illustrato il quadro composito in cui si articola la fattispecie del traffico di influenze illecite, in virtù della nuova formulazione della norma e dell'assorbimento del millantato credito.

Ne è derivata, infatti, una disciplina che include sia la relazione asserita che quella esistente e nella quale si dà rilievo, alternativamente, tanto alla vanteria, intesa come «allegazione autoreferenziale di una specifica capacità di influenza», quanto allo sfruttamento della relazione allo scopo della mediazione con il soggetto qualificato o della sua remunerazione.

In tale contesto, la Corte afferma che la fattispecie di cui all'art. 346 *bis* c.p. «non riposa necessariamente sulla millanteria o sulla vanteria, ma può essere integrata dalla correlazione

eziologica tra promessa o dazione da un lato e sfruttamento della capacità di influenza dall'altro, in quanto quest'ultima costituisca un dato che non necessiti di specifica illustrazione ma possa dirsi il presupposto anche implicito dell'intercorsa pattuizione o comunque della dazione».

Pertanto, per essere punito ai sensi dell'art. 346 *bis* c.p., è sufficiente che il “faccendiere” (ossia colui che riceve la promessa o la dazione) consapevolmente si avvalga dell'influenza che gli viene riconosciuta, non essendo necessario, invece, che ricorra una specifica prospettazione, da parte sua, in termini di vanteria.

Ulteriori specificazioni sono contenute con riferimento al rapporto tra il traffico di influenze illecite e le fattispecie corruttive.

Preliminarmente, per meglio comprendere l'operazione di confronto attuata dalla Corte, è opportuno richiamare la *ratio legis* sottesa all'art. 346 *bis* c.p. che viene indicata nell'esigenza di «assicurare copertura anticipata a tutte le forme di programmata interferenza con l'agire della P.A., idonea ad alterarne il buon andamento».

I giudici si riportano alla clausola di sussidiarietà espressa, contenuta in apertura dell'art. 346 *bis* c.p., in forza della quale il traffico di influenze viene assorbito dalle fattispecie di cui agli artt. 318, 319, 319 *ter*, 322 *bis* c.p. qualora sia configurabile un patto corruttivo nel quale venga direttamente attratto il soggetto qualificato.

In tali ipotesi, infatti, non si verificherebbe la necessità di fornire una tutela anticipata rispetto a un rischio di coinvolgimento dell'effettivo esercizio della funzione, in quanto tale coinvolgimento si sarebbe già verificato.

Dunque si può osservare che la Corte pone alla base della propria motivazione natura e funzione del reato di traffico di influenze, che rappresenta un reato di pericolo, prodromico alla corruzione e che, della corruzione consumata, costituisce un antecedente non punibile.

Viene, poi, sottolineato che l'art. 346 *bis* comma 3 c.p. introduce un'aggravante nel caso in cui l'agente sia un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio.

Ciò implica che la qualifica venga in rilievo come qualità di posizione «*non implicante il dinamico manifestarsi di competenze e poteri del soggetto qualificato*»; al contrario tale manifestazione si realizzerebbe nel reato di corruzione.

La Corte, a questo punto, ricorda anche il principio, consolidato nella sua giurisprudenza, in virtù del quale la corruzione è un reato funzionale ossia che l'atto dedotto nel patto, qualora non appartenga alle specifiche mansioni del soggetto corrotto, debba rientrare nelle competenze o nella funzione dell'ufficio nel quale egli è inserito²¹.

Inoltre, nella pronuncia si evidenzia che, nel delitto di corruzione, il “prezzo” pattuito viene causalmente destinato al soggetto qualificato e non è meramente volto a compensare una mediazione. Ciò significa che, in presenza di elementi coerenti alla sussunzione di una fattispecie nel traffico di influenze, il delitto di corruzione prevarrebbe – stante la clausola – solo se il soggetto qualificato risulti essere stato effettivamente partecipe dell'atto.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che, nel caso di specie, il Tribunale avesse ingiustificatamente ravvisato un *fumus* di corruzione, senza, tuttavia, specificare adeguatamente la connotazione funzionale del patto e quella causale della dazione di denaro.

²¹ Cfr. Cass. pen. Sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 17973.

Concorso in omicidio: irrilevante l'individuazione dell'esecutore

(Cass. Pen., Sez. I, 16 aprile 2020, n. 12309)

“4.2. (...) la Corte territoriale, pur riconoscendo l'indiscutibilità del principio affermato dalla pronuncia (...) Sez. U, n. 45276 del 30/10/2003, P.G., (...) relativa in modo specifico al concorso morale del mandante di un omicidio (...), rileva che in tema di concorso di persone nel reato, la volontà di concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo o, comunque, la reciproca consapevolezza del concorso altrui, essendo sufficiente che la coscienza del contributo fornito all'altrui condotta esista unilateralmente, e che essa può indifferentemente manifestarsi o come previo concerto o come intesa istantanea ovvero come semplice adesione all'opera di un altro che rimane ignaro, richiamando, in tal modo, il principio altrettanto indiscutibile stabilito da Sez. U, n. 31 del 22/11/2000 – dep. 03/05/2001 (...) e ribadito da una serie di pronunce successive di questa Corte (...).

Osserva, quindi, detta Corte: – che “può anche restare incerto chi, dei due imputati, che sono accusati di avere commesso un omicidio in concorso, lo abbia materialmente commesso, posto che sia accertato che è stata solo una persona a compiere l'azione tipica, ed essendo altresì certo che erano entrambi presenti sul luogo e al momento della consumazione del delitto, e in posizione utile, per l'estrema prossimità alla vittima”; – che “tale incertezza non esclude ed è compatibile con la possibilità che sia raggiunta la prova certa che chi ha materialmente commesso l'omicidio, abbia agito in esecuzione di un previo o contestuale accordo – anche nella forma dell'intesa istantanea – e nella consapevolezza di poter contare sul pieno appoggio del proprio sodale e quindi abbia agito con una determinazione che traeva anche dalla sola presenza fisica del complice ragione concreta di consolidamento e di rafforzamento, sotto il profilo di un maggior stimolo all'azione o anche solo di un maggior senso di sicurezza nella propria condotta”; – che “di contro chi dei due non sia autore dell'azione materiale dell'azione delittuosa, nondimeno abbia concorso moralmente alla realizzazione del delitto con la sua presenza, in quanto motivata da un previo accordo o comunque correlata a una precedente manifestazione della volontà di commettere il delitto, e idonea a supportare sul piano psicologico e di rafforzamento del proposito criminoso l'azione dell'autore materiale del delitto”; – che “se il concorso non è provato, neppure nei termini di una compartecipazione morale alla realizzazione del reato, allora l'esito del giudizio, persistendo l'incertezza sull'autore materiale, non può che essere l'assoluzione di entrambi gli imputati”; che “se il concorso nei termini e limiti anzidetti è provato, allora l'esito non può che essere la condanna di entrambi gli imputati, ancorché sia incerto chi dei due abbia materialmente eseguito il delitto” (...)

4.3. (...) Non è illogica perciò la motivazione che fonda la concorrente responsabilità di due soggetti (...) per l'omicidio posto in essere con modalità tali da richiedere la partecipazione di entrambi, pur non essendo stato possibile individuare tra essi l'autore materiale, quando, esclusi possibili interventi di terzi, sia stata indiziariamente dimostrata anche la condivisione delle azioni successivamente poste in essere per disfarsi del cadavere e occultare le prove nonché subornare i testimoni in grado di riferire delle condotte precedenti e contestuali al delitto.”

La sentenza in commento trae origine da un ricorso per Cassazione proposto avverso la pronuncia della Corte distrettuale con la quale i giudici di merito hanno condannato, in accordo con quanto disposto in primo grado, alla pena detentiva di anni ventisette e anni trenta i due imputati principali poiché riconosciuti colpevoli di concorso in omicidio, dei reati connessi di detenzione e porto in luogo pubblico di arma da sparo e del reato di distruzione di cadavere. È stato altresì condannato ad anni quattro il terzo soggetto, imputato del delitto di incendio colposo e favoreggiamento, riconosciuto colpevole di aver cagionato l'incendio del luogo in cui è stato consumato l'omicidio ad opera degli altri imputati e di averli aiutati a eludere le indagini. La prima sezione penale della Cassazione ha rigettato i ricorsi proposti dai primi due imputati e ha dichiarato inammissibile quello presentato dal terzo. I numerosi motivi dedotti dalle parti attengono principalmente al quadro probatorio su cui le pronunce di merito hanno posto le basi e che, seppur infondati, hanno offerto uno spunto al Supremo Collegio per pronunciarsi su delle rilevanti questioni di diritto.

La Corte di legittimità ha innanzitutto affrontato una questione di carattere processuale, relativa alla contestata utilizzabilità delle deposizioni rese da alcuni parenti della vittima in qualità di testimoni anziché di indagati per reato connesso, siccome al contempo erano stati sottoposti ad indagini per il reato di false informazioni al Pubblico Ministero per un altro procedimento. Tuttavia quest'ultimo viene giudicato come separato, prima dalla Corte territoriale e successivamente dalla Cassazione, dal momento che l'unico punto di contatto con il presente processo è rinvenibile nel fatto che «la prova dei reati che ne sono oggetto deriva, almeno in parte, da una stessa fonte». Le Corti hanno posto in evidenza come tale ipotesi esuli assolutamente dal perimetro di applicazione dell'art. 371, comma 2, lett. b), c.p.p. e che debba pertanto essere esclusa l'incompatibilità a testimoniare prevista dall'art. 210 c.p.p. A sostegno di tale scelta la Corte di legittimità richiama numerose pronunce precedenti²², in base alla quale le dichiarazioni inutilizzabili sono quelle rese da un soggetto indagato per un reato che sia in un rapporto di connessione probatoria con quello per cui si procede, ovvero quando più illeciti penali rispetto la prova della loro esistenza dipendano da un unico fatto.

Un ulteriore motivo di impugnazione addotto consiste nel vizio di travisamento dei fatti, assistito dalla richiesta di rivalutazione del materiale probatorio. Gli Ermellini giudicano tale censura inammissibile, poiché la legge non consente di dedurre il vizio di travisamento del fatto, ma unicamente della prova.

La Cassazione conferma la condanna per i due imputati di concorso in omicidio, evidenziando un profilo di grande rilievo riguardante la contestata carenza di prova di un movente specifico. Infatti viene affermato un principio di irrilevanza del movente ai fini dell'imputazione della responsabilità del delitto di omicidio, in quanto una volta che sia stata raggiunta la prova del dolo dell'azione delittuosa essa non potrà essere scalfita dal giudizio negativo attingente al movente, il quale si colloca in una posizione certamente subordinata.

Tale interpretazione poggia sulla posizione granitica secondo cui il movente è un fatto che assurge il compito di rafforzare la portata degli elementi di prova della responsabilità, ma che al contempo non possiede i caratteri necessari per essere un elemento su cui fondare una pronuncia di condanna; pertanto, per converso, non può esserlo per una censura.

²² Cfr., in particolare, Cass. pen., SS.UU., 1 febbraio 1992, n. 1048.

Si ritiene opportuno porre l'accento su un'importante valutazione, richiamata e condivisa dalla Corte di Cassazione, che è stata effettuata dai Giudici di merito circa il concorso di persone, laddove si osserva che: «la volontà di concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo o, comunque, la reciproca consapevolezza del concorso altrui, in quanto l'attività costitutiva del concorso può essere rappresentata da qualsiasi comportamento esteriore che fornisca un apprezzabile contributo». Difatti è ormai consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui il concorso in omicidio «può esser realizzato attraverso un accordo contestuale all'azione delittuosa nella forma della intesa istantanea».

Inoltre si sottolinea che, ai fini della condanna, non sia necessario stabilire quale dei due concorrenti abbia materialmente commesso l'omicidio, laddove però sia stato provato che entrambi i soggetti fossero presenti sul luogo al momento della consumazione del delitto e che la condotta dell'agente materiale coincida con l'esecuzione di un accordo, precedente o contestuale.

Nel caso di specie la Corte territoriale ha ritenuto sussistenti, sufficienti e convergenti gli indizi rispetto la condivisa volontà degli imputati di commettere l'omicidio – organizzato e deciso sul posto – e dunque del loro pari coinvolgimento, in una misura tale da risultare irrilevante l'accertamento avente ad oggetto chi avesse effettivamente sparato in offesa della vittima.

La conclusione della Cassazione è inevitabilmente quella di ritenere, *in primis*, non illogica la motivazione della sentenza impugnata; *in secundis*, di valutare il complessivo quadro probatorio come «[...] connotato da convergenza e consistenza degli indizi e della loro adeguatezza e rispondenza ai criteri di cui all'art. 192, comma 2, c.p.p.», rigettando dunque i ricorsi per manifesta infondatezza.

Reati perseguibili a querela a seguito dell'introduzione del D.Lgs. 36/2018: nessun avviso alla persona offesa se ha già manifestato la volontà di punizione

(Cass. Pen., Sez. II, 17 aprile 2020, n. 12410)

“2. (...) questa Corte ha già chiarito che, (...) a seguito della modifica del regime di procedibilità per i delitti di cui agli artt. 640 e 646 c.p., introdotta dal D.Lgs. 10 aprile 2018, n. 36, nei procedimenti in corso per il delitto di appropriazione indebita aggravata ex art. 61 c.p., n. 11, l'intervenuta remissione della querela comporta l'obbligo di dichiarare la non procedibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p., ove non ricorrano altre circostanze aggravanti ad effetto speciale (cfr., Cass. Pen., 2, 17.4.2019 n. 21.700, Sibio, che ha richiamato la natura mista, sostanziale e processuale, della procedibilità a querela, da cui discende la necessità di applicare la sopravvenuta disciplina più favorevole nei procedimenti pendenti; ...). (...)

4. Ritiene infine il collegio che il caso di specie esuli dalle ipotesi contemplate dal D.Lgs. n. 36 del 2018, art. 12: al comma 1, tale disposizione prevede, infatti, che “per i reati perseguibili a querela in base alle disposizioni del presente decreto, commessi prima della data di entrata in vigore dello stesso, il termine per la presentazione della querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato”; al comma 2, quindi, si prevede che “se è pendente il procedimento... il giudice... informa la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela ed il termine decorre dal giorno in cui la persona è stata informata”.

In definitiva, quindi, per i reati divenuti perseguibili a querela di parte in forza del decreto legislativo, laddove il processo sia (...) pendente, il giudice è tenuto ad informare la persona offesa del diritto di proporre querela; nel caso in cui la querela non sia stata proposta nel termine di novanta giorni dalla data della ricezione dell'avviso il processo dovrà essere definito con sentenza di non doversi procedere per difetto della necessaria condizione di procedibilità dell'azione penale.

Come è stato chiarito (cfr., Cass. SS.UU., 21.6.2018 n. 40.150, Salatino), la disciplina transitoria di cui al richiamato art. 12 è certamente applicabile ai procedimenti pendenti in Cassazione (...).

E, tuttavia, le stesse SS.UU. “Salatino” hanno condivisibilmente sottolineato (...) che “... l'avviso alla persona offesa non debba essere dato quando risulti dagli atti che il diritto di querela sia già stato formalmente esercitato...” (...)

(...) le conseguenze della irritualità della querela debbono (...) restare a carico della persona offesa in quanto la applicazione (...) della norma transitoria di cui al D.Lgs. n. 36 del 2018, art. 12, finirebbe per risolversi in una “remissione in termini” ovvero nel riconoscimento della possibilità di “sanare” i vizi dell'atto attraverso la sua questa volta rituale formazione. (...)

Com'è noto, l'art. 10 del d.lgs. 36/2018 ha reso il delitto di appropriazione indebita aggravata perseguibile a querela di parte, abrogando il terzo comma dell'art. 646 c.p.

La giurisprudenza si è trovata dinanzi a problemi interpretativi sorti in ordine ai procedimenti azionati *ante* riforma, specie in quelli assenti di una formale querela posta a fondamento dell'azione penale.

Già interpellata sul punto, la Corte di Cassazione, con la sentenza in analisi, ha reso un'interpretazione univoca delle condizioni di procedibilità del reato *de quo* commesso dall'amministratore condominiale.

In tale procedimento, l'imputato ricorreva al Supremo Collegio lamentando una violazione di legge con riferimento agli artt. 120 c.p. e 337 c.p.p. e vizio di motivazione sulla condizione di procedibilità. Il ricorrente rilevava l'assenza di una formale querela posta a base del procedimento, essendo sorto da una denuncia depositata da un soggetto terzo all'uopo incaricato dai condomini, lamentando la mancanza di una delibera assembleare espressiva della volontà del condominio inteso come ente di gestione.

Da ultimo, la difesa rilevava altresì l'assenza di autenticazione delle firme poste sull'atto, così come richiesto dall'art. 337 cpp.

La Corte, ritenendo fondato il ricorso, ha chiarito diversi aspetti riguardanti le condizioni di procedibilità del delitto *de quo* a seguito dell'introduzione della riforma.

Per quel che concerne il regime transitorio per i reati commessi *ante* decreto, l'art. 12 dello stesso dispone al comma 2 che, nel caso di procedimento pendente, il giudice debba informare la persona offesa circa la facoltà di esercitare il diritto di querela, decorrendo il termine di tre mesi da tale momento. La Corte evidenzia, dunque, che *“nel caso in cui la querela non sia stata proposta nel termine [...] il processo dovrà essere definito con sentenza di non doversi procedere per difetto della necessaria condizione di procedibilità dell'azione penale”*. Al fine di evitare interpretazioni *“ingiustificatamente formalistiche”*, i Giudici, richiamando le Sezioni Unite, hanno chiarito che non vi è obbligo di dare tale comunicazione alla persona offesa qualora dagli atti risulti che il diritto di querela sia stato già formalmente esercitato.

Ma quando il diritto di querela, nel caso *de quo*, può dirsi formalmente esercitato?

Nel caso di specie, stante la peculiarità della persona offesa, subentrano specifici requisiti, identificando come soggetto leso il condominio inteso come ente di gestione e oggetto del reato il patrimonio comune.

La Corte ha posto fine alle diverse interpretazioni susseguitesi nelle aule di giustizia circa la soddisfazione dei requisiti previsti dal codice di rito, statuendo che *“per la proposizione di una valida istanza di punizione da parte di un condominio di edifici occorre la preventiva unanime manifestazione di volontà da parte dei condomini volta a conferire all'amministratore l'incarico di perseguire penalmente un soggetto in ordine ad un fatto ritenuto lesivo del patrimonio comune”*.

La presentazione di una valida querela, pertanto, presuppone uno specifico incarico conferito dall'assemblea all'amministratore, poiché, al fine di esternare la volontà punitiva e l'effettivo danno subito dalla persona offesa, vi è la necessità di una piena e completa deliberazione del soggetto passivo nell'interesse della sua personalità e, nel caso di un condominio, vi è necessariamente il coinvolgimento della totalità dei componenti nella sua espressione istituzionale, ossia l'assemblea. I Giudici, inoltre, precisano che è da escludere altresì la validità della querela proposta dal singolo, poiché *“il condominio è strumento di gestione collegiale*

degli interessi comuni dei condomini e l'espressione della volontà di presentare querela passa attraverso detto strumento di gestione collegiale", escludendo la possibilità di una tutela frazionata, stante l'indivisibilità dell'interesse protetto.

La facoltà di proporre la querela, dunque, non spetta neanche all'amministratore privo di delega assembleare. Difatti, la Corte ha precisato che lo stesso necessita di *"uno specifico incarico conferito [...] dall'assemblea condominiale"*, essendo insufficiente la qualifica di amministratore per tutelare gli interessi condominiali a livello penalistico.

La Corte evidenzia altresì che, qualora venga delegato alla proposizione della querela un soggetto differente dall'amministratore, è necessaria l'autenticazione delle firme dei deleganti, poiché *"la mancata autenticazione della sottoscrizione determina l'improcedibilità dell'azione penale"* per garantire la *"sicura provenienza dell'atto dal titolare del diritto di querela"*.

Quanto al contenuto della delibera, è indubbio che non debba esprimere una volontà ipotetica per eventuali azioni da intraprendere e non debba essere una volontà condizionata, dovendo la stessa esprimere una volontà chiara, incondizionata e specificamente volta alla persecuzione dell'autore del fatto.

La Corte, dunque, ha inequivocabilmente chiarito i requisiti di una denuncia-querela formalmente valida.

La sentenza impugnata è stata annullata senza rinvio, rilevando come la Corte d'Appello *"avrebbe dovuto prendere atto della sopravvenuta perseguibilità del reato ad istanza di parte e della irritualità ed inidoneità della istanza di punizione già formalizzata ed agli atti del fascicolo del dibattimento"*.

Il diritto di querela non è formalmente esercitato qualora quest'ultima difetti di uno degli elementi poc'anzi elencati, incorrendo altrimenti in una carenza di legittimazione attiva alla proposizione della denuncia-querela. La Corte ha espressamente richiesto che tale diritto sia stato formalmente esercitato, escludendo situazioni ove *"sostanzialmente"* vi siano delle querele, ma che *"formalmente"* presentino dei vizi insanabili, restando *"le conseguenze della irritualità della querela [...] a carico della persona offesa"* altrimenti vi sarebbe *"remissione in termini"* ovvero un *"riconoscimento della possibilità di sanare i vizi dell'atto attraverso la sua questa volta rituale formazione"*.

Integra il reato di favoreggiamento della prostituzione la locazione “fittizia” di un appartamento adibito a “locale di meretricio”

(Cass. Pen., Sez. II, 13 maggio 2020, n. 14944)

“3. (...) [L]a sentenza impugnata, senza incorrere in alcun vizio logico, ha evidenziato come dai contratti di locazione degli immobili dove è risultato che più persone esercitavano il meretricio, ed anche da alcune conversazioni intercettate (...), sia emerso che negli appartamenti ove le ricorrenti si sono succedute nella qualità di apparenti locatarie veniva, appunto, esercitata la prostituzione da diverse cittadine colombiane, anche in assenza delle ricorrenti, nel contesto della più ampia organizzazione criminale (...). Si tratta di condotte idonee a realizzare il concorso delle ricorrenti nel reato (...) in quanto, secondo la consolidata e condivisibile giurisprudenza di questa Corte di cassazione in tema di reati contro la moralità pubblica ed il buon costume, integra il delitto di favoreggiamento della prostituzione la condotta consistente nel prendere in locazione, nell’interesse di una prostituta, un alloggio dove quest’ultima possa esercitare il meretricio (Sez. 3, n. 810 del 04/12/2008, Rv. 242284; Sez. 3, n. 35373 del 23/05/2007, Rv. 237400), né la configurabilità del reato può essere esclusa in considerazione del fatto che, oltre ad altre persone, anche (...) esercitassero la prostituzione in tali immobili, atteso che la condotta è stata contestata con riferimento al favoreggiamento della prostituzione della pluralità dei soggetti diversi che in tali locali esercitavano in meretricio, peraltro anche in periodi in cui le ricorrenti erano assenti.

Anche il carattere meramente fittizio dell’intestazione alle ricorrenti dei contratti di locazione di cui si tratta non esclude in alcun modo l’agevolazione del meretricio altrui così comunque realizzata da parte di chi esercitava la stessa attività in tali immobili, né può essere accolta la prospettazione difensiva secondo cui si trattava di attività volta soltanto ad agevolare le sfruttatrici ad eludere le indagini di polizia giudiziaria, così dovendosi configurare, al più, il delitto di favoreggiamento personale di cui all’art. 378 c.p., atteso che, invece, da un lato questo presuppone la previa consumazione del reato in relazione al quale si intende agevolare l’autore ad eludere le indagini, mentre la sottoscrizione di un contratto di locazione di un immobile nel quale si sarebbe dovuto esercitare il meretricio precedeva lo sfruttamento di tale attività da parte di terzi e, d’altra parte, non può nemmeno ritenersi che il favoreggiamento della prostituzione sia astrattamente incompatibile con un eventuale concorso nel favoreggiamento personale delle sfruttatrici della stessa attività.

4. Anche i motivi di ricorso con i quali viene contestato il riconoscimento della penale responsabilità (...) in relazione ai delitti di riciclaggio loro contestati sono privi di fondamento: quanto al (...), deve rilevarsi che, senza incorrere in vizio logico alcuno, la Corte territoriale ha evidenziato come lo stesso abbia effettuato in pochi mesi dodici operazioni di trasferimento di denaro a stretti congiunti della (...), ed altresì come da dichiarazioni dello stesso ricorrente, intercettate e trascritte dai periti, sia emerso che egli, pur conoscendo, per le sue frequentazioni con le prostitute, il ruolo svolto dalla (...) e la provenienza del denaro, nella conversazione intercettata non si doleva di questo, bensì solo del fatto che la (...) si fosse rivolta a lui per il trasferimento del denaro in un momento in cui era consapevole di essere controlla-

ta dalla polizia, così esponendolo a pericolo: il percorso argomentativo della sentenza impugnata è, pertanto, privo di illogicità evidenti (...).”

Nota di Annapia Biondi

Con la sentenza in commento la Suprema Corte si pronuncia sulla configurabilità del delitto di favoreggiamento della prostituzione di cui all’art. 3 n. 8 della l. n. 75/1958, del quale risponde anche il mero prestanome nel contratto di locazione dell’immobile adibito al meretricio.

In punto di fatto emergeva che le imputate si avvicendavano in qualità di apparenti locatarie di un appartamento ove diverse donne, esse comprese, esercitavano meretricio, e che tale attività aveva luogo anche in loro assenza.

Venivano formalizzate diverse ipotesi di reato ma, per quanto di interesse, è bastevole in questa sede rappresentare che le imputate venivano tratte a giudizio in concorso con terzi per aver favorito, con la condotta descritta, l’altrui prostituzione.

Avverso la sentenza di condanna veniva proposto ricorso per Cassazione.

La difesa eccepiva che le ricorrenti venivano esse stesse sfruttate, sicché al più sarebbe ipotizzabile il delitto di favoreggiamento personale per aver avvantaggiato le sfruttatrici nell’elusione delle indagini giudiziarie e che, in ogni caso, non sarebbe configurabile il favoreggiamento della prostituzione siccome le altre donne svolgevano la loro attività anche in assenza delle imputate.

La Cassazione, nel respingere i motivi dedotti dalla difesa, muove da un orientamento consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità per il quale il delitto in esame è integrato dalla condotta consistente nel prendere in locazione, nell’interesse di una prostituta, un alloggio dove quest’ultima possa esercitare il meretricio (Sez. 3, n. 810 del 04/12/2008; Sez. 3, n. 35373 del 23/05/2007).

Ribadendo tale assunto, asserisce che *«anche il carattere meramente fittizio dell’instestazione alle ricorrenti dei contratti di locazione di cui si tratta non esclude in alcun modo l’agevolazione del meretricio altrui così comunque realizzata da parte di chi esercitava la stessa attività in tali immobili»*.

Pertanto, la condotta agevolatrice tipizzata viene in essere già con la stipula del contratto, **a nulla rilevando che l’agente sia mero prestanome**, perché tale condizione non pregiudica l’effettivo favoreggiamento del meretricio altrui, comunque attuato.

Il principio delineato dalla Corte è coerente con la natura della fattispecie normativa. Invero, trattasi di reato di pericolo a forma libera che si perfeziona con il mero compimento di *“qualsiasi condotta in qualche modo idonea”* a favorire la prostituzione, indipendentemente dal fatto che quest’ultima abbia o meno a verificarsi (cfr. Cass. n. 29062/2019). Il pregio della pronuncia si coglie, dunque, nell’aver la Cassazione inteso anche l’instestazione fittizia dell’immobile quale forma di interposizione agevolativa suscettibile di facilitare il meretricio. Precipitato logico di tale concezione è che anche la semplice consapevolezza di risultare locatario – seppur apparente – di un appartamento ove altre donne si prostituiscono integra la condotta agevolativa di cui all’art. 3 n. 8 della l. n. 75/1958, segnatamente ravvisabile nell’ap-prestamento di un luogo ove praticare detta attività.

A parere della Corte, neppure può assurgere a rilievo dirimente la circostanza che le imputate fossero esse stesse prostitute presso l’immobile locato. Difatti, la **coincidenza soggettiva**

tra le meretrici e coloro nei cui confronti viene mosso l'addebito penale non preclude la configurazione dell'illecito, siccome l'imputazione viene formulata con precipuo riferimento al favoreggiamento del meretricio *altrui*. In altri termini, ciò che è punito è il residuale apporto agevolativo non della prostituzione propria, bensì di quella esercitata dalle altre donne.

L'interesse di tale precisazione si apprezza poiché chiarisce che il favoreggiamento non può che essere etero-diretto; diversamente, la medesimezza soggettiva tra la prostituta e il favoreggiatore non avrebbe consentito l'integrazione del reato che esige la posizione di terzietà di quest'ultimo rispetto alla prostituta e al cliente (v. Cass. Pen., Sez. III, n. 44918/2004, CED 230422).

Inoltre, la circostanza che le altre donne esercitassero meretricio anche in assenza delle imputate conferma e non esclude il disvalore penale della condotta incriminata, in quanto ne attesta la capacità di sortire efficacia agevolatrice anche a prescindere dalla presenza delle stesse.

Altro profilo di interesse attiene alle argomentazioni spese circa l'ammissibilità del **concorso** tra il delitto di **favoreggiamento della prostituzione** e quello di **favoreggiamento personale** p. e p. all'art. 378 c.p.

Dopo aver delineato le differenze strutturali tra i due reati, l'uno presupponendo la previa consumazione del reato in relazione al quale si intende agevolare l'autore ad eludere le indagini, l'altro prescindendo da tale circostanza, la Cassazione puntualizza che *«non può ritenersi che il favoreggiamento della prostituzione sia astrattamente incompatibile con un eventuale concorso nel favoreggiamento personale delle sfruttatrici della stessa attività»*. In tal modo apre all'ammissibilità di un concorso materiale di reati allorquando l'agente non si limiti a facilitare l'esercizio della prostituzione altrui, bensì sia anche di ausilio agli sfruttatori, frapponendosi tra questi e le indagini giudiziarie in modo da rendere difficoltosa l'identificazione degli autori.

Per concludere, si osserva che il rigore repressivo sotteso alla sentenza in commento va contestualizzato in un panorama ove emerge una politica criminale tenacemente volta ad avversare il fenomeno lucrativo occasionato dalla prostituzione. Terreno, questo, quanto mai scivoloso, ove riflessioni eminentemente giuridiche sono compenstrate da esigenze di natura politica, etica e morale, le quali non possono tuttavia sottrarsi al vaglio dei principi di offensività, materialità e proporzionalità – a tal riguardo, si segnala la pronuncia n. 278/2019 con cui la Corte Costituzionale ha escluso l'incostituzionalità dell'art. 3 n.8 della Legge Merlin –.

Il segreto commerciale ex art. 623 c.p. ricomprende anche il *know-how* aziendale: rivelarlo è reato

(Cass. Pen., Sez. V, 4 giugno 2020, n. 16975)

“5. (...) [I]n tema di delitti contro la inviolabilità dei segreti, non costituisce condizione, ai fini della configurabilità del reato di rivelazione di segreti industriali, la sussistenza dei presupposti per la brevettabilità, ex art. 2585 c.c., della scoperta o dell’applicazione rivelata (...), dovendosi ritenere oggetto della tutela penale del reato in questione il “segreto industriale” inteso in senso lato, ovvero “quell’insieme di conoscenze riservate e di particolari *modus operandi* in grado di garantire la riduzione al minimo degli errori di progettazione e realizzazione e dunque la compressione dei tempi di produzione” (...). Si è bene messo in luce, infatti, nella sentenza impugnata, che è stato il patrimonio di conoscenze acquisito da (...) in tre anni di lavoro – con l’impiego di risorse finanziarie rilevanti, e il lavoro di *equipe*, con il coinvolgimento di diverse competenze tecniche, la ricerca quotidiana, i numerosi test per renderla fruibile ai clienti finali (...) e adattare alle esigenze segnalate – a dare luogo alla combinazione del tutto originale confluita nella chiave dinamometrica realizzata dalla società. È stata, cioè, quella combinazione (...) a consentire ai ricorrenti, avendo incamerato il patrimonio conoscitivo dell’azienda, di mettere a frutto, nel breve volgere di tre mesi, un prodotto tecnologicamente sofisticato e fortemente concorrenziale (...) e di entrare immediatamente nel mercato in modo competitivo. (...).

5.1. Accanto alla protezione offerta al *know how* in ambito civilistico, l’ordinamento nazionale offre (...) protezione anche in sede penale, in particolare, con l’art. 623 c.p., il cui bene giuridico oggetto di tutela è individuato nell’interesse a che non vengano divulgate notizie attinenti ai metodi che caratterizzano la struttura industriale e, pertanto, il c.d. *know how*, vale a dire (...) quel patrimonio cognitivo e organizzativo necessario per la costruzione, l’esercizio, la manutenzione di un apparato industriale (...). Ci si riferisce, con tale espressione, a una tecnica, o una prassi o, oggi, prevalentemente, a una informazione, e, in via sintetica, all’intero patrimonio di conoscenze di un’impresa, frutto di esperienze e ricerca accumulate negli anni, e capace di assicurare all’impresa un vantaggio competitivo, e quindi un’aspettativa di un maggiore profitto economico. (...) L’informazione tutelata dalla norma in questione è, dunque, un’informazione dotata di un valore strategico per l’impresa, dalla cui tutela può dipendere la sopravvivenza stessa dell’impresa.

5.2. Con l’esplicito riconoscimento dell’estensione della tutela prestata dall’art. 623 c.p., al *know-how* aziendale – riconducibile alla interpretazione dichiaratamente evolutiva della (...) Corte di Cassazione – il *know-how* aziendale viene fatto rientrare nel campo di applicazione della norma in quanto riconducibile all’elastica nozione di “applicazione industriale” (...) comprensiva (...) di tutte le innovazioni e gli accorgimenti che “contribuiscono, comunque, al miglioramento e all’aumento della produzione”, ancorché siano privi dei requisiti richiesti per la loro brevettabilità (...) che caratterizzano la struttura industriale e, pertanto, il così detto *know-how*...”). Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che la copertura offerta dall’art. 623 c.p., vada oltre quella predisposta dall’ordinamento civilistico all’invenzione

brevettabile, e il giudice di legittimità ha più volte affermato che, ai fini della tutela penale del segreto industriale, novità (intrinseca od estrinseca) ed originalità non sono requisiti essenziali delle applicazioni industriali, poiché non espressamente richiesti dal disposto legislativo e perché l'interesse alla tutela penale della riservatezza non deve necessariamente desumersi da questi attributi delle notizie protette. (...) Questo vuol dire che, anche se la sequenza delle informazioni, che, nel loro insieme, costituiscono un tutt'uno (...), è costituita da singole informazioni di per sé note, ove detta sequenza sia invece non conosciuta e sia considerata segreta in modo fattivo dall'azienda, essa è di per sé degna di protezione e tutela. (...) È ciò che accade, appunto, nel caso di una azienda che adotti una complessa strategia per lanciare un prodotto sul mercato: i suoi singoli elementi sono senz'altro noti agli operatori del settore, ma l'insieme può essere stato ideato in modo tale da rappresentare un qualcosa di nuovo e originale, costituendo, in tal modo, un vero e proprio tesoro dal punto di vista concorrenziale per l'ideatore.

5.3.1. Il nostro ordinamento conosce già da tempo una nozione di informazione commerciale strutturata secondo le linee tratteggiate dal contesto sovranazionale, definizione confluita nel 2005 nell'art. 98 del codice della proprietà industriale, oggetto di modifiche solo marginali a seguito del recepimento della disciplina Europea. (...)

Piuttosto, deve registrarsi il recepimento degli indirizzi evolutivi affermati della giurisprudenza, cosicché, anche dopo l'intervento legislativo del 2018, può escludersi che il concetto penalistico di segreto soffra interferenze ad opera di quello ricavabile dall'art. 98 del codice di proprietà industriale (...), risultando accolta, dall'art. 623 c.p., una nozione di segreto commerciale più ampia di quella descritta dall'art. 98 c.p.i. (...).”

Nota di Fabiana Memini

Il caso di specie della sentenza in commento riguarda l'utilizzo delle conoscenze ed esperienze richieste per la produzione in tempi rapidi di una chiave dinamometrica, prodotto tecnologicamente sofisticato del mondo automobilistico, da parte di una società concorrente alla società inventrice. Tale risultato era stato possibile attraverso l'utilizzo del complesso di informazioni e conoscenze elaborate negli anni dalla società inventrice e veicolato dai dipendenti della stessa. Nell'impugnare la sentenza di appello la difesa dei ricorrenti, gli ex dipendenti, rappresentavano il differente ambito di operatività dell'art 623 c.p. rispetto al caso di specie.

La Corte di Cassazione nel rigettare il gravame evidenzia gli elementi costitutivi del reato di cui all'art 623 c.p., fattispecie a tutela del “know how” aziendale. In particolare, i giudici di legittimità specificano che tale espressione si riferisce “a una tecnica, o una prassi o, oggi, prevalentemente, a una informazione, e, in via sintetica, all'intero patrimonio di conoscenze di un'impresa, frutto di esperienze e ricerca accumulate negli anni, e capace di assicurare all'impresa un vantaggio competitivo, e quindi un'aspettativa di un maggiore profitto economico. Si tratta di un patrimonio di conoscenze il cui valore economico è parametrato all'ammontare degli investimenti (spesso cospicui) richiesti per la sua acquisizione e al vantaggio concorrenziale che da esso deriva, in termini di minori costi futuri o maggiore appetibilità dei prodotti.”

La Corte prosegue nel rappresentare che in passato il “know how” aziendale trovava tutela solo in ambito civilistico attraverso il codice di proprietà industriale (c.p.i), tuttavia con il

D.Lgs. 11 maggio 2018, n. 63 il legislatore, nel dare attuazione alla direttiva UE 2016/943, coglieva l'occasione per intervenire anche in sede penalistica, riscrivendo l'art 623 c.p. In particolare, si sostituiva l'espressione "applicazioni industriali" in "segreti commerciali" uniformandola alla medesima espressione contenuta nel codice di proprietà industriale (c.p.i.). I giudici di legittimità, tuttavia, avvertono che la comunanza di terminologia non costituisce comunanza di significato: il "segreto commerciale" di cui all'art 623 c.p. è assimilabile al "segreto industriale" ed è differente rispetto al medesimo termine nel c.p.i. Al riguardo ritiene il Collegio che nonostante l'identità terminologica, il significato del "segreto commerciale" di cui all'art 623 c.p. non possa essere ricostruito dal c.p.i. poiché ciò implicherebbe di attribuire al segreto industriale di cui al c.p.i. valore generale.

Piuttosto, conclude la Corte, "deve registrarsi il recepimento degli indirizzi evolutivi affermati della giurisprudenza, cosicché, anche dopo l'intervento legislativo del 2018, può escludersi che il concetto penalistico di segreto soffra interferenze ad opera di quello ricavabile dall'art. 98 del codice di proprietà industriale (in tal senso Cass. Pen., Sez. 2, 11 maggio 2010, n. 20647; Sez. 5 n. 48895 del 20/09/2018, entrambe non mass.), risultando accolta, dall'art. 623 c.p., una nozione di segreto commerciale più ampia di quella descritta dall'art. 98 c.p.i."

Sospensione della prescrizione in tempo di Covid

(Cass. Pen., Sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367)

“6.1. Questa Corte si interroga, dovendo applicare l’art. 83, comma 4, cit. che ha introdotto una causa di sospensione del corso della prescrizione, della legittimità costituzionale di siffatta previsione. (...)”

6.3. Quanto al profilo della non manifesta infondatezza, i dubbi di costituzionalità della normativa emergenziale introdotta nel periodo c.d. COVID riguardano la causa di sospensione del corso della prescrizione di nuovo conio, prevista dal D.L. n. 18 del 2020, art. 83 comma 4 (...) e la sua ipotizzata applicazione ai fatti di reato commessi prima della sua entrata in vigore.

Il dubbio di costituzionalità concerne il profilo della violazione del principio di irretroattività della legge sfavorevole di cui all’art. 25 Cost., comma 2, che, quanto al caso in esame, attiene alla prevedibilità per l’imputato dei termini di prescrizione dei reati commessi e del relativo computo degli stessi.

La riconosciuta natura sostanziale dell’istituto della prescrizione a seguito delle pronunce della Corte costituzionale sulla c.d. “regola Taricco” (ordinanza 24 del 2017 e sentenza n. 115 del 2018) pone l’interprete ad interrogarsi sulla legittimità costituzionale della nuova causa di sospensione del corso della prescrizione. (...)

6.6. Nell’ottica della verifica della non manifesta infondatezza della questione della norma della cui legittimità costituzionale si dubita, l’indagine deve muovere dal disposto dell’art. 83, cit., dalla sua natura di norma emergenziale dettata dalla peculiare situazione generata dalla pandemia, e come tale non applicabile a casi analoghi e soprattutto non esportabile ad altri casi, come invece avverrebbe qualora si volesse far richiamo all’art. 159 c.p..

(...) [L]a particolare situazione (fatto pandemico e quindi esogeno rispetto all’ordinamento giuridico) per le sue stesse caratteristiche [ha] reso necessaria la sospensione dell’attività giudiziaria, salve le specifiche deroghe dell’art. 83, cit. prevedendo il rinvio d’ufficio di tutte le udienze (art. 83, comma 1). Strettamente correlata alla previsione del rinvio delle udienze è la sospensione di tutti i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali (...) e la sospensione del corso della prescrizione, diversamente modulata (...).

L’art. 83, comma 4 cit. (...) è conseguente alla sostanziale paralisi di fatto dell’attività giudiziaria per evidenti ragioni di tutela della salute pubblica, inclusa quella dell’imputato e del suo difensore, valore che costituisce un prius.

La disposizione menzionata, per lo scopo dichiarato, era perciò destinata ad essere applicata ai processi penali pendenti, e quindi ad avere efficacia retroattiva.

Essa ha carattere generale, in quanto è applicabile a tutte le tipologie di processi in corso e di reati; è temporanea, nel senso che predetermina, nel circoscritto lasso temporale, gli effetti sospensivi della prescrizione; ed è proporzionata rispetto allo scopo prefissato.

A tale proposito, deve essere ribadito che le misure emergenziali (...) che possono, proprio a cagione dell’emergenza, limitare l’esercizio di diritti costituzionalmente garantiti – in tanto sono, dalla Costituzione, ammesse in quanto sorrette da proporzionalità e soprattutto da temporaneità. (...)

L’eccezionalità della situazione, che ha generato tale fonte normativa, non consente di per sé la irragionevole compressione e, tanto meno, la violazione dei principi costituzionali. Ma è

nel carattere generale, proporzionato rispetto allo scopo e temporaneo nella sua applicazione che si deve saggiare la tenuta della norma, (...) che giustifica (...) un intervento legislativo in malam partem di limitazione del principio di irretroattività della norma penale. (...)

6.7. Nel bilanciamento con altri diritti di pari rango (vita e salute), nessuno dei quali prevale a priori e in astratto sugli altri, si realizza il sacrificio necessario del principio sancito dall'art. 25 Cost., comma 2. (...)

6.8. Il Collegio ritiene praticabile un'interpretazione costituzionalmente orientata e reputa la questione di legittimità costituzionale manifestamente infondata, a condizione che la sospensione del corso della prescrizione, per preservare il carattere proporzionato e strettamente temporaneo della stessa, sia così modulata, per i processi fissati e rinviati d'ufficio:

a) fino all'11 maggio 2020, per le udienze ricadenti nel periodo 9 marzo-11 maggio 2020 e rinviate d'ufficio a data successiva all'11 maggio 2020. In tal senso dispone l'art. 83, comma 4, cit. il cui originario termine del 15 aprile 2020 è stato prorogato all'11 maggio 2020;

b) fino al 30 giugno 2020, in relazione ai procedimenti le cui udienze risultavano fissate nel periodo successivo, ovvero dal 12 maggio 2020, e siano state rinviate dai capi degli uffici giudiziari, a data successiva al 30 giugno 2020, con il provvedimento ai sensi dell'art. 83, comma 7, lett. g) cit., ma con sospensione del corso della prescrizione solo fino al 30 giugno 2020, come dispone il D.L. n. 18 del 2020, art. 83, comma 9.”

Nota di Giulia Solenni

La sentenza in commento riveste importanza fondamentale in quanto traccia il solco per pronunce successive tutte volte a verificare la legittimità costituzionale dell'art. 83 co 4 del D.L. n. 18/2020, convertito nella L. n. 27/2020 che ha introdotto, nel panorama penale, una nuova ipotesi di sospensione del decorso della prescrizione destinata ad operare anche con riferimento ai fatti precedenti la sua entrata in vigore, creando così frizione con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

Nello specifico la norma prevede che *“Nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale.”*

La Suprema Corte trovandosi a dover applicare suddetta sospensione in un procedimento per reati di violenza sessuale aggravata, ne supera i dubbi di costituzionalità riconoscendole la natura di norma emergenziale, generale e temporanea, nonché proporzionata e ragionevole rispetto allo scopo perseguito con la sua introduzione.

Prima di pervenire a tale soluzione la pronuncia richiama un concetto ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale, ossia che il giudice *a quo* ha il dovere di ricercare un'interpretazione adeguatrice della norma sospettata di essere anticostituzionale, in quanto *“le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”*

Sulla scorta di tale affermazione, i giudici di legittimità ripercorrono la delicata tematica del regime legale della prescrizione e la sua soggezione al principio di legalità ex art. 25 co 2 Cost.

Si ricorda come la natura sostanziale dell'intero istituto della prescrizione sia ad oggi pacificamente riconosciuta sia a livello nazionale che comunitario, con la conseguenza che qual-

siasi intervento legislativo volto ad incidere sulla stessa *in malam partem* è soggetto al divieto di irretroattività della legge sfavorevole.

L'introduzione della causa di sospensione del decorso della prescrizione ad opera dell'art. 83 co 4 e la sua applicazione anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, se da un lato compromette la prevedibilità per l'imputato dei termini di prescrizione dei reati commessi e il relativo computo, ponendosi in contrasto con l'art. 25 co 2, dall'altro potrebbe giustificarsi alla luce dello stato di emergenza causato dalla pandemia.

Secondo la Corte, infatti, nell'interpretare la norma alla luce del principio di legalità non si può non tener conto dell'evento eccezionale che ne ha giustificato la sua introduzione.

D'altro canto, si osserva, che "(...) *l'emergenza non sta affatto "fuori" dalla Costituzione (...) essa è dalla Costituzione non solo presupposta, ma contemplata. L'emergenza è parte della vita, e dunque è anche parte della vita degli ordinamenti democratici- costituzionali*".

In quest'ottica anche il principio di irretroattività della norma sfavorevole deve adattarsi alla particolare situazione emergenziale causata da un fatto *extra ordinem*, come il diffondersi di un virus sconosciuto, bilanciando la sua portata con quella di altri diritti fondamentali di pari rango costituzionale.

Si richiama a riguardo l'affermazione fatta dalla Consulta nel noto caso Ilva, dove si è riconosciuto che "*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri*".

Ragionando in questo senso anche il principio di irretroattività, secondo i giudici di legittimità, deve quindi cedere il passo di fronte alla necessità di tutelare il diritto alla vita e alla salute della collettività, senza che la sua compressione possa ritenersi in tal caso costituzionalmente illegittima.

A rendere particolare la pronuncia in questione, rispetto alle successive, è il passaggio motivazionale in cui i giudici escludono la riconducibilità della causa di sospensione prevista dall'art. 83 co 4 alla disciplina generale di cui all'art. 159 c.p., proprio in ragione della eccezionalità del contesto che ne ha giustificato l'introduzione.

Argomentando diversamente, a parere della Corte, l'art. 159 c.p. "*risulterebbe disposizione contenente al suo interno una deroga indeterminata al principio di irretroattività e risulterebbe perciò incostituzionale proprio in quanto consentirebbe di applicare retroattivamente le successive cause di sospensione del corso della prescrizione, introdotte per suo tramite.*"

Sulla scorta di tali argomentazioni si conclude per l'applicabilità della causa di sospensione ex art. 83 co 4 del D.l. 18/2020 dando alla stessa un'interpretazione conforme ai canoni costituzionali, ritendendo sopportabile l'incisione sul principio di irretroattività sfavorevole in ragione del carattere eccezionale e temporaneo della sua applicazione circoscritto al periodo di emergenza sanitaria.

Alla luce di quanto esposto si può affermare che se, da un lato, la pronuncia esprime concetti assolutamente condivisibili in riferimento al fatto che tutti i diritti costituzionali debbano tra loro necessariamente convivere, dall'altro qualche perplessità potrebbe insorgere riguardo l'effettiva incisione sul principio di legalità.

Se è fuor di dubbio, infatti, che il periodo pandemico abbia imposto giustificatamente un blocco dell'attività giudiziaria al fine di tutelare la vita e la salute dei cittadini evitando agli stessi spostamenti se non strettamente necessari, ci si potrebbe al contrario interrogare sulla ragionevolezza di sospendere anche il decorso del termine di prescrizione, istituto sostanziale che opera a favore dell'imputato e che finisce, se compresso, per scaricare sul reo le conseguenze di una situazione eccezionale e imprevedibile, quale quella pandemica.

La perimetrazione della presunzione di proporzionalità nella “nuova” legittima difesa domiciliare

(Cass. Pen., Sez. I, 21 luglio 2020, n. 21794)

“2.1. Le modifiche che hanno interessato la definizione della scriminante in esame hanno riguardato – ad opera della L. 13 febbraio 2006, n. 59 – le reazioni difensive poste in essere contro chi commetta fatti di violazione di domicilio ai sensi dell’art. 614 c.p., commi 1 e 2, situazione a cui è stata parificata la commissione di fatti avvenuti “all’interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.

La L. n. 36 del 2019 ha modificato dell’art. 52 c.p., il comma 2 inserendovi l’avverbio “sempre” (...); ha inserito nella norma un nuovo comma – il quarto – (...); ha aggiunto, all’art. 55 c.p., un comma 2 che, [ha] delimita[to] l’ambito di punibilità dell’eccesso colposo (...)

“2.2. (...) L’interpolazione del comma 2 con l’inserimento dell’avverbio “sempre”, volto a presidiare ulteriormente (...) la presunzione di proporzionalità della reazione difensiva a tutela della sicurezza individuale nel domicilio, non modifica l’impianto normativo dell’istituto (...) L’aggiunta dell’avverbio “sempre” appare pleonastica, in quanto l’operatività della presunzione, già posta dalla norma, resta comunque subordinata all’accertamento degli altri elementi costitutivi della fattispecie scriminante (...)

“3.4. Nemmeno il comma 4, di nuovo conio, dell’art. 52 c.p., sembra consentire un’indiscriminata reazione contro chi si introduca o si intrattenga, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, nella dimora altrui o nei luoghi ad essa equiparati. L’incipit della disposizione (“Nei casi di cui ai commi 2 e 3...”) ne delimita l’ambito di applicazione, per espressa previsione normativa, alle situazioni di fatto già riconducibili ai commi richiamati; l’elemento di specialità è costituito dalle modalità intrusive (...), tali da essere percepite dall’agente come un’aggressione, anche solo potenziale, alla propria o altrui incolumità. E quando l’azione sia connotata da siffatte modalità può presumersi il rapporto di proporzione della reazione, sempre che però sussista la necessità e l’inevitabilità della condotta reattiva.

Il requisito della necessità appartiene, difatti, all’essenza stessa della legittima difesa; l’eccezionale facoltà di autotutela è ammessa proprio perché necessaria, ossia nei casi in cui non sia possibile difendersi in modo lecito o in modo meno lesivo. Una diversa opzione ermeneutica, tale da estendere il regime di presunzione a tutti gli elementi costitutivi della causa di giustificazione, oltre che eccentrica rispetto al sistema, introdurrebbe un’area di esclusione dell’antigiuridicità avulsa dal connotato della necessità che, viceversa, costituisce il fondamento dell’esimente e consente il ragionevole bilanciamento dei valori in conflitto.

(...) Del resto lo stesso legislatore, nel restringere l’area dell’eccesso colposo, prevedendo, anche nei casi di cui all’art. 52 c.p., comma 4 l’esclusione della punibilità di chi abbia agito (...) ha ritenuto, nella sostanza, configurabile il superamento colposo dei limiti della scriminante nei casi diversi da quelli previsti. E tanto consente di escludere che l’art. 52, comma 4, abbia introdotto una presunzione che involge tutti i requisiti della scriminante, giacché se

l'esimente fosse senza limiti, a ragione della presunzione di sussistenza di tutti gli elementi costitutivi in caso di intrusioni realizzate con determinate modalità, non ne sarebbe giammai possibile il superamento; ed essendo il fatto sempre lecito non sarebbe nemmeno concepibile l'ipotesi di una difesa colposamente eccedente”.

Nota di Cristina Monteleone

La sentenza in commento trae spunto dal ricorso depositato dall'imputato per il delitto di tentato omicidio, avverso la sentenza di condanna resa dalla Corte territorialmente competente. L'odierno ricorrente, in particolare, aveva reagito all'intrusione notturna di alcuni banditi nel locale commerciale ove egli svolgeva l'attività imprenditoriale. Benché il locale violato non fosse collegato con l'abitazione del piano superiore del ricorrente, brandendo l'arma da fuoco legittimamente detenuta, l'imputato si era portato fuori dalla propria abitazione e aveva sparato alcuni colpi in aria, all'autovettura dei ladri, contro la vetrata del negozio oggetto di effrazione e, infine, contro i suddetti criminali.

Ad avviso dei giudici di secondo grado, le risultanze fattuali hanno escluso la ricorrenza dei requisiti sia della scriminante *ex art. 52 c.p.*, sia dell'istituto dell'eccesso colposo *ex art. 55 c.p.*: infatti, è da respingere l'ipotesi di pericolo sussistente (al momento dell'accadimento dei fatti) per l'incolumità fisica dell'imputato o dei suoi familiari, in ragione dell'impossibilità per i malviventi di accedere all'abitazione del ricorrente sita al piano superiore.

Il prevenuto, in particolare, si duole: della mancata applicazione dei benefici riconnessi alla disciplina in materia di legittima difesa; e in ogni caso, censura la mancata applicazione della diminuzione di pena prevista per l'istituto dell'eccesso colposo. Nel proprio atto di impugnazione, infatti, il ricorrente ritiene che la novella legislativa del 2019 abbia introdotto una presunzione assoluta di sussistenza degli elementi costitutivi della scriminante della legittima difesa.

Investita della soluzione della questione di diritto sottoposta, la Suprema Corte ha preliminarmente richiamato le modifiche legislative apportate all'art. 52 c.p.: in particolare, la l. n. 59/2006 ha esteso la presunzione di proporzionalità prevista per la violazione di domicilio anche all'eventuale violazione dei luoghi ove si svolga l'attività commerciale, professionale o imprenditoriale dell'agredito; la l. n. 36/2019, peraltro, ha aggiunto l'avverbio “sempre” al comma 2 dell'art. 52 c.p..

Ad avviso della Suprema Corte, tuttavia, l'aggiunzione del suddetto termine non importa l'implicita affermazione di un'automatica presunzione di proporzionalità bensì descrive le conseguenze derivanti dal positivo accertamento delle condizioni indicate nelle lett. a) e b) del secondo comma, al soggetto legittimamente presente nei luoghi di cui ai commi 2 e 3 della norma sulla legittima difesa.

La Corte di legittimità, peraltro, ha chiarito che l'asserita presunzione di proporzionalità rappresenta un livello successivo alle verifiche preliminari di “necessità e di inevitabilità della condotta reattiva”.

L'esigenza di accertare la sussistenza dei predetti requisiti è rinvenibile nella *ratio* dell'esimente in parola, ossia nella facoltà di autotutela riconosciuta dall'ordinamento giuridico al soggetto che ne invoca l'applicazione e i benefici riconnessi.

Il fondamento normativo dell'ammissione del suddetto potere di reazione individuale è insita nella considerazione che la reazione del soggetto danneggiato/difeso è stata necessaria per evitare un pericolo alla propria incolumità fisica.

La Suprema Corte, d'altronde, chiarisce che l'adesione all'interpretazione prospettata dall'imputato importerebbe l'insorgenza di una pericolosa conseguenza ossia ammettere l'esistenza di un'area di esclusione dell'antigiuridicità per i fatti accaduti nei luoghi previsti dai commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p., prescindendo da ogni valutazione sulla necessità ed evitabilità della reazione lesiva.

In altri termini, sorgerebbe un reale pericolo di ordine pubblico: nei luoghi meglio specificati nella predetta norma, attesa la prospettata (ma ritenuta infondata) vigenza di una presunzione di sussistenza di tutti i requisiti della scriminante, ogni persona sarebbe legittimata a porre in essere delle reazioni lesive con evidente pregiudizio per la sicurezza e l'incolumità della popolazione.

A conferma dell'indirizzo giurisprudenziale prospettato dalla Suprema Corte, d'altra parte, ulteriore indizio è il tenore letterale dell'art. 55 c.p. ossia la previsione che l'istituto dell'eccesso colposo trovi applicazione qualora siano superati colposamente i limiti della legittima difesa.

Ab contrario si deduce che mediante l'utilizzo del termine "sempre", il legislatore non abbia voluto introdurre una presunzione di sussistenza di tutti gli elementi della scriminante, altrimenti la formulazione dell'art. 55 c.p. non troverebbe mai applicazione, in quanto giammai risulterebbero travalicati i limiti della scriminante. È più opportuno, pertanto, ritenere che il legislatore del 2019 abbia inteso trasporre nel testo legislativo il risultato di un pacifico indirizzo giurisprudenziale così da eliminare ogni eventuale incertezza interpretativa.

In definitiva, ad avviso della Corte di Cassazione, la recente modifica normativa intervenuta sull'art. 52 c.p. ha una mera portata interpretativa e non innovativa: il legislatore si limita a ribadire la presunzione di proporzionalità (già introdotta con la l. n. 59/2006), previo l'esperimento, in senso favorevole all'imputato, degli indefettibili accertamenti in ordine alla ricorrenza dei requisiti di aggressione illegittima, della reazione necessaria e dell'inevitabilità della risposta lesiva procurata all'aggressore.

Traffico di influenze illecite e corruzione: delineati i confini

(Cass. Pen., Sez. VI, 6 agosto 2020, n. 23602)

“1.4. (...) Giova rammentare come il delitto di traffico di influenze di cui all’art. 346 bis c.p., così come introdotto dalla L. 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 75, e poi integrato con L. 9 gennaio 2019, n. 3 – punisca la condotta di chi “sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite” con un funzionario pubblico “indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro od altra utilità come prezzo della propria mediazione illecita” “ovvero per remunerarlo in relazione all’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri”. Detta condotta certamente ingloba quella contemplata dall’art. 346 c.p., abrogato con la stessa L. n. 3, là dove sanziona(va) la condotta di chi “millantando credito” presso un funzionario pubblico (con la differenza quanto all’impiegato di cui si è già detto) “riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione” (comma 1) ovvero “col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare” (comma 2).

Anche all’esito della novella del 2019, rimane fermo, giusta l’espressa clausola di riserva contenuta nella disposizione (“fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319 ter”), la fattispecie del traffico d’influenze illecite non è configurabile allorché sia stato accertato un rapporto alterato e non paritario fra il pubblico ufficiale ed il soggetto privato, appunto integrante il più grave delitto di corruzione (...). Il delitto di traffico di influenze, di cui all’art. 346 bis c.p., si differenzia difatti, dal punto di vista strutturale, dalle fattispecie di corruzione per la connotazione causale del prezzo, finalizzato a retribuire soltanto l’opera di mediazione e non potendo, quindi, neppure in parte, essere destinato all’agente pubblico (...).

1.5. Sulla scorta delle coordinate ermeneutiche testé tracciate, nel caso sub iudice, non v’è materia per la derubricazione del fatto nell’ipotesi di cui all’art. 346 bis c.p., là dove secondo la contestazione e la ricostruzione in fatto compiuta dal Giudice a quo – risulta accertato il versamento di una somma di denaro al fine di remunerare il mercimonio dell’atto d’ufficio dei due appartenenti alla Guardia di Finanza e si appalesa, pertanto, perfezionata l’ipotesi corruttiva contestata.

2. Risulta, di contro, fondata la seconda doglianza in punto di subordinazione della sospensione condizionale della pena “al pagamento della somma di Euro (...) quale indebitamente percepita dai pubblici ufficiali”, sebbene per una ragione in parte diversa da quella delineata dal ricorrente.

2.1. Mette conto di rammentare che, con la L. 27 maggio 2015, n. 69, nel corpo dell’art. 165 c.p., è stato inserito il comma 4, con cui si è *expressis verbis* subordinata la concessione della sospensione condizionale nei confronti di chi sia condannato per i reati ivi previsti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320 e 322 bis c.p., “al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all’ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell’amministrazione lesa dalla condotta”.

Come non si è mancato di rilevare anche in dottrina, stante il mancato richiamo all'art. 321 c.p., la previsione dell'art. 165 c.p., comma 4, non è applicabile al privato corruttore nei casi di corruzione per l'esercizio della funzione, propria ed in atti giudiziari.

È coerente con tale impostazione il disposto dell'art. 444 c.p.p., comma 1 ter, là dove subordina l'ammissibilità dell'applicazione della pena su richiesta alla "restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato" per coloro i quali siano imputati dei delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater e 322 bis c.p., ancora una volta non menzionando fra le incriminazioni in relazione alle quali vale tale condizione quella di cui all'art. 321 c.p., escludendo dunque dall'ambito di applicabilità della condizione de qua il corruttore.

2.2. A risolutivo conforto di tale conclusione va rilevato che, con la L. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. Spazzacorrotti), il legislatore ha espressamente introdotto il riferimento all'art. 321 c.p., in diverse norme del codice penale e di procedura penale – fra cui appunto l'art. 165 c.p., comma 4, e l'art. 444 c.p.p., comma 3 bis, –, testuale e luminosa conferma del fatto che detta disposizione non fosse in precedenza ricompresa nell'alveo delle suddette previsioni.”

Nonostante la riforma, integra l'abuso d'ufficio la violazione mediata del T.U. in materia edilizia

(Cass. Pen., Sez. III, 8 settembre 2020, n. 26834)

“(…) 6. Osserva, infine, il Collegio che non assume rilievo, quanto al caso in esame, la modifica normativa all’art. 323 cod. pen. per effetto dell’art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, “Misure Urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, conv. con mod. nella legge 11 settembre 2020, n. 120, secondo cui all’art. 323 comma 1 cod. pen., le parole “di norme di legge o di regolamento,” sono sostituite dalle seguenti: “di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Ora, la violazione di norme contenute nei regolamenti è esclusa dal perimetro della condotta di abuso, l’abuso potrà, infatti, essere integrato solo dalla violazione di “regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge”, cioè da fonti di rango primario.

Rileva, poi, la sola inosservanza di regole di condotta “specifiche” ed “espressamente previste” dalle citate fonti primarie.

Infine, si è previsto che rilevano solo regole di condotta “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Senza ripercorre l’evoluzione giurisprudenziale che aveva generato un contrasto di giurisprudenza all’indomani della riforma del delitto di abuso in atti di ufficio a seguito della L. 16 luglio 1997, n. 234, contrasto successivamente appianato, l’orientamento consolidato di legittimità (vedi supra) ha, da tempo, affermato che il requisito della violazione di legge, rilevante ai fini della configurabilità del reato di abuso di ufficio, è integrato dalla conformità alle previsioni urbanistiche, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare ai sensi dell’art. 13 del d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 12, comma 1, – “alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico – edilizia vigente”. Dall’espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una “violazione di legge”, rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 323 cod. pen.

Ritiene il Collegio che l’interpretazione della nozione di “violazione di legge” come delineata dalla citata giurisprudenza sia pienamente condivisibile anche nel mutato quadro normativo. Segnatamente, seguendo quell’elaborazione giurisprudenziale che il Collegio condivide, deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell’indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001) (Sez. 6, n. 11620 del 25/01/2007, Pellegrino, Rv. 236147 – 01), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la “violazione di legge”, quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche seguito della modifica

normativa. Da cui la conferma della sussunzione del caso concreto nella fattispecie normativa di cui all'art. 323 cod. pen. ora vigente. Trattasi senza dubbio di norme specifiche e per le quali non residuano margini di discrezionalità laddove l'art. 12 cit. detta i requisiti di legittimità del permesso a costruire, e il successivo art 13 cit., detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire.”

Nota di Francesco Contu

La vicenda processuale.

Il GIP del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere aveva disposto la misura degli arresti domiciliari nei confronti di Tizio e Caio, indagati per i reati di cui agli artt. 81, 110, 323 e 479 c.p., commessi in concorso col pubblico ufficiale Sempronio (dirigente comunale). Il provvedimento veniva confermato dal Tribunale di Napoli che, investito del riesame ex art. 309 c.p.p., respingeva il ricorso degli indagati con ordinanza in data 24/09/2019. Agli indagati, in particolare, era contestata la condotta di abuso d'ufficio in relazione a tre permessi di costruire nelle date del 03/04/2017, 30/06/2017 e 24/01/2018, il cui rilascio sarebbe avvenuto in violazione di norme di legge. Il rilascio, infatti, sarebbe stato disposto in assenza di un piano particolareggiato ancora in vigore, richiesto per le opere da realizzare, essendo quello del 02/04/2006 inefficace dal 2016 per decorso del termine decennale. Risultavano così violati gli artt. 12 e 13 del d.p.r. 380/2001, i quali impongono che il permesso di costruire sia rilasciato in conformità alle previsioni “degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente”. Quanto al profilo del falso ideologico, assumeva rilievo la condotta del pubblico ufficiale Sempronio che, nella convenzione ex art. 28-bis del d.p.r. 380/2001 sottoscritta da tutti gli indagati – che peraltro prevedeva l'esonero dal pagamento degli oneri di costruzione di cui all'art. 19, d.p.r. cit., integrante un ingiusto vantaggio patrimoniale –, avrebbe attestato falsamente la natura provvedimento di una precedente dichiarazione del Commissario straordinario (emessa in data 03/06/2016), facendo così risultare approvato il riassetto del piano particolareggiato, mentre si sarebbe trattato, nella valutazione del Tribunale cautelare, di un mero atto di indirizzo politico rivolto al Consiglio comunale.

Contro l'ordinanza del Tribunale di Napoli ricorreva per cassazione la difesa degli indagati. Col secondo motivo di ricorso si deduceva, inter alia, la violazione dell'art. 606, co. 1, lett. b) c.p.p. in relazione all'art. 323 c.p. Il rilascio dei permessi, nella prospettazione difensiva, sarebbe avvenuto legittimamente sulla base dell'art. 28-bis, d.p.r. 380/2001 e della delibera del Commissario straordinario, che avrebbe disposto l'ultrattività del piano attuativo scaduto.

La Suprema Corte ha rigettato il ricorso.

La violazione “mediata” dell'art. 323 c.p. a seguito del d.l. 76/2020.

Giova premettere la questione di *ius superveniens*, potenzialmente risolutiva, posta dall'art. 23, d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (conv., con mod., l. 11 settembre 2020, n. 120) ed esaminata al par. 6 della sentenza in commento. L'intervento novellatore, nel solco della progressiva determinazione della fattispecie già inaugurata dalla l. 86/1990, ha espunto dall'art. 323 c.p. ogni riferimento alla violazione di norme di “regolamento”. Per l'effetto, stante l'assenza di altre fonti secondarie contemplate dal precetto, un abuso d'ufficio potrà essere integrato, in seguito alla riforma, solo da una violazione di fonti normative di rango primario, che peraltro

dovranno dettare regole di condotta “specifiche”, “espressamente previste” e dalle quali “non residuino margini di discrezionalità”.

Tale modifica normativa non è stata ritenuta rilevante per il caso in esame. Nell’iter argomentativo seguito dal Collegio, la rilevanza sarebbe esclusa dall’espresso rinvio agli strumenti urbanistici contenuto nell’art. 12, d.p.r. 380/2001 (norma extrapenale di rango primario), da cui discende, per orientamento già consolidato nel previgente quadro normativo, che il rilascio difforme del permesso di costruire integra una “violazione di legge” ex art. 323 c.p.

Il decisum, in definitiva, lascia davvero poco spazio alle peculiarità del riformato art. 323 c.p. quanto agli elementi cd. normativi della fattispecie, laddove ineludibili istanze di garanzia – anche a fronte della chiara voluntas legis di escludere le fonti secondarie dalla portata del precetto e di circoscrivere nettamente le stesse norme primarie rilevanti – aprirebbero invece ampi margini di riflessione in punto di riserva di legge (rectius, di codice, ex art. 3-bis c.p.), o di determinatezza della fattispecie, a fronte di una concatenazione potenzialmente molto estesa di rinvii “mediati” delle fonti extrapenali alla normativa secondaria.

Il rigetto del ricorso.

Ad ogni modo, esclusa l’incidenza della novella sulla vicenda in esame, la Corte ha ritenuto correttamente configurata una violazione dell’art. 12, d.p.r. 380/2001 rilevante per il delitto all’art. 323 c.p. Secondo tale norma, invero, il permesso a costruire, quale atto non discrezionale, deve essere rilasciato in conformità alle previsioni urbanistiche, ai regolamenti edilizi e alla disciplina urbanistica, che il dirigente di settore è tenuto a rispettare ai sensi del successivo art. 13. Risulta dunque confermata, nella valutazione della Corte, l’attualità di quell’orientamento che, fin dalla riforma di cui alla l. 234/1997, riteneva integrata una violazione di “legge” nei casi di abuso d’ufficio con rilascio di titoli edilizi difformi dalla programmazione urbanistica.

Vendita di criptovalute *online*: integra il reato di abusivismo finanziario di cui all'art. 166 TUF se proposta come investimento

(Cass. Pen., Sez. II, 17 settembre 2020, n. 26807)

“1.1 (...) Nel caso in esame, quanto all'elemento soggettivo del reato, il Tribunale ha risposto al primo motivo di ricorso, avendo ricostruito l'intera vicenda, e in particolare osservando che:

vi era stata una truffa ai danni di Me.An., per il quale era stato utilizzato un conto ING Bank, alimentato con un bonifico da lui effettuato e con altri due bonifici, sempre relativi ad una truffa e ad un furto di identità;

il conto ING Bank era stato immediatamente svuotato con due bonifici a favore di un conto corrente acceso in Germania presso la N26 Bank GMBH intestato ad A.S., aperto on line mediante l'invio anche di un numero di telefono riconducibile all'indagato D.R.G., figlio della A.;

nella movimentazione in uscita del conto tedesco risultavano due ricariche postepay per l'acquisto di criptovalute, la prima mediante il sito (OMISSIS), e la seconda a favore di L.E.P., che aveva dichiarato di avere trattato la vendita con un soggetto con nickname “(OMISSIS)” tramite utenza telefonica intestata a D.R.G. (la foto inserita da “(OMISSIS)” sul suo profilo whatsapp corrispondeva a quella di D.R.G.);

altro conto su cui erano finiti i proventi di truffe, intestato a D.R.A., aveva avuto uscite sul già citato conto N26 e su un conto aperto on line intestato a D.R.D. (sorella di D.R.G.) su banca WIDIBA, per l'apertura del quale era stata fornita l'utenza telefonica di D.r.G.

tutto ciò premesso, il Tribunale trae la logica conclusione della sussistenza dell'elemento psicologico relativo al reato di cui all'art. 648 bis c.p.; va infatti osservato che l'indagato non si è limitato ad occuparsi di acquisto e cessione di criptovalute, ma si è inserito attivamente nella apertura di conti correnti sui quali confluivano i proventi delle truffe, che venivano poi utilizzati per le relative transazioni, per cui appare esente da censura la motivazione del Tribunale secondo cui “le citate circostanze in sede di indagini appaiono difficilmente compatibili con un atteggiamento psicologico diverso dal dolo in relazione al reato di cui al capo A)” (...).

1.2 Infondato è anche il terzo motivo di ricorso, con il quale viene sostenuto che poiché le valute virtuali non sono prodotti di investimento, ma mezzi di pagamento, le stesse siano sottratte alla normativa in materia di strumenti finanziari: tale censura non si confronta però con la motivazione contenuta a pag. 13 dell'ordinanza impugnata, ove si sottolinea che la vendita di bitcoin veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, tanto che sul sito ove veniva pubblicizzata si davano informazioni idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa, affermando che “chi ha scommesso in bitcoin in due anni ha guadagnato più del 97%”; trattasi pertanto di attività soggetta agli adempimenti di cui agli artt. 91 e seguenti TUF, la cui omissione integra la sussistenza del reato di cui all'art. 166, comma 1, lett. c) TUF. (...)

1.3 Relativamente all'ultimo motivo di ricorso, questa Corte ha precisato che “Anche l'uso di una carta di credito da parte di un terzo, autorizzato dal titolare, integra il reato di cui al D.L. 3 maggio 1991, n. 143, art. 12, convertito nella L. 5 luglio 1991, n. 197 (ora art. 493-ter c.p.), in quanto la legittimazione all'impiego del documento è contrattualmente conferita dall'istituto emittente al solo intestatario, il cui consenso all'eventuale utilizzazione da parte di un terzo è del tutto irrilevante, stanti la necessità di firma all'atto dell'uso, di una dichiarazione di riconoscimento del debito e la conseguente illiceità di un'autorizzazione a sottoscriverla con la falsa firma del titolare, ad eccezione dei casi in cui il soggetto legittimato si serva del terzo come “longa manus” o mero strumento esecutivo di un'operazione non comportante la sottoscrizione di alcun atto. (...)”(...); il fatto che nel caso in esame si tratti di una carta di debito anziché di credito è del tutto irrilevante, considerato che il bancomat è un “documento analogo” (alla carta di credito) che abilita al prelievo di denaro contante e quindi rientra nell'art. 493 ter c.p. (...)”.

Nota di Ilenia Seminerio

Con la pronuncia in commento la Seconda Sezione Penale della Corte di Cassazione si è espressa, in sede cautelare, su questione quantomai dibattuta in tema di *cryptocurrency crimes*: la qualificazione giuridica delle criptovalute e la configurabilità del reato di abusivismo finanziario nell'ipotesi di vendita *online* di *bitcoins*.

La questione traeva origine dal ricorso presentato dalla difesa avverso il provvedimento con il quale il Tribunale del riesame di Milano confermava il sequestro preventivo, disposto dal Gip, di fondi ed altri beni ritenuti pertinenti ai reati di riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.), indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento (art. 493 *ter* c.p.) ed abusivismo finanziario (art. 166, comma 1, lett. c), d.lgs. 58/98), ascritti all'indagato.

Tra le doglianze esposte, figurava l'omessa valutazione dei nuovi motivi che la difesa adduceva a sostegno della mancanza dell'elemento soggettivo del reato di riciclaggio.

Di contro, la Cassazione condivideva la ricostruzione del giudice cautelare, secondo cui le circostanze emerse in sede di indagine apparivano “*difficilmente compatibili con un atteggiamento psicologico diverso dal dolo*”. Riteneva, infatti, che l'indagato non soltanto avesse acquistato e venduto criptovalute, ma che si fosse, altresì, prodigato attivamente al fine di consentire il reimpiego dei proventi degli illeciti realizzati *online*. Più in particolare, si accertava che il denaro frutto della truffa ai danni della vittima confluiva, insieme ad altri proventi delittuosi, su un conto *ING Bank* e che questo veniva, poi, svuotato in favore di un altro conto *online* presso una banca tedesca, acceso anche mediante l'invio di un numero telefonico riconducibile all'indagato. Nella movimentazione in uscita del conto tedesco, poi, risultavano alcune carte prepagate con le quali venivano acquistate criptovalute mediante *nickname* virtuali, cui corrispondeva l'utenza telefonica dell'indagato; questa, di fatto, figurava anche in altri conti *online*, sui quali – con il medesimo meccanismo – venivano fatti confluire i proventi di altri illeciti.

La difesa rivendicava, poi, la non estensibilità al caso di specie della normativa prevista per gli strumenti finanziari, escludendo, quindi, la sussistenza del reato di abusivismo. Obiettava, infatti, che la valuta virtuale *bitcoin* fosse strumento di pagamento e non di investimento, coerentemente all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza pregiudiziale del 22 ottobre 2016.

La portata innovativa della pronuncia si apprezza in riferimento al rigetto formulato proprio su questo punto.

La Cassazione, invero, chiariva come la vendita di *bitcoins* venisse sponsorizzata sul *web* come vera e propria proposta di investimento e che in tal senso deponessero alcune circostanze fattuali, correttamente evidenziate dal Tribunale del riesame. La pubblicità, infatti, veniva corredata da una serie di informazioni volte “*a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all’iniziativa*”, tra le quali spiccava l’idoneità dell’investimento a far conseguire un lucro: si affermava, infatti, che “*chi ha scommesso in bitcoin in due anni ha guadagnato più del 97%*”. Suddette considerazioni portavano a ritenere sussistenti gli adempimenti previsti ex artt. 91 e ss. del TUF, al fine di consentire il controllo della CONSOB sull’attività di investimento promossa. Posto che tali obblighi non erano stati osservati, la Suprema Corte riteneva integrato il reato di cui all’art. 166, comma 1, lettera c) del TUF, laddove punisce “*con la reclusione da uno a otto anni e con la multa da euro quattromila a euro diecimila, chiunque, senza esservi abilitato ai sensi del presente decreto, offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza, prodotti finanziari o strumenti finanziari o servizi o attività di investimento*”.

La difesa contestava anche la configurabilità del reato ex art. 493 *ter* c.p., in quanto riteneva che l’indagato non avesse fatto un uso “*indebito*” della carta altrui, ma che fosse stato autorizzato, di fatto, dal titolare stesso con la consegna della carta e del suo codice PIN.

La Cassazione, in senso opposto, richiamava una propria pronuncia del 2019, con la quale affermava la sussistenza del reato in esame anche in tali evenienze. Spiegava, infatti, come il consenso all’uso da parte di un terzo fosse elemento del tutto irrilevante, posto che, in virtù del contratto stipulato con l’istituto emittente, l’impiego legittimo del documento spetta unicamente all’intestatario. Evidenziava, quindi, la “*necessità di firma all’atto dell’uso, di una dichiarazione di riconoscimento del debito*” e pertanto “*la conseguente illiceità di un’autorizzazione a sottoscriverla con la falsa firma del titolare, ad eccezione dei casi in cui il soggetto legittimato si serva del terzo come “longa manus” o mero strumento esecutivo di un’operazione non comportante la sottoscrizione di alcun atto*”; infine, indicava come ininfluyente il fatto che, nel caso in esame, si trattasse di una carta di debito anziché di credito, considerato che il *bancomat* è un “*documento analogo*” (alla carta di credito) che abilita al prelievo di denaro contante e quindi rientra nell’art. 493 *ter* c.p”.

Benché la Suprema Corte abbia rinviato al Tribunale del riesame per nuovo giudizio, la pronuncia in esame presenta sicuri tratti innovativi in relazione ad un tema tanto attuale, quanto di difficile soluzione.

Come si è visto, il rilievo giuridico attribuito alle criptovalute influisce sulla normativa applicabile in caso di vendita e di acquisto di *bitcoins*, quindi sulle condotte suscettibili di rilevanza penale.

Il pregio dell’analisi in commento è da individuare, in definitiva, nell’aver riconosciuto una natura multiforme a tali strumenti virtuali, la cui qualificazione giuridica, pertanto, prescinde da definizioni monolitiche e va rilevata dall’interprete, caso per caso, in relazione alle effettive modalità d’impiego.

Il reato di inadempimento di contratti di pubbliche forniture e quello di frode nelle pubbliche forniture: analogie e differenze

(Cass. Pen., Sez. VI, 8 ottobre 2020, n. 28130)

“(…) 2. Nell’applicazione degli artt. 355 e 356 c.p. devono intendersi per “forniture” sia le cose che le opere e, quindi, anche il facere costituito dalle prestazioni di materiali e attività tecniche e lavorative di una impresa che assicurano il soddisfacimento delle finalità sottese al suddetto servizio (...), categoria in cui rientra la fornitura di prestazioni lavorative, anche con contratto di lavoro interinale (...).

3. Il ricorso al lavoro interinale da parte di una Pubblica Amministrazione avviene quando si è in presenza di esigenze periodiche e collegate a situazioni di urgenza non fronteggiabili con il personale in servizio o con personale reclutabile mediante gli usuali canali previsti dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165. L’affidamento del servizio non obbliga l’Amministrazione a attivare il contratto, al quale avrà facoltà di ricorrere in base a una valutazione unilaterale della situazione contingente per rispondere a esigenze temporanee e eccezionali. La procedura di somministrazione di lavoro temporaneo è svolta nel rispetto della normativa applicabile. Devono essere osservati, quindi, i principi e la disciplina previsti dalle seguenti fonti: D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, L. 14 febbraio 2003, n. 30, L. 3 agosto 2009, n. 102, L. 30 ottobre 2013, n. 125 nonché dal D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e dai CCNL vigenti al momento.

Va rimarcato che nella somministrazione di lavoro interinale il rapporto di lavoro non intercorre fra due agenti (datore e lavoratore) ma fra tre (somministratore – in questo caso agenzia per il lavoro – lavoratore, ente pubblico o azienda). Il lavoratore dipende giuridicamente dalle agenzie fornitrici e da queste viene retribuito, ma funzionalmente presta il suo lavoro presso gli enti che hanno bisogno di professionalità per periodi di tempo limitato. Ne deriva che il lavoro interinale somministrato a una Pubblica amministrazione da una agenzia del lavoro interinale non è riconducibile giuridicamente alla categoria del pubblico impiego, al quale soltanto è correlata la previsione costituzionale dell’accesso mediante concorso (art. 97 Cost., comma 4). (...)

4. Quel che rileva è soltanto se modalità di selezione e formazione del personale coerenti con i principi di imparzialità, di buon andamento e di accesso al pubblico impiego mediante concorso (art. 97 Cost.) siano espressamente previste in specifiche norme legislative e/o negli accordi contrattuali fra la Pubblica amministrazione e l’Agenzia che somministra il lavoro interinale.

5. A questa condizione possono profilarsi – secondo il concreto atteggiarsi delle fattispecie storiche l’inadempimento di contratti di pubbliche forniture considerato ex art. 355 c.p. o la frode nelle pubbliche forniture ex art. 356 c.p.

Il primo consiste nella mancata consegna, totale o parziale, ovvero nella ritardata consegna di cose o opere che non solo siano dovute ma che siano anche “necessarie a uno stabilimento pubblico o a un pubblico servizio”. in questo caso bastando la constatazione dell’illiceità civile dell’inadempimento per la configurazione del reato (...).

Il secondo consiste in ogni inadempimento che sia effetto di malafede contrattuale, comprendente, secondo l'ampio contenuto della disposizione, senza la necessità di uno specifico richiamo, anche gli inadempimenti concernenti cose o opere necessarie a uno stabilimento pubblico o a un pubblico servizio (...). Per la configurabilità del delitto di frode in pubbliche forniture basta il dolo generico, costituito dalla consapevolezza di consegnare cose in tutto o in parte difformi (per origine, provenienza, qualità o quantità) in modo significativo dalle caratteristiche convenute, o disposte con legge o con atto amministrativo, non è necessario che vi sia stata una dazione di aliud pro alio in senso civilistico purché la difformità sia apprezzabilmente significativa: la nozione di frode si riferisce a ogni condotta che, nei rapporti con la Pubblica amministrazione, viola il principio di buona fede e lealtà nell'esecuzione del contratto sancito dall'art. 1375 c.c. e, trattandosi di un fatto oggettivo che danneggia l'interesse pubblico, sono irrilevanti le condizioni psicologiche dei contraenti, ma contano soltanto le modalità di presentazione del bene in relazione a quanto oggettivamente convenuto o disposto con legge o con atto amministrativo (...); non si richiede un comportamento ingannevole, bastando la malafede nell'eseguire il contratto in difformità dai patti, perché il dolo nel delitto di frode nelle pubbliche forniture, consiste nella cosciente volontà di consegnare cose diverse da quelle pattuite – come nella frode nell'esercizio del commercio ex art. 515 c.p. art. 515 c.p. – e l'espressione “frode” non allude a un comportamento ingannevole, ma identifica il fatto in ogni inadempimento che sia effetto di malafede contrattuale, con la conseguenza che se ricorrono anche gli elementi caratterizzanti la truffa è configurabile il concorso tra i due delitti. (...).”.

“Nessuno è tanto vecchio da non credere di poter vivere ancora un anno”: la massima di Cicerone adattata dalla Cassazione ai pazienti oncologici terminali

(Cass. Pen., Sez. IV, 12 ottobre 2020, n. 28294)

“2. (...) È noto l’approdo della giurisprudenza assolutamente dominante, secondo cui è “causa” di un evento quell’antecedente senza il quale l’evento stesso non si sarebbe verificato: un comportamento umano è dunque causa di un evento solo se, senza di esso, l’evento non si sarebbe verificato (formula positiva); non lo è se, anche in mancanza di tale comportamento, l’evento si sarebbe verificato egualmente (formula negativa).

Da questo concetto nasce la nozione di giudizio controfattuale (“contro i fatti”), che è (...) il fondamento della teoria della causalità accolta dal nostro codice e cioè della teoria condizionalistica.

Naturalmente esso, imponendo di accertare se la condotta doverosa omessa, qualora eseguita, avrebbe potuto evitare l’evento, richiede preliminarmente l’accertamento di ciò che è effettivamente accaduto e cioè la formulazione del c.d. giudizio esplicativo (...). In tema di responsabilità medica, è dunque indispensabile accertare il momento iniziale e la successiva evoluzione della malattia, in quanto solo in tal modo è possibile verificare se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta dal sanitario, l’evento lesivo sarebbe stato evitato o differito (...).

Le Sezioni unite (...) hanno enucleato, per quanto attiene alla responsabilità professionale del medico, relativamente al profilo eziologico, i seguenti principi di diritto: il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale, condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica – universale, o statistica –, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa, l’evento non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Non è però consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell’ipotesi accusatoria sull’esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell’evidenza disponibile, cosicché, all’esito del ragionamento probatorio, che abbia altresì escluso l’interferenza di fattori eziologici alternativi, risultati giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell’evento lesivo con “alto grado di credibilità razionale”. L’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all’evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell’evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell’ipotesi prospettata dall’accusa e l’esito assolutorio del giudizio (Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese). (...)

5. Si deve aggiungere che nel caso in disamina, caratterizzato dall’insorgenza di una grave patologia tumorale che (...) avrebbe comunque determinato la morte del paziente, assume im-

portanza fondamentale stabilire (...) se, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa (consistente nella esecuzione dell'indagine istologica della neoplasia in atto), ed escludendo fattori causali alternativi, l'evento morte si sarebbe – o meno – verificato in epoca significativamente posteriore rispetto a quanto accaduto.

Si deve, infatti, qui riaffermare il valore assoluto costituito dal prolungamento della vita del paziente, avuto riguardo alla responsabilità del medico il quale colposamente non si attivi e contribuisca con il proprio errore diagnostico a che il paziente venga a conoscenza di una malattia tumorale, anche a fronte di una prospettazione della morte ritenuta inevitabile, laddove, nel giudizio controfattuale, vi sia l'alta probabilità logica che il ricorso ad altri rimedi terapeutici avrebbe determinato un allungamento della vita, che è un bene giuridicamente rilevante anche se temporalmente non molto esteso (...).

La giurisprudenza di legittimità, infatti, è pacificamente orientata nel senso della sussistenza del nesso di causalità rispetto all'evento, da individuarsi non soltanto nella morte del paziente, ma anche nell'accelerazione di tale exitus (...).

In buona sostanza, il Collegio ritiene importante evidenziare come in materia di gravi malattie tumorali, l'anticipazione del decesso – comunque inevitabile – dovuto a errori diagnostici e/o a cure inadeguate, è circostanza che rientra nella tipicità del delitto di omicidio colposo, trattandosi di evento-morte a tutti gli effetti riconducibile alla condotta colposa del medico, il quale, del resto, è sempre tenuto ad apprestare una terapia adeguata alla malattia, al fine di curare e mantenere in vita il paziente per tutto il tempo consentito dalla migliore scienza ed esperienza medica. (...)"

Nota di Giustino Regia Corte

Il caso nasce dalla condanna per omicidio colposo di un medico responsabile dell'Unità Operativa di chirurgia generale di un'azienda ospedaliera. Nello specifico, dopo aver eseguito su un paziente una resezione di neoplasia vescicale e successiva cistoscopia, il sanitario aveva omesso di eseguire l'esame istologico sui tessuti asportati, perdendo così la possibilità di valutare la natura della malattia ed effettuare un accurato piano terapeutico. A causa di questa mancanza il paziente decedeva dopo un breve lasso di tempo. Nei primi due gradi di giudizio i giudici erano dell'idea che l'adozione di differenti terapie avrebbe garantito una maggiore aspettativa di vita. La Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul ricorso presentato dal medico, i cui motivi riguardavano violazione di legge e vizio di motivazione in ordine all'individuazione del nesso causale. In particolare lo svolgimento del giudizio controfattuale si era basato esclusivamente su dati statistici e non su dati certi aventi ad oggetto l'evoluzione fisiopatologica della malattia.

Il ragionamento della Corte, partendo dal principio secondo cui è causa di un evento quell'antecedente senza il quale l'evento stesso non si sarebbe verificato, si sofferma sul giudizio controfattuale, idoneo ad accertare la sussistenza del nesso di condizionamento tra l'antecedente e l'evento. Per quanto riguarda i reati commissivi il giudizio è di tipo esplicativo: il giudice elimina mentalmente l'antecedente condizionante e verifica se l'evento si sarebbe comunque verificato.

Diverso discorso vale per i reati omissivi: per l'accertamento del nesso ci si muove su un giudizio di tipo predittivo, verificando cosa sarebbe accaduto se fosse stata posta in essere una determinata condotta. Nel caso che ci occupa, se – ipotizzando come avvenuta la condotta del

medico – la morte del paziente comunque sopraggiunga, allora la condotta del primo non costituirà causa dell'evento.

Per appurare l'esistenza del nesso causale tra l'omissione del medico e l'evento morte del paziente occorre avere ben chiare tutte le circostanze rilevanti in ordine alla "causa" dell'evento verificatosi. Solo così è possibile analizzare la condotta omissiva colposa del medico ed effettuare il giudizio controfattuale avvalendosi delle leggi scientifiche e delle massime di esperienza che si attagliano al caso concreto.

Secondo la Corte, nei primi due gradi il giudizio controfattuale si è basato esclusivamente sul coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica di riferimento. Vale la pena ricordare come, per i reati omissivi impropri, sussista il nesso causale se una volta esclusi tutti gli altri elementi idonei a cagionare l'evento, a prescindere dal coefficiente di probabilità statistica, vi sia un'elevata probabilità logica che la condotta dell'agente abbia cagionato l'evento. Dunque il nesso sussiste allorché risulti accertato, secondo il principio di controfattualità, che la condotta doverosa avrebbe inciso positivamente sulla sopravvivenza del paziente, nel senso che l'evento non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in epoca posteriore. Tali principi la Corte aveva avuto già modo di esprimerli nella sentenza n. 35058/2020, affermando che nel campo della responsabilità medica il giudizio controfattuale *"deve essere svolto dal giudice in riferimento alla specifica attività che era specificamente richiesta al sanitario e che si assume idonea, se realizzata, a scongiurare o ritardare l'evento lesivo, come in concreto verificatosi, con alto grado di probabilità razionale"*.

Il giudizio controfattuale svolto nel grado precedente ha ipotizzato come effettuato l'esame istologico e dopo si è basato solo sui dati statistici generali di evoluzione della malattia ed in termini di probabilità statistica (sopravvivenza a cinque anni). La Suprema Corte censura quanto deciso dai giudici di merito, in quanto non è corretto accertare l'esistenza del nesso causale basandosi esclusivamente sul mero coefficiente di probabilità statistica, occorrendo – per contro – verificare la validità nel caso concreto sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile. In altri termini la prova controfattuale della responsabilità del sanitario deve sempre attagliarsi al fatto storico. Nel caso di specie il nesso può essere ravvisato quando si accerti con un elevato grado di credibilità razionale che, se il medico avesse realizzato la condotta doverosa, l'evento si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore.

Altro aspetto evidenziato dalla Suprema Corte riguarda l'anticipazione del decesso, anche di pochi giorni, in presenza di malattie oncologiche infauste dovuto ad errori diagnostici o a cure inadeguate. Nel caso di specie la condotta omissiva del medico ha impedito la possibilità di attuare un piano terapeutico che avrebbe, con una elevata probabilità logica, allungato la vita del paziente, integrando così la condotta del delitto di omicidio colposo. I giudici di Legittimità hanno fissato il principio di diritto secondo cui il medico *"è sempre tenuto ad apprestare una terapia adeguata alla malattia, al fine di curare e mantenere in vita il paziente per tutto il tempo consentito dalla migliore scienza ed esperienza medica"*. Dunque nel reato di omicidio colposo viene considerato come evento anche l'anticipazione della morte determinata dalla condotta colposa del medico.

La Cassazione annulla con rinvio la sentenza impugnata per vizi logico-giuridici sul nesso di causalità. La Corte di merito dovrà quindi fondare il giudizio controfattuale su una valutazione avente un elevato grado di credibilità razionale e non sulla base di un mero coefficiente di probabilità statistica; infine dovrà valutare se l'omissione del medico è condizione dell'evento morte del paziente, ricordando che anche un breve periodo di tempo sottratto alla vita del paziente – il cui *exitus* sia comunque inevitabile – integra il reato di omicidio colposo.

Truffa a “tre soggetti”: deve esserci identità tra il soggetto che compie l’atto di disposizione patrimoniale e il soggetto ingannato

(Cass. Pen., Sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 28957)

“2. Il ricorrente lamenta che nelle fattispecie considerate ai capi 5) e 6) dell’editto accusatorio non è dato riscontrare gli elementi costitutivi della truffa. L’assunto è fondato. Al capo 5) dell’imputazione si è contestato all’imputato di essersi procurato un ingiusto profitto, previo raggirò della ASL (OMISSIS) consistito nel sottoscrivere una clausola d’impegno a non esercitare attività libero professionale *extra moenia*, ma esclusivamente attività intra muraria, laddove le indagini avevano accertato la violazione della clausola stessa, esercitando [lo stesso] attività professionale al di là dei limiti delle prestazioni *intra moenia*.

Al capo 6) gli si è contestato, inoltre, di avere presentato presso la struttura economico-finanziaria della ASL (OMISSIS) fatture da emettere in relazione alla procedura di rinnovo della patente a carico di soggetti che in realtà mai si erano presentati a effettuare la regolare visita medico-legale, costituendo questo l’espedito per legalizzare procedure totalmente abusive in favore di richiedenti il rinnovo del titolo di guida privi dei requisiti per conseguirlo.

Tanto premesso, pare evidente il difetto in entrambi i casi degli elementi costitutivi del delitto di truffa e cioè il raggirò o l’artificio in danno della parte offesa, l’induzione in errore ed infine la disposizione patrimoniale eseguita da quest’ultima.

Nel primo caso (capo 5) difetta non solo una condotta fraudolenta – dal momento che la mera violazione della clausola pattuita non può integrare raggirò o artificio ma solo un illecito di natura civilistica derivante dal mancato rispetto di una delle condizioni convenute tra le parti contrattuali – ma anche qualsivoglia disposizione patrimoniale da parte della ASL.

Nel secondo caso e come correttamente dedotto dal ricorrente sussiste dissociazione tra l’ente pubblico che si assume raggirato (la ASL (OMISSIS)) e i soggetti che avrebbero subito la depauperazione patrimoniale, vale a dire i richiedenti il rinnovo della patente privi dei requisiti per conseguirla (per la necessità dell’identità soggettiva tra il soggetto che, indotto in errore dall’autore del reato, compie l’atto di disposizione patrimoniale e il soggetto passivo del danno v. l’innovativa e condivisibile Sez. 5, sent. n. 18968 del 18/01/2017, F, Rv. 271060).

In tale ultimo caso, poi, è dubbio pure che vi sia stata effettiva depauperazione patrimoniale, atteso che l’emissione della fattura da parte della ASL costituiva in realtà l’espedito per legalizzare pratiche gestite dall’imputato in maniera completamente abusiva e anche a voler dare per assodato che i privati gli abbiano effettivamente corrisposto l’importo delle fatture emesse a loro carico, ciò avrebbero fatto in corrispettivo di un servizio realmente loro fornito, per quanto nell’ambito di un negozio avente causa illecita (art. 1343 cod. civ.).

La sentenza impugnata va, pertanto, annullata senza rinvio in relazione ai reati oggetto dei capi 5) e 6) dell’imputazione perché il fatto non sussiste (...).”

Nota di Giustino Regia Corte

La Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul ricorso presentato da un medico della locale Azienda Sanitaria che si vedeva condannato, nei primi due gradi di giudizio, per il reato di truffa ai danni dello Stato *ex art. 640, comma 2, n. 1, c.p.*, con applicazione del cumulo giuridico ai sensi dell'art. 81 cpv, c.p.

Nello specifico la condanna è riferibile a due episodi distinti.

Nel primo il medico, avendo stipulato un contratto di lavoro con patto di esclusiva con la relativa ASL locale, contravveniva al suddetto patto esercitando anche attività libero professionale privatamente; un secondo episodio vedeva il medico, componente della commissione per il rilascio di patenti di guida, emettere fatture ai pazienti per conto della ASL per prestazioni (visite mediche di idoneità alla guida) in realtà mai eseguite.

Preme innanzitutto soffermarsi sugli elementi costitutivi del reato in esame. Il delitto di truffa è previsto dall'art. 640 c.p. e punisce chiunque con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. Il secondo comma, dando rilevanza alla qualificazione pubblicistica della persona offesa, punisce la c.d. truffa ai danni dello Stato, che prevede un trattamento sanzionatorio più rigido – reclusione da uno a cinque anni e multa da € 309 a € 1.549, anziché reclusione da sei mesi a tre anni e multa da € 51 a € 1.032 – qualora il fatto sia commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico. Il delitto in parola è un reato comune a forma vincolata: la condotta consiste nel raggirare o creare espedienti in modo da indurre la vittima in errore e ricevere un profitto ingiusto con l'altrui danno. Dunque elementi costitutivi dell'art. 640 c.p. sono: gli artifici e i raggiri dell'agente, l'induzione in errore della vittima, l'atto di disposizione patrimoniale della vittima, l'ingiusto profitto dell'agente e il danno ingiusto della vittima, danno che deve essere sempre di carattere patrimoniale. Si tratta di un reato di danno, dato che presuppone il profitto dell'agente e il danno altrui. Per la dottrina e la giurisprudenza dominante tale norma mira a tutelare la libertà del consenso nei negozi patrimoniali. La differenza con l'affine reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, di cui all'art. 316 *ter* c.p., riguarda l'induzione in errore del soggetto passivo: in quest'ultima fattispecie delittuosa non è un elemento costitutivo.

La Corte di Legittimità evidenzia come in entrambi i suddetti episodi censurati nel grado di appello difettino alcuni degli evidenziati elementi costitutivi del delitto di truffa, quali il raggiri o l'artificio in danno della parte offesa, l'induzione in errore e la disposizione patrimoniale eseguita da quest'ultima.

Nel primo episodio difetta, oltre che una condotta fraudolenta, anche una disposizione patrimoniale da parte dell'ASL. Quindi, anche se il ricorrente avesse mostrato l'intenzione di non rispettare la relativa clausola di esclusiva nel momento della sottoscrizione del contratto, difetterebbe comunque un danno patrimoniale ai danni della relativa ASL. Una censura potrebbe eventualmente aversi in sede civilistica per inadempimento contrattuale, non avendo il ricorrente rispettato *“una delle condizioni convenute tra le parti contrattuali”*.

Nel secondo episodio, invece, sussiste una dissociazione tra l'ente pubblico che si assume raggirato (l'ASL) e i soggetti che avrebbero subito il depauperamento patrimoniale (le persone interessate alla visita medica per il rinnovo della patente di guida). Come già affermato dalla Corte di Legittimità nella sentenza n. 18968 del 2017, per configurarsi il reato di truffa il soggetto raggirato deve essere il medesimo che subisce il danno economico. Nel caso *de quo* le persone ipoteticamente visitate hanno eseguito il pagamento che comunque avrebbero do-

vuto adempiere a favore della ASL per la rispettiva visita medica finalizzata al rilascio della patente. Pertanto, non si potrebbe neanche configurare un danno nei loro confronti, atteso che il pagamento è dovuto al soggetto pubblico in questione, la ASL, per il servizio reso, ossia la visita medica funzionale al rilascio della patente di guida.

Vieppiù, soggiunge la Cassazione, *“In tale ultimo caso, poi, è dubbio pure che vi sia stata effettiva depauperazione patrimoniale, atteso che l’emissione della fattura da parte della ASL costituiva in realtà l’espedito per legalizzare pratiche gestite dall’imputato in maniera completamente abusiva e anche a voler dare per assodato che i privati gli abbiano effettivamente corrisposto l’importo delle fatture emesse a loro carico, ciò avrebbero fatto in corrispettivo di un servizio realmente loro fornito, per quanto nell’ambito di un negozio avente causa illecita (art. 1343 cod. civ.)”*.

Per questi motivi, la Cassazione, accogliendo il ricorso dell’imputato, annulla senza rinvio la sentenza impugnata, perché il reato di truffa ai danni dello Stato, ai sensi dell’art. 640 c. 2, n. 1 c.p., non sussiste in entrambi gli episodi.

Il concetto di “partecipazione” nel reato di violenza sessuale di gruppo

(Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 29096)

“2.3. (...) Va ricordato che, ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale di gruppo, previsto dall’art. 609-octies c.p., è necessario che più persone riunite partecipino alla commissione del fatto, costituendo tale delitto una fattispecie autonoma di reato necessariamente plurisoggettivo proprio, consistente nella “partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all’art. 609 bis”, in cui la pluralità di agenti è richiesta come elemento costitutivo (...).

La previsione di un trattamento sanzionatorio più grave si connette proprio al riconoscimento di un peculiare disvalore alla partecipazione simultanea di più persone, in quanto una tale condotta partecipativa imprime al fatto un grado di lesività più intenso sia rispetto alla maggiore capacità di intimidazione del soggetto passivo ed al pericolo della reiterazione di atti sessuali violenti (anche attraverso lo sviluppo e l’incremento di capacità criminali singole) sia rispetto ad una più odiosa violazione della libertà sessuale della vittima nella sua ineliminabile essenza di autodeterminazione. La contemporanea presenza di più di un aggressore è idonea a produrre, infatti, effetti fisici e psicologici particolari nella parte lesa, eliminandone o riducendone la forza di reazione.

Non è tuttavia richiesto che tutti i componenti del gruppo compiano atti di violenza sessuale, essendo sufficiente che dal compartecipe sia comunque fornito un contributo causale, materiale o morale, alla commissione del reato, né è necessario che i componenti del gruppo assistano al compimento degli atti di violenza sessuale, essendo sufficiente la loro presenza nel luogo e nel momento in cui detti atti vengono compiuti, anche da uno solo dei compartecipi, atteso che la determinazione di quest’ultimo viene rafforzata dalla consapevolezza della presenza del gruppo (...).

Il concetto di “partecipazione”, quindi, non può essere limitato nel senso di richiedere il compimento, da parte del singolo, di un’attività tipica di violenza sessuale (ciascun compartecipe, cioè, dovrebbe porre in essere, in tutto o in parte, la condotta descritta nell’art. 609-bis c.p.), dovendo invece – secondo un’interpretazione più aderente alle finalità perseguite dal legislatore – ritenersi estesa la punibilità (qualora sia comunque realizzato un fatto di violenza sessuale) a qualsiasi condotta partecipativa, tenuta in una situazione di effettiva presenza non da mero “spettatore”, sia pure compiacente, sul luogo ed al momento del reato, che apporti un reale contributo materiale o morale all’azione collettiva (...).

Nella specie, l’ordinanza impugnata, ha ritenuto, con argomentazioni congrue e logiche, che una situazione siffatta risulta in concreto emergere dalle risultanze probatorie nella vicenda in esame, atteso che il ricorrente, presente nel luogo della perpetrata violenza sessuale durante tutto il tempo in cui si verificavano i fatti, imponeva sia un tocco al seno alla persona offesa e realizzava anche un video dei fatti criminali, manifestando, in ogni caso, una chiara adesione alla violenza di gruppo che rafforzava il proposito criminoso del gruppo. (...)

La pronuncia trae le sue origini dalla decisione del Tribunale per i minorenni che rigettava l'istanza di riesame proposta nell'interesse dell'indagato avverso l'ordinanza con la quale gli era stata applicata la misura cautelare della custodia in un istituto penitenziario minorile per i reati di sequestro di persona e di violenza sessuale di gruppo.

Avverso tale decisione, l'indagato proponeva ricorso per Cassazione, lamentando l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine a tali fattispecie delittuose.

Il Tribunale aveva riconosciuto rilievo indiziario alle dichiarazioni rese dai correi, infra-quattordicenni e, dunque, non imputabili. Secondo la difesa, tali dichiarazioni sarebbero inutilizzabili perché assunte in violazione degli artt. 350, 63 e 64 c.p.p. e senza l'osservanza del disposto ex art. 351 – ter c.p.p. che impone la presenza, durante l'esame, di un esperto di psicologia a tutela del minore. Le risultanze istruttorie, a dire del ricorrente, dimostravano solo “una presenza inerte” dello stesso sul luogo della violenza sessuale di gruppo, integrando, pertanto, l'ipotesi di una connivenza non punibile. Inoltre, la persona offesa aveva raccontato che tale violenza sarebbe stata filmata, ma sui cellulari dei quattro partecipanti non era stato rinvenuto alcun video.

Con il secondo motivo di doglianza, il ricorrente deduceva che la motivazione dell'ordinanza, riguardo la sussistenza delle esigenze cautelative, si risolveva nel mero riferimento alla gravità del reato, mediante l'impiego di clausole di stile, senza aver dato rilievo alla personalità dell'indagato.

Gli Ermellini hanno giudicato inammissibile il ricorso.

Secondo la Corte, l'ordinanza impugnata ha correttamente ravvisato gli estremi del reato di violenza sessuale di gruppo. Ricostruendo la tipicità del delitto in oggetto, la sentenza in esame ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la condotta incriminata dall'art. 609 *octies* c.p. (“partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale”) non richiede che tutti i compartecipi compiano atti di violenza sessuale, e cioè che ciascun partecipe ponga in essere, in tutto o in parte, la condotta descritta nell'art. 609-*bis* c.p.

Secondo l'interpretazione più aderente alle finalità perseguite dal legislatore, infatti, qualora sia comunque realizzato un atto di violenza sessuale da un complice, è punibile anche qualsiasi condotta partecipativa, tenuta in una situazione di effettiva presenza e non da “mero spettatore”, seppur compiacente, sul luogo ed al momento del reato, che apporti un reale contributo materiale o morale all'azione collettiva²³.

La norma, infatti, descrive una fattispecie autonoma rispetto a quella di cui all'art. 609-*bis* c.p., si tratta di un reato necessariamente plurisoggettivo.

Per quanto riguarda l'individuazione in concreto del contributo all'azione collettiva, emerge che si tende a desumere dalla presenza sul luogo del reato, nel momento della sua consumazione, il concorso quanto meno di natura morale nello stesso, ritenendo che la determinazione di coloro che pongono in essere gli atti di violenza sessuale venga rafforzata dalla consapevolezza della presenza del gruppo. Nel caso di specie, è stato provato che il ricorrente era presente nel luogo della perpetrata violenza sessuale durante tutto il tempo in cui si sono verificati i fatti. Egli ha toccato il seno della persona offesa e ha realizzato anche un video dei fatti, manifestando, in ogni caso, una chiara adesione alla violenza di gruppo che rafforzava il proposito criminioso.

²³ Cfr.: Cass. Pen. Sez. III, 11 marzo 2010, n. 15089; Cass. Pen. Sez. III, 18 ottobre 2011, n. 44408.

La previsione di un trattamento sanzionatorio più grave deriva dal riconoscimento di un peculiare disvalore alla partecipazione simultanea di più persone: una tale condotta partecipativa imprime al fatto un grado di lesività maggiore sia rispetto alla capacità di intimidazione del soggetto passivo ed al pericolo della reiterazione di atti sessuali violenti, sia rispetto ad una più odiosa violazione della libertà sessuale della vittima. La contemporanea presenza di più aggressori, infatti, è idonea a ridurre, se non ad eliminare, la forza di reazione.

Nel giudicare inammissibile per carenza di interesse la doglianza relativa alla violazione dell'art. 351, comma 1-*ter* c.p.p., la Corte ha ribadito che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale norma nella parte in cui non preveda la sanzione della inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal minore alla polizia giudiziaria senza la presenza di un esperto psicologo, come, invece, disposto dall'art. 391 *bis*, comma 6 c.p.p. per quelle acquisite nel corso di investigazioni difensive. Sono situazioni oggettivamente differenti la cui diversa disciplina origina dalla discrezionalità del legislatore.

La sentenza ha precisato che il minore di anni quattordici può essere sentito in qualità di testimone in ordine ai fatti che lo hanno coinvolto come autore concorrente. Egli, infatti, non assume la qualità di imputato, per la sua incapacità di diritto penale sostanziale e processuale. L'elencazione delle incompatibilità con l'ufficio di testimone, indicate nell'art. 197 c.p.p. è tassativa, trattandosi di norma eccezionale, nessuna delle quali ha riguardo al minore non imputabile.

Nel soffermarsi sulla nozione di gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p., la sentenza, in esame ha ribadito un indirizzo giurisprudenziale consolidato secondo cui, ai fini dell'applicazione delle misure cautelari, è sufficiente il requisito della sola gravità degli indizi. Non occorrerebbe che detti indizi siano anche precisi e concordanti. Il fatto che ci si trovi di fronte ad una base probatoria in evoluzione, costituisce l'attributo che contraddistingue gli indizi della fase cautelare distinguendoli dalle prove raccolte in giudizio.

Morte del tossicodipendente: non è responsabile lo spacciatore ex art. 586 c.p. se l'evento era in concreto imprevedibile

(Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 31746)

“2.1 (...) Va ribadito il principio espresso da Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009 (...) per cui “In tema di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, la morte dell’assuntore di sostanza stupefacente è imputabile alla responsabilità del cedente sempre che, oltre al nesso di causalità materiale, sussista la colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina la condotta di cessione) e con prevedibilità ed evitabilità dell’evento, da valutarsi alla stregua dell’agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall’agente reale”.

2.2. Quanto all’ipotesi di morte o lesioni personali conseguenti alla cessione illecita di sostanze stupefacenti, le Sezioni Unite hanno esplicitamente affermato che la regola cautelare, la cui inosservanza può costituire base della colpa, non può individuarsi nella norma che incrimina la cessione dello stupefacente né la colpa può ritenersi presunta in forza della sola stessa norma penale che incrimina la cessione dello stupefacente.

Ciò perché la legislazione in materia di sostanze stupefacenti (...) ha come scopo diretto ed immediato la repressione del mercato illegale della droga “... e soltanto come scopo ulteriore, collocato sullo sfondo, la tutela della salute pubblica, accanto alla tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico...”.

La conferma che l’attuale legislazione in materia non sia destinata in via diretta ed immediata alla tutela dell’integrità fisica dei cittadini, sta nella scelta del legislatore a favore della non punibilità del consumo personale di stupefacenti. (...)

Affermano quindi le Sezioni Unite: “... Tale disvalore e tale rischio non possono quindi essere replicati in un altro reato per il tramite di una applicazione dell’art. 586 c.p., del tutto sganciata dalla sussistenza di un profilo soggettivo di colpa e fondata esclusivamente su una responsabilità oggettiva o su una colpa presunta per violazione della legge penale, perché in tal modo si verrebbe a sanzionare nuovamente un fatto già incluso per il suo carico di disvalore nella condanna per lo spaccio di droga. In altre parole, con le incriminazioni sul divieto dello spaccio viene sanzionata la creazione di un rischio generico per la salute della potenziale platea dei consumatori della sostanza, e non anche il rischio specifico del singolo assuntore, il quale viene invece sanzionato con le incriminazioni per morte o lesioni (dolose o colpose) sempre però che sussista una connessione diretta di rischio tra spaccio e morte del tossicodipendente e sempre che questo rischio specifico sia in concreto rimproverabile allo spacciatore perché da lui prevedibile ed evitabile. (...)

2.3. La responsabilità di chi abbia ceduto le sostanze stupefacenti può sussistere pertanto, per la morte o le lesioni conseguenti all’assunzione di sostanze stupefacenti, solo quando sia accertata la sussistenza del nesso di causalità fra la cessione e l’evento morte o lesioni, non interrotto da fattori eccezionali sopravvenuti; quando l’evento non voluto sia rimproverabile all’agente a titolo di colpa in concreto, valutata secondo i normali criteri di valutazione della colpa nei reati colposi.

Occorre quindi che l'agente abbia violato una regola cautelare diversa dalla norma della legge sugli stupefacenti che incrimina il delitto base e che sia specificamente diretta a prevenire la morte o le lesioni personali.

Occorrerà poi una valutazione positiva di prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento, compiuta ex ante, sulla base del comportamento che sarebbe stato tenuto da un omologo agente modello, tendendo peraltro conto di tutte le circostanze della concreta e reale situazione di fatto.

Si dovrà pertanto verificare se dal punto di vista di un agente modello, nella situazione concreta, risultava prevedibile l'evento morte come conseguenza dell'assunzione, da parte di uno specifico soggetto, di una determinata dose di droga.

Affermano le Sezioni Unite che "... per agente modello non si deve intendere uno "spacciatore modello", ma una persona ragionevole, fornita, al pari dell'agente reale, di esperienza nel campo della cessione ed assunzione di sostanze stupefacenti e consapevole della natura e dei normali effetti della sostanza che cede..."

Secondo la casistica indicata nella stessa sentenza delle Sezioni Unite, in via generale dovrà dunque escludersi la responsabilità del cedente per la morte del cessionario in tutte le ipotesi in cui la morte risulti in concreto imprevedibile, in quanto intervenuta per effetto di fattori non noti o non rappresentabili dal cedente (...)."

La malafede contrattuale necessaria ai fini della configurabilità del delitto di frode nelle pubbliche forniture

(Cass. Pen., Sez. VI, 22 ottobre 2020, n. 29374)

“2. La questione attiene al se il mero inadempimento parziale doloso del programma obbligatorio sia sufficiente a configurare il reato per cui si procede.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale (...) ai fini della configurabilità del delitto di frode in pubbliche forniture è sufficiente il dolo generico, costituito dalla consapevolezza di consegnare cose in tutto od in parte difformi (per origine, provenienza, qualità o quantità) in modo significativo dalle caratteristiche convenute, o disposte con legge o con atto amministrativo, non occorrendo necessariamente la dazione di “aliud pro alio” in senso civilistico o un comportamento subdolo o artificioso. (...).

Si afferma, pertanto, che l’espressione “commette frode”, contenuta nell’art. 356 c.p., non allude necessariamente a un comportamento subdolo o artificioso, ma si riferisce “ad ogni violazione contrattuale”, a prescindere dal proposito dell’autore di conseguire un indebito profitto o dal danno patrimoniale che possa derivare all’ente committente. (...)

3. A tale indirizzo si contrappone altro orientamento di legittimità che pare maggiormente conforme al dato testuale della fattispecie incriminatrice, nonché, sul piano sistematico, alla esatta definizione dei rapporti strutturali tra il reato previsto dall’art. 356 c.p. e quello di inadempimento di contratti di pubbliche forniture previsto dall’art. 355 c.p.

Quanto al profilo testuale, si è spiegato come, ai fini della configurabilità del delitto in esame, sia necessario un “quid pluris” rispetto al semplice inadempimento del contratto, che va individuato nella malafede contrattuale, intesa questa però come espediente malizioso o inganno, tali da far apparire l’esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti (...).

Si è chiarito in maniera condivisibile come, sul piano testuale, la norma incrimini il “commettere frode” ed a tal fine assuma decisiva valenza la creazione di una situazione di “apparenza ingannatoria” ai danni della pubblica amministrazione, frutto di una condotta difforme dal principio di buona fede nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), che impone alle parti di adempiere scrupolosamente i rispettivi obblighi.

La sentenza “Cento”, in precedenza richiamata, individua correttamente la ratio dell’art. 356 c.p., nella necessità di porre il contratto al riparo da comportamenti fraudolenti del fornitore, rafforzando con la sanzione penale la corretta e leale esecuzione del contratto di pubbliche forniture.

Ne discende che sono estranei al paradigma criminoso di cui all’art. 356 c.p., le condotte di mero inadempimento del contratto, qualora non siano frutto di un perseguito proposito fraudolento; il comportamento fraudolento, si aggiunge, non deve necessariamente estrinsecarsi nell’uso di artifici o raggiri, propri del delitto di truffa, né determinare un evento di danno per la pubblica amministrazione, essendo a tal fine sufficiente la semplice malafede contrattuale, ovvero, come detto, la presenza di un espediente malizioso o ingannevole idoneo a far apparire l’esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti.

Si tratta di considerazioni condivisibili, atteso che “frode” significa avvantaggiarsi con qualche inganno; si tratta di una specificità della condotta che peraltro si riflette sul dolo, per cui l’autore del reato deve voler “ingannare” il soggetto passivo, non essendo sufficiente la consapevolezza di consegnare una cosa per un’altra o una cosa significativamente difforme da quella pattuita. La connotazione dell’elemento soggettivo in termini di “mala fede” può, in astratto, correttamente integrare la frode, ma non può tramutarsi in una vuota formula di stile attraverso la quale si giunge a far coincidere la frode con il mero consapevole inadempimento. (...)

Se il delitto di frode nelle pubbliche forniture fosse integrato per effetto del solo obiettivo inadempimento, ancorché doloso, di parte del programma contrattuale, verrebbe dilatata oltre misura la fattispecie di cui all’art. 356 c.p., rispetto a quella di cui all’art. 355 c.p., che risulterebbe sostanzialmente assorbita nella prima norma incriminatrice.

Di ciò la giurisprudenza della Corte di cassazione già in passato era consapevole, avendo affermato che il reato di frode nelle pubbliche forniture si differenzia da quello di inadempimento di contratti di pubbliche forniture per la presenza dell’elemento della frode che si presenta come astuzia o malizia diretta ad ingannare; con la conseguenza che è configurabile il delitto di cui all’art. 356 c.p., quando l’opera venga compiuta, non solo in dispregio ed in violazione delle clausole dell’appalto e delle norme regolatrici delle clausole stesse, bensì anche con il proposito (fraudolento) di rappresentare una situazione apparente che sia conforme alle dette clausole ed alla legge (...).

Nota di Giovanni De Bernardo

Con la sentenza in epigrafe, la Suprema Corte di Cassazione – Sezione VI – interviene, cogliendo l’occasione, per porre chiarezza in merito alla configurabilità del reato p. e p. dall’art. 356 del codice penale.

Specificamente, gli Ermellini si interrogano sul significato della espressione “commette frode” contenuta nel delitto di frode nelle pubbliche forniture.

La vicenda trae origine dal ricorso per Cassazione promosso dagli imputati, avverso la sentenza della Corte di appello, che aveva dichiarato non doversi procedere nei confronti di S.E. in relazione al reato previsto dall’art. 356 c.p., perché estinto per prescrizione, ma aveva confermato la sentenza impugnata quanto alle statuizioni civili. Il Tribunale in primo grado, condannava S., nella qualità di amministratore di una società, appaltatrice dei lavori di realizzazione di un palazzetto dello Sport, per il delitto citato, reo di aver fatto uso di materiali diversi da quelli promessi per la costruzione del tetto dell’immobile.

Punto dirimente è senz’altro la valutazione del *discrimen* tra mero inadempimento doloso e malafede contrattuale.

Partendo però dalle premesse, è opportuno specificare che il delitto di frode nelle pubbliche forniture punisce chi “commette frode nella esecuzione dei contratti di fornitura o nell’adempimento degli altri obblighi contrattuali”. Si tratta di un reato proprio, dato che può essere commesso solamente da chi sia vincolato contrattualmente con lo Stato, con un ente pubblico o con un’impresa esercente un servizio di pubblica necessità, e quindi dal fornitore, dal subfornitore, dal mediatore e dal rappresentante, la cui tipizzazione è posta a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione e, più nello specifico, del regolare funzionamento dei servizi pubblici e dei pubblici stabilimenti.

Condizione necessaria per analizzare compiutamente la fattispecie di cui all'art. 356 c.p. è approfondire gli elementi costitutivi anche dell'articolo che precede, rubricato "inadempimento di contratti di pubbliche forniture". Ivi viene punito "chiunque, non adempiendo gli obblighi che gli derivano da un contratto di fornitura concluso con lo Stato, o con un altro ente pubblico, ovvero con un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità, fa mancare, in tutto o in parte, cose od opere, che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o ad un pubblico servizio".

Elemento differenziale rispetto alla fattispecie di cui all'art. art. 355 c.p. è ovviamente la frode che contraddistingue il successivo inadempimento, la quale può avere luogo, dato il tenore letterale della norma, solo nella fase esecutiva del contratto.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, riportato nella sentenza in commento, l'espressione "commette frode", contenuta nell'art. 356 c.p., non allude necessariamente a un comportamento subdolo o artificioso, ma si riferisce "ad ogni violazione contrattuale", a prescindere dal proposito dell'autore di conseguire un indebito profitto o dal danno patrimoniale che possa derivare all'ente committente. Il reato di frode di pubbliche forniture è infatti caratterizzato dal dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di consegnare cose diverse da quelle pattuite. Non sarebbero perciò necessari specifici raggiri né che i vizi della cosa fornita siano occulti, ma è sufficiente la malafede nell'esecuzione del contratto.

Diversamente, altro indirizzo ermeneutico, maggiormente conforme al dato testuale, richiede, per la configurazione del delitto di cui all'art. 356 c.p., un "*quid pluris* rispetto al semplice inadempimento del contratto, che va individuato nella malafede contrattuale, intesa questa però come espediente malizioso o inganno, tali da far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti". D'altronde, il termine "frode" ha in sé un necessario inganno.

Aderendo a tale ultimo orientamento, la Suprema Corte propende per una interpretazione maggiormente idonea a delineare in modo più nitido i rapporti tra il reato di frode in pubbliche forniture e quello di inadempimento di contratti di pubbliche forniture, di cui all'art. 355 c.p.

Se il delitto di frode nelle pubbliche forniture fosse integrato per effetto del solo obiettivo inadempimento, ancorché doloso, di parte del programma contrattuale, verrebbe dilatata oltre misura la fattispecie di cui all'art. 356 c.p., rispetto a quella di cui all'art. 355 c.p., che risulterebbe sostanzialmente assorbita nella prima norma incriminatrice.

Conclude dunque la Corte di Cassazione che, ai fini della configurabilità del delitto di frode nelle pubbliche forniture, non è sufficiente il semplice inadempimento doloso del contratto, richiedendo la norma incriminatrice una condotta qualificabile in termini di malafede contrattuale, consistente nel porre in essere un espediente malizioso o ingannevole, idoneo a far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti.

L'argomento in esame risulta oltremodo attuale ove si consideri che di recente, con il D.Lgs. 75/2020 di attuazione della Direttiva PIF (recante norme per la "lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale"), entrato in vigore il 30.07.2020, la frode nelle pubbliche forniture è stata inserita nell'art. 24 D.Lgs. 231/2001 (che prevede sanzioni amministrative per gli enti responsabili di "indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture").

Successione mediata di norme e responsabilità penale del titolare della struttura ricettivo-alberghiera per omesso versamento dell'imposta di soggiorno

(Cass. Pen., Sez. VI, 30 ottobre 2020, n. 30227)

“4. Nelle more della trattazione del ricorso (...) è (...) intervenuto (...) il D.L. 19 maggio 2020, n. 34, art. 180 (...) il quale ha stabilito l’inserimento nel D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23, art. 4, del comma 1 *ter*, il quale recita che «il gestore della struttura ricettiva è responsabile del pagamento dell’imposta di soggiorno di cui al comma 1 e del contributo di soggiorno di cui al D.L. 31 maggio 2010, n. 78, art. 14, comma 16, lett. e), conv. con modif. nella L. 30 luglio 2010, n. 122, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale. (...). Per l’omessa o infedele presentazione della dichiarazione da parte del responsabile si applica la sanzione amministrativa dal 100 al 200 per cento dell’importo dovuto. Per l’omesso, ritardato o parziale versamento dell’imposta di soggiorno e del contributo di soggiorno si applica una sanzione amministrativa di cui al D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 13».

È evidente come (...) il gestore della struttura venga oggi ad essere individuato, per il futuro, quale responsabile del pagamento dell’imposta (...) di soggiorno e sottoposto alle sanzioni amministrative derivanti dal mancato versamento della stessa.

A partire dall’entrata in vigore della modifica normativa è, pertanto, escluso in radice che possa ulteriormente configurarsi il delitto di peculato, posto che il denaro ancora non versato a titolo d’imposta per definizione non costituisce denaro altrui né quale soggetto giuridico onerato del tributo, il gestore può essere ritenuto incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.).

Diverso era, invece, il ruolo attribuito al gestore della struttura ricettiva dalla previgente e composita normativa di riferimento (...).

In quel contesto normativo (...), la giurisprudenza di questa Corte di legittimità ha, infatti, ritenuto la sussistenza del delitto di peculato sull’assunto che integrasse il reato la condotta posta in essere dal gestore della struttura ricettiva che si era appropriato delle somme riscosse a titolo di imposta di soggiorno omettendo di riversarle al Comune, poiché lo svolgimento dell’attività ausiliaria di responsabile della riscossione e del versamento (...) determinava l’attribuzione della qualifica di incaricato di pubblico servizio al soggetto privato cui era demandata la materiale riscossione dell’imposta (...).

Conseguenza immediata dell’intervento del legislatore è che il mancato versamento dell’imposta non è ovviamente sussumibile nel fuoco del delitto di peculato (art. 314 c.p.) – che, invece, postula come presupposto necessario la veste giuridica di incaricato di pubblico servizio – a partire dal giorno (19 maggio) di entrata in vigore del decreto – L. n. 34 del 2020.

Resta, invece, da stabilire se e quali siano le conseguenze della novella in relazione alle condotte antecedenti, tra cui quella contestata alla ricorrente, in mancanza di norme di diritto intertemporale. (...) Sul piano dogmatico si è al cospetto di una successione nel tempo di

norme extrapenali in cui, per i fatti anteriori alla novella legislativa, è rimasto inalterato non solo il precetto (art. 314 c.p.), ma anche la qualifica soggettiva (art. 358 c.p.) la cui sussistenza è richiesta ai fini della punibilità a titolo di peculato.

Poiché (...) “la modifica normativa ha dunque trasformato l'albergatore da incaricato del pubblico servizio di riscossione della tassa di soggiorno e versamento nelle casse comunali a destinatario dell'obbligo tributario”, occorre, pertanto, precisare che la trasformazione della qualifica soggettiva si è prodotta solo per il futuro, come diretta conseguenza della descritta sostituzione di determinati obblighi normativi ad altri. (...)

Si deve di conseguenza escludere che la modifica del quadro di riferimento normativo di natura extra penale che regola il versamento dell'imposta di soggiorno abbia comportato un fenomeno di *abolitio criminis*, poiché tale effetto si determina solo quando la modifica abbia riguardato norme realmente integratrici della legge penale, come quelle di riempimento di norme penali in bianco o le norme definitorie, ma non anche le norme richiamate da elementi normativi della fattispecie penale, nessuna di tali tra loro differenti situazioni essendosi, peraltro, determinata nella vicenda normativa in esame. (...) [N]ella vicenda in esame si deve registrare un caso di successione di norme extrapenali che pure collocandosi in rapporto di interferenza applicativa sia con la norma che definisce la qualifica soggettiva dell'agente (art. 358 c.p.) sia con quella che stabilisce la struttura del reato (art. 314 c.p.), lasciano, però, entrambe inalterate, potendo al più dirsi richiamate in maniera implicita da elementi normativi contenuti sia nella norma definitoria che nella fattispecie penale.”

Nota di Martina Nicolino

Punto cruciale della sentenza n. 30227/20 pronunciata dalla Sesta Sezione Penale della Suprema Corte è l'analisi circa l'eventuale esistenza di una vicenda normativa di *abolitio criminis* a seguito della novella introdotta dal co. 4 dell'art. 180 del d.l. 19.05.2020 n. 34 (c.d. decreto rilancio) convertito nella legge n. 77 del 20.07.2020 che ha inserito il co. 1 *ter* nell'art 4. d.lgs. 14.03.2011 n. 23²⁴.

Tale comma modifica il ruolo del gestore di struttura ricettiva nella riscossione del tributo di imposta di soggiorno da riversare all'amministrazione comunale competente a riscuoterlo. Di fatto, il gestore passa da ausiliario dell'ente locale nella riscossione del tributo, che nel maneggiare pubblico denaro fungeva da agente contabile con obbligo di rendiconto, con veste giuridica di incaricato di pubblico servizio (358 c.p.), a soggetto responsabile del pagamento dell'imposta e del contributo di soggiorno con diritto di rivalsa sul fruitore del servizio, secondo le modalità tipiche della figura del responsabile d'imposta di cui all'art. 64 TUIR.

Di talché, ad oggi, la condotta posta in essere dal gestore della struttura ricettiva che si appropria di somme riscosse a titolo di imposta di soggiorno, omettendo di riversarle al Comune, non integrerà più il delitto di peculato *ex art.* 314 c.p., ma sarà oggetto di sanzioni amministrative derivanti dal mancato versamento della stessa quale responsabile del pagamento (figura prevista e definita dall'art. 64 d.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973).

Tale novella è connessa chiaramente al fatto oggetto di contestazione e portato innanzi alla Corte. Veniva contestata alla sig.ra V.D.B., gestrice di *residence*, l'appropriazione di somme

²⁴ Recante “*Disposizioni in materia di federalismo Fiscale Municipale*”.

di denaro corrispondenti all'imposta di soggiorno pagata dai suoi clienti e da riversare all'amministrazione comunale competente a riscuoterne il tributo. Il GIP presso il Tribunale di Trapani condannava l'imputata, a seguito di richiesta di applicazione di pena concordata ai sensi del 444 c.p.p., la pena di un anno e quattro mesi di reclusione in ordine al reato di cui agli artt. 81, 314 co.1. c.p. Avverso tale sentenza proponeva ricorso l'imputata deducendo l'erronea applicazione dell'art. 314 c.p. poiché il fatto contestato non costituiva reato. Nelle more della trattazione del ricorso interveniva la *novatio legis*.

Resta da interrogarsi, ritornando alla premessa, se tale novella abbia dato vita ad un fenomeno di *abolitio criminis* (art. 2 co. 2 c.p.) incidendo così sulle condotte antecedenti, tra cui quella in questione.

Ora, l'analisi svolta dalla Sesta Sezione chiarisce che sul piano materiale la modifica delle attribuzioni di un soggetto opera solo e soltanto dall'entrata in vigore della norma e non per il passato dal momento che *“l'opzione normativa per la natura oggettiva e/o funzionale della nozione di incaricato di pubblico servizio (art. 358 cod. pen.) imponeva, per contro, a legislazione previgente di qualificarlo tale in funzione proprio delle concrete attribuzioni demandategli dalla legge”*.

Sul piano dogmatico si è *“al cospetto di una successione nel tempo di norme extrapenali in cui, per i fatti anteriori alla novella legislativa, è rimasto inalterato non solo il precetto (314 c.p.) ma anche la qualifica soggettiva (art 358 c.p.) la cui sussistenza è richiesta ai fini della punibilità a titolo di peculato”*.

Anche in forza di recente dottrina, che sottolinea il mutare dell'attività del gestore da “strumentale” all'esecuzione dell'obbligazione tributaria intercorrente tra ente impositore e cliente a “destinatario” dell'obbligo tributario, la trasformazione della qualifica soggettiva non può che prodursi soltanto per il futuro, *“come diretta conseguenza della descritta sostituzione di determinati obblighi normativi ad altri”*.

La Corte esclude, infine, che la modifica del quadro di riferimento normativo di natura extrapenale, che regola la fattispecie in esame, abbia comportato un fenomeno di *abolitio criminis*, basando tale considerazione in assorbimento ed applicazione del cd. “criterio strutturale” utilizzato dalle Sezioni Unite in più pronunce paradigmatiche²⁵ e compiutamente elaborato con la sentenza n. 24468 del 26.02.2009 secondo cui *“in materia di successione di leggi penali, in caso di modifica della norma incriminatrice, per accertare se ricorra o meno abolitio criminis è sufficiente procedere al confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, senza la necessità di ricercare conferme della eventuale continuità tra le stesse facendo ricorso ai criteri valutativi dei beni tutelati e delle modalità di offesa, atteso che tale confronto permette in maniera autonoma di verificare se l'intervento legislativo posteriore assuma carattere demolitorio di un elemento costitutivo del fatto tipico, alterando così radicalmente la figura di reato ovvero, non incidendo sulla struttura della stessa, (ne) consenta la sopravvivenza di un eventuale spazio di applicazione”*.

Considerato che nel caso *de quo* *“si deve registrare un caso di successione di norme extrapenali che pure collocandosi in rapporto di interferenza applicativa sia con la norma che definisce la qualifica soggettiva dell'agente (art. 358 cod. pen.) sia con quella che stabilisce la struttura del reato (art. 314 cod. pen.), lasciano, però, entrambe inalterate”*, la Corte conclude affermando la rilevanza penale a titolo di peculato delle condotte, tra cui quella ascritta alla ricorrente, commesse in epoca anteriore all'introduzione della disciplina di cui al citato Decreto Rilancio.

²⁵ Sez. Un. n. 2451 del 27.09.2007, Magera Rv. 238197; Sez. Un., sent. n. 25887 del 26/03/2003, Giordano ed altri, Rv. 224605; Sez. Un., sent. n. 19601 del 228/02/2008, Niccoli, Rv. 239398.

Dal dato “sostanziale” del concreto esercizio delle funzioni gestorie discende la responsabilità dell’amministratore di fatto per la fattispecie di bancarotta documentale

(Cass. Pen., Sez. V, 2 novembre 2020, n. 30438)

“2. Manifestamente infondata è invece l’obiezione per cui della bancarotta documentale potrebbe rispondere esclusivamente l’amministratore di diritto e non anche quello di fatto, che non si confronta con il costante insegnamento di questa Corte per cui quest’ultimo è da ritenere gravato dell’intera gamma dei doveri cui è soggetto il primo, per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, anche di natura omissiva (ex multis Sez. 5, n. 39593 del 20/05/2011, Assello, Rv. 250844).”

“(…)”

“5. Colgono invece nel segno le doglianze svolte con il primo motivo di ricorso in ordine all’attribuibilità all’imputato della qualifica di amministratore di fatto della fallita. Ricordato che secondo il consolidato insegnamento di questa Corte tale qualifica spetta a colui che, pur non assumendo l’intera gamma dei poteri che la legge o lo statuto riservano all’amministratore di diritto, svolga una apprezzabile attività gestoria in maniera continuativa e non occasionale, deve osservarsi che la Corte territoriale ha riconosciuto tale ruolo al (OMISSIS) in ragione di una serie di indici ritenuti sintomatici attraverso un ragionamento non sempre sorretto dal necessario rigore logico o dalla esplicitazione della sua base fattuale. Se, contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, l’inesperienza della sorella dell’imputato è elemento che può logicamente essere valorizzato in funzione delle conclusioni censurate, così come la ricorrente presenza dello (OMISSIS) nel ruolo formale di segretario alle assemblee nel corso delle quali sono stati approvati proprio i bilanci falsi, non è per contro dubitabile che tali elementi da soli non possano essere sufficienti per affermare che lo (OMISSIS) sia stato l’amministratore di fatto della fallita. Né tale conclusione può essere asseverata semplicemente evocando l’interesse da questi vantato nell’operazione che ha portato all’acquisizione del ramo d’azienda, trattandosi di circostanza compatibile anche con l’ipotesi di un suo esclusivo concorso nel solo reato di bancarotta preferenziale.”

Nota di Maria Vittoria Prati

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione affronta la tematica della responsabilità dell’amministratore di fatto di una società fallita, nei confronti del quale si proceda penalmente per alcuni reati fallimentari, tra cui quello di bancarotta fraudolenta documentale.

La vicenda esaminata dalla Suprema Corte trae spunto da una sentenza di condanna della Corte di Appello di Milano che ha confermato la condanna inflitta all'amministratore di fatto di una società a responsabilità limitata, fallita nel corso del 2011, per i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale, impropria da reato societario e preferenziale.

La difesa dell'imputato aveva eccepito l'illogicità dell'attribuzione della responsabilità per il reato di bancarotta documentale nei confronti del medesimo, trattandosi di illecito di cui può rispondere esclusivamente l'amministratore di diritto.

La Suprema Corte, richiamando peraltro autorevoli e costanti precedenti²⁶, ha ritenuto tuttavia la doglianza manifestamente infondata in quanto l'amministratore di fatto è da ritenersi «gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto» quello di diritto, «per cui, ove concorrono le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, anche di natura omissiva».

La pronuncia affronta la *vexata quaestio*²⁷ dell'estensione della responsabilità penale a quei soggetti che, pur non rivestendo ufficialmente alcuna carica sociale, ne esercitano sotto il profilo fattuale i relativi poteri.

Come noto, l'art. 216 R.D. n. 267/1942 (L. Fall) punisce plurime condotte di bancarotta fraudolenta, tra cui quella dell'imprenditore che, anche prima del fallimento, sottrae, distrugge o falsifica in tutto o in parte libri e altre scritture contabili, nonché impedisce la ricostruzione del patrimonio o il reale movimento degli affari, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o danno ai creditori (cd. "bancarotta fraudolenta documentale"). L'art. 223 L. Fall. estende il suddetto reato anche agli amministratori di diritto, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite.

L'ipotesi ricostruttiva della decisione in analisi ritiene, in relazione al predetto reato, che al soggetto formalmente investito della qualifica di amministratore sia da equipararsi chi esercita, in modo continuativo e significativo, i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.

Segnatamente, la Suprema Corte afferma che non assume rilevanza alcuna, nell'ambito della bancarotta documentale, l'accertamento di un previo atto d'investitura formale, assumendosi al contrario come decisivo, in chiave valorizzante del dato funzionale, l'effettivo esercizio dei poteri da associarsi ad una determinata carica sociale.

Le considerazioni di cui alla sentenza qui in commento si collocano nel solco della dottrina e giurisprudenza maggioritarie, per cui l'apprezzamento della figura dell'amministratore di fatto va riguardato nel più ampio contesto degli interessi antigiusuridici che ne arricchiscono il ruolo, anche alla luce dell'art. 2639 c.c..

La disposizione di cui sopra, infatti, prevede espressamente che ai soggetti formalmente investiti della «qualifica o titolari della funzione prevista dalla legge civile» siano equiparati coloro i quali sono chiamati a «svolgere la stessa funzione», sia quanti esercitano «in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

Sulla portata dei parametri previsti dall'art. 2639 c.c. si è evidenziato come i concetti di "significatività" e "continuità" non comportino necessariamente l'esercizio di tutti i poteri

²⁶ Cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. V, 20 maggio 2011, n. 39593.

²⁷ Cfr.: MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia, Problemi e casi*, II Ed., Cedam, Padova, 2013, p. 14; PEDRAZZI C., *Reati commessi dal fallito, Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Art. 216 – 227, in *Commentario Scialoja – Branca*, a cura di GALGANO F., Zanichelli Editore, Bologna, 1995, p. 259; ALESSANDRI A., in A.A. V.V., *Manuale di diritto penale dell'impresa, Parte generale e reati fallimentari*, Zanichelli Editore, Bologna, 2003, pp. 65 e s.s.

propri dell'organo gestorio, ma richiedano l'esercizio di un'attività svolta in modo non episodico od occasionale²⁸.

Con la citata norma, il Legislatore ha ancorato la responsabilità penale dei soggetti di fatto alla continuità dell'esercizio della funzione e alla valorizzazione della significatività del *modus operandi*, così escludendo dal novero dei soggetti incriminabili quanti operano in via occasionale o saltuaria.

Sul punto, la pronuncia in commento afferma, in linea con la costante giurisprudenza, che, in ambito penalistico, per la ricostruzione del ruolo *de quo*, pur non dovendo il soggetto di fatto «*assumere l'intera gamma dei poteri che la legge o lo statuto riservano all'amministratore di diritto*», la valutazione non possa appiattirsi sulle mere qualifiche formali rivestite in ambito societario, ma debba condursi alla stregua di specifici indicatori, riconducibili ad «*indici ritenuti sistematici*» quali, appunto, un'apprezzabile attività gestoria in maniera continuativa e non occasionale.

Si richiede così al Giudicante di avvalersi di uno schema definito, la cui vincolatività è tale da ridurre al minimo il rischio di interpretazioni estensive, che non sempre sono risultate convincenti.

²⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 23 novembre 2015, n. 6199, in *De jure*. Sul punto si vedano pure: Cass. pen., Sez. V, 20 maggio 2011, n. 39593, in *Cass. pen.* 2012; Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2011, n. 15065, quest'ultime richiamate in nota nella sentenza di cui sopra. Nello stesso senso *ex multis* Cass. pen., Sez. V, 14 aprile 2003, in *C.E.D. Cass.*, 224948.

Cambio di rotta: tra omicidio aggravato e *stalking* è riconosciuto il concorso apparente di norme

(Cass. Pen., Sez. III, 6 novembre 2020, n. 30931)

“3. (...) [C]on sentenza resa dalla Corte di assise (...) è stato condannato (...) per il delitto di tentativo di omicidio (...) aggravato ai sensi dell’art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, per essere l’autore del delitto di cui all’art. 612-bis c.p. nei confronti della vittima (...).

Nel presente processo (...) si contesta (...) il delitto di cui all’art. 612-bis c.p., commi 1 e 2 (...).

4. (...) [E]merge ictu oculi come vi sia perfetta coincidenza fattuale e spaziotemporale tra i fatti ex art. 612-bis c.p. commessi in danno della medesima persona offesa, contestati, nel primo caso, come circostanza aggravante del tentativo di omicidio ex art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, nel secondo come fattispecie di reato autonoma al capo B).

5. Ciò accertato, si pone la questione se il delitto d’omicidio aggravato ai sensi dell’art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, in relazione al quale il ricorrente è stato definitivamente condannato, assorba o meno il delitto di atti persecutori contestato nel presente processo.

6. A tal proposito, si registra un solo precedente di questa Corte di legittimità, la quale ha dato risposta negativa al quesito, affermando il principio secondo cui il delitto di atti persecutori non è assorbito da quello di omicidio aggravato ai sensi dell’art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, non sussistendo una relazione di specialità tra tali fattispecie di reato (Sez. 1 n. 20786 del 12/04/2019, dep. 14/04/2019, P., Rv. 275481).

In motivazione, la Corte ha osservato che, nella previsione di cui all’art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, l’elemento aggravatore (...) è di natura soggettiva, essendo incentrato sulla mera identità del soggetto autore sia degli atti persecutori che dell’omicidio, con la conseguenza che esso “non appartiene alla condotta e alle sue modalità di commissione (...)” (...). Da ciò consegue che “(...) non si verifica l’assorbimento del delitto di atti persecutori in quello di omicidio aggravato, in assenza di una qualsivoglia affinità strutturale tra le fattispecie”.

In senso contrario non depono la clausola di riserva contenuta nell’art. 612-bis c.p. (...), perché essa “non può aver riguardo al rapporto con il delitto di omicidio, la cui natura istantanea lo pone al di fuori dell’area di possibile interferenza con il reato abituale di atti persecutori”.

7. Si tratta di una conclusione che (...) non appare persuasiva, dovendo l’art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, essere considerato, a tutti gli effetti, un reato complesso in senso stretto ai sensi dell’art. 84 c.p., comma 1, norma che esclude l’applicazione delle disposizioni sul concorso di reati “quando la legge considera (...) come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato”.

È ben vero che l’art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, dà rilevanza al fatto che l’omicidio sia commesso “dall’autore del delitto previsto dall’art. 612-bis nei confronti della persona offesa” (...). Tuttavia, l’infelice e incerta formulazione della norma non può giustificare un’interpretazione soggettivistica, incentrata sul tipo di autore, senza considerare che la pena si giustifica non per ciò che l’agente è, ma per ciò che ha fatto. (...)

8. La diversa conclusione conduce a un’interpretazione abrogans dell’art. 84 c.p., comma 1, che non appare rispettosa del principio del *ne bis in idem* sostanziale, posto a fondamento

della disciplina del reato complesso, il quale vieta che uno stesso fatto venga addossato giuridicamente due volte alla stessa persona, nei casi in cui l'applicazione di una sola norma incriminatrice assorba il disvalore del suo intero comportamento.

Seguendo la tesi qui criticata, infatti, gli atti persecutori sono addebitati all'agente due volte: come reato autonomo, ai sensi dell'art. 612-bis c.p., e come specifica circostanza aggravante dell'omicidio, ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, sebbene il disvalore della condotta sia già integralmente ed adeguatamente considerato da quest'ultima norma, che commina la pena dell'ergastolo.

9. Va perciò affermato il seguente principio di diritto: tra gli art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, e art. 612-bis c.p. sussiste un concorso apparente di norme ai sensi dell'art. 84 c.p., comma 1, e, pertanto, il delitto di atti persecutori non trova autonoma applicazione nei casi in cui l'omicidio della vittima avvenga al culmine di una serie di condotte persecutorie precedentemente poste in essere dall'agente nei confronti della medesima persona offesa. (...)"

Nota di Pierpaolo Schiattone

La Terza Sezione della Corte di Cassazione torna ad affrontare la questione “se il delitto d'omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 (...) assorba o meno il delitto di atti persecutori”, sovvertendo il precedente giurisprudenziale risalente appena all'anno prima (Cass. Pen., Sez. I, 12 aprile 2019, n. 20786).

L'analisi delle fattispecie in parola evidenzia come l'art. 576 c. 1 n. 5.1) c.p. aggravi il reato di omicidio doloso prevedendo l'applicazione della pena dell'ergastolo nel caso in cui il fatto sia commesso dall'autore del delitto previsto dall'art. 612 *bis* c.p. nei confronti della stessa persona offesa; di contro, l'art. 612 *bis* c.p., espressamente richiamato da tale circostanza aggravante, punisce la condotta di chi, con condotte reiterate, minacci o molesti taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero di ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria, di un congiunto o di persona legata alla vittima da rapporto affettivo, ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.

La questione esegetica attiene dunque al caso in cui una condotta persecutoria, in un'*escalation* criminosa, culmini con l'uccisione della persona offesa, quando medesime siano le circostanze fattuali, di tempo e di luogo, ponendosi così l'interrogativo se, in tale ipotesi, possano essere contestati autonomamente l'omicidio aggravato dalle modalità persecutorie e il delitto di *stalking*, oppure, in ossequio al principio di specialità *ex art. 15 c.p.*, e in un'ottica di *favor rei*, ritenere che la fattispecie più gravemente punita assorba in sé –a mente dell'espresso richiamo– la condotta sanzionata con pena più modesta, sicché l'autore debba essere accusato e punito per il solo reato di omicidio aggravato.

Come accennato, con sentenza n. 20786/2019 la Prima Sezione affermava il diverso principio secondo cui “il delitto di atti persecutori non è assorbito da quello di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, non sussistendo una relazione di specialità tra tali fattispecie di reato”. Tale decisione scaturiva dall'osservazione secondo cui, nella previsione di cui all'art. 576 c. 1 n. 5.1 c.p., l'elemento che aggrava la fattispecie è di natura soggettiva, essendo incentrato sulla medesimezza dell'autore sia degli atti persecutori, sia della condotta omicidiaria, e non sulle modalità di realizzazione della condotta. Per giustificare il citato esito interpretativo, la Corte utilizzava come mezzo di comparazione la previsione di cui al c. 1 n. 5 dell'art. 576, riferito al caso di omicidio compiuto “in occasione della commissione di taluno

dei delitti previsti dagli artt. 572, 600-*bis*, 600-*ter*, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*”, soffermandosi sull’espressione “in occasione”, che farebbe riferimento appunto all’occasionalità esistente tra i fatti commessi, e non all’identità dell’autore.

Inoltre, considerando che l’art. 15 c.p., in materia di concorso apparente di norme, utilizza come criterio valutativo delle fattispecie quello della comparazione della loro struttura astratta, la Corte concludeva nel senso del non assorbimento del delitto di atti persecutori in quello di omicidio aggravato, non ravvisando affinità strutturale tra le ipotesi delittuose in analisi. In definitiva, secondo il riportato orientamento possono essere contestate entrambe le condotte in capo allo stesso soggetto, intercorrendo tra le due “una relazione di piena compatibilità perché la commissione degli atti persecutori, reato di natura abituale e a condotta tipizzata, non involge in alcun modo la commissione del fatto di omicidio, reato di natura istantanea e casualmente orientato”.

Né la clausola di riserva di cui all’art. 612-*bis* c.p. (“salvo che il fatto costituisca più grave reato”) deporrebbe in senso contrario, atteso che la stessa “non può aver riguardo al rapporto con il delitto di omicidio, la cui natura istantanea lo pone al di fuori dell’area di possibile interferenza con il reato abituale di atti persecutori”.

Siffatta ermeneusi non ha convinto la Terza Sezione in commento, che è pervenuta ad un esito differente, ponendo a base della propria interpretazione l’istituto del reato complesso di cui all’art. 84 c. 1 c.p.

A mente di tale disposizione, non possono concorrere più ipotesi criminose quando la legge consideri alcune di esse (di per sé sole costituenti reato) come circostanze aggravanti di una sola fattispecie. Di conseguenza, ben può il delitto di atti persecutori essere considerato come semplice circostanza aggravante dell’omicidio, così permettendo di tenere conto del disvalore della condotta persecutoria evitando tuttavia una duplicazione di imputazioni in senso non solo sfavorevole al reo, ma altresì contrario alla *ratio* del reato complesso e –più in generale– del principio di specialità.

La Corte tiene, così, conto della “infelice e incerta formulazione” dell’art. 576 c. 1 n. 5.1, osservando che la stessa “non può giustificare un’interpretazione soggettivistica, incentrata sul tipo di autore, senza considerare che la pena si giustifica non per ciò che l’agente è, ma per ciò che ha fatto”. Di conseguenza pone l’accento sul fatto che “ciò che aggrava il delitto di omicidio non è il fatto che esso sia commesso dallo *stalker* in quanto tale ma che esso sia stato preceduto da condotte persecutorie che siano tragicamente culminate, appunto, con la soppressione della vita della persona offesa”.

Diversamente opinando, non solo si giustificerebbe in qualche misura una punizione del reo secondo la logica del diritto penale d’autore, ma si avallerebbe una interpretazione irrispettosa dell’art. 84 c. 1 c.p. e, più a monte, del fondamentale principio del *ne bis in idem* sostanziale che, in questa prospettiva, vieta che uno stesso fatto sia imputato due volte allo stesso soggetto anche quando una sola norma incriminatrice assorba in sé il disvalore dell’intera condotta.

Alterazione di stato: non è ideologicamente falso il certificato che sia conforme alla legge nel Paese di nascita del minore, anche ove la procreazione sia avvenuta con modalità non consentite nel nostro Paese

(Cass. Pen., Sez. VI, 10 novembre 2020, n. 31409)

“Svolgimento del processo

1. Con il provvedimento in epigrafe il Tribunale di Cuneo, in funzione di giudice per il riesame delle misure cautelari reali, ha annullato il decreto di perquisizione e sequestro della Procura della Repubblica presso quel Tribunale, disposto in relazione al reato di cui all'art. 567 c.p. contestato agli indagati (...), i quali avrebbero attestato falsamente, sia in Ucraina, sia dinnanzi all'Ufficiale di stato civile del Comune di Savigliano che la piccola (...), nata il (...), è loro figlia naturale, trattandosi in realtà di una fattispecie di “maternità surrogata” vietata nell'ordinamento interno. Il P.M. aveva proceduto al sequestro nei locali di pertinenza degli indagati di numerosi oggetti – documentazione sanitaria, biglietti di viaggio, a fotografie, a campioni biologici di DNA – al fine di accertare la sussistenza del reato di alterazione di stato della minore.

Il Tribunale riteneva che dagli atti di indagine fosse già pacificamente dimostrato che la minore (...) non potesse definirsi figlia naturale della coppia – segnatamente della indagata (...) –, avendo i coniugi fatto ricorso alla pratica della “maternità surrogata” e che tale dato non fosse conferente rispetto alla configurabilità del reato di cui all'art. 567 c.p., evidenziando la liceità di tale pratica nello stato dell'Ucraina, luogo di nascita della minore.

Motivi della decisione (...)

2. Va innanzi tutto rilevato che la legge ucraina ammette il ricorso alla surrogazione di maternità a condizione che il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente, per cui il certificato di nascita di un bambino nato in Ucraina facendo ricorso a detta pratica è perfettamente legittimo secondo la legge di tale Paese quando la metà del patrimonio genetico provenga da uno dei genitori committenti. Ciò vale per il certificato di nascita della piccola G.V. laddove G.G. risulta essere il padre biologico della stessa.

3. Data tale premessa, correttamente il Tribunale ha ritenuto che non ricorrano i presupposti per ritenere integrata, sotto il profilo materiale, la condotta sanzionata dall'art. 567 c.p. Ai fini della configurabilità di tale delitto, 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 (Sez. 6, n. 47136 del 17/09/2014, P., Rv. 260996). Nella fattispecie in esame, le attestazioni relative alla minore, che gli indagati hanno reso sulla base di una certificazione stilata in Ucraina, non integrano certificazioni o attestazioni “false”, risultando viceversa legittime secondo la *lex loci*, che ammette la maternità surrogata eterologa nel caso in cui il patrimonio biologico del minore appartenga per il 50% ai genitori committenti.

Sono del resto numerose le pronunce di questa Corte che hanno escluso l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 567 c.p. nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 15 in ordine a cittadini italiani nati all'estero e rese all'autorità consolare sulla base di certificato redatto dalle autorità ucraine che li indichi come genitori, in conformità alle norme stabilite dalla lex loci (...). Né assume rilevanza la pronuncia delle SS.UU. civili citata dal P.M. ricorrente (n. 12193/2019) dal momento che, come correttamente sottolineato dal Tribunale, essa ha riguardo alla ritenuta contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore di intenzione con cittadinanza italiana, senza toccare il tema della sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi caratterizzanti il reato ipotizzato. (...)"

In tema di applicazione della confisca di prevenzione nei confronti dell'evasore fiscale seriale

(Cass. Pen., Sez. V, 25 novembre 2020, n. 33158)

“1. La misura ablativa [*confisca di prevenzione*] (...) è stata applicata sul presupposto della ritenuta pericolosità generica del ricorrente, in quanto riconducibile alle categorie soggettive di cui al D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 1, lett. a) e b). (...) successivamente all'adozione del provvedimento impugnato la Corte Cost., con la sentenza n. 24 del 2019, ha però dichiarato l'illegittimità costituzionale della prima delle due disposizioni menzionate.

L'intervento demolitorio del giudice delle leggi non comporta (...) l'automatica necessità di disporre l'annullamento del provvedimento per una nuova valutazione del materiale probatorio a condizione che, nella proposta e nel provvedimento applicativo, non solo sia stata richiamata anche la categoria di cui alla lett. b) del citato art. 1, ma, altresì, che il giudice della misura abbia accertato, sulla base di specifiche circostanze di fatto, che il proposto si sia reso autore di delitti commessi abitualmente in un significativo arco temporale, da cui abbia tratto un profitto che costituisca – ovvero abbia costituito in una determinata epoca – il suo unico reddito o, quanto meno, una componente significativa del medesimo (...).

Alla Cassazione è dunque consentito verificare l'autosufficienza del provvedimento impugnato in riferimento al residuo profilo di pericolosità eventualmente accertato, sempre che tale verifica non involga valutazioni di merito estranee alla cognizione del giudice di legittimità e che impongano la riapertura del contraddittorio tra le parti, non consentita dalla trattazione camerale del procedimento di prevenzione (...)

2. (...) il requisito della pericolosità generica che legittima l'applicazione della confisca, non può essere desunto dal mero “status” di evasore fiscale seriale, in quanto, per stabilire se il proposto viva abitualmente con i proventi dell'attività delittuosa, occorre considerare la struttura dei reati commessi – assumendo rilievo le sole condotte generatrici di un profitto e non anche quelle meramente dirette ad evitare il pagamento di imposte riferite a redditi lecitamente prodotti – nonché l'eventuale definizione in sede conciliativa della pretesa fiscale da cui sia derivata il recupero dell'imposta evasa. (...)”

Nota di Giovanni Sodano

La vicenda processuale muove dal ricorso presentato avverso il decreto applicativo della confisca di prevenzione disposto dal Tribunale di Catanzaro nei confronti del postulante e del figlio, quale fittizio intestatario di beni nella disponibilità del padre.

Il giudice di prime cure fonda l'adozione del provvedimento, confermato integralmente dalla Corte d'Appello del capoluogo calabrese, sulla ritenuta pericolosità generica del prevenuto ai sensi dell'art. 1, lett. a) e b), e dell'art. 4, let. c) del d.lgs. 159/2011, desunta essen-

zionalmente dal suo *curriculum* criminale, nonché sulla manifesta sproporzione tra il valore del patrimonio illecitamente accumulato dal ricorrente mediante la realizzazione di una serie di reati fiscali e i redditi dichiarati nell'arco temporale di riferimento.

La Corte di Cassazione, preliminarmente, si sofferma sulle eventuali ricadute della sentenza n. 24 del 2019 della Corte costituzionale sul provvedimento impugnato, sopraggiunta alla sua adozione.

Con questa pronuncia, si rammenta, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della let. a) dell'art. 1 del d.lgs. 159/2011, relativa ai soggetti «*abitualmente dediti a traffici delittuosi*», ravvisandovi un ineludibile contrasto con le esigenze di determinatezza e precisione della fattispecie imposte tanto dall'art. 13 Cost., quanto, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 2 del Prot. n. 4 CEDU, nonché dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca.

Nella stessa sede la Consulta ha viceversa rigettato la questione di costituzionalità relativa alla let. b) dell'art. 1 del d.lgs. 159/2011, relativa ai soggetti che «*per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*», ritenendo che, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza “de Tommaso c. Italia” della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sia oggi possibile assicurarne in via interpretativa contorni sufficientemente precisi.

L'intervento demolitorio, come ribadito nella specie dalla Suprema Corte, non comporta, tuttavia, in capo al giudice dell'impugnazione l'obbligo incondizionato di annullare i provvedimenti adottati prima del suo sopraggiungere, sempreché essi si fondino, come nel caso di specie, su categorie di pericolosità sociale ulteriori rispetto a quella di cui all'art. 1, let. a) e, con riferimento a quest'ultime, appaiano sotto il profilo motivazionale autosufficienti.

Passando alla disamina delle censure mosse dai ricorrenti, la Corte ritiene le stesse meritevoli di accoglimento stante la manifesta lacunosità delle argomentazioni poste a fondamento della prognosi di pericolosità sociale su cui si fonda il provvedimento applicativo della misura patrimoniale.

Il predetto scrutinio costituisce notoriamente presupposto indefettibile per l'applicazione di una misura di prevenzione, da quest'ultime condiviso con le misure di sicurezza disciplinate dal Codice penale, dalle quali tuttavia le prime si differenziano in quanto non presuppongono l'instaurarsi di un processo penale nei confronti del soggetto.

Si tratta notoriamente di un giudizio di tipo bifasico che impone di affiancare al riscontro probatorio della storia criminale del reo una ulteriore verifica processuale di tipo predittivo in termini di rilevante probabilità di commissione, nel futuro, di ulteriori attività criminose da parte del soggetto.

In tal senso, è indispensabile che la pericolosità sociale sia attuale, ovvero che ne sia valutata positivamente la sussistenza nel momento in cui il giudice adotta la decisione. Ciononostante, sul punto è noto come, limitatamente alle misure di prevenzione patrimoniale, con le riforme del 2008-2009, il cui contenuto è stato poi recepito nel disposto del vigente art. 18 del d.lgs. 159/11, il legislatore abbia introdotto la possibilità a determinate condizioni di prescindere dall'accertamento del predetto requisito, recidendo la regola della necessaria pregiudizialità tra il procedimento di prevenzione personale patrimoniale.

Sebbene il giudizio di prevenzione sia retto da regole probatorie e di giudizio diverse da quelle proprie dei procedimenti penali, l'esito fausto della prognosi di pericolosità sociale, come ribadito dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, non può fondarsi esclusivamente sulla mera ricognizione di precedenti o pendenze penali remote accumulati nel tempo dal prevenuto o, peggio ancora, sul suo presunto *status* di “evasore fiscale seriale”.

Per stabilire, invero, se egli viva o meno abitualmente con i proventi dell'attività delittuosa si rende indispensabile considerare, altresì, la struttura dei reati commessi, rilevando esclusivamente le condotte generatrici di un profitto e non anche quelle meramente dirette ad evitare il pagamento di imposte riferite a redditi lecitamente prodotti, tenendo conto dell'eventuale definizione in sede conciliativa della pretesa fiscale da cui sia derivato il recupero dell'imposta evasa.

Considerazioni, quest'ultime, che appaiono del resto perfettamente in linea con i recenti approdi in materia della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

In proposito, si rammenta, che le Sezioni Unite della Suprema Corte²⁹, sebbene con riferimento alle fattispecie di pericolosità cd. "qualificata", hanno in ultimo avuto modo di ribadire come il giudice della prevenzione in nessun caso possa, alla luce del quadro normativo vigente, ricorrere a mere presunzioni *iuris et de iure*, essendo all'uopo necessario aggiornare la prognosi di pericolosità sociale all'epoca di valutazione applicativa della misura, viceversa, apparendo obbligata, come nel caso di specie, l'annullamento del provvedimento.

²⁹ Cfr. Cass. pen., SS. UU., 4 gennaio 2018, n. 111, Gattuso.

Accesso abusivo a sistema informatico: è reato anche accedere con *password*, ma estrapolando i dati per finalità diverse

(Cass. Pen., Sez. V, 2 dicembre 2020, n. 34296)

“1. L’art. 615-ter c.p. sanziona, al comma 1, 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 comma 2 prevede un aggravamento di pena 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. L’accesso è abusivo – per dettato normativo – qualora avvenga mediante superamento e violazione delle chiavi fisiche ed informatiche di accesso o delle altre esplicite disposizioni su accesso e mantenimento date dal titolare del sistema.

Le Sezioni Unite di questa Corte (sentenza n. 4694 del 27/10/2011, rv 251270-01) hanno affrontato la questione se integri la fattispecie criminosa di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico protetto la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema da parte di soggetto abilitato all’accesso, perché dotato di password, ma attuata per scopi o finalità estranei a quelli per i quali la facoltà di accesso gli era stata attribuita, ed hanno ritenuto che rilevante debba considerarsi il profilo oggettivo dell’accesso e del trattenimento nel sistema informatico da parte di un soggetto non autorizzato ad accedervi ed a permanervi, sia quando violi i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema (con riferimento alla violazione delle prescrizioni contenute in disposizioni organizzative interne, in prassi aziendali o in clausole di contratti individuali di lavoro), sia quando ponga in essere operazioni di natura “ontologicamente diversa” da quelle di cui sarebbe stato incaricato ed in relazione alle quali l’accesso è a lui consentito, con ciò venendo meno il titolo legittimante l’accesso e la permanenza nel sistema.

Più recentemente le Sezioni Unite (sentenza n. 41210 del 18/5/2017, rv 271061-01) sono tornate sul tema dell’accesso operato da chi sia munito di apposite chiavi e sia abilitato a farlo, ma lo faccia in violazione delle norme pubblicistiche che disciplinano l’operato dei pubblici dipendenti e che indirizzano verso finalità di pubblico interesse l’attività della pubblica amministrazione. Ebbene, richiamato il principio di cui alla L. n. 241 del 1990, 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”, le Sezioni Unite sopra richiamate hanno ribadito l’illiceità ed abusività di qualsiasi comportamento che con tale obiettivo si ponga in contrasto, manifestandosi in tal modo la “ontologica incompatibilità” dell’accesso al sistema informatico, connessa ad un utilizzo dello stesso estraneo alla ratio del conferimento del relativo potere.

Decisiva, quindi, per giudicare della liceità dell’accesso effettuato da chi sia abilitato ad entrare in un sistema informatico, è, per la giurisprudenza di legittimità, la finalità perseguita

dall'agente, che deve essere confacente alla ratio sottesa al potere di accesso, il quale mai può essere esercitato in contrasto con gli scopi che sono a base dell'attribuzione del potere, nonché, com'è stato già rimarcato, in contrasto con le regole dettate dal titolare o dall'amministratore del sistema. Tanto vale per i pubblici dipendenti ma, stante l'identità di ratio, anche per i privati, allorché operino in un contesto associativo da cui derivino obblighi e limiti strutturali alla comune fruizione dei dati contenuti nei sistemi informatici. In tal caso la limitazione deriva non già da norme pubblicistiche, che non esistono, ma dai principi della collaborazione associativa, che hanno, come base necessaria, il conferimento di beni, utilità, diritti e quant'altro funzionali al perseguimento dello scopo comune e impongono l'utilizzo degli stessi in conformità allo scopo suddetto. Anche l'accesso ai sistemi informatici predisposti a servizio dell'attività comune deve avvenire, quindi, in conformità alla ratio attributiva del potere, configurandosi come abusivo, ai sensi dell'art. 615 ter, ogni accesso che risulti con esso incompatibile.

Nella specie, il diritto di accesso ai sistemi informatici dello "Studio (...)" e della società "(...)" era stato riconosciuto a favore di (...) per il perseguimento degli scopi propri dell'associazione e della società personale, per cui l'aver acceduto a quei sistemi per estrapolarne i dati in esso contenuti e servirsene per finalità esclusive concreta un accesso abusivo, sanzionabile ai sensi della norma suddetta."

Nota di Martina Durante

Con la pronuncia in epigrafe la quinta sezione della Corte di Cassazione ha risolto il contrasto relativo all'interpretazione e alla corretta applicazione dell'articolo 615-ter del Codice penale in materia di accesso abusivo a sistemi informatici.

Nel caso di specie, l'imputato contestava l'attribuzione della condotta criminosa sul presupposto del possesso della password di accesso al sistema informatico; pertanto il relativo accesso non doveva essere considerato abusivo. Inoltre, a sostegno di tale tesi veniva evidenziato che nessuna regola vietava il backup dei dati. In secondo luogo, l'imputato contestava la condanna al pagamento di una provvisionale sprovvista di adeguata motivazione, nonché il subordine della sospensione condizionale della pena al previo pagamento della suddetta provvisionale.

La Corte, con la sentenza in commento, ha rigettato in toto il ricorso basando il suo ragionamento sullo scopo e il fine per cui l'accesso (abusivo) è stato compiuto; inoltre ha sottolineato il ruolo del carattere meramente delibativo della provvisionale in sede penale che non risulta essere impugnabile in quanto non esorbitante in relazione al danno accertato ricollegabile al comportamento dell'imputato.

In generale, viene definito come abusivo quell'accesso che avviene mediante la violazione delle chiavi fisiche e informatiche di accesso o delle esplicite disposizioni speciali in materia di accesso e mantenimento, fornite dal titolare del sistema. L'articolo 615-ter c.p. sanziona il comportamento del soggetto che abusivamente si introduce in un sistema informatico protetto da misure di sicurezza, nonché il comportamento mantenuto nonostante la volontà escludente dell'avente diritto. Inoltre, viene previsto un aggravamento di pena nel caso in cui il comportamento criminoso sia tenuto da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con violazione dei poteri o dei doveri inerenti alla sua funzione.

Il delitto di cui all'articolo 615-ter c.p. integra un reato di mera condotta che si perfeziona con la violazione del domicilio informatico, mediante l'introduzione in un sistema costituito da un complesso di apparecchiature che utilizzano tecnologie informatiche, a nulla rilevando che si verifichi un'effettiva lesione della riservatezza degli utenti (Cass., V, sentenza del 2007, n. 11689).

La disposizione punisce a titolo di dolo generico le condotte non solo di chi si introduce abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza, ma anche di chi vi si trattiene contro la volontà, espressa o tacita, del titolare che ha il diritto di escluderlo. Tale principio di diritto è stato affermato dalle S.U. della Corte di Cassazione, con sentenza n. 4694/2011, secondo la quale integra il delitto previsto dall'articolo 615-ter c.p. "la condotta di 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 di Cassazione nel valutare il caso, ha dato continuità ai suoi precedenti. Nello specifico con una prima sentenza del 2011 aveva compiuto un processo logico interrogandosi circa la possibilità di imputare la condotta in esame anche nei casi in cui un soggetto, nonostante l'abilitazione ad entrare nel sistema, compia l'accesso al sistema informatico per scopi diversi da quelli per cui in realtà è dichiarato idoneo. Con la sentenza n. 4694 del 2011, inoltre, aveva ritenuto rilevante per l'imputazione del reato di cui all'articolo 615-ter c.p. il profilo oggettivo dell'accesso e del trattenimento nel sistema informatico sia da parte di un soggetto non autorizzato ad accedervi, sia da parte di un soggetto autorizzato ma con intento ontologicamente diverso.

Il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di reato in oggetto, infatti, è costituito dalla tutela del domicilio informatico, inteso come luogo, anche virtuale, dove l'individuo esplica liberamente la sua personalità in tutte le sue dimensioni e manifestazioni.

Infine, con la sentenza 41210 del 2017 la Corte ribadì l'illiceità dell'accesso compiuto da un soggetto abilitato ma con finalità estranee alla ratio del conferimento di tale potere.

Alla luce dell'orientamento costante della Suprema Corte, dunque, al fine di giudicare se l'accesso sia lecito o meno risulta fondamentale la finalità perseguita dal soggetto agente, la quale non può mai essere esercitata in contrasto con gli scopi alla base dell'attribuzione del relativo potere.

Tale previsione risulta valida sia per i pubblici dipendenti, sia per i privati operanti in contesto associativo che comportino una limitazione alla comune fruizione del sistema informatico. La ratio delle due limitazioni è diversa: infatti i pubblici dipendenti hanno limiti di stampo pubblicistico, mentre i privati hanno limiti derivanti dai principi della collaborazione associativa che alla base trovano il conferimento di beni, utilità e diritti funzionali al comune scopo della collaborazione e quindi il loro utilizzo deve essere in sua funzione, compreso il sistema informatico.

Nesso di causalità e mesotelioma pleurico: il nodo delle posizioni di garanzia effettivamente assunte nella fase della c.d. induzione

(Cass. Pen., Sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 34341)

“2. (...) [A]ssumono preliminare rilievo – ai fini della risoluzione del problema della c.d. causalità generale – le posizioni di garanzia rispettivamente assunte dal C. e dal M. (...).

(...) [L]a sentenza impugnata (...) [si limita] a prendere atto della formale attribuzione al C. e al M. di funzioni “apicali” (...) non avendo cura di esaminare in modo puntuale gli effettivi poteri di gestione dei due imputati, nelle rispettive qualità (...).

Per quanto (...) attiene al C., il mero riferimento al suo inserimento nel board societario non è appagante, a considerare che, sebbene sia vero che possono assumere posizioni di garanzia anche i componenti del comitato esecutivo (c.d. board) di una società, tali posizioni sono condizionate al fatto che sia ravvisabile la loro reale partecipazione ai processi decisori, (...) con particolare riferimento alle condizioni di igiene e sicurezza del lavoro (...).

Quanto al M., (...) per il periodo successivo al 1985, (...) il ricorrente era mero componente del consiglio di amministrazione, che peraltro in tale periodo neppure si sarebbe riunito. (...)

“3. (...) Dato per acquisito, infatti, che la posizione di garanti può essere ravvisata in modo sostanzialmente certo, sia in capo al M. che in capo al C., nel periodo compreso tra il 1981 e il 1985, si tratta di vedere se (...) tale periodo coincida in modo certo ed evidente, in tutto o in parte, non solo con la generica esposizione delle vittime all’amianto, ma anche con un’esposizione eziologicamente rilevante ai fini della patogenesi: in una parola, con la fase della c.d. induzione.

Può infatti affermarsi che (...) sul piano della causalità generale dell’esposizione all’amianto, la teoria dose-correlata, prescelta e accreditata in particolare dalla III Consensus Conference (...), indica il susseguirsi di due fasi distinte: quella della c.d. induzione (a sua volta distinta in iniziazione e promozione) in cui ogni successiva esposizione è rilevante sul piano causale ai fini del prodursi del mesotelioma pleurico maligno; e la fase della c.d. progressione, o latenza in cui il processo carcinogenetico è irreversibile e ogni successiva esposizione all’amianto è ormai irrilevante. Lo spartiacque fra le due fasi (...) è costituito dal c.d. failure time, che segna il momento a partire dal quale le ulteriori esposizioni all’amianto sono prive di rilevanza causale. (...)

“4. (...) Il nodo fondamentale da sciogliere, sotto il profilo dell’accertamento del nesso causale tra le condotte contestate e l’evento costituito dall’insorgere di patologie asbesto-correlate, è stato individuato puntualmente dalla sentenza Cozzini (...). Vi si afferma (...) che l’affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l’evento-morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa, all’amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all’accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all’effetto acceleratore della protrazione dell’esposizione dopo l’iniziazione del processo carcinogeneti-

co; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innesco del processo carcinogenetico (...).”

“6. (...) [N]el caso di specie, stante il succedersi di una pluralità di garanti in costanza di esposizione all'amianto delle vittime (...), la possibilità di argomentare su basi scientifiche l'affermazione individuale di responsabilità è prioritariamente e necessariamente legata alla (...) possibilità o meno di individuare, anche sul piano temporale, il discrimen tra la fase di induzione e quella di latenza clinica, in modo da accertare (...) la sovrapposibilità almeno parziale fra la posizione di garanzia concretamente assunta dagli imputati e il protrarsi di un'esposizione all'amianto causalmente rilevante nel progredire delle patologie contratte dalle persone offese. (...)”.

Nota di Mattia Cutolo

La sentenza di legittimità ad oggetto riguarda una condanna in appello per omicidio colposo plurimo contestato con violazione di norme sulla prevenzione antinfortunistica.

Qui l'illecito assume la forma di reato commissivo mediante omissione³⁰, ex artt. 40 cpv. e 589 cpv. cp. Ciò presuppone logicamente la sussistenza in capo ai due imputati di posizioni di garanzia in ragione delle quali essi avevano il dovere di sterilizzare i particolari fattori di rischio sotto il loro controllo.

Tali posizioni di garanti derivavano dalle funzioni apicali³¹ ricoperte rispettivamente dai due imputati nelle società del gruppo Fibronit.

Secondo l'impostazione accusatoria, le numerose morti avvenute—su un esteso arco temporale—sarebbero riconducibili alla diffusione delle polveri sottili di amianto, sostanze utilizzate nell'ambito dei processi aziendali del gruppo Fibronit. L'esposizione a dette polveri, sia all'interno che nei pressi dello stabilimento, avrebbe cagionato dopo anni il mesotelioma pleurico, una patologia asbesto-correlata.

La questione di diritto affrontata dalla S.C. ha il suo perno nell'articolo 40 cp. A sua volta, questa indagine si dicotomizza nella sussistenza o meno della posizione di garanzia in capo agli imputati (C. ed M.) e del nesso causale tra condotta omissiva colposa ed evento dannoso verificatosi.

Per quanto riguarda il primo profilo, la sentenza della corte ambrosiana ritiene che la posizione di garante di C. risalisse al 1977 – anno in cui ha assunto la qualità di amministratore delegato di Fibronit Cementifera – e si estendesse fino al 1985; arrivando poi anche al 1990 quando una nota della Guardia di Finanza riporta che l'imputato avrebbe avuto pieni poteri

³⁰ Sul punto: SGUBBI, *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*, Milano, 1975; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.

³¹ GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 620 ss.

per la gestione dell'amministrazione ordinaria³². Al tempo stesso, la corte ritenne che M. avesse assunto la posizione di garanzia nel periodo 1981-85 in quanto direttore di stabilimento e 1985-87 in quanto consigliere d'amministrazione della Fibronit S.p.A.

I giudici di legittimità rilevano correttamente che l'unico periodo in cui la posizione di garanzia in capo agli imputati fosse provata era il 1981-85.

Negli altri periodi, per quanto riguarda C., le sentenze di merito assegnano responsabilità penale in ragione delle mere «funzioni apicali» a questi assegnate. Quando, invece, sia il quadro normativo³³ sia quello giurisprudenziale³⁴ ormai da anni vanno nella direzione del cd. «principio di effettività». In base a questo principio, infatti, per l'assunzione della posizione di garanzia non rileva poi tanto la formale assegnazione di ruoli dirigenziali, quanto invece l'effettivo svolgimento delle dette funzioni – valorizzando, così la teoria che in dottrina viene definita «realistico-funzionale»³⁵.

Ancor più evanescente è la motivazione dei giudici di merito che ritenevano fonte di posizione di garanzia il ruolo di consigliere di amministrazione non esecutivo ricoperto da M., quando, tra l'altro, quel C.d.A. non si era mai riunito tra il 1985 e 1987.

Resta da sottoporre ad indagine il secondo profilo: l'eventuale nesso eziologico dell'esposizione alle polveri di amianto e l'evento-morte durante quell'arco temporale.

La dottrina più avveduta sul punto ha da tempo postulato non solo il divieto per il giudice penale di «produrre» leggi causali, ma anche il divieto di questi a fondare la spiegazione causale su leggi scientificamente non riconosciute³⁶. Di qui, la Cassazione si premura di precisare che la teoria più accreditata dalla Consensus Conference III ha individuato una fase di *induzione* (in cui ogni esposizione è rilevante causalmente) e una di *progressione* (in cui ogni esposizione è irrilevante causalmente perché il processo carcinogenetico è irreversibile). Tra questi due momenti vi è il cd. *failure time*.

Scrupolo della S.C. è stato quindi stabilire se il momento del *failure time* fosse sovrapponibile agli anni 1981-85 in cui C. ed M. erano garanti e se l'esposizione nel momento del *failure time* fosse stata causalmente rilevante ai fini della patogenesi e dell'accelerazione della malattia³⁷.

Di qui, il ragionamento della corte si fa stringente ed essa si riappropria della funzione nomofilattica tipica delle corti di ultima istanza.

I giudici di legittimità denunciano che la Corte d'appello abbia arbitrariamente collocato il *failure time* «a ritroso» prima della diagnosi di mesotelioma pleurico, basandosi esclusivamente su dichiarazioni processuali non corroborate da leggi scientifiche, escludendo in modo del tutto apodittico «la rilevanza causale delle esposizioni verificatesi quantomeno nei 10 anni precedenti alla manifestazione clinica della malattia, mentre, invece, sono rilevanti causalmente le esposizioni verificatesi in precedenza». Inoltre, il Tribunale prende atto del fatto che la comunità scientifica non possa al momento offrire leggi scientifiche che spieghino con cer-

³² Cass. Sez. IV, 2020, n. 34341, 5.

³³ Art. 299, d. lgs. n. 81 del 2008. Per un approfondimento sui profili penalistici del decreto: PULITANO, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010.

³⁴ Cass. Sez. IV, 2015, n. 13858. Nello stesso senso: Cass. Sez. IV, 2017, n. 22606; Cass. Sez. IV, 2019, n. 22079; Cass. Sez. IV, 2019, n. 31863; Cass. Sez. IV, 2018, n. 39324.

³⁵ AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 42.

³⁶ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, 154.

³⁷ Le pronuncia Cass. Sez. Un., 2002, n. 30328 dispone che il nesso causale sarà provato quando «ipotizzandosi come realizzata [...] la condotta doverosa impeditiva dell'evento "hic et nunc", questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva».

tezza il decorso causale delle patologie asbesto-correlate; così, arriva autonomamente a prendere in considerazione un periodo di latenza di circa 40 anni. In questo arco di tempo vi sarebbe il periodo di induzione e progressione rispetto al quale «le esposizioni successive hanno una loro efficienza rispetto alla produzione dell'evento»³⁸.

Ora, per citare il Professor F. Centonze in una tavola rotonda tenutasi a Modena in occasione dei dieci anni dalla sentenza Franzese, viene spontaneo chiedersi «esposizioni successive *a che cosa?*»³⁹, considerato che ancora oggi la comunità scientifica non è in grado di poter dimostrare con certezza quale sia l'esposizione che abbia cagionato il processo carcinogenetico.

Come è evidente—alla soglia della «maggiore età» della sentenza Franzese—la magistratura di merito non riesce a scrollarsi di dosso imputazioni di tipo causale ancora troppo spesso non corroborate da leggi scientifiche: e questo comportamento non appare meno grave (o più giustificabile) in ragione di una mancata concordia di opinioni nel mondo scientifico, anche laddove «il giudice possa essere tentato di cedere alle pericolose suggestioni del criterio della certezza soggettiva»⁴⁰.

³⁸ Cass. Sez. IV, 2020, n. 34341, 8.

³⁹ CENTONZE, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4, 2012, 1535.

⁴⁰ STELLA, *op. cit.*, 155.

Connivenza o concorso: tratti distintivi

(Cass. Pen., Sez. IV, 7 dicembre 2020, n. 34754)

“3. (...) Rileva la Corte territoriale come (...) benché non sia dato sapere quale era il tenore degli accordi intercorsi tra tali soggetti, il F. anche in questo caso aveva coadiuvato il P. e proprio lui aveva consegnato uno dei sacchetti con lo stupefacente al G. a cui veniva sequestrato immediatamente dopo. E ad ulteriore riscontro che il F. fosse pienamente consapevole dell’attività illecita svolta dal P. e che lo coadiuvasse nella stessa, offrendo il proprio contributo, vengono eloquentemente richiamati anche i fatti del 22 maggio 2013 quando i due venivano arrestati mentre si recavano a consegnare la droga al Ba., tanto che circa 200 grammi di cocaina in quella occasione venivano trovati dentro il filtro dell’aria della Seat Cordoba guidata proprio dal F.

Difficile, dunque, in un quadro di rapporti così delineato, parlare di mera connivenza non punibile.

La sentenza impugnata opera un buon governo della giurisprudenza di questa Corte di legittimità secondo cui la connivenza non punibile, riguardo alla disciplina degli stupefacenti, può essere integrata solo da un comportamento meramente passivo, mentre costituisce concorso nel delitto il contributo manifestato anche solo in forme che agevolino la detenzione, l’occultamento e il controllo della droga, assicurando al concorrente una certa sicurezza o comunque garantendogli, anche implicitamente, una collaborazione sulla quale egli può contare.

Questa Suprema Corte ha più volte espresso il principio – che va qui ribadito – secondo il quale la distinzione tra l’ipotesi della connivenza non punibile ed il concorso nel delitto, con specifico riguardo alla disciplina degli stupefacenti, va ravvisata nel fatto che mentre la prima postula che l’agente mantenga un comportamento meramente passivo, nel concorso di persone ex art. 110 c.p., è richiesto un contributo che può manifestarsi anche in forme che agevolino la detenzione, l’occultamento ed il controllo della droga, assicurando all’altro concorrente una certa sicurezza o comunque garantendogli, anche implicitamente, una collaborazione sulla quale questi può contare (cfr. (...) Sez. 3, n. 41055 del 22/9/2015, Rapushi ed altro, Rv. 265167, relativa ad un caso in cui la Corte ha escluso che fosse sufficiente per configurare il concorso nella detenzione di sostanza stupefacente l’accertamento di un rapporto di coabitazione nell’appartamento in cui la droga era custodita, non ravvisando a carico del convivente alcun obbligo giuridico di impedire l’evento ex art. 40 cod. (...)).

Naturalmente spetta al giudice del merito indicare il rapporto di causalità efficiente tra l’attività incentivante che integra il concorso morale e quella posta in essere dall’autore materiale del reato, in quanto la semplice presenza inattiva non può costituire concorso morale, mentre, però, può essere sufficiente una volontà di adesione all’altrui attività criminosa, la quale venga a manifestarsi in forme agevolative della detenzione di sostanze stupefacenti, consistente nella consapevolezza di apportare un contributo causale, assicurando all’agente una certa sicurezza ovvero garantendo, anche implicitamente, una collaborazione in caso di bisogno, in modo da consolidare la consapevolezza nel correo di poter contare su una propria attiva collaborazione (cfr. Sez. 6, n. 9986 del 20/5/1998, Costantino e altro, Rv. 211587 in cui la Corte ha ritenuto sussistente il dolo del concorso nel reato da parte del coniuge, per la collocazione dello stupefacente in piena vista nella stanza da letto, per il prelievo della droga da

parte del coniuge e la consegna agli agenti operanti con occultamento sulla persona della maggior quantità possibile della sostanza per sottrarla al sequestro).

Si tratta di principi correttamente applicati dai giudici del merito, nel caso in esame, per le ragioni sopra esposte. (...)

Per il ricorrente nulla permetterebbe di escludere che il predetto involucro fosse stato occultato all'interno della vettura da tempo e senza che lo stesso fosse consapevole di cosa contenesse. E, perciò, al più potrebbe parlarsi di connivenza non punibile o, al più, di favoreggiamento personale ex art. 378 c.p., (anche se nel ricorso si menziona l'art. 368 c.p., che punisce il reato di calunnia e non pare conferente con il caso che ci occupa). (...)"

Nota di Mattia Cutolo

La sentenza ad oggetto inerisce ai criteri discretivi adottati dai giudici di legittimità per poter definire quali siano le soglie di punibilità delle condotte associative di cui all'art. 74 del D.P.R. n. 309 del 1990⁴¹, tra concorso eventuale (cd. «esterno») e connivenza non punibile.

Per la verità, la pronuncia potrebbe aprire anche problematiche a carattere più generale rapportate all'associazione per delinquere cd. «semplice» ex art. 416 cp.⁴² e ciò potrebbe essere sostenibile in ragione del rapporto *genus-species* che intercorre tra la fattispecie citata e quella di cui all'art. 74.

Il processo padre di questa sentenza è molto complesso e i numerosi imputati, contrapposti nel contraddittorio alla magistratura requirente, si sfidano – in particolar modo – sul campo del vincolo associativo, elemento tipico necessario del reato di cui al D.P.R. del 1990.

La corte, facendo estesi riferimenti ai propri precedenti, smonta ciascuna delle doglianze difensive con lo scopo di andare a ritagliare quella porzione di condotta penalmente rilevante che oscilla tra il concorso eventuale nell'associazione di cui agli artt. 110 cp. ss. e 74 del D.P.R., da una parte, e la semplice connivenza non punibile, dall'altra.

Rileva, in primo luogo, fare riferimento agli altri elementi del fatto di cui all'art. 74.: l'esistenza di un gruppo di almeno tre persone associate per il compimento di un catalogo non definito di reati legati agli stupefacenti; un'organizzazione idonea al perseguimento di tali reati; l'elemento soggettivo che conferisce alla condotta associativa una direzione teleologica a commettere i reati di cui sopra⁴³.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità non solo ha contribuito a perimetrare nella prassi le condotte di cui all'art. 74, ma si è spinta anche a svolgere una precisazione ulteriore. Questa insiste sul profilo organizzativo dell'associazione con una presa di posizione che, per la verità, si colloca nel solco di una lettura più concreta in termini offensivi dei reati a pericolo pre-

⁴¹ Sul punto: AMATO, *Puntualizzazioni giurisprudenziali sui profili strutturali dell'associazione finalizzata al traffico di droga*, in *Cassazione Penale*, 2003, 264 ss.; ZAINA, *La nuova disciplina penale delle sostanze stupefacenti*, Rimini, 2006.

⁴² Sull'associazione per delinquere si veda: INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983; FORNASARI-RIONDATO (a cura di), *I reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017; PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971.

⁴³ Cass. Sez. IV, 2013, n. 44183.

sunto—categoria che anticipa la tutela penale e comprende anche i reati associativi qui in esame⁴⁴.

Considerato che si sta prendendo a riferimento una serie di condotte legate allo spaccio di stupefacenti, non si può non constatare che dette compagini di criminalità organizzata non sempre godano di un'organizzazione stabile, di tipo verticistico: così, il reato di cui all'art. 74 avrà luogo anche quando l'associazione non goda di un simile apparato logistico-gestionale; al contrario, sarà sufficiente che il requisito dell'organizzazione sia correlato – e, quindi, idoneo – alla realizzazione di quel piano non definito di reati⁴⁵.

Sul punto, rileva anche far emergere una recente pronuncia in cui la Cassazione ha definito realizzabile l'illecito associativo *ex art. 74*, quando sussista tra i compartecipi una «durevole comunanza di scopo» ossia l'immissione sul mercato di una partita di stupefacenti⁴⁶. Così, questo chiarimento finisce per risolversi in una condizione sia di necessità che di sufficienza, ai fini della configurabilità del delitto *ex art. 74*.

Dopo aver fatto cenno al fatto tipico, ecco che torna prepotentemente il tema del contributo del concorrente non necessario, *ex artt. 110 ss. cp.*

Come si accennava all'inizio, nella sentenza rilevante ai fini del presente elaborato, la S.C. chiarisce i criteri per distinguere la differenza tra concorso di persone nel reato di cui all'art. 74 e connivenza non punibile.

Facendo riferimento ai propri precedenti⁴⁷, la Cassazione precisa che la connivenza in materia di traffico di stupefacenti consti essenzialmente in atteggiamenti meramente passivi; mentre, invece, vi sarà concorso di persone nel reato laddove l'azione dell'agente esterno imprima una dose minima di rilevanza causale agevolatrice rispetto alla condotta del concorrente necessario.

Sorge, a questo punto, spontanea una domanda.

Tenendo a mente la pronuncia n. 30410 del 2019, come si fa a ritenere logicamente compatibile, da una parte, la effettiva partecipazione all'associazione di cui all'art. 74 di un soggetto che, in quanto acquirente – e, quindi, in mancanza di un vincolo associativo – stringe uno o più accordi con la criminalità organizzata sull'immissione nel mercato di un quantitativo di stupefacente e, dall'altra, la configurabilità di responsabilità a titolo concorsuale di un soggetto che, invece, agevoli consapevolmente e causalmente – poco importa se sotto un profilo materiale o morale – la commissione dell'illecito associativo?

In altre parole, come si può imputare nel 2020 una responsabilità a titolo di concorso eventuale a seguito di una condotta di agevolazione causale nel reato associativo e, allo stesso tempo, nel 2019 una responsabilità a titolo di concorso necessario nel reato di cui all'art. 74, a fronte di una condotta di acquisto di sostanze stupefacenti?

La S.C. si premura di specificare come la condotta concorsuale avrà luogo quando ci sarà «[...] un contributo che può manifestarsi anche in forme che agevolino la detenzione, l'occultamento ed il controllo della droga, assicurando all'altro concorrente una certa sicurezza o [...] collaborazione [...]». E, al medesimo tempo, nel passaggio successivo, precisa che la prerogativa a valutare in concreto questo nesso eziologico debba appartenere al giudice in quanto, si dice, «la semplice presenza inattiva non può costituire concorso morale»⁴⁸.

⁴⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Volume I*, Bologna, 2012, 486.

⁴⁵ Cass. Sez. III, 2015, n. 9457.

⁴⁶ Cass. Sez. III, 2019, n. 30410.

⁴⁷ Cass. Sez. III, 2015, n. 34985 e Cass. Sez. III, 2015, n. 41055.

⁴⁸ Concetto molto chiaro in Cass. Sez. IV, 2020, n. 34754, par. 4.8.

A prescindere dalle singole conclusioni della Suprema Corte, le questioni problematiche, che in questa sede non possono che essere accennate, trovano spesso volte la loro ragion d'essere nella confusa disciplina concorsuale codicistica⁴⁹.

Nonostante la giurisprudenza, più o meno oscillante sul contenuto, è pacifico che fin quando il modello rimarrà quello degli artt. 110 ss. cp., il giudice penale difficilmente avrà gli strumenti per capire come il presunto correo abbia potuto concorrere al reato base nelle situazioni più drammatiche: ossia quando questi non abbia commesso nessuna porzione di fatto tipico.

⁴⁹ Estesa la dottrina: DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 ss.; VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale* (a cura di PACE), Milano, 2006, 1021 ss.; ID, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di DOLCINI, PALIERO), Milano, 2006, 1939 ss.

Speculazione sul prezzo delle mascherine: non è reato se incide solo sul mercato “di vicinato”

(Cass. Pen., Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 36929)

“(…) [I]l reato in provvisoria contestazione [art. 501-bis c.p.], ha una articolata struttura ed una relativamente recente storia, oltre che una assai episodica applicazione. (…)

Si tratta, in primo luogo, di un “reato proprio”; infatti (…)

lo stesso potrà essere commesso solo da chi rivesta, dal punto di vista operativo, la qualifica soggettiva di esercente (…)

un’attività produttiva ovvero commerciale avente oggetto determinati beni o servizi.

(…) [R]iguardo alla condotta deve osservarsi che essa (…)

può consistere, secondo la previsione di cui al comma 1 (…), nella realizzazione di manovre speculative ovvero nell’occultamento, accaparramento od incetta di materia prime, generi alimentari di largo consumo o di prodotti di prima necessità, in modo atto a determinarne la rarefazione o il rincaro sul mercato interno, oppure, e questa è la previsione contenuta nel (…)

comma 2, nella condotta di chi, consapevole della esistenza delle condizioni di rarefazione o di rincaro sul mercato interno dei prodotti di cui sopra, ne sottragga all’utilizzazione o al consumo rilevanti quantità.

(…) Mentre i concetti di occultamento, accaparramento ed incetta, corrispondendo a fenomeni naturalistici sono facilmente identificabili (…), più complessa è l’attribuzione di significato alle parole “compie manovre speculative”, dovendosi (…)

ritenere che l’espressione valga a descrivere la condotta di chi intenda (…)

conseguire un guadagno parassitario attraverso lo stravolgimento consapevole e voluto del bilanciamento fra la domanda e l’offerta di un bene avente le caratteristiche descritte dalla norma incriminatrice, onde renderne così artatamente più elevato il prezzo di cessione.

Ai fini della integrazione del reato le merci debbono avere la natura o di materie prime (…)

ovvero di generi alimentari di largo consumo (…)

o i “prodotti di prima necessità”, dovendosi per tali intendere quelle merci, di vario genere, la cui disponibilità è indispensabile per lo svolgimento di una vita libera e dignitosa. (…)

(…) [Q]uanto alla ricorrenza della fattispecie di cui al comma 1, l’evento (…)

del reato è identificabile nella possibile rarefazione o rincaro sul mercato interno delle merci oggetto della condotta dell’agente; è evidente che il rincaro o la rarefazione debbono assumere delle forme, per intensità e durata, di assoluta eccezionalità, posto che, diversamente, qualunque momentanea penuria di merci (…)

potrebbe costituire il limite per la contestazione del reato in questione. (…)

Considerati i dati che precedono, (…)

indubbia è la attribuibilità all’indagato della qualifica soggettiva necessaria ai fini della integrazione del reato; questi, avvalendosi della (…)

Srl, svolge, infatti, un’attività sicuramente di carattere imprenditoriale avente (…)

anche lo scopo di produrre le mascherine filtranti di cui alla provvisoria imputazione.

Parimenti indubbia è la circostanza che siffatti prodotti, il cui uso è, per effetto delle (…)

manovre di contenimento della diffusione del contagio da Covid-19, necessario per lo svolgimento di taluni atti elementari della vita di relazione (…), siano ascrivibili alla categoria dei prodotti di prima necessità, cioè di quei prodotti che sono necessari per lo svolgimento degli atti elementari della vita.

Appare, invece, assai arduo convenire con il Tribunale palladiano nella individuazione nella condotta del (...) – plausibilmente considerata speculativa in sede di riesame, atteso che l’applicazione di un ricarico del 350% sul prezzo di vendita di un prodotto, peraltro in occasione di una situazione in cui la estrema ampiezza della domanda è originata da una obbiettiva necessità di procacciamento del prodotto in questione, non può essere considerata altrimenti che il frutto di una speculazione commerciale del requisito della attitudine a determinare un generalizzato rincaro dei prezzi tale da incidere sul mercato interno.

Invero la modestia della struttura imprenditoriale a disposizione del (...), dimostrata dalla esiguità delle scorte presso di lui sequestrate e dalla unicità del macchinario da lui utilizzato nella catena produttiva, rende del tutto improbabile la possibilità che, attraverso la sua condotta, fosse consentito incidere sul mercato in maniera tale da determinare un generale rincaro dei prezzi della mascherine protettive; tanto meno ciò potrebbe verificarsi in un ambito territoriale (il mercato interno) avente quelle caratteristiche di ampiezza che il senso della norma in ipotesi violata presuppone.

Invero, sebbene l’espressione mercato interno non deve essere intesa quale sinonimo di mercato nazionale, tuttavia neanche è pensabile che, al fine di integrare il reato di cui trattasi, tenuto conto che il bene da esso tutelato è l’ordine economico nazionale, sia sufficiente incidere sui prezzi praticati in un ambito di mercato solo di vicinato. (...)

Nota di Noel Libera

Se nella seicentesca realtà manzoniana, i beni di prima necessità altro non erano che i generi alimentari, oggi, nel pieno della pandemia da Sars-Cov-2, le priorità sono anche altre. Il doveroso uso della mascherina ne accresce la domanda al punto che quella tensione economica che Manzoni ricorda nel Cap. XII del celebre romanzo dei Promessi Sposi, oggi non interessa più solo i generi alimentari ma anche i dispositivi di protezione individuali.

È con questo ritorno al passato, ora più che mai presente, che la Terza sezione penale della Corte di Cassazione, con la sentenza in analisi, delinea i tratti salienti del reato di cui all’art. 501-*bis* c.p.

Orbene, il caso di specie ha interessato un imprenditore che, all’inizio dell’epidemia, aveva praticato un rincaro del 350% sul prezzo di mercato relativo a mascherine generiche, vendute attraverso una società per acquisti *online*, e al quale, pertanto, era stato provvisoriamente imputato il delitto *de quo*.

Proposto ricorso per cassazione avverso l’ordinanza con la quale il Tribunale di Vicenza aveva confermato il sequestro probatorio delle sole scritture contabili della società, la Corte ha *in primis* delineato il contesto storico nel quale si inserì il reato in oggetto, ricordando come la sua introduzione, ad opera del d.l. 704/1976, conv. con modif. con l. 787/1976, fosse volta ad evitare che le tensioni internazionali legate al mercato degli idrocarburi potessero estendersi sino ai nostri confini nazionali, favorendo, in tal modo, manovre speculative di largo consumo. *In secundis* la Corte ha definito la natura giuridica del delitto, trattandosi di un reato proprio; esso, infatti, sebbene possa esser compiuto da “chiunque”, presuppone che l’agente in realtà operi nell’esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale e dunque assuma le vesti dell’esercente di una stabile e continua attività commerciale, giammai occasionale.

Ciò posto, assume rilievo anche la precisa condotta da assumere, atteso che essa possa integrare un reato di pericolo concreto ovvero un reato di pura condotta. Ed invero, il delitto di cui all'art. 501-bis, co. 1, c.p. è un reato di pericolo concreto atteso che *“la locuzione ‘atta a determinare’ evidenza (...) la mera attitudine di una determinata condotta alla produzione di un effetto, ma non impone anche, ai fini della integrazione del reato, che questo si sia realizzato”*; al contrario, l'art. 501-bis, co. 2, c.p. integra un reato di pura condotta posto che, in piena crisi di mercato, esso consiste nel sottrarre, all'uso od al consumo di rilevanti quantità, un dato prodotto, in presenza di fenomeni di rarefazione o rincaro sul mercato interno delle merci assolutamente eccezionali in punto di intensità e durata.

Delineato dunque il contesto storico e la natura giuridica del delitto, la Corte si preoccupa poi di precisare in cosa consista il compimento di manovre speculative: nella logica del mercato, esse devono garantire all'agente – attraverso, appunto, l'occultamento, l'accaparramento o l'incetta – il conseguimento di *“un guadagno parassitario attraverso lo stravolgimento consapevole e voluto del bilanciamento fra la domanda e l'offerta di un bene avente le caratteristiche descritte dalla norma incriminatrice, onde renderne così artatamente più elevato il prezzo di cessione”*. Non solo. È altresì necessario che i beni in questione siano generi alimentari di largo consumo ovvero rientrino nel novero dei prodotti di prima necessità, essenziali ai fini dell'umana esistenza e rientranti nella categoria di beni mobili, non essendo possibile che tali questioni concernino beni immobili di alcun genere. Ciò posto, è poi doveroso porre l'attenzione sul concetto di mercato interno; esso va inteso quale fulcro di scambi commerciali su scala nazionale ed è per questo necessario che – ai fini dell'integrazione del reato – *“la diffusa influenza del fenomeno sull'andamento dei prezzi”* debba *“determinare i suoi effetti non esclusivamente su di un ambito meramente locale di mercato, ma su una zona sufficientemente ampia del territorio nazionale sì da integrare una situazione di pericolo e di possibile nocimento per la economia pubblica generale”*.

Alla luce di quanto poc'anzi esposto, dunque, è ora opportuno valutare se la condotta asunta dal ricorrente abbia o meno integrato gli estremi del reato di cui all'art. 501-bis c.p. appena esaminati. Ebbene, è considerata indubbia dalla Corte la qualifica soggettiva dell'indagato attesa la comprovata attività imprenditoriale da questi svolta ed altrettanto indubbia appare la qualifica di tali prodotti quali beni di prima necessità, posto che il Covid-19 ha reso indispensabili beni di cui prima quasi ignoravamo l'esistenza. Resta un solo dubbio, però; capire se la condotta del soggetto abbia davvero determinato un generalizzato rincaro dei prezzi al punto da incidere sul mercato interno. Ed invero, è proprio il requisito del mercato interno che difetta; il rincaro del 350% sul prezzo di mercato relativo a mascherine generiche correlato però ad una modesta struttura imprenditoriale a disposizione del ricorrente, *“rende del tutto improbabile la possibilità che, attraverso la sua condotta, fosse consentito incidere sul mercato in maniera tale da determinare un generale rincaro dei prezzi delle mascherine protettive; tanto meno ciò potrebbe verificarsi in una ambito territoriale (...) avente quelle caratteristiche di ampiezza che il senso della norma in ipotesi violata presuppone”*.

Ciò posto, possiamo affermare che, secondo l'insegnamento del Supremo Consesso, il rincaro ingiustificato del prezzo di mascherine generiche integra il reato di cui all'art. 501-bis c.p. allorché le mascherine filtranti siano ritenute tali da ascrivere alla categoria dei prodotti di prima necessità e contestualmente la condotta speculativa posta in essere dall'impresa sia tale da generare un rincaro dei prezzi su tutto il mercato interno.

Prelievo forzoso di ovociti: integra il reato plurioffensivo di rapina

(Cass. Pen., Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 37818)

“4. È infondato anche il motivo in tema di definizione giuridica del fatto contestato al capo 1), quanto all’impossessamento degli ovociti, qualificato in entrambe le sentenze come rapina. Va premesso che (...) il ricorrente (...) ha censurato detta qualificazione giuridica essenzialmente sotto un unico profilo. La difesa non contesta che (...) gli ovociti siano parte del corpo suscettibili di valutazione patrimoniale, quindi cose mobili in senso realistico (...). In proposito, esaminando varie pronunce di questa Corte sul tema, (...) si è osservato che il concetto di cosa mobile agli effetti penali non corrisponde a quello considerato dal diritto civile, in quanto esso comprende tutte le cose di per sé mobili o che possono essere rese mobili anche ad opera dello stesso ladro (...). Successivamente, sulla base di una nozione di cosa mobile “in senso realistico”, si è affermato che tale non è solo la cosa di per sé mobile, avente l’attitudine a muoversi da sé o ad essere trasportata da luogo a luogo, ma anche quella che può essere mobilizzata ad opera dello stesso ladro mediante la sua avulsione o enucleazione o ricorrendo ad analoghe attività materiali, come nel caso (particolare) di sottrazione di una protesi dentaria da un cadavere, che integra il reato di furto (...).

Ribadito il principio che, agli effetti penali, nella distinzione tra cosa mobile e immobile non occorre far riferimento ai principi civilistici, quanto alla condotta criminosa, per cui deve essere considerata mobile ogni cosa passibile di sottrazione e impossessamento (...) [, ulteriore] conferma di ciò si desume [...] dall’art. 624 cpv. c.p., che considera cosa mobile anche l’energia, elettrica o di altra natura, munita di valore economico» (...).

Sulla base di questo costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, la sentenza impugnata, aderendo alle argomentazioni del primo giudice, ha affermato che è possibile parlare di “reificazione” anche a proposito degli ovociti, che fanno parte del circuito biologico della donna fino a quando sono parte del suo corpo, ma divengono “cosa” nel momento in cui vengono distaccati. In ragione della particolarità del caso in esame, trattandosi di distacco da un corpo umano e non da un immobile, è a quel momento che viene ricondotta la detenzione degli ovociti, e non a quello precedente in cui gli stessi erano mobilizzabili ma non ancora mobili (mentre in almeno alcune delle pronunce prima citate la detenzione è stata implicitamente considerata precedente all’avulsione o enucleazione). La peculiarità dell’intervento di pick up (che comporta l’aspirazione del liquido follicolare contenente gli ovociti attraverso un sottile ago e il trasferimento del liquido in laboratorio, ove viene esaminato al microscopio per recuperare gli ovociti, poi posti in speciali terreni di coltura) non è di ostacolo alla configurabilità in capo alla donna della detenzione dei gameti femminili, che la stessa può anche donare a coppie con problemi di fertilità, in presenza di determinati presupposti. Proprio nella sentenza n. 162 del 10/6/2014, con la quale è stata dichiarata «l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all’art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili», la Corte costituzionale ha ribadito che gli atti dispositivi del

proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti, sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali. La stessa difesa riconosce come incontestabile il fatto che “gli ovociti acquistano lo status di cosa mobile solo al termine del processo di asportazione dal corpo umano (cd. reificazione)”. Non vi è dubbio, dunque, che gli ovociti, una volta distaccati, siano passibili di sottrazione e impossessamento, nel caso di specie descritto nel capo d'imputazione (...), come integrato dopo la pronuncia emessa da questa Corte nella fase cautelare, ove si era osservato che in detto capo, all'epoca, era stata contestata esclusivamente l'azione di separazione degli ovociti dal corpo della donna e non la condotta successiva di impossessamento, cosicché “il fatto non poteva essere diversamente qualificato”, integrando solo il reato di violenza privata. (...)

L'argomentazione della Corte risulta condivisibile, avendo ben evidenziato l'elemento fondamentale che impone di considerare integrato nel caso di specie il delitto di rapina, dalla ben nota natura plurioffensiva, in quanto lesivo non solo del patrimonio, ma anche della libertà e della integrità fisica e morale della persona aggredita per la realizzazione del profitto: si tratta della immediatezza e strumentalità fra la condotta violenta posta in essere sulla donna e l'impossessamento degli ovociti poi utilizzati per la fecondazione. (...)