

Un anno di sentenze  
2021-2022

# Diritto Penale

*a cura di*

Fabio Coppola, Ilaria Romano, Giovanni De Bernardo



**Giappichelli**

Un anno di sentenze  
2021-2022

**Diritto Penale**







Un anno di sentenze  
2021-2022

# **Diritto Penale**

*a cura di*

Fabio Coppola, Ilaria Romano, Giovanni De Bernardo



**Giappichelli**

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-5427-6

Pubblicato nel mese di giugno 2023.

# Indice

## CGUE

- Principio di proporzionalità della sanzione: l'effetto dell'art. 49 par. 3 CDFUE è diretto in ragione del primato del diritto eurounitario  
(Corte GUE, Grande sez., 8 marzo 2022, n. 205) 12
- L'audizione di un testimone a carico in assenza dell'imputato o del difensore viola il giusto processo  
(Corte GUE, Sez. VIII, 15 settembre 2022, n. 347) 14

## CORTE EDU

- La mancata diligenza dell'autorità giudiziaria italiana nel corso delle indagini preliminari nei casi di violenza domestica integra la violazione dell'art. 3 CEDU  
(Corte Edu, Sez. I, 7 luglio 2022, causa M.S. c. Italia - ric. n. 32715/19) 18
- Minori costretti a incontrare genitore violento: riconosciuta la violazione dell'art. 8 CEDU  
(Corte EDU, Sez. I, 10 novembre 2022, causa I.M. e altri c. Italia - ric. n. 25426/20) 21

## CORTE COSTITUZIONALE

- È costituzionalmente legittima la preclusione dell'esimente di particolare tenuità per il reato di resistenza a pubblico ufficiale  
(C. Cost., 5 marzo 2021, n. 30) 25
- Sulla legittimità costituzionale della c.d. Legge Severino in materia di sospensione automatica dalla carica "pubblica" per i condannati in via non definitiva  
(C. Cost., 11 marzo 2021, n. 35)  
Nota di Martina Durante 27
- Illegittimo il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del concorso 'anomalo' (art. 116, co. 2 c.p.) rispetto all'aggravante della recidiva reiterata  
(C. Cost., 31 marzo 2021, n. 55)  
Nota di Angela Micheletti 33
- Corruzione: anche gli atti discrezionali possono essere contrari ai doveri di ufficio  
(Cass. Pen., Sez. VI, 30 aprile 2021, n. 35927)  
Nota di Stefania Barone 38



Ergastolo ostativo e benefici penitenziari: la parola al legislatore (C. Cost., 11 maggio 2021, n. 97) Nota di Francesco Martin	43
Illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante del "fatto di lieve entità" sulla recidiva reiterata in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (C. Cost., 8 luglio 2021, n. 143) Nota di Giulio Baffa	47
La tutela meramente indennitaria del <i>Jobs Act</i> (C. Cost., 30 luglio 2021, n. 183)	53
La riforma dell'abuso d'ufficio al vaglio della Consulta: non è irragionevole la "necessità e urgenza" del Decreto Semplificazioni (C. Cost., 18 gennaio 2022, n. 8)	56
Pena sostitutiva pecuniaria: illegittimo il tasso giornaliero, troppo elevato rispetto a condotte di modesto disvalore (C. Cost., 1 febbraio 2022, n. 289)	59
Costituzionalmente illegittimo l'aggravamento di pena per chi si avvale di servizi internazionali di trasporto o di documenti falsi nell'ipotesi di favoreggiamento all'immigrazione clandestina (C. Cost., 10 marzo 2022, n. 63) Nota di Alessandro Brogioni	62
Atti contrari alla pubblica decenza: sproporzionato il trattamento sanzionatorio (C. Cost., 14 aprile 2022, n. 95)	68
Commercio illecito di sostanze dopanti: dichiarata la parziale incostituzionalità dell'art. 586- <i>bis</i> c. 7 c.p. (C. Cost., 22 aprile 2022, n. 105)	71
Riconosciuta all'imputato la facoltà di chiedere nuovamente la messa alla prova in caso di contestazione di un reato concorrente (C. Cost., 14 giugno 2022, n. 146)	74
Viola il diritto d'autore e subisce condanna amministrativa e penale: è <i>bis in idem</i> (C. Cost., 16 giugno 2022, n. 149)	76
Guida in stato di ebbrezza: è legittima la sospensione della patente dopo la messa alla prova? La parola alla Consulta (C. Cost., 30 giugno 2022, n. 163)	79
Particolare tenuità del fatto: il proscioglimento esclude il risarcimento alla parte civile? (C. Cost., 12 luglio 2022, n. 173)	82
Messa alla prova: può essere concessa più di una volta in caso di più reati connessi ai sensi dell'art. 12, comma 1, l. b) c.p.p. (C. Cost., 12 luglio 2022, n. 174)	85

## SEZIONI UNITE

Sulla natura della recidiva, anche ai fini della procedibilità d'ufficio per alcuni reati contro il patrimonio (Cass. Pen., SS.UU., 29 gennaio 2021, n. 3585) Nota di Angela Micheletti	89
Scommettiamo che ...? Il peculato del gestore di apparecchi di gioco che non versa i proventi del gioco, anche per la parte destinata al pagamento del PREU (Cass. Pen., SS.UU., 16 febbraio 2021, n. 6087)	94
Computo dello spazio minimo per il detenuto: per le Sezioni Unite vanno detratti gli arredi (Cass. Pen., SS.UU., 19 febbraio 2021, n. 6551) Nota di Sara Frattura	96
Sulla confisca allargata <i>ex art. 240-bis</i> c.p. in fase esecutiva: quali limiti temporali? (Cass. Pen., SS.UU., 15 luglio 2021, n. 27421) Nota di Libera Noel	100
L'omicidio realizzato a seguito di atti persecutori: concorso di norme o reato complesso? (Cass. Pen., SS.UU., 26 ottobre 2021, n. 38402) Nota di Mariarita Cupersito	106
Utilizzazione del minore e i vizi del consenso alla produzione e diffusione del materiale pedopornografico (Cass. Pen., SS. UU., 9 febbraio 2022, n. 4616)	110
Il legittimo impedimento a comparire per l'imputato agli arresti domiciliari per altra causa (Cass. Pen. SS.UU., 3 marzo 2022, n. 7635)	113
Non è abnorme il provvedimento con cui il GIP non accolga la richiesta di archiviazione e restituisca gli atti al PM, perché effettuati l'interrogatorio dell'indagato (Cass. Pen., SS.UU., 24 marzo 2022, n. 10728)	115
Sulla rinnovazione istruttoria in appello in caso di <i>overturning</i> sfavorevole all'imputato, laddove la prova decisiva sia divenuta impossibile (Cass. Pen., SS. UU., 30 marzo 2022, n. 11586)	118
È regolare la notifica al difensore se l'imputato è irreperibile nel domicilio eletto, ma il giudice deve accertare l'effettiva conoscenza del processo a suo carico pena la nullità degli atti compiuti (Cass. Pen., SS.UU., 14 aprile 2022, n. 14573) Nota di Giovanni Russo	121
Notifica alla p.o. della richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari nei delitti commessi con violenza alla persona Cass. Pen., SS.UU., 3 maggio 2022, n. 17156 Nota di Rosaria Mariagrazia Fiorentino	127

Particolare tenuità del fatto: applicabile anche al reato continuato in presenza di determinate condizioni (Cass. Pen., SS.UU., 12 maggio 2022, n. 18891)	132
Il giudice del patteggiamento può subordinare la sospensione condizionale agli obblighi <i>ex art. 165 co. 1 c.p.</i> ? (Cass. Pen., SS.UU., 15 giugno 2022, n. 23400)	135
Il limite all'aumento di pena della recidiva qualificata (art. 99 c. 6 c.p.) non modifica la natura di circostanza a effetto speciale e non incide sui termini di prescrizione (Cass. Pen., SS.UU., 29 luglio 2022, n. 30046)	137
Sospensione condizionale della pena subordinata al risarcimento. Le Sezioni Unite sul termine entro cui l'imputato deve provvedere (Cass. Pen., SS.UU., 5 ottobre 2022, n. 37503)	140
La "prova nuova" ai fini della revocazione della confisca di prevenzione (Cass. Pen., SS.UU., 17 novembre 2022, n. 43668)	143

### SEZIONI SEMPLICI

Sull'affidabilità tecnico-scientifica di " <i>google maps</i> " in un processo di revisione (Cass. Pen., Sez. V, 14 gennaio 2021, n. 1519)	147
Punti fermi in tema di <i>overruling</i> giurisprudenziale e divieto di retroattività del mutamento "imprevedibile" (Cass. Pen., Sez. III, 15 gennaio 2021, n. 1731)	148
Traffico di influenze illecite: riconosciuta la continuità normativa con il millantato credito (Cass. Pen., Sez. VI, 18 gennaio 2021, n. 1869) Nota di Maria Strino	150
Impianti audiovisivi di controllo sui luoghi di lavoro: un bilanciamento fra interessi costituzionali (Cass. Pen., Sez. III, 27 gennaio 2021, n. 3255) Nota di Maria Strino	154
Doppio binario sanzionatorio: nessuna violazione del <i>ne bis in idem</i> se i due procedimenti sono temporalmente e sostanzialmente connessi (Cass. Pen., Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 4439) Nota di Giulio Baffa	159
Italia sì, Italia no: le difficoltà relative all'individuazione del luogo di commissione del fatto (Cass. Pen., Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 5198)	163
Esclusa l'applicazione della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto in caso di esercizio abusivo di una professione (Cass. Pen., Sez. VI, 25 febbraio 2021, n. 7514)	165

Abuso d'ufficio riformato: chiarimenti della Cassazione in ordine ai margini di discrezionalità (Cass. Pen., Sez. VI, 1 marzo 2021, n. 8057) Nota di Antonio Verderosa	166
Diffamazione a mezzo <i>social</i> e diritto di critica: la Cassazione sul requisito della continenza (Cass. Pen., Sez. V, 4 marzo 2021, n. 8898) Nota di Martina Nicolino	171
Accedere al sistema di informazioni di polizia per dare notizie ad amico indagato costituisce accesso abusivo ad un sistema informatico qualificato e violazione del segreto d'ufficio (Cass. Pen., Sez. V, 4 marzo 2021, n. 8911) Nota di Stefania Barone	175
Diffamazione e pena detentiva: c'è incompatibilità convenzionale (Cass. Pen., Sez. V, 14 aprile 2021, n. 13993) Nota di Maria Elena Orlandini	180
Induzione indebita a dare o promettere utilità: il tentativo si configura anche quando il soggetto passivo manifesti la volontà di resistere all'induzione prima ancora di promettere la prestazione (Cass. Pen., Sez. VI, 20 aprile 2021, n. 14856)	183
Scriminante della legittima difesa domiciliare: occorre che l'arma sia detenuta legittimamente (Cass. Pen., Sez. I, 27 aprile 2021, n. 15851) Nota di Vittorio Marcello Chindamo	185
Lo sfregio permanente e l'irrilevanza della attenuazione del danno fisionomico con interventi chirurgici (Cass. Pen., Sez. V, 7 maggio 2021, n. 23692) Nota di Cristina Monteleone	189
Commette accesso abusivo a un sistema informatico il funzionario di cancelleria che acceda al Re.Ge. per prendere visione di un procedimento per ragioni estranee alle proprie funzioni (Cass. Pen., Sez. V, 12 luglio 2021, n. 26530) Nota di Antonino Di Maio	192
Corruzione per l'esercizio della funzione: la Cassazione specifica l'ampiezza del perimetro applicativo dell'art. 318 c.p. (Cass. Pen., Sez. VI, 8 settembre 2021, n. 33251)	196
Se e quando il fatto commesso "in tempo di notte" possa integrare l'aggravante della "minorata difesa" (Cass. Pen., Sez. Un., 8 novembre 2021, n. 40275) Nota di Jessica Bianchin	198
Traffico di influenze illecite: definizione di mediazione (Cass. Pen., Sez. VI, 9 novembre 2021, n. 40518) Nota di Francesco Martin	202
Colpa medica: la Cassazione sullo specifico obbligo di garanzia in capo al medico di Pronto Soccorso (Cass. Pen., Sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45602)	

Nota di Letizia Barbero	206
Si sostituisce all'amica sui <i>social</i> facendo credere che questa sia disponibile ad approcci sessuali: per la Cassazione è <i>stalking</i> (Cass. Pen., Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 323)	
Nota di Antonio Di Santo	211
La violazione dell'art. 97 Cost. continua a integrare la condotta di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) (Cass. Pen., Sez. I, 18 gennaio 2022, n. 2080)	215
Abbandono e maltrattamento di animali: la Cassazione chiarisce i limiti tra le due fattispecie (Cass. Pen., Sez. III, 24 gennaio 2022, n. 2511)	
Nota di Simone Rizzuto	216
Riduzione in schiavitù: per la Cassazione è sufficiente una compromissione della libertà di autodeterminazione della vittima (Cass. Pen., Sez. V, 24 gennaio 2022, n. 2674)	220
Lo <i>screenshot</i> , per mezzo di <i>malware</i> , dei prospetti contabili in <i>file Excel</i> non costituisce perquisizione informatica ai sensi dell'art. 274, comma 1- <i>bis</i> , c.p.p. (Cass. Pen., Sez. I, 1 febbraio 2022, n. 3591)	222
<i>Social</i> e <i>post</i> di discriminazione razziale: quando un <i>like</i> è grave indizio di colpevolezza (Cass. Pen., Sez. I, 9 febbraio 2022, n. 4534)	
Nota di Adriana Arcari	223
La responsabilità del contribuente in caso di delega di funzioni a un professionista di fiducia (Cass. Pen., Sez. III, 11 febbraio 2022, n. 4973)	
Nota di Adriana Arcari	227
Strage di Viareggio: l'aggravante della violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni opera solo se l'evento lesivo rappresenta la concretizzazione del rischio lavorativo (Cass. Pen., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899)	231
Il peculato dell'albergatore: cambia la qualifica soggettiva alla luce della L. n. 215 del 2021, di conversione del d.l. 21 ottobre 2021 n. 146 (Cass. Pen., Sez. VI, 15 febbraio 2022, n. 9213)	233
Sulla configurabilità della c.d. aggravante del "metodo mafioso" (Cass. Pen., Sez. I, 21 febbraio 2022, n. 6035)	
Nota di Chiara Mattei	236
Impiego di minori nell'accattonaggio: la connotazione culturale della pratica non decriminalizza la condotta (Cass. Pen., Sez. I, 1 marzo 2022, n. 7140)	
Nota di Lorenzo Litterio	240
Pratica rituali magici prospettando pericoli e procurandosi ingiusti profitti: è truffa e non abuso della credulità popolare (Cass. Pen., Sez. II, 2 marzo 2022, n. 7513)	243

Sfruttamento del lavoro: per l'integrazione del reato occorre l'approfittamento dello stato di bisogno (Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7861) Nota di Ciro Maria Ruocco	244
Concorso esterno: ne risponde il professionista che instaura con la consorteria un rapporto di reciproci vantaggi (Cass. Pen., Sez. I, 7 marzo 2022, n. 8123) Nota di Ludovica Cerino	249
Colpa medica: integra il reato di lesioni colpose il sanitario che prolunghi il tempo necessario a guarire (Cass. Pen., Sez. IV, 15 marzo 2022, n. 8613)	254
Delitto di tortura: è sufficiente anche un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima (Cass. Pen., Sez. V, 16 marzo 2022, n. 8973) Nota di Stefano Solidoro	256
Cambia il <i>microchip</i> al cane smarrito: è riciclaggio (Cass. Pen., Sez. II, 21 marzo 2022, n. 9533)	260
Colpa stradale: la responsabilità penale è esclusa se non viene accertato che l'evento realizzato sia la concretizzazione del rischio che la regola cautelare voleva prevenire (Cass. Pen., Sez. IV, 22 marzo 2022, n. 9709)	262
Estradizione verso Paese non UE: l'Autorità Giudiziaria italiana deve verificare il rispetto degli standard convenzionali (Cass. Pen., Sez. VI, 30 marzo 2022, n. 18044)	264
Pretesa arbitraria di un credito verso terzi: è estorsione (Cass. Pen., Sez. II, 4 aprile 2022, n. 12481)	266
La configurabilità del cd. " <i>stalking</i> occupazionale" (Cass. Pen., Sez. V, 5 aprile 2022, n. 12827)	267
Abuso d'ufficio: contrasto giurisprudenziale sulla rilevanza dell'art. 97 Cost. Parola alle Sezioni Unite? (Cass. Pen., Sez. VI, 6 aprile 2022, n. 13136)	268
Oltraggio a pubblico ufficiale: le "più persone" possono essere anche altri pubblici ufficiali (Cass. Pen., Sez. VI, 6 aprile 2022, n. 13155) Nota di Marco Misiti	270
Sulla "erronea qualificazione del fatto" in tema di ricorso per Cassazione contro la sentenza di patteggiamento (Cass. Pen., Sez. II, 11 aprile 2022, n. 13923)	275
Responsabilità dell'ente: proporzionalità della misura cautelare e consenso al dissequestro parziale delle somme sottoposte a sequestro preventivo (Cass. Pen., Sez. VI, 11 aprile 2022, n. 13936)	

Nota di Marco Misiti	276
HIV: il nesso di causalità al vaglio della Cassazione, quando la vittima sia indotta a rifiutare le terapie antiretrovirali (Cass. Pen., Sez. I, 14 aprile 2022, n. 14560)	
Nota di Giorgia Fucito	281
Ricettazione: l'abrogazione del delitto presupposto non esclude la sussistenza del reato (Cass. Pen., Sez. II, 21 aprile 2022, n. 15451)	
Nota di Alessandra Mozzi	287
Caso Vos Thalassa: il naufrago che opponga resistenza necessitata agisce per legittima difesa (Cass. Pen., Sez. VI, 26 aprile 2022, n. 15869)	
Nota di Emanuele Vannata	291
Autenticazione differita: non integra un illecito purché il legale sia certo dell'identità del sottoscrittore (Cass. pen., Sez. V, 27 aprile 2022, n. 16214)	
Nota di Lorenzo Candido	296
Installa telecamere nel bagno delle dipendenti ma non si procura le immagini: tentate interferenze illecite nella vita privata (Cass. Pen., Sez. V, 2 maggio 2022, n. 17065)	
	299
Atti osceni in luoghi abitualmente frequentati da minori: la presenza occasionale del minore non fa integrare reato (Cass. Pen., Sez. III, 3 maggio 2022, n. 17188)	
	301
Concorso di persone nell'omicidio preterintenzionale: il nesso eziologico è interrotto dalla causa sopravvenuta inedita (Caso "Cucchi") (Cass. Pen., Sez. V, 9 maggio 2022, n. 18396)	
	302
L'obbligo di motivazione sulla misura di pena: annullata la sentenza che si esprime per formule stereotipate (Cass. Pen., Sez. V, 10 maggio 2022, n. 18444)	
	304
È facoltativa e non obbligatoria l'applicazione delle pene accessorie per i delitti di corruzione in caso di patteggiamento (Cass. Pen., Sez. VI, 10 maggio 2022, n. 18510)	
	305
Costringe la compagna a non lasciarlo: è violenza privata (Cass. Pen., Sez. V, 25 maggio 2022, n. 20346)	
	306
Truffa contrattuale: il momento consumativo del delitto deve individuarsi nell'inadempimento dell'acquirente (Cass. Pen., Sez. II, 31 maggio 2022, n. 21250)	
	307
Violenza sessuale: non può applicarsi l'attenuante della minore gravità se tra la persona offesa e il soggetto attivo sussista un legame di fiducia (Cass. Pen., Sez. III, 1 giugno 2022, n. 21255)	
	309

Reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: quando si consuma? (Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 2022, n. 24388)	311
Il momento consumativo del reato di malversazione a danno dello Stato (Cass. Pen., Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 32827)	313
Autoriciclaggio: il trasferimento fraudolento di valori <i>ex art. 512-bis c.p.</i> non è reato presupposto (Cass. Pen., Sez. II, 12 luglio 2022, n. 26902)	315
<i>Cyberlaundering</i> e <i>dark web</i> : grazie all'anonimato, le criptovalute agevolano l'autoriciclaggio (Cass. Pen., Sez. II, 13 luglio 2022, n. 27023)	317
Reati omissivi: quando il rapporto di ospitalità è posizione di garanzia (Cass. Pen., Sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905) Nota di Giorgia Fucito	319
Il <i>discrimen</i> tra ingiuria e diffamazione rispetto alla “presenza” virtuale della persona offesa (Cass. Pen., Sez. V, 20 luglio 2022, n. 28675) Nota di Giulia Nespolo	324
Violazione degli obblighi <i>ex art. 570-bis c.p.</i> : è riconoscibile l'impossibilità assoluta anche qualora il genitore inadempiente non versi in totale indigenza (Cass. Pen., Sez. VI, 5 settembre 2022, n. 32576)	328
Sul rapporto tra rapina impropria e omicidio (Cass. Pen., Sez. I, 8 settembre 2022, n. 33117)	329
Colpa medica: il principio di affidamento non opera quando non vi è attività di <i>equipe</i> , ma interventi distinti e svincolati di più sanitari (Cass. Pen., Sez. IV, 26 settembre 2022, n. 36044)	331
Non prestare assistenza a seguito di incidente è reato a prescindere dall'effettivo bisogno di aiuto da parte della persona offesa (Cass. Pen., Sez. IV, 18 ottobre 2022, n. 39128)	333
Rivelazione di segreti d'ufficio: il divieto comprende anche le notizie divulgabili in un momento successivo (Cass. Pen., Sez. VI, 18 ottobre 2022, n. 39312)	335
Questioni di diritto transitorio alla luce della c.d. Riforma Cartabia (Cass. Pen., Sez. V, 4 novembre 2022, n. 45104)	337
Superbonus 110%: emissione di fatture per operazioni inesistenti se si fatturano in acconto spese relative ad opere non ultimate (Cass. Pen., Sez. III, 8 novembre 2022, n. 42012)	339
Commette omissione di atti d'ufficio il medico di guardia che non si rechi al domicilio della paziente anziana (Cass. Pen., Sez. VI, 25 novembre 2022, n. 45057)	341



Lieve entità stupefacenti: la Cassazione delinea le soglie quantitative per ciascuna sostanza  
(Cass. Pen., Sez. VI, 25 novembre 2022, n. 45061) 343

Associazioni mafiose: il luogo del delitto non è quello del *pactum sceleris* ma quello ove concretamente  
opera la struttura  
(Cass. Pen., Sez. II, 1 dicembre 2022, n. 45584) 346

CGUE

# Principio di proporzionalità della sanzione: l'effetto dell'art. 49 par. 3 CDFUE è diretto in ragione del primato del diritto eurounitario

Argomento: Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene

(Corte GUE, Grande sez., 8 marzo 2022, n. 205)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 20 della direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI») (...).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra (...) e la (...) (autorità amministrativa distrettuale di (...), Austria) in merito alla sanzione pecuniaria inflittagli da quest'ultima per diverse violazioni di disposizioni austriache in materia di diritto del lavoro. (...)

16. Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 20 della direttiva 2014/67, laddove esige che le sanzioni da esso previste siano proporzionate, abbia effetto diretto e possa quindi essere invocato dai singoli dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di uno Stato membro che l'abbia recepito in modo non corretto.

17. Da una costante giurisprudenza della Corte risulta che, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, vuoi qualora esso abbia omesso di trasporre la direttiva in diritto nazionale entro i termini, vuoi qualora l'abbia recepita in modo non corretto (...).

20. Nel caso di specie, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che il giudice del rinvio ritiene, alla luce dell'ordinanza del 19 dicembre 2019 (...), che, adottando la normativa nazionale applicabile al procedimento principale, il legislatore austriaco non abbia correttamente trasposto il requisito di proporzionalità delle sanzioni sancito dall'articolo 20 della direttiva 2014/67.

21. Tale disposizione prevede che gli Stati membri stabiliscano le sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva stessa e precisa che le sanzioni così previste devono essere, in particolare, proporzionate.

22. Occorre rilevare, anzitutto, che il requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto da detta disposizione è di carattere incondizionato.

23. Infatti, per un verso, il tenore letterale dell'articolo 20 della direttiva 2014/67 sancisce tale requisito in termini assoluti.

24. Per altro verso, il divieto di adottare sanzioni sproporzionate, che è la conseguenza di detto requisito, non richiede l'emanazione di alcun atto delle istituzioni dell'Unione e tale disposizione non attribuisce affatto agli Stati membri la facoltà di condizionare o di restringere la portata di tale divieto (...).

27. Per quanto riguarda, in secondo luogo, la questione se l'articolo 20 della direttiva 2014/67 presenti un carattere sufficientemente preciso, laddove prevede il requisito di proporzionalità delle

sanzioni, occorre constatare che, se è vero che tale disposizione concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nel definire il regime sanzionatorio applicabile in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della citata direttiva, un siffatto margine di discrezionalità trova i propri limiti nel divieto, enunciato in termini generali e inequivocabili da detta disposizione, di prevedere sanzioni sproporzionate. (...).

31. Del resto, occorre rammentare che il rispetto del principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili (...). Qualora, nell'ambito di una siffatta attuazione, gli Stati membri adottino sanzioni aventi carattere più specificamente penale, essi sono tenuti ad osservare l'articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...), a norma del quale le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato. Orbene, detto principio di proporzionalità, che l'articolo 20 della direttiva 2014/67 si limita a richiamare, presenta carattere imperativo (...).

38. Come risulta dall'esame della prima questione, il requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto all'articolo 20 della direttiva 2014/67 soddisfa le condizioni richieste per produrre un effetto diretto.

39. Pertanto, nell'ipotesi in cui tale requisito sia invocato da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale nei confronti di uno Stato membro che l'abbia recepito in modo non corretto, spetta a tale giudice garantirne la piena efficacia e, ove non possa procedere a un'interpretazione della normativa nazionale conforme a tale requisito, disapplicare, di propria iniziativa, le disposizioni nazionali che appaiono incompatibili con quest'ultimo.

40. Nel caso di specie, dai punti da 32 a 41 dell'ordinanza del 19 dicembre 2019 (...), risulta che una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, pur essendo idonea a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti, eccede i limiti di quanto necessario per la realizzazione di tali obiettivi in ragione della combinazione delle sue diverse caratteristiche, in particolare il cumulo senza limite massimo di ammende che non possono essere inferiori a un importo predefinito (...).

42. Al fine di garantire la piena efficacia del requisito di proporzionalità delle sanzioni sancito all'articolo 20 della direttiva 2014/67, spetta pertanto al giudice nazionale investito di un ricorso contro una sanzione adottata sulla base del regime nazionale applicabile in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione di tale direttiva, disapplicare la parte della normativa nazionale da cui deriva il carattere sproporzionato delle sanzioni, in modo da giungere all'irrogazione di sanzioni proporzionate, che permangano, nel contempo, effettive e dissuasive.

47. Il principio di legalità dei reati e delle pene, sancito all'articolo 49, paragrafo 1, della Carta e che, secondo la giurisprudenza della Corte, costituisce una particolare espressione del principio generale della certezza del diritto, implica, in particolare, che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li puniscono (...).

48. Inoltre, se il principio di irretroattività della legge penale, che è inerente al principio di legalità dei reati e delle pene, osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto (...), esso non osta, per contro, all'applicazione a questi ultimi di pene più lievi."

# L'audizione di un testimone a carico in assenza dell'imputato o del difensore viola il giusto processo

Argomento: Giusto processo

(Corte GUE, Sez. VIII, 15 settembre 2022, n. 347)

Stralcio a cura di Giovanni De Bernardo

“(...) 26 (...) di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il diritto di presenziare personalmente, riconosciuto all'imputato a norma dell'articolo 8, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 10, paragrafo 1, e con il considerando 44 della direttiva 2016/343, sia garantito quando un teste è stato sentito in occasione di una specifica udienza in assenza dell'imputato, ma quest'ultimo ha avuto la possibilità di interrogarlo in occasione dell'udienza successiva, dichiarando tuttavia di non avere alcuna domanda, o se, al fine di garantire il diritto di presenziare personalmente al proprio processo, sia necessaria la completa ripetizione di detta audizione, compresa la ripetizione delle domande poste dalle altre parti presenti alla prima audizione.

2) Se il diritto di avvalersi di un difensore, ai sensi dell'articolo 3 e dell'articolo 1 in combinato disposto con l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2013/48 sia garantito quando due testimoni siano stati sentiti in occasione di due specifiche udienze in assenza dell'avvocato [dell'imputato] che però, in occasione dell'udienza successiva, abbia avuto la possibilità di interrogarli entrambi, o se, al fine di garantire il diritto di avvalersi di un difensore, sia necessario ripetere integralmente queste due audizioni, comprese le domande poste dalle altre parti in occasione delle prime audizioni, oltre a consentire all'avvocato, assente alle due precedenti udienze, di porre le sue domande». (...)»

29 In primo luogo, occorre ricordare che l'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2016/343 prevede che gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano il diritto di presenziare al proprio processo.

30 Ai sensi del considerando 47 di tale direttiva, quest'ultima difende i diritti fondamentali e i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la «CEDU»), compresi il diritto ad un processo equo, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa.

31 Come risulta dal considerando 33 di tale direttiva, il diritto degli indagati e imputati di presenziare al processo si fonda sul diritto a un equo processo, sancito dall'articolo 6 della CEDU, al quale corrispondono, come precisato nelle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), l'articolo 47, secondo e terzo comma, nonché l'articolo 48 di tale Carta. La Corte deve, pertanto, sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita di queste ultime disposizioni assicuri un livello di protezione che non conculchi quello garantito all'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (...).

32 A questo proposito, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che lo svolgimento di un'udienza pubblica integra un principio fondamentale sancito dall'articolo 6 della CEDU. Questo principio è di particolare importanza in materia penale, in cui la relativa

procedura deve in genere prevedere un giudice di primo grado che soddisfi pienamente i requisiti dell'articolo 6 della CEDU e dinanzi al quale l'interessato possa esigere di essere «ascoltato» e avere la possibilità, in particolare, di esporre oralmente i suoi argomenti di difesa, sentire le deposizioni a suo carico ed esaminare i testimoni in contraddittorio (...).

33 Dalla giurisprudenza di tale Corte risulta altresì che gli Stati contraenti dispongono di un'ampia libertà nella scelta dei mezzi idonei a consentire ai propri sistemi giudiziari di rispondere ai requisiti posti dall'articolo 6 della CEDU quanto al diritto dell'accusato di partecipare all'udienza, laddove i mezzi processuali offerti dal diritto e dalla prassi interna devono rivelarsi efficaci se questi non ha rinunciato a comparire e a difendersi né ha avuto l'intenzione di sottrarsi alla giustizia (...).

34 Per quanto riguarda più in particolare il diritto di ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni, previsto all'articolo 6, paragrafo 3, lettera d), della CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che tale disposizione sancisce il principio secondo il quale, prima che un accusato possa essere dichiarato colpevole, tutti gli elementi a carico devono, in linea di principio, essere prodotti dinanzi ad esso in udienza pubblica, ai fini di un dibattito in contraddittorio. Le eccezioni a tale principio possono essere ammesse fatto salvo il rispetto dei diritti della difesa, che esigono, in generale, che venga data all'accusato una possibilità adeguata e sufficiente di contestare le testimonianze a carico e di interrogarne gli autori al momento della loro deposizione o in una fase successiva (...).

35 Alla luce di tale giurisprudenza, è giocoforza constatare che, sebbene l'interrogatorio di un testimone a carico in un'udienza tenutasi in assenza dell'imputato per ragioni indipendenti dalla sua volontà costituisca una violazione del diritto di tale persona di presenziare al proprio processo, sancito all'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2016/343, tale disposizione non osta a che sia posto rimedio a tale violazione in una fase successiva del medesimo procedimento. A questo proposito, una persona che abbia ottenuto la ripetizione, in sua presenza, delle attività svolte in occasione di udienze alle quali non è stata in grado di comparire non può essere considerata assente dal proprio processo [...].

36 Al fine di garantire il rispetto del diritto a un processo equo e dei diritti della difesa, la ripetizione dell'audizione del testimone a carico deve tuttavia essere effettuata in condizioni tali da offrire all'imputato un'adeguata possibilità di contestare la testimonianza a carico e di interrogarne l'autore.

37 A tal fine, è sufficiente procedere a un'ulteriore audizione nel corso della quale l'imputato abbia la possibilità di interrogare liberamente il testimone, senza che sia necessario ripetere completamente l'audizione che si è svolta in sua assenza, poiché l'invalidazione degli atti procedurali effettuati nel corso di tale audizione non risulta necessaria alla luce dei requisiti di cui al punto precedente.

38 Occorre tuttavia che, prima della nuova audizione, sia trasmessa all'imputato una copia del verbale dell'audizione del testimone a carico cui si è proceduto in sua assenza. Infatti, solo se l'imputato è a conoscenza del contenuto e dello svolgimento dell'interrogatorio del testimone durante tale precedente audizione, è pienamente in grado di interrogarlo, se del caso, sulla base delle dichiarazioni rese in occasione di detta audizione. (...)

Per questi motivi, la Corte (Ottava Sezione) dichiara:

**L'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, e l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nell'ambito dei procedimenti penali e dei procedimenti relativi al mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, devono essere interpretati nel senso che:**

qualora, al fine di garantire il rispetto del diritto dell'imputato di presenziare al proprio processo e di avvalersi di un difensore, l'autorità giudiziaria nazionale proceda a una nuova audizione di un testimone a carico, poiché, per ragioni indipendenti dalla loro volontà, l'imputato e il suo avvocato non hanno potuto presenziare alla precedente audizione di tale testimone, è sufficiente che l'imputato o il suo avvocato possano liberamente interrogare detto testimone, sempreché, prima di tale nuova audizione, l'imputato e il suo avvocato abbiano ricevuto una copia del verbale della precedente audizione dello stesso testimone. In tali circostanze, non è necessario ripetere completamente l'audizione che si è svolta in assenza dell'imputato e del suo avvocato invalidando gli atti processuali compiuti nel corso di quest'ultima".

---

# CORTE EDU



# La mancata diligenza dell'autorità giudiziaria italiana nel corso delle indagini preliminari nei casi di violenza domestica integra la violazione dell'art. 3 CEDU

Argomento: Proibizione della tortura

(Corte Edu, Sez. I, 7 luglio 2022, causa M.S. c. Italia - ric. n. 32715/19)  
Stralcio a cura di Giulio Baffa

"(...) SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 3 DELLA CONVENZIONE

La ricorrente afferma che le autorità italiane, sebbene fossero state informate varie volte della violenza di suo marito, non hanno adottato le misure necessarie e appropriate per proteggerla contro il pericolo, a suo avviso reale e noto, e non hanno impedito la perpetrazione di altre violenze domestiche. Essa rammenta che vari procedimenti sono caduti in prescrizione a causa della loro durata e che alcuni sono tuttora in corso. A suo parere, le autorità si sono pertanto sottratte ai loro obblighi positivi sanciti dagli articoli 2, 3, 8 e 13 della Convenzione. (...)

Ora, tenuto conto della sua giurisprudenza e della natura delle doglianze esposte dalla ricorrente, la Corte ritiene che le questioni sollevate nel caso di specie debbano essere esaminate soltanto dal punto di vista degli obblighi positivi e procedurali dell'articolo 3 della Convenzione (...).

Nella fattispecie, la ricorrente ha subito, da parte di (...), delle violenze che sono state verbalizzate l'8 ottobre 2008 dall'ospedale e dalla polizia. È stata colpita alla testa e in altre parti del corpo con un bastone, e ha riportato un trauma cranico e delle ferite multiple (...).

Alla luce di quanto sopra esposto, la Corte ritiene che il trattamento denunciato abbia oltrepassato la soglia di gravità prevista dall'articolo 3 della Convenzione. (...)

La Corte osserva che, da un punto di vista generale, il quadro giuridico italiano era idoneo ad assicurare una protezione contro atti di violenza che possono essere commessi da privati in una determinata causa. Essa osserva, inoltre, che l'ampia serie di misure giuridiche e operative disponibili nel sistema legislativo italiano offriva alle autorità interessate una varietà sufficiente di possibilità adeguate e proporzionate rispetto al livello di rischio esistente nel caso di specie. (...).

La Corte ritiene che sia opportuno distinguere tra due periodi distinti: il primo va dal 19 gennaio 2007, giorno dell'aggressione con il coltello, al 21 ottobre 2008, giorno in cui è stata disposta la misura degli arresti domiciliari nei confronti di (...), e il secondo va dal 21 ottobre 2008 fino alla presentazione del ricorso nel 2019.

Per quanto riguarda il primo periodo, la Corte constata che le autorità si sono sottratte al loro dovere di effettuare una valutazione immediata e proattiva del rischio di recidiva della violenza commessa contro la ricorrente e di adottare delle misure operative e preventive al fine di attenuare questo rischio. In effetti, le autorità non hanno adottato alcuna misura per circa tredici mesi (...).

La Corte osserva che, malgrado queste varie denunce, una prima valutazione dei rischi è stata fatta soltanto quando è stata richiesta la misura cautelare, ossia tredici mesi dopo la prima denuncia, sebbene vi fossero segni di una escalation di violenza da parte di (...). Il rinvio a giudizio è stato chiesto dieci mesi dopo l'aggressione e l'udienza preliminare si è tenuta diciannove mesi dopo. Anche se la Corte non può fare supposizioni per quanto riguarda gli eventi del 2006 riferiti dalla ricorrente nelle sue denunce, essa ritiene che, per tutto questo lungo periodo, i rischi di violenza ricorrente non siano stati correttamente valutati o presi in considerazione.

Per quanto riguarda il secondo periodo, la Corte ritiene che le autorità abbiano condotto la loro valutazione dei rischi in maniera autonoma, proattiva ed esaustiva. (...).

La Corte constata, inoltre, che i procuratori hanno avviato tre procedimenti penali contro (...) per i reati di cui quest'ultimo era sospettato. (...)

La Corte rammenta che l'obbligo di condurre un'indagine effettiva su tutti i casi di violenza domestica è un elemento essenziale degli obblighi che l'articolo 3 della Convenzione impone allo Stato. Per essere efficace, un'indagine di questo tipo deve essere rapida e approfondita; tali esigenze si applicano alla procedura nel suo complesso, compresa la fase del processo (...).

Tuttavia, l'obbligo di condurre un'indagine effettiva è un obbligo di mezzi e non di risultato. Non esiste un diritto assoluto di ottenere l'avvio dell'azione penale contro una determinata persona, o la condanna di quest'ultima, quando non vi siano state omissioni colpevoli negli sforzi compiuti per obbligare gli autori di reati a rendere conto delle proprie azioni (...).

La Corte rammenta che, tra gli elementi che caratterizzano un'indagine effettiva dal punto di vista dell'articolo 3 della Convenzione, il fatto che l'azione giudiziaria non sia soggetta ad alcun termine di prescrizione è fondamentale. Essa indica anche di avere già dichiarato che la concessione di un'amnistia o di un indulto non dovrebbe essere tollerata in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da agenti dello Stato (...).

La Corte ha affermato che gli obblighi procedurali derivanti dall'articolo 2 e dall'articolo 3 non si potevano considerare rispettati quando un'indagine si era conclusa per effetto della prescrizione della responsabilità penale dovuta all'inattività delle autorità (...).

La Corte ha quindi concluso che vi è stata violazione delle garanzie procedurali dell'articolo 3 in cause nelle quali la prescrizione era intervenuta in quanto le autorità non avevano agito con la tempestività e la diligenza richieste (...).

La Corte ritiene che, nel trattare in via giudiziaria il contenzioso relativo a violenze contro le donne, spetta ai giudici nazionali tenere conto della situazione di precarietà e di vulnerabilità particolare, morale, fisica e/o materiale della vittima, e valutare la situazione di conseguenza, quanto più rapidamente possibile. La Corte non è convinta che, nel caso di specie, le autorità abbiano dimostrato una volontà reale di fare in modo che (...) dovesse rendere conto del suo comportamento. Al contrario, la Corte ritiene che, dopo gli interventi della polizia e dei procuratori che hanno dimostrato la particolare diligenza richiesta, i giudici nazionali abbiano agito in violazione del loro obbligo di assicurare che (...), imputato di lesioni, maltrattamenti, minacce e atti persecutori, fosse giudicato rapidamente e non potesse pertanto beneficiare della prescrizione. Nelle circostanze del caso, non si può ritenere che le autorità italiane abbiano agito con sufficiente tempestività e con una diligenza ragionevole. Il risultato di questa lacuna è che (...) ha goduto di un'impunità quasi totale (...).

La Corte considera che lo scopo di una protezione efficace contro i maltrattamenti, comprese le violenze domestiche, non si può considerare raggiunto quando un procedimento penale è chiuso in quanto i fatti sono prescritti, se all'origine della prescrizione vi sono delle carenze da parte delle autorità (...). Da questo punto di vista, essa ritiene che i reati legati alle violenze domestiche debbano rientrare, anche se commessi da privati, tra quelli più gravi per i quali la giurisprudenza della Corte

considera che sia incompatibile con gli obblighi procedurali derivanti dall'articolo 3 che le indagini su tali delitti si concludano per intervenuta prescrizione a causa dell'inattività delle autorità (...).

Nella presente causa la Corte ritiene, tenuto conto degli elementi sopra esposti, che il modo in cui le autorità interne, da una parte, sulla base dei meccanismi di prescrizione dei reati tipici del quadro nazionale (...), hanno mantenuto un sistema nel quale la prescrizione è strettamente legata all'azione giudiziaria, anche dopo l'avvio di un procedimento, e, dall'altra, hanno condotto l'indagine penale con una passività giudiziaria incompatibile con il suddetto quadro giuridico, non possa soddisfare le esigenze dell'articolo 3 della Convenzione (si vedano, *mutatis mutandis*, c. Slovenia, n. 24125/06, §§ 66-70, 23 gennaio 2014, P.M. c. Bulgaria, n. 49669/07, §§ 65-66, 24 gennaio 2012, e M.C. e A.C., sopra citata, §§ 120-125).

Di conseguenza, essa conclude che vi è stata violazione del profilo procedurale di tale disposizione.

**PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE, ALL'UNANIMITÀ, (...)**

Dichiara che vi è stata violazione del profilo materiale dell'articolo 3 della Convenzione per quanto riguarda il periodo compreso tra il 19 gennaio 2007 e il 21 ottobre 2008; (...)

Dichiara che vi è stata violazione del profilo procedurale dell'articolo 3 della Convenzione (...)"

# Minori costretti a incontrare genitore violento: riconosciuta la violazione dell'art. 8 CEDU

Argomento: Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (Corte EDU, Sez. I, 10 novembre 2022, causa I.M. e altri c. Italia - ric. n. 25426/20)  
Stralcio a cura di Giulio Baffa

## "I. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

I ricorrenti, che affermano di essere vittime di violenze domestiche, contestano alle autorità di non aver adottato le misure necessarie e appropriate per proteggerli, sebbene fossero state avvisate varie volte della mancanza di sicurezza degli incontri tra la seconda ricorrente e il terzo ricorrente e il loro padre violento, tossicodipendente e alcolizzato. In effetti, secondo loro, tali incontri non si sono svolti nella forma «rigorosamente protetta» prescritta dal tribunale, e l'omissione delle autorità a tale riguardo li ha esposti a nuove violenze.

Inoltre, la prima ricorrente lamenta di essere stata definita «genitore non collaborativo» e, di conseguenza, che la sua responsabilità genitoriale sia stata sospesa soltanto perché, a suo parere, aveva voluto proteggere i suoi figli evidenziando la mancanza di sicurezza degli incontri. La prima ricorrente afferma, inoltre, che le sue argomentazioni non sono state prese in considerazione, e che ha subito una vittimizzazione secondaria. I ricorrenti invocano gli articoli 3 e 8 della Convenzione. (...).

Sulla dedotta violazione dell'articolo 8 nei confronti della seconda ricorrente e del terzo ricorrente

La questione che si pone nel caso di specie è se, tenuto conto dell'ampio margine di apprezzamento di cui disponeva, lo Stato convenuto abbia garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, fermo restando che l'interesse superiore del minore deve prevalere. (...)

Per quanto riguarda i minori, che sono particolarmente vulnerabili, i dispositivi creati dallo Stato per proteggerli da atti di violenza che rientrano nelle previsioni degli articoli 3 e 8 devono essere efficaci e includere misure ragionevoli volte a impedire i maltrattamenti di cui le autorità erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza, nonché una prevenzione efficace che metta i minori stessi al riparo da forme così gravi di violazione dell'integrità della persona (...). Tali misure devono essere volte a garantire il rispetto della dignità umana e la protezione dell'interesse superiore del minore (...).

La Corte osserva che, nonostante la decisione del tribunale per i minorenni che autorizzava degli incontri in forma rigorosamente protetta e in presenza di uno psicologo, tali incontri non hanno avuto luogo secondo le modalità indicate dal tribunale. In un primo periodo, che va da agosto 2015 a gennaio 2016, i minori hanno dovuto incontrare il loro padre in luoghi inadeguati e senza la presenza di uno psicologo. I servizi sociali hanno indicato nel loro rapporto che i luoghi scelti non erano idonei, e nel dicembre 2015 l'assistente sociale che seguiva i minori ha chiesto al tribunale di intervenire d'urgenza per proteggerli.

La Corte osserva che il tribunale, per quasi quattro mesi, non ha risposto con diligenza alle sollecitazioni dei servizi sociali e della prima ricorrente.

Poiché la prima ricorrente aveva preso la decisione di non portare i suoi figli agli incontri previsti, il tribunale ha deciso, nel maggio 2016, di considerarla un genitore ostile al ripristino di un rapporto padre-figli e di sospendere la sua responsabilità genitoriale, senza esaminare le sue argomentazioni e senza tenere conto del contesto di violenza domestica citato nella sua prima decisione.

La Corte osserva che il tribunale non ha sentito l'assistente sociale che aveva segnalato il pericolo al quale erano esposti i minori, non ha tenuto minimamente conto delle argomentazioni della prima ricorrente e, invece, ha ordinato che gli incontri proseguissero. Per di più, lo psicologo è stato nominato soltanto nel dicembre 2015.

La Corte osserva che gli incontri sono continuati per circa tre anni, e che anche se, in un secondo tempo, si sono svolti in presenza di uno psicologo, il comportamento sprezzante di (...), che si dimostrava aggressivo verso gli operatori dei servizi sociali, ha portato questi ultimi a chiedere al tribunale di autorizzarli a spostare gli incontri in un luogo dal quale sarebbe stato facile fuggire in caso di comportamento violento. (...)

La Corte osserva che, malgrado queste segnalazioni, il tribunale è intervenuto per sospendere gli incontri soltanto nel novembre 2018, ossia un anno e nove mesi dopo la prima segnalazione.

La Corte constata che, durante tutto questo periodo, i minori sono stati costretti a incontrare il loro padre in condizioni che non erano rassicuranti e non garantivano la loro tranquillità e il loro sviluppo, sebbene il tribunale fosse stato avvertito che (...) non seguiva più il suo programma di disintossicazione, e che il procedimento penale avviato nei suoi confronti per maltrattamenti era ancora pendente. Il tribunale, che era stato informato anche che i minori avevano bisogno di seguire un percorso di sostegno psicologico, non sembra aver tenuto conto del loro benessere, tanto più che tali incontri li hanno esposti sia a essere testimoni delle violenze commesse nei confronti della prima ricorrente (...), che a quelle che essi stessi hanno subito a causa dell'aggressività del loro padre. (...)

Pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione nei confronti della seconda ricorrente e del terzo ricorrente.

Sulla dedotta violazione dell'articolo 8 nei confronti della prima ricorrente (...).

La Corte deve esaminare, alla luce di tutte le circostanze di causa, se le giurisdizioni che sono intervenute nel caso di specie abbiano giustificato con motivi pertinenti e sufficienti la sospensione per tre anni della responsabilità genitoriale della prima ricorrente, tenendo conto dell'interesse superiore dei minori e garantendo un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco.

La Corte osserva che, dopo aver accompagnato i suoi figli per cinque mesi a degli incontri che si svolgevano senza le garanzie previste dalla decisione del tribunale, come aveva del resto segnalato l'assistente sociale chiedendo un intervento urgente del tribunale per proteggere i minori, la prima ricorrente ha deciso di non portarveli più.

Deliberando cinque mesi dopo le segnalazioni dei servizi sociali e della prima ricorrente, il tribunale ha ritenuto che quest'ultima manifestasse un comportamento ostile agli incontri, e ha deciso di sospendere la sua responsabilità genitoriale senza operare un bilanciamento dei diversi interessi in gioco, senza sentire l'assistente sociale che aveva seguito lo svolgimento degli incontri fino a dicembre 2015 e le aveva segnalato i problemi da lei constatati, e senza tenere conto delle difficoltà che caratterizzavano lo svolgimento degli incontri, quali l'assenza di uno psicologo. (...).

La Corte constata che la decisione di sospensione della responsabilità genitoriale emessa dal tribunale per i minorenni di Roma è stata poi confermata dalla corte d'appello, e revocata soltanto nel maggio 2019, nonostante la domanda formulata dal procuratore il 10 novembre 2018 e quella dei servizi sociali trasmessa nell'aprile 2019. (...)

La Corte non è convinta che le autorità interne, nel caso di specie, abbiano giustificato con motivi pertinenti e sufficienti la sospensione per tre anni della responsabilità genitoriale della prima ricorrente. Le giurisdizioni interessate non hanno esaminato con cura la situazione della prima ricorrente. (...).

Di conseguenza, vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione nei confronti della prima ricorrente. (...)

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE, ALL'UNANIMITÀ,

Dichiara il ricorso ricevibile;

Dichiara che vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione"

# CORTE COSTITUZIONALE

# È costituzionalmente legittima la preclusione dell'esimente di particolare tenuità per il reato di resistenza a pubblico ufficiale

Argomento: Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione

(C. Cost., 5 marzo 2021, n. 30)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“3.- (...) I giudici a quibus sospettano che la preclusione dell'esimente di particolare tenuità per il reato di resistenza a pubblico ufficiale, in quanto collegata unicamente al titolo del reato e non alle concrete modalità del fatto, sia irragionevole e possa determinare l'inflizione di una pena ingiustificata.

In tal senso, il Tribunale di Torino evoca i parametri di cui agli artt. 3,27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea(CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e il Tribunale di Torre Annunziata i parametri di cui agli artt. 3,25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost.”

“(...)”

“4.1.- (...) Avendo limitato l'esclusione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto alla resistenza nei confronti dei soli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza o polizia giudiziaria (anziché di ogni pubblico ufficiale), l'art. 7, comma 1, del d.l. n. 130 del 2020, come convertito, non ha mutato i termini delle questioni sollevate dai giudici a quibus, in quanto, per ciò che si evince dalle ordinanze di rimessione, le condotte di resistenza oggetto dei capi di imputazione sottoposti al loro giudizio sono state tenute, per l'appunto, in danno di agenti di pubblica sicurezza o polizia giudiziaria, per opporsi all'attività da questi intrapresa a fini di identificazione delle persone e accertamento dei fatti.”

“(...)”

“5.2.- Non sono fondate (...) le questioni sollevate da entrambi i rimettenti sulla base dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e finalismo rieducativo della pena, segnatamente in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. (reg.ord. n. 89 del 2020) e agli artt. 3,25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost. (reg. ord. n. 131 del 2020).

Ad avviso dei giudici a quibus, il divieto di qualificare come particolarmente tenue l'offesa recata da qualunque condotta di resistenza a pubblico ufficiale sarebbe irragionevole, perché, al contrario delle altre preclusioni normative dell'esimente di tenuità, l'esclusione non sarebbe qui determinata da particolari connotazioni del fatto, ma soltanto dal titolo del reato. Fondata unicamente su una «visione sacrale dei rapporti tra cittadino e autorità», l'aprioristica esclusione dell'esimente di tenuità per il reato di resistenza a pubblico ufficiale potrebbe determinare l'irrogazione di una sanzione non giustificata dalla concreta offensività del fatto, e quindi inutilmente afflittiva, oltre a ingenerare disparità di trattamento per titoli di reato omogenei”.

“5.2.1.- (...) L'art. 131-bis cod. pen. ha previsto «una generale causa di esclusione della punibilità che si raccorda con l'altrettanto generale presupposto dell'offensività della condotta, requisito



indispensabile per la sanzionabilità penale di qualsiasi condotta in violazione di legge» (sentenza n. 120 del 2019).

Esso fissa una «soglia massima di gravità», correlata a una pena edittale non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione, e quindi, per i titoli di reato che non eccedono tale soglia, stabilisce una «linea di demarcazione trasversale», che esclude la punibilità delle condotte aventi «in concreto» un tasso di offensività marcatamente ridotto (ancora, sentenza n. 120 del 2019). (...)”

“5.2.2.- Per giurisprudenza costante, 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 da un lato la norma generale e dall’altro la norma derogatoria, giudizio che appartiene primariamente al legislatore (sentenze n. 156 del 2020, n. 140 del 2009 e n. 8 del 1996). Da tale premessa discende che le scelte del legislatore relative all’ampiezza applicativa della causa di non punibilità di cui all’art. 131-bis cod. pen. sono sindacabili soltanto per irragionevolezza manifesta (sentenze n. 156 del 2020 e n. 207 del 2017). Del resto, il fatto particolarmente lieve cui si riferisce l’art. 131-bis cod. pen. è pur sempre un fatto offensivo, costituente reato, che il legislatore sceglie di non punire per riaffermare la natura di *extrema ratio* della sanzione penale e deflazionare il carico della giurisdizione (sentenza n. 156 del 2020; ordinanza n. 279 del 2017)”.

“5.2.3.- La scelta legislativa di escludere dal campo di applicazione dell’esimente di tenuità il reato di resistenza a pubblico ufficiale non è manifestamente irragionevole, poiché viceversa corrisponde all’individuazione discrezionale di un bene giuridico complesso, ritenuto meritevole di speciale protezione.

Già dopo la sentenza n. 341 del 1994, con la quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 341 cod. pen. laddove prevedeva il minimo edittale di sei mesi di reclusione per il reato di oltraggio in riflesso di una «concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini», questa Corte ha avuto modo di evidenziare come l’elemento costitutivo della violenza o minaccia finalizzata ad alterare il regolare funzionamento dell’attività della pubblica amministrazione impediva di estendere tale *ratio decidendi* sia al reato di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale di cui all’art. 336 cod. pen. (sentenza n. 314 del 1995), sia a quello di resistenza a pubblico ufficiale di cui all’art. 337 cod. pen. (ordinanza n. 425 del 1996). (...)

In presenza di un fatto-reato intrinsecamente offensivo di un bene giuridico di tale complessità, l’opzione legislativa di escludere la valutazione giudiziale di particolare tenuità dell’offesa (...) non è neppure contrastante con i principi di proporzionalità e finalismo rieducativo della pena (...).

“(…)”

“5.2.5.- I *tertia* adottati dai rimettenti nella prospettiva dell’art. 3 Cost. risultano sprovvisti dell’omogeneità necessaria a impostare il giudizio comparativo. Così, non è pertinente che l’esimente di tenuità resti applicabile all’abuso d’ufficio ex art. 323 cod. pen., al rifiuto di atti d’ufficio ex art. 328 cod. pen. e all’interruzione di pubblico servizio ex art. 340 cod. pen., poiché queste fattispecie delittuose, per quanto incidano anch’esse sul regolare funzionamento della pubblica amministrazione, non vedono tuttavia direttamente coinvolta la sicurezza e la libertà della persona fisica esercente la funzione pubblica, intesa quale soggetto passivo del reato. Tale coinvolgimento personale ricorre nella fattispecie aggravata ex artt. 576, primo comma, numero 5-bis), 582 e 585 cod. pen., la quale però, ove la condotta causativa delle lesioni sia teleologicamente collegata a una resistenza nei confronti del pubblico ufficiale, e sia quindi diretta a intralciare il regolare funzionamento della pubblica amministrazione, ricade senz’altro nell’esclusione dell’esimente di tenuità prevista per il titolo di reato di cui all’art. 337 cod. pen.

Infine, quanto all’oltraggio a magistrato in udienza ex art. 343 cod. pen., la sua mancata previsione fra i titoli di reato eccettuati dall’applicazione della causa di non punibilità - omissione che peraltro

avrebbe potuto denunciare un'irragionevole disparità di trattamento rispetto all'oltraggio generico e non anche rispetto ai più gravi reati con base violenta di cui agli artt. 336 e 337 cod. pen. - è stata colmata dall'art. 7, comma 1, del d.l. n. 130 del 2020, come convertito”.

“6.- Per quanto esposto, in disparte quella giudicata inammissibile, le questioni devono essere dichiarate non fondate, in riferimento a tutti i parametri evocati”.

## Sulla legittimità costituzionale della c.d. Legge Severino in materia di sospensione automatica dalla carica pubblica” per i condannati in via non definitiva

Argomento: Delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo

(C. Cost., 11 marzo 2021, n. 35)  
Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1.- Il Tribunale ordinario di Genova dubita della legittimità costituzionale dell’art. 8 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (...), ossia della cosiddetta “legge Severino”. (...)

1.3.- Il *petitum* delle questioni (...) è ricavabile dal tenore della motivazione, laddove, nel sintetizzare il contenuto delle due questioni di legittimità costituzionale ritenute non manifestamente infondate, il giudice a quo osserva che l’una - che invoca gli artt. 117 e 122 Cost. e il principio di leale collaborazione, la cui violazione è declinata come «difetto di ogni coordinamento e collaborazione» tra lo Stato e le regioni - tende «alla cancellazione integrale del fondamento normativo dell’istituto adottato in concreto», attraverso «una pronuncia soppressiva», mentre l’altra - con cui è dedotta la violazione dell’art. 3 del Protocollo addizionale della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, in tema di elettorato passivo - è diretta «alla introduzione di un potere di vaglio necessario minimo della proporzione tra il fatto ritenuto e l’effetto sull’elettorato passivo», attraverso «una pronuncia additiva» (...).

2.- Occorre dunque esaminare prioritariamente la questione principale (...).

2.2.- Nel merito, la questione non è fondata. (...)

2.2.1.- (...) si deve dunque escludere che, nel caso della sospensione automatica disciplinata dal censurato art. 8, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 235 del 2012, si versi in un’ipotesi di intreccio inestricabile di materie, di competenza statale e regionale, non risolvibile con il criterio della prevalenza e, di conseguenza, che sia stato violato il principio di leale collaborazione per mancato coinvolgimento delle regioni nella formazione del decreto legislativo in cui la disposizione contestata è contenuta.

3.- Con la seconda questione (...) l’art. 8, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 235 del 2012 è censurato nella parte in cui prevede l’applicazione della misura cautelare della sospensione come automatica conseguenza della condanna penale non definitiva per determinati reati e preclude così al giudice chiamato a pronunciarsi sul provvedimento sospensivo di valutare in concreto la proporzionalità «tra i fatti oggetto di condanna» e la stessa sospensione. Sarebbe pertanto violato l’art. 3 Prot. add. CEDU, alla cui stregua, sotto la rubrica «Diritto a libere elezioni», «[l]e Alte Parti contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell’opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». (...)

3.2.- Nel merito, nemmeno la seconda questione è fondata.

3.2.1.- (...) In via generale, la Corte di Strasburgo ha affermato che la disposizione contenuta nell’art. 3 Prot. addiz. CEDU, pur formulata in termini di impegno degli Stati contraenti «a organizzare elezioni [...] in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell’opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo», deve essere interpretata (...) nel senso che essa garantisce diritti soggettivi, comprendenti il diritto di voto (che ne rappresenta l’aspetto “attivo”) e il diritto di presentarsi alle elezioni (costituente l’aspetto “passivo”) (...) Quanto alle limitazioni apportabili dal legislatore nazionale ai diritti di elettorato attivo e passivo, la Corte EDU ha precisato che si tratta di diritti non assoluti, che possono essere fatti oggetto di «limitazioni implicite», rispetto alle quali gli Stati contraenti godono di un ampio margine di valutazione, in ragione, tra l’altro, delle peculiarità storiche, politiche e culturali di ciascun ordinamento (...).

Il carattere «implicito» delle limitazioni ammissibili consente agli Stati contraenti di introdurre misure restrittive di tali diritti anche per finalità non incluse in elenchi precisi, come quelle enumerate agli articoli da 8 a 11 della CEDU, purché nelle particolari circostanze del caso concreto sia dimostrata la compatibilità del fine perseguito con il principio del primato della legge e con gli obiettivi generali della Convenzione. Per la stessa ragione, nel vagliare la compatibilità delle possibili limitazioni con le garanzie assicurate dalla Convenzione, la Corte EDU non applica i test tradizionali usati nella verifica

del rispetto degli stessi articoli da 8 a 11 della Convenzione, basati sui criteri della necessità o dell'urgente bisogno sociale, ma fa riferimento a criteri diversi e specifici. In base ad essi, in particolare: le limitazioni del diritto di voto e del diritto di candidarsi non devono violarne la sostanza, né privarli di effettività; le restrizioni devono perseguire un fine legittimo, compatibile con il principio del primato della legge e con gli obiettivi generali della CEDU, e segnatamente con la protezione dell'indipendenza dello Stato, dell'ordine democratico e della sicurezza nazionale; i mezzi impiegati non devono essere sproporzionati (...). Quanto in particolare alle restrizioni al diritto di voto nel suo aspetto "passivo", il controllo della Corte EDU è poi ancora più prudente, sul dichiarato presupposto che al legislatore nazionale deve essere riconosciuto il potere di disciplinare il diritto di presentarsi alle elezioni, circondandolo di cautele rigorose, anche più stringenti di quelle predisposte per il diritto di elettorato attivo (...).

3.2.2.- (...) si deve (...) escludere che la disposizione censurata contrasti con l'art. 3 Prot. addiz. CEDU solo perché non affida ai giudici nazionali il potere di individualizzare pienamente la sua applicazione alla luce della specifica situazione di un soggetto e delle circostanze particolari del caso concreto (...). Essa costituisce invero legittimo esercizio, da parte dell'ordinamento nazionale, del margine di apprezzamento che la Convenzione lascia agli Stati nella disciplina della materia, in ragione del fatto che le particolari condizioni di sviluppo storico, di diversità culturale e di pensiero politico che caratterizzano le singole esperienze nazionali modellano, per ciascuna, una sua propria visione democratica (Corte EDU, sentenza Scoppola contro Italia, n. 3, paragrafo 102). La soluzione adottata in concreto nell'ordinamento nazionale, di individuare legislativamente le condizioni per l'applicazione della restrizione e di riservare ai giudici solo la verifica della loro sussistenza - in particolare se un determinato soggetto appartenga alla categoria o al gruppo contemplato nella previsione legislativa - senza apprezzamenti da operare nel caso specifico, non risulta priva di ragioni, attese la portata e la delicatezza, anche in termini di conseguenze politiche, del giudizio sulla permanenza in carica degli eletti, così come, nelle altre ipotesi disciplinate nella medesima normativa del 2012, sulla loro candidabilità. Si tratta in ogni caso di una scelta legislativa che supera agevolmente il controllo di non arbitrarietà, stante che la prevista restrizione del diritto di elettorato passivo non presenta portata né generalizzata né indiscriminata, essendo circoscritta a una precisa e alquanto limitata categoria di soggetti, costituita da coloro che hanno subito condanne per determinati tipi di reati - la cui individuazione ad opera del legislatore resta comunque estranea alle censure del rimettente - particolarmente gravi o di specifico rilievo in funzione dell'attitudine a incidere sull'immagine e l'onorabilità della pubblica amministrazione (...).

3.2.3.- Si deve ancora escludere che la norma censurata contrasti con l'art. 3 Prot. addiz. CEDU sotto il diverso - e in parte concorrente - profilo della mancata previsione in essa di un collegamento tra la sospensione e i fatti oggetto della condanna penale, tenuto conto della loro gravità nonché della loro connessione con la carica esercitata al momento della sospensione. Secondo il costante orientamento di questa Corte - che si colloca nel solco tracciato da sentenze su analoghe disposizioni previgenti - le misure dell'incandidabilità, della decadenza e della sospensione dalle cariche elettive previste nel d.lgs. n. 235 del 2012, ancorché collegate alla commissione di un illecito, non hanno carattere sanzionatorio e rappresentano solo conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche pubbliche considerate. La sospensione dalla carica, in particolare, «risponde ad esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso cui il soggetto colpito presta servizio» e costituisce, per la sua natura provvisoria, «misura sicuramente cautelare» (...). Il legislatore ha infatti considerato che la permanenza in carica di chi sia stato condannato anche in via non definitiva per determinati reati che offendono la pubblica amministrazione - come il peculato, per il quale è stato condannato il ricorrente nel giudizio principale - può comunque incidere sugli interessi costituzionali protetti dall'art. 97, secondo comma, Cost., che affida al legislatore il compito di organizzare i pubblici uffici in modo che siano garantiti il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, e dall'art. 54, secondo comma, Cost., che impone ai cittadini cui sono affidate

funzioni pubbliche il dovere di adempierle con disciplina ed onore (...). In secondo luogo, si tratta di una misura caratterizzata da una strutturale provvisorietà e dalla gradualità nel tempo dei propri effetti, in attesa che l'accertamento penale si consolidi nel giudicato, determinando la decadenza dalla carica (art. 8, comma 6, del d.lgs. n. 235 del 2012). La sospensione, infatti, cessa di diritto di produrre effetti decorsi diciotto mesi, salvo che entro questo termine la sentenza di condanna sia confermata in appello, nel quale caso decorre un ulteriore periodo di sospensione di dodici mesi (art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 235 del 2012).

Inoltre (...) la misura non assolve invero a funzioni sanzionatorie o di cautela penale, ma è semplicemente diretta a garantire l'oggettiva onorabilità di chi riveste la carica pubblica di cui si tratta, sicché nei suoi riguardi (...) se un'esigenza di proporzionalità è prospettabile, questa non è rispetto al reato commesso (e, si deve precisare qui, al pericolo della sua reiterazione, di cui la norma censurata non si occupa), ma rispetto all'esigenza cautelare perseguita (...), in una logica che prescinde dalla gravità del fatto di reato e dalla pena in concreto irrogata.

Se perciò il collegamento tra sospensione e condanna è operato all'esclusivo scopo di realizzare le esigenze cautelari costituenti il fine legittimo della misura, la sospensione non dipende dalla concreta gravità dei fatti per i quali vi è stata condanna, ma solo da quest'ultima, che costituisce l'oggettivo presupposto perché si produca l'effetto ulteriore e distinto previsto dalla norma, destinato a operare in modo autonomo ed "esterno" rispetto all'azione pubblica di repressione penale (sentenza n. 276 del 2016). Né, per le medesime ragioni, rileva che il fatto di reato accertato abbia una qualche incidenza, anche temporale, sull'esercizio del mandato. (...)"

---

Nota di Martina Durante

Con la sentenza in epigrafe la Corte costituzionale è stata chiamata a vagliare la legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lettera a) della legge 235/2012 (cd. Legge Severino). La suddetta disposizione prevede la sospensione da varie cariche inerenti all'amministrazione regionale per coloro che hanno riportato una condanna non definitiva per uno dei reati indicati dalla stessa legge.

La controversia oggetto del processo principale riguarda il ricorso operato da un consigliere regionale avverso il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che ne ha disposto la sospensione dalla carica, data la condanna per falsità ideologica e peculato, al fine di chiederne la disapplicazione previa rimessione degli atti alla Consulta per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 8 della Legge Severino.

Il Tribunale di Genova ha reputato rilevanti e non manifestamente infondate due delle questioni di illegittimità proposte dal ricorrente.

La prima questione si fonda sulla presunta violazione degli artt. 117 e 122 Costituzione, nonché del principio di leale collaborazione: l'assunto è che l'art. 8 della Legge Severino, disciplinando la sospensione di diritto a seguito di condanna non definitiva anche nei confronti dei consiglieri regionali, invaderebbe la sfera delle competenze legislative delle Regioni. Sul punto, il Tribunale di Genova, pur riconducendo la disciplina di incandidabilità, sospensione e decadenza dalla carica elettiva alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza che l'art. 117, comma 2, lettera h) Costituzione riconduce alla sfera di competenze statali, ritiene che la disposizione censurata incida in

modo gravoso sul vertice politico e quindi avrebbe dovuto essere adottata in seguito ad una consultazione con le Regioni.

La seconda questione invece si fonda sulla presunta violazione dell'art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU: l'art. 8 della Legge Severino violerebbe i principi ivi riposti dato che prevede una deliberazione bilanciata, individualizzata e giudiziaria di ogni forma di perdita dell'elettorato. Nello specifico, mancherebbe un vaglio di proporzionalità tra i fatti oggetto della condanna e la sospensione dalla carica, quindi, opererebbe un mero automatismo che non considera la connessione tra i fatti e la carica esercitata. La norma risulterebbe insensibile rispetto alla gravità del fatto e opererebbe sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità.

Ciò risulterebbe contrastante con i principi della CEDU, la quale prevede all'art. 3 del Protocollo addizionale il diritto fondamentale di elettorato passivo e attivo per cui un'eventuale limitazione dovrebbe essere conseguenza di un procedimento individualizzato in cui si pone in collegamento il fatto commesso e la carica rivestita.

La Consulta reputa entrambe le questioni non fondate.

Per quanto riguarda la prima questione, il giudice a quo evocava la sentenza 251/2016 con cui la Consulta aveva affermato che sebbene la leale collaborazione non si imponga sul processo legislativo, sorge comunque la necessità dell'intesa Stato-Regioni ove il legislatore si accinga a riformare istituti che incidono su competenze inestricabilmente connesse. Tuttavia, l'ordinanza di rimessione era sprovvista della verifica dell'effettiva incidenza della disposizione su ambiti in cui concorrono competenze statali e regionali legate che non sia risolvibile con l'applicazione del criterio di prevalenza di una materia sulle altre: in una tale ipotesi non sarebbe costituzionalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale, sempre se agisce in ossequio del principio di leale collaborazione che deve permeare i rapporti tra Stato e autonomie e che può ritenersi attuato tramite la previsione di un'intesa. Inoltre, la Corte ha ricondotto a più riprese il tema dell'incandidabilità, decadenza e sospensione dalla carica alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza che risulta essere di competenza statale e presenta un carattere prevalente anche quando interferisce con la competenza regionale.

Per quanto riguarda la seconda questione la Corte riprende la giurisprudenza comunitaria che, a più riprese, ha affermato che la disposizione dell'art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU va interpretata nel senso di garanzia dei diritti soggettivi, quindi, anche del diritto di voto e del diritto di presentarsi alle elezioni. Tuttavia, questi ultimi costituiscono diritti non assoluti che possono, quindi, essere oggetto di limitazioni

implicite: gli Stati contraenti hanno facoltà di introdurre misure restrittive di tali diritti "purché nelle particolari circostanze del caso concreto sia dimostrata la compatibilità del fine perseguito con il principio del primato della legge e con gli obiettivi generali della Convenzione". Data la loro natura di diritto non assoluto la Corte, al fine di vagliare la compatibilità tra eventuali limitazioni e la CEDU si serve di criteri particolari per cui esse non devono violarne la sostanza, privarli di effettività, devono perseguire un fine legittimo e non devono essere sproporzionate.

Inoltre, la Consulta riprende una decisione della Corte EDU del 2012 che ha consolidato l'orientamento secondo cui il legislatore statale ha facoltà di determinare nel dettaglio lo scopo e le condizioni di una misura restrittiva e che sia lasciato ai giudici il solo compito di verificare se un determinato soggetto appartenga o meno alla categoria contemplata nella limitazione, escludendo dunque apprezzamenti giurisdizionali sulla proporzionalità della singola misura.

Va inoltre, esclusa la violazione dell'art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU per la mancanza di un collegamento tra la sospensione e il reato commesso. Secondo l'orientamento cristallizzato della stessa Corte l'incandidabilità, la decadenza e la sospensione sono mere conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche: la sospensione risponde ad esigenze proprie della pubblica amministrazione e avendo natura provvisoria è una misura cautelare. Il legislatore del 2012,

che ha introdotto tali misure nei confronti di un condannato, voleva assicurare quegli interessi tutelati dagli artt. 97, comma 2 e 54, comma 2 Costituzione che impongono l'organizzazione dei pubblici uffici col fine del buon andamento e dell'imparzialità, nonché il dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore. Data la ratio legis non vi è un contrasto con il principio di proporzionalità, anzi vi è stato un ragionevole bilanciamento tra gli interessi.

Può osservarsi, in conclusione, come anche in questa sede la Legge Severino abbia superato il vaglio di costituzionalità. La Corte ha confermato come la disciplina sull'incandidabilità, decadenza e sospensione rientri nella materia dell'ordine pubblico e sicurezza non lasciando alcun margine di competenza al legislatore regionale. Inoltre, è stato escluso che gli automatismi dell'art. 8, comma 1 lettera a) contrastino con la legislazione convenzionale, infatti, la CEDU lascia al vaglio degli Stati la scelta di affidare o meno ai giudici il potere di valutare in concreto la proporzionalità della misura o se inserire la valutazione a monte nella legge. La scelta del nostro legislatore non contrasta dunque con il diritto comunitario, anzi, garantisce il sistema democratico e contrasta la presenza di figure criminali nelle istituzioni.

# Illegittimo il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del concorso 'anomalo' (art. 116, c. 2 c.p.) rispetto all'aggravante della recidiva reiterata

Argomento: Del concorso di persone nel reato

(C. Cost., 31 marzo 2021, n. 55)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“1.- Con ordinanza del 9 dicembre 2019 (...), il Tribunale ordinario di Firenze ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (...), nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen., sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen. (...)” “(...)”

“1.2.- Il giudice *a quo* osserva che la norma censurata violerebbe l'art. 3 Cost. Infatti irragionevolmente comporta che il correo che abbia previsto e voluto un reato meno grave sia punito in relazione al diverso e più grave reato voluto e realizzato da un concorrente, con una pena «enormemente» più alta di quella prevista per il reato da lui voluto, ed inoltre, con una pena sensibilmente più alta di quella irrogabile al concorrente che ha voluto e commesso il più grave reato, ma al quale non trovi applicazione l'aggravante della recidiva reiterata. Inoltre, (...) la norma censurata, impedendo il giudizio di prevalenza della diminuzione in esame, finirebbe con il vanificare la funzione che la stessa tende ad assicurare, ossia sanzionare in modo diverso situazioni profondamente diverse sul piano dell'elemento soggettivo: quello del correo che pone in essere l'evento diverso e più grave e quello dell'altro correo che ha voluto solo il reato meno grave, unitamente alla prevedibilità del fatto più grave. Sarebbe, inoltre, configurabile anche la violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., perché, per effetto del divieto di prevalenza, si determinerebbe un trattamento sanzionatorio sproporzionato rispetto al reato commesso - considerato anche in relazione all'atteggiamento psicologico dell'imputato - che sarebbe percepito come ingiusto dal condannato e, perciò, inidoneo ad esplicare la funzione rieducativa che gli è propria”. “(...)”

3.- Nel merito, sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., sollevate in via principale, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della diminuzione di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen., sull'aggravante della recidiva reiterata (art. 99, quarto comma, cod. pen.).

“4.- L'art. 116, primo comma, cod. pen. (...) contempla l'ipotesi in cui il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, prevedendo che quest'ultimo ne risponde se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione. Però, ove il reato commesso risulti essere più grave di quello voluto, l'art. 116, secondo comma, cod. pen. stabilisce che la pena è diminuita. Si tratta di una circostanza attenuante ad effetto comune che, ai sensi dell'art. 65 cod. pen., comporta la diminuzione della pena in misura non eccedente il terzo. Quando tale diminuzione concorre con l'aggravante della recidiva reiterata prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., il giudizio di prevalenza e, quindi, la diminuzione della pena, è impedita dalla disposizione censurata, rimanendo possibile, a favore dell'imputato, solo il giudizio di equivalenza. (...)”



“5.- Tale norma, nel testo risultante dalla legge n. 251 del 2005, è stata oggetto di numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale, che hanno restituito al giudice la possibilità di ritenere, nell’ambito dell’obbligatorio giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee, la prevalenza, rispetto alla circostanza aggravante della recidiva reiterata, di singole circostanze attenuanti, che sono state distintamente, di volta in volta, oggetto di verifica di costituzionalità. (...).

Più recentemente l’esito di incostituzionalità ha riguardato la circostanza attenuante del vizio parziale di mente di cui all’art. 89 cod. pen., espressiva non già di una minore offensività del fatto, quanto piuttosto della ridotta rimproverabilità dell’autore, derivante dal minor grado di discernimento. (...)

“6.- (...) L’art. 116, primo comma, cod. pen. prevede l’ipotesi in cui un concorrente risponde del reato «diverso da quello voluto» e quindi in realtà “non voluto”; non di meno ne risponde perché ha voluto il reato oggetto dell’accordo e il reato diverso da quello voluto è conseguenza della sua azione od omissione.

Se si considera la formulazione testuale della norma, il principio della personalità della responsabilità penale appare essere in sofferenza, quanto meno nella misura in cui tale disposizione richiede soltanto che l’evento del reato diverso sia conseguenza dell’azione od omissione del correo, ossia il solo nesso di causalità materiale. Ma alla tenuta costituzionale della norma contribuiscono da una parte l’interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata, accolta fin dalla citata sentenza n. 42 del 1965 e dalla sopra citata giurisprudenza di legittimità, e d’altra parte proprio l’attenuante prevista dal secondo comma dell’art. 116 cod. pen., che ha una funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio (...)

7.- Ancorché il difetto di prevedibilità possa ascriversi a colpa, il trattamento sanzionatorio, però, è quello del reato doloso, tale essendo la prescrizione del primo comma dell’art. 116 cod. pen.; ossia lo stesso trattamento previsto per il correo che ha commesso - e voluto - il reato “diverso” (...)

Ed è qui che, come detto, soccorre il secondo comma dell’art. 116 cod. pen. per operare la necessaria diversificazione quanto alla dosimetria della pena. Il trattamento sanzionatorio non può essere pienamente parificato quando il reato commesso sia più grave di quello voluto. In tal caso la pena per il correo che risponde a titolo di colpa di un reato doloso più grave di quello voluto è necessariamente riequilibrata mediante l’operatività della diminuzione prevista dalla norma. Anch’essa quindi concorre a sorreggere la tenuta costituzionale di questa eccezionale fattispecie di responsabilità penale(...).

“8.- (...) Invece la norma censurata impedisce, in modo assoluto, al giudice di ritenere prevalente la diminuzione in questione, in presenza della circostanza aggravante della recidiva reiterata, con ciò frustrando, irragionevolmente, gli effetti che l’attenuante mira ad attuare e compromettendone la necessaria funzione di riequilibrio sanzionatorio. Il divieto inderogabile di prevalenza dell’attenuante in esame non risulta, quindi, compatibile con il principio costituzionale di determinazione di una pena proporzionata.

Infatti il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato «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 in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell’autore, rendendolo più o meno rimproverabile» (sentenza n. 73 del 2020)”.

“9.- In definitiva, la sproporzione della pena rispetto alla rimproverabilità del fatto posto in essere, globalmente considerato, conseguente al divieto di prevalenza censurato, determina un trattamento sanzionatorio che impedisce alla pena di esplicare la propria funzione rieducativa con violazione dell’art. 27 Cost. Inoltre, il contrasto dell’art. 69, quarto comma, cod. pen., con l’art. 3 Cost. viene in rilievo sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza, in quanto il divieto censurato

finisce per vanificare la funzione che la diminvente di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen., tende ad assicurare, ossia sanzionare in modo diverso situazioni profondamente distinte sul piano dell'elemento soggettivo (quello del correo che pone in essere l'evento diverso e più grave e quello di chi vuole il reato meno grave senza prevedere, colpevolmente, che questo possa degenerare nel fatto più grave).

Deve, pertanto, dichiararsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen., sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.”

---

Nota di Angela Micheletti

Con la sentenza in commento, la Corte Costituzionale ha dichiarato *“l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 25 luglio 1975, n. 345, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen., sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.”*; ciò a seguito dell'ordinanza 129/2020 con la quale il Tribunale ordinario di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riguardo agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

La Consulta ritiene che il giudice *a quo* abbia adeguatamente motivato sulle ragioni che rendono rilevanti le questioni di legittimità costituzionale sottoposte al suo esame.

Con riguardo alla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., il rimettente ha, infatti, dato conto delle numerose condanne pronunciate nei confronti dell'imputato, mostrando di aderire al consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, secondo cui l'applicazione della recidiva, anche se non obbligatoria, *“si giustifica in quanto il nuovo delitto, commesso da chi sia già stato condannato per precedenti delitti non colposi, sia espressivo in concreto del maggior grado di colpevolezza e pericolosità, nonché di rimproverabilità della condotta tenuta nonostante l'ammonizione individuale scaturente dalle precedenti condanne”*.

Anche con riguardo al cosiddetto “concorso anomalo” di cui all'art. 116, primo comma, c.p., il rimettente ha mostrato di condividere l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che richiede l'accertamento in concreto, alla luce di tutti gli elementi del caso, della prevedibilità del fatto diverso da parte dell'altro concorrente. Il giudice *a quo* ha, infatti, dimostrato la sussistenza sia del rapporto di causalità tra il reato di furto inizialmente programmato e quello di rapina impropria, commesso successivamente in virtù dell'azione violenta compiuta dall'altro partecipante, sia dell'elemento psicologico della colpa, in quanto era prevedibile che il correo potesse porre in essere atti di violenza o minaccia per assicurarsi il profitto del furto o per garantirsi l'impunità. Il Giudice delle Leggi con la sentenza n. 42 del 1965 aveva, invero, chiarito che la responsabilità *ex art. 116 c.p.*, necessita della sussistenza non solo del rapporto di causalità materiale, ma anche di un coefficiente di colpevolezza, ossia di un nesso psicologico che postula che *“il reato diverso o più grave commesso da altro concorrente possa rappresentarsi alla psiche del concorrente anomalo come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello concordato o come possibile epilogo rispetto al fatto programmato”*.

Con riguardo all'applicabilità della circostanza attenuante ad effetto comune di cui all'art. 116, secondo comma, c.p., che attiene al caso in cui il reato commesso sia più grave di quello voluto e alla sua possibile prevalenza sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata, la Corte Costituzionale

evidenza che quest'ultima risulta preclusa dall'art. 69, quarto comma, c.p., così come modificato dalla legge 251 del 2005, restando possibile, a favore dell'imputato, il solo giudizio di equivalenza.

Secondo la Consulta 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 proprie precedenti pronunce di illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, 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 (sentenza n. 251 del 2012), la particolare tenuità nel delitto di ricettazione (sentenza n. 105 del 2014), la minore gravità nel delitto di violenza sessuale (sentenza n. 106 del 2014), il danno patrimoniale di speciale tenuità nei delitti di bancarotta e ricorso abusivo al credito (sentenza n. 205 del 2017), l'essersi il reo adoperato per evitare che il delitto di produzione e traffico di stupefacenti sia portato a conseguenze ulteriori (sentenza n. 74 del 2016), il vizio parziale di mente (sentenza n. 73 del 2020). Trattasi di circostanze ad effetto speciale e di natura oggettiva, espressive di un minor disvalore del fatto dal punto di vista della sua dimensione offensiva, ovvero, nel caso di cui all'art. 73, comma 7, d.P.R. 309/1990, del ravvedimento dell'imputato *post delictum* e, nel caso di cui all'art. 89 c.p., della ridotta rimproverabilità dell'autore per l'esistenza di patologie mentali che influiscono sul suo processo motivazionale.

Il Giudice delle Leggi si sofferma poi sulla struttura dell'art. 116 c.p., norma ispirata ad un forte rigore nella repressione dei reati commessi in concorso di persone; infatti, ancorché in base all'interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata del primo comma della norma sopracitata il difetto di prevedibilità possa ascriversi a colpa, il trattamento sanzionatorio è quello del reato doloso, ossia lo stesso previsto per il correo che ha voluto e commesso il reato diverso, in ciò sostanziandosi la differenza con la norma di carattere generale di cui all'art. 83 c.p. Il secondo comma dell'art. 116 è chiamato, dunque, a svolgere una necessaria funzione di riequilibrio del trattamento sanzionatorio, assicurando che la pena per il compartecipe che risponde a titolo di colpa di un reato doloso più grave di quello voluto risulti proporzionata attraverso l'operatività della circostanza attenuante ivi prevista.

La Corte Costituzionale ritiene, pertanto, che la disposizione censurata impedisca al giudice di ritenere prevalente la diminuzione in questione sulla recidiva reiterata, con ciò *“frustrando, irragionevolmente, gli effetti che l'attenuante mira ad attuare e compromettendone la necessaria funzione di riequilibrio sanzionatorio”*, in contrasto con il principio costituzionale di determinazione di una pena proporzionata alla concreta gravità del reato ed adeguata al grado di responsabilità personale del suo autore. Il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato, infatti, *“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. E il quantum di disvalore soggettivo dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile”*.

Il divieto in oggetto lede, quindi, il principio della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., in quanto determina un trattamento sanzionatorio sproporzionato inevitabilmente percepito come ingiusto dal condannato ed il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., poiché vanifica la funzione dell'art. 116, secondo comma, c.p., ossia quella di sanzionare in modo diverso situazioni profondamente distinte sul piano dell'elemento soggettivo.

La Consulta stabilisce, infine, che l'ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, c.p., sollevata dal rimettente in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma e 27, terzo comma Cost., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza di più circostanze attenuanti (nel caso di specie

quelle previste dagli artt. 62, numero 4, c.p. e 62-*bis* c.p.) sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., rimane assorbita.

# Corruzione: anche gli atti discrezionali possono essere contrari ai doveri di ufficio

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 30 aprile 2021, n. 35927)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2.2. (...) Entrambe le fattispecie criminose previste dagli artt. 318 - 319 cod. pen. descrivono il perfezionamento di una pattuizione tra un privato e un soggetto qualificato, il cui oggetto tuttavia deve essere accertato.

Concluso l'accordo, il reato è perfezionato e non assume rilievo decisivo la sua esecuzione; è l'accordo che si punisce, anche se intervenuto successivamente all'adozione dell'atto- legittimo o illegittimo che sia - ovvero all'esercizio della funzione.

Ciò che accomuna le due fattispecie è il divieto di "presa in carico" d'interessi differenti da quelli che la legge persegue attraverso il pubblico agente; nella corruzione propria detta presa in carico riguarda e si manifesta con il compimento di un atto contrario. I delitti di corruzione puniscono il collateralismo clientelare o mercantile.

2.2.1. (...) È possibile che il patto corruttivo sia solo apparentemente muto, ma in realtà il suo oggetto sia ricostruibile nel senso che l'impegno da parte del pubblico ufficiale sia quello di compiere uno o più specifici atti contrari ai doveri d'ufficio; non importa che l'atto specifico sia successivamente compiuto, quanto, piuttosto, la esatta ricostruzione del contenuto del programma obbligatorio che il pubblico ufficiale assume.

Si tratta di un accertamento che, sotto il profilo probatorio, deve essere compiuto caso per caso: potranno assumere rilievo la situazione concreta, le aspettative specifiche del corruttore- cioè il movente della condotta del corruttore il senso ed il tempo della pretesa di questi, la condotta in concreto compiuta dal pubblico agente, le modalità della corresponsione del prezzo.

Deve essere accertato il "colore" del patto corruttivo, il suo oggetto specifico, la sua riferibilità o meno al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio; se il contenuto del patto non attiene al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, la condotta è riconducibile all'art. 318 cod. pen.

Le considerazioni esposte assumono una maggiore complessità in tutti i casi in cui oggetto del mercimonio sia l'attività amministrativa discrezionale, cioè un'attività in cui la norma attributiva del potere consente all'amministrazione un ampio ambito di possibilità di azione.

2.2.2. Il tema del rapporto tra esercizio della discrezionalità amministrativa e corruzione involge l'interpretazione del sintagma "atto contrario ai doveri d'ufficio", di cui all'art. 319 cod. pen. ed assume una sua rilevanza problematica perché non tutte le regole che presiedono all'esercizio della funzione amministrativa discrezionale hanno lo stesso grado di precettività.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione è diffusa l'affermazione secondo cui, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 319 cod. pen., sono contrari ai doveri d'ufficio non solo gli atti illeciti o illegittimi perché assunti in violazione di norme giuridiche, riguardanti la loro validità ed efficacia", ma anche quelli che, “pur formalmente regolari, prescindono, per consapevole volontà del

pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, dall'osservanza dei doveri istituzionali, espressi in norme di qualsiasi livello, compresi quelli di correttezza e di imparzialità (...).

La "sudditanza" del pubblico ufficiale al corruttore si tradurrebbe comunque in atti che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati nell'an, nel quando o nel quomodo, si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionale (...).

In altri termini, anche se ogni singolo atto, di per sé considerato, corrisponda ai presupposti normativi - come nel caso in cui il funzionario si adoperi al solo fine di velocizzare la definizione di un procedimento senza tuttavia inficiarne l'esito — l'inquinamento "alla base" della funzione imporrebbe di ritenere integrato il reato di corruzione propria.

In tal senso si è ritenuto integrare il reato di cui all'art. 319 cod. pen. il comportamento del dipendente comunale addetto a istruire pratiche relative a gare d'appalto, che abbia percepito da un privato denaro o altre utilità al fine di "velocizzare" la liquidazione di fatture nell'interesse di quest'ultimo, poiché "l'accettazione di una indebita retribuzione, pur se riferita ad un atto legittimo, configura comunque una violazione del principio d'imparzialità" (...).

Una soluzione interpretativa sovrapponibile ai casi, tuttavia obiettivamente diversi, in cui il funzionario non si limiti ad accelerare la definizione delle pratiche cui è interessato il corruttore ma per fare ciò faccia anche "altro", come ad esempio, inverte l'ordine di trattazione delle pratiche, così violando l'art. 13 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, che impone al pubblico impiegato di trattare gli affari attribuiti alla sua competenza "tempestivamente e secondo l'ordine cronologico" (...).

Ed invece, l'accettazione del compenso di per sé farebbe perdere al funzionario l'imparzialità fondamentale per l'esercizio del potere discrezionale: per il solo fatto di avere accettato una retribuzione, il pubblico ufficiale agirebbe in modo contrario ai suoi doveri d'ufficio, non orientando le proprie scelte verso l'interesse pubblico.

Astrattamente, la giurisprudenza sottolinea che, a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale, gli estremi della corruzione propria ricorrono solo nelle ipotesi in cui il soggetto agente abbia accettato dietro compenso di non esercitare la discrezionalità che gli è stata attribuita dall'ordinamento oppure di usare tale discrezionalità in modo distorto, alterandone consapevolmente i fondamentali canoni di esercizio e ponendo perciò in essere una attività contraria ai suoi doveri di ufficio (...).

2.2.3. (...) La questione non coincide con il tema del se la corruzione propria sia configurabile solo in presenza di un atto amministrativo illegittimo e, dunque, se il giudice penale debba compiere un sindacato sull'atto sovrapponibile a quello che compie il giudice amministrativo.

L'atto amministrativo non costituisce un presupposto del reato, ma è lo strumento di cui l'agente si serve per commettere il reato; l'atto viene in considerazione al fine della verifica del comportamento, della condotta che integra il reato.

(...) [L]'atto amministrativo viene "retrocesso a fatto"; non è l'atto a dover essere sindacato dal giudice penale ai fini della verifica della sussistenza del reato di corruzione propria, ma una condotta umana, e cioè come il pubblico ufficiale si sia posto rispetto alla funzione pubblica di cui è titolare e cosa abbia fatto in concreto per "giungere" all'atto.

Il giudice, si sostiene in maniera condivisibile, deve verificare la corrispondenza fra fatto storico e previsione normativa: deve stabilire se sia stata o meno realizzata una condotta abusiva, arbitraria, contraria a ciò che i doveri di ufficio imponevano di fare.

La legittimità dell'atto, della quale il giudice deve tenere eventualmente conto, serve solo perché "essa può concorrere a consentirgli di stabilire se si sia realizzata, o meno, una condotta abusiva o arbitraria".

Ciò che deve essere rivisto è il "presupposto, di tipo "presuntivo-psicologico", secondo cui una volta concluso l'accordo corruttivo, "il successivo (futuro e incerto) esercizio del potere pubblico non potrà non essere inquinato, contaminato dall'interesse privato veicolato dell'intesa illecita"; si finisce per centrare il disvalore della fattispecie sul patto criminoso e per spostare l'antigiuridicità del comportamento del funzionario dai profili relativi alla condotta (la non conformità ai doveri di ufficio) a quelli che riflettono maggiormente l'elemento psicologico del reato (il dolo insito nell'accettazione del denaro o della sua promessa).

In realtà, al di là delle infedeltà in quanto tali del pubblico ufficiale, ai fini della configurabilità del reato di corruzione propria rileva la violazione dei doveri che attengono al modo, al contenuto, ai tempi degli atti da compiere e delle decisioni da adottare, alla violazione, cioè, della regola "giusta" nel concreto operare della discrezionalità amministrativa. È necessario fare riferimento alle regole sottese all'esercizio dell'attività discrezionale e si tratta di verificare se l'interesse pubblico sia stato valutato e, posto che sia stato valutato, se sia stato condizionato dalla "presa in carico" dell'interesse del privato corruttore; nel caso in cui l'interesse pubblico non sia stato condizionato, il fatto integrerà la fattispecie di cui all'art. 318 cod. pen.

Quello che deve essere verificato, cioè, è se l'interesse perseguito in concreto sia sussumibile nell'interesse pubblico tipizzato dalla norma attributiva del potere, se questo sia stato soddisfatto, ovvero se esso sia stato limitato, condizionato, inquinato dalla esigenza di soddisfare gli interessi privati posti a carico con l'accordo corruttivo.

È possibile che l'atto discrezionale, nonostante l'accordo corruttivo, realizzi l'interesse pubblico e che il comportamento del pubblico ufficiale non abbia violato nessun dovere specifico. (...)

L'esistenza di un potere discrezionale non basta a far ritenere integrata la fattispecie di corruzione propria che invece sussiste solo ove sia dimostrata la violazione di una delle regole sull'esercizio del corrispondente potere. (...)

In conclusione, se la pregiudiziale accertata rinuncia all'esercizio genuino della discrezionalità conduce all'adozione di atti contrari ai doveri di ufficio, non può dirsi il contrario, e cioè che sia configurabile la corruzione propria per il solo fatto che il pubblico ufficiale abbia ricevuto denaro in ragione del compimento della sua attività, anche discrezionale (...).”

---

Nota di Stefania Barone

Nel caso in esame un sindaco è stato sottoposto a procedimento penale in relazione ai reati di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) e corruzione propria (art. 319 c.p.).

Secondo l'accusa, l'imputato avrebbe affidato - senza gara e ad un prezzo di aggiudicazione superiore a quanto tradizionalmente sostenuto dal medesimo Comune - il servizio di raccolta rifiuti ad una impresa in cambio di assunzioni, donazioni e sostegno elettorale.

In esito al dibattimento, il Giudice di prime cure ha accertato la responsabilità penale dell'imputato per i reati allo stesso ascritti, per l'effetto condannando alla pena di giustizia.

Tanto ha confermato la Corte territoriale, adita per il gravame.

L'imputato ha presentato, per il tramite del difensore di fiducia, ricorso per Cassazione, sostenendo, tra i diversi motivi, la legittimità dell'affidamento disposto che sarebbe avvenuto, nell'esercizio discrezionale dell'Ente, all'unica impresa di zona disposta in quel momento a “prendere in carico” il menzionato servizio, tenuto conto della indisponibilità dell'operatore uscente a proseguirlo (in proroga tecnica, nelle more di una nuova gara).

Con altro motivo, è stata negata la prova dell'utilità percepita dal sindaco in conseguenza del presunto accordo corruttivo.

La Corte di Cassazione così adita, pur annullando la sentenza oggetto di gravame in ragione della maturata prescrizione del reato, ha rigettato i motivi di ricorso, confermando la ricostruzione dell'accordo delittuoso per come operata dai giudici di merito.

Ebbene, la sentenza degli Ermellini in esame risulta particolarmente importante per le considerazioni rese in merito al confine tra i reati di corruzione c.d. propria (art. 319 c.p.) e c.d. impropria (art. 318 c.p.).

A tal fine, la Suprema Corte ha spiegato come entrambe le fattispecie criminose previste dagli artt. 318 e 319 c.p. descrivono il perfezionamento di una pattuizione tra un privato e un soggetto qualificato, il cui oggetto tuttavia deve essere accertato.

Concluso l'accordo, infatti, il reato è perfezionato e non assume rilievo decisivo la sua esecuzione; è l'accordo che si punisce, anche se intervenuto successivamente all'adozione dell'atto - legittimo o illegittimo che sia - ovvero all'esercizio della funzione.

Ciò che accomuna le due fattispecie è il divieto di "presa in carico" di interessi differenti da quelli che la legge persegue attraverso il pubblico agente.

Tuttavia, nella corruzione propria detta presa in carico riguarda e si manifesta con il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, invece nella corruzione impropria l'interesse pubblico non viene condizionato dall'accordo corruttivo.

I delitti di corruzione puniscono, quindi, il c.d. collateralismo clientelare o mercantile.

Non importa che l'atto specifico sia successivamente compiuto, quanto, piuttosto, la esatta ricostruzione del contenuto del programma obbligatorio che il pubblico ufficiale assume.

Si tratta di un accertamento che, sotto il profilo probatorio, non può che dover essere compiuto caso per caso.

Più precisamente - secondo i Giudici del Supremo Collegio - è necessario esaminare la struttura del patto corruttivo.

Da una parte per accertare se sia o meno identificabile "ab origine" un atto corruttivo ai doveri d'ufficio; dall'altro, per verificare la condotta del pubblico agente nei settori che interferiscono con gli interessi del corruttore, nell'ottica di comprendere se il predetto funzionario, al di là del casi di manifeste violazioni di discipline cogenti, di elusione della causa fondativa del potere attribuito, abbia - in conseguenza ovvero in esecuzione del patto - fatto o meno "buon governo" del potere (anche discrezionale) lui affidato, tenendo conto di tutti i profili valutabili, oppure se abbia pregiudizialmente inteso realizzare l'interesse del privato corruttore, a fronte di esiti ragionevolmente diversi.

L'atto amministrativo, allora, non costituisce un presupposto del reato, ma è lo strumento di cui l'agente si serve per commettere il reato; l'atto viene in considerazione al fine della verifica del comportamento, della condotta che integra il reato.

In altri termini, spiega la Corte, non è l'atto a dover essere sindacato dal giudice penale ai fini della verifica della sussistenza del reato di corruzione propria, ma la condotta dell'agente, e cioè come il pubblico ufficiale si sia posto rispetto alla funzione pubblica di cui è titolare e cosa abbia fatto in concreto per "giungere" all'atto.

Pertanto, l'esistenza di un potere discrezionale non è sufficiente, in sé, ad assumere integrata la fattispecie (più grave) di corruzione propria. Quest'ultima, invece, sussiste solo ove sia dimostrata la violazione di una delle regole sull'esercizio del corrispondente potere.



Quanto, poi, all'utilità da riferire al pubblico agente, i Giudici hanno ribadito un orientamento, invero, ormai cristallino: la nozione di «altra utilità», quale oggetto della dazione o promessa, ricomprende qualsiasi vantaggio patrimoniale o non patrimoniale, che abbia valore per il pubblico ufficiale o per un terzo.

In questo concetto, come ormai noto, rientrano anche i benefici leciti che, nondimeno, assumono rilevanza penale nel caso in cui si inseriscano in una relazione sinallagmatica di tipo finalistico - strumentale o causale rispetto all'esercizio dei poteri o della funzione ovvero al compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio.

Alla stregua di tutte le argomentazioni che precedono, è possibile ricavare dalla sentenza in commento il seguente principio di diritto: “Ai fini dell'integrazione del reato di corruzione propria non è sufficiente l'adozione di un atto discrezionale a fronte di una indebita utilità promessa/percepita del pubblico agente, dovendo essere accertato se l'interesse perseguito in concreto sia sussumibile nell'interesse pubblico tipizzato dalla norma attributiva del potere ovvero se quest'ultimo sia stato limitato, condizionato, inquinato dalla esigenza di soddisfare gli interessi privati posti a carico dell'accordo corruttivo”.

In conclusione, dunque, gli Ermellini individuano un rapporto di sussidiarietà tra le due fattispecie delittuose in commento, nel senso che una volta accertato l'asservimento della funzione pubblica agli interessi del privato – ipotesi che integra la fattispecie di cui all'art. 318 c.p. - il ricorso alla più grave fattispecie di cui all'art. 319 c.p. richiederà l'individuazione di un atto in senso formale contrario ai doveri d'ufficio quale oggetto dell'accordo corruttivo.

# Ergastolo ostativo e benefici penitenziari: la parola al legislatore

Argomento: Sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà

(C. Cost., 11 maggio 2021, ord. n. 97)  
stralcio a cura di Giuliana Costanzo

“1.- La Corte di Cassazione, prima sezione penale, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 [...], nonché dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 [...], nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia. [...].

7.– [...] valgono per le questioni all'odierno esame alcune *rationes decidendi* già poste a fondamento della sentenza n. 253 del 2019.

La presunzione di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso che non collabora con la giustizia non è, di per sé, in tensione con i parametri costituzionali evocati dal rimettente. Non è affatto irragionevole, come meglio si dirà tra breve, presumere che costui mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza. Ma, appunto, tale tensione si evidenzia laddove sia stabilito che la collaborazione sia l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla valutazione da cui dipende, decisamente, la sua restituzione alla libertà. Anche in tal caso, è insomma necessario che la presunzione in esame diventi relativa e possa essere vinta da prova contraria, valutabile dal tribunale di sorveglianza.

Il carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata impedisce, infatti, alla magistratura di sorveglianza di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto (sentenza n. 149 del 2018) – l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.

L'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere contraddetta, ad esempio, alle determinate e rigorose condizioni già previste dalla stessa sentenza n. 253 del 2019, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che, appunto, devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza, particolarmente nel caso in cui il detenuto abbia affrontato un lungo percorso carcerario, come accade per i condannati a pena perpetua.

[...] 9.– Nella sentenza n. 253 del 2019, questa Corte ha già stabilito che, in relazione a condannati per reati di affiliazione a una associazione mafiosa (e per reati a questa collegati), caratterizzati dalle specifiche connotazioni criminologiche appena descritte, ai soli fini dell'accesso al permesso-premio, la valutazione in concreto di accadimenti idonei a superare la presunzione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata – da parte di tutte le autorità coinvolte, e in primo luogo ad opera del

magistrato di sorveglianza – deve rispondere a criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l’abbandono definitivo.

[...] Anche nel presente caso, ed anzi in questo a maggior ragione, la presunzione di pericolosità sociale del condannato all’ergastolo che non collabora, per quanto non più assoluta, può risultare superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione. A fortiori, per l’accesso alla liberazione condizionale di un ergastolano (non collaborante) per delitti collegati alla criminalità organizzata, e per la connessa valutazione del suo sicuro ravvedimento, sarà quindi necessaria l’acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l’attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino.

Deve inoltre considerarsi che, nel presente giudizio, sono sospettati di illegittimità costituzionale aspetti centrali e, per così dire, “apicali” della normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali: sia quanto alle fattispecie di reato (delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste), sia con riferimento all’entità della pena inflitta (l’ergastolo), sia in relazione al beneficio avuto di mira, la liberazione condizionale, che dischiude l’accesso alla definitiva estinzione della pena.

In tali condizioni, un intervento meramente “demolitorio” di questa Corte potrebbe mettere a rischio il complessivo equilibrio della disciplina in esame, e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa.

[...] Si tratta qui di tipiche scelte di politica criminale, destinate a fronteggiare la perdurante presunzione di pericolosità ma non costituzionalmente vincolate nei contenuti, e che eccedono perciò i poteri di questa Corte. Come detto, esse pertengono, nel *quomodo*, alla discrezionalità legislativa, e possono accompagnare l’eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale.

[...] Questi dati mostrano con eloquenza la necessità che l’intervento di modifica di aspetti essenziali dell’ordinamento penale e penitenziario – che l’ordinanza di rimessione sollecita questa Corte a compiere – sia, in prima battuta, oggetto di una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa. [...]”.

---

Nota di Francesco Martin

Con l’espressione ergastolo ostativo si intende il particolare tipo di regime penitenziario, previsto dall’art. 4-*bis* O.P., che esclude dall’applicabilità dei benefici penitenziari (liberazione condizionale, lavoro all’esterno, permessi premio, semilibertà) gli autori di reati di particolare gravità e allarme sociale, che non abbiano collaborato con la giustizia, ovvero nel caso di accertata impossibilità o inesigibilità della stessa.

Accade dunque che la pena, in queste ipotesi, venga scontata interamente in regime detentivo intramurario, divenendo quindi perpetua, senza considerare l’eventuale ravvedimento del reo e trasformando l’ergastolo in un vero e proprio fine pena mai.

Questo sistema si fonda su una presunzione assoluta di pericolosità sociale del detenuto, in conseguenza della tipologia e gravità del reato commesso, che sottrae totalmente al giudice il potere di valutare caso per caso l’accesso ai benefici penitenziari, in considerazione dell’entità della pena inflitta, della personalità del soggetto e della progressione trattamentale.

L'ergastolo ostativo è quindi la forma più estrema e grave prevista dall'ordinamento; i soggetti sottoposti a tale regime, infatti, sono assoggettati al trattamento differenziato di cui agli artt. 4-*bis* e 41-*bis* O.P. che prevede limitazioni ulteriori e più stringenti rispetto al regime detentivo ordinario.

A livello comunitario, la Corte EDU, con la pronuncia Marcello Viola c. Italia del 13 giugno 2019, ha rilevato una violazione della dignità umana, costituzionalmente garantita, in quanto una pena in cui è impossibile ogni ideazione o illusione di liberazione futura si traduce in un trattamento inumano del detenuto.

La CEDU ha quindi esortato l'Italia a modificare la disciplina che regola il carcere a vita ed in particolare lo sbarramento automatico ai benefici penitenziari per mancata collaborazione con la giustizia, poiché viola il diritto del detenuto a non esser sottoposto a trattamenti inumani e degradanti.

A seguito di tale decisione, la Corte costituzionale si è espressa con la sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019 rilevando che, a seconda della scelta compiuta dal soggetto, vi è un aggravio del trattamento carcerario del condannato non collaborante, rispetto a quello previsto per i detenuti per reati non ostativi, oppure, al contrario, un'agevolazione data dalla collaborazione, in palese violazione degli artt. 3 e 27 Cost.

Recentemente la Consulta è ritornata sulla questione con l'ordinanza n. 97 dell'11 maggio 2021.

Il giudice delle leggi ha infatti esaminato le questioni di legittimità, sollevate dalla Suprema Corte di Cassazione, in merito al regime applicabile ai condannati alla pena dell'ergastolo per reati di associazione mafiosa che abbiano scelto di non collaborare con la giustizia e che chiedano l'accesso alla liberazione condizionale, rilevando come la vigente normativa dell'ergastolo ostativo precluda in modo assoluto la possibilità di avanzare istanze per la concessione di misure alternative (anche solo ipoteticamente), a coloro che non abbiano utilmente collaborato con la giustizia, al netto di qualsivoglia valutazione che tenga conto di un sicuro ed evidente ravvedimento e sulla scorta di una presunzione che non lascia spazio a contestazioni.

La Corte evidenzia infatti che: *“Anche nel presente caso, ed anzi in questo a maggior ragione, la presunzione di pericolosità sociale del condannato all'ergastolo che non collabora, per quanto non più assoluta, può risultare superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione. A fortiori, per l'accesso alla liberazione condizionale di un ergastolano (non collaborante) per delitti collegati alla criminalità organizzata, e per la connessa valutazione del suo sicuro ravvedimento, sarà quindi necessaria l'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino”*.

Orbene l'ergastolo ostativo incarna la vera e propria pena perpetua ed immutabile, la cui fine coincide con la morte del reo.

Tale declinazione, così come rilevato dalla Consulta, nasce come risposta al proliferarsi di organizzazioni criminali associate; ed infatti la previsione di cui all'art. 58-*ter* O.P., che concerne la collaborazione con la giustizia, rappresenterebbe la *probatio diabolica* dell'estraneità del condannato dal mondo della criminalità organizzata<sup>[1]</sup>.

La sua assenza comporta, di conseguenza, il rigetto della concessione dei benefici penitenziari.

Nella sentenza in commento tuttavia la Corte costituzionale, su tale questione, rileva che: *“Come si è detto, la mancata collaborazione, se non può essere condizione ostativa assoluta, è comunque non irragionevole fondamento di una presunzione di pericolosità specifica. Appartiene perciò alla discrezionalità legislativa, e non già a questa Corte, decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani, a integrazione della valutazione sul suo sicuro ravvedimento ex art. 176 cod. pen.: scelte fra le quali potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione. Si tratta qui di tipiche scelte di politica criminale, destinate a fronteggiare la perdurante presunzione di*

*pericolosità ma non costituzionalmente vincolate nei contenuti, e che eccedono perciò i poteri di questa Corte. Come detto, esse pertengono, nel quomodo, alla discrezionalità legislativa, e possono accompagnare l'eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale”.*

La Consulta ritiene quindi che una pena che nega completamente una seconda possibilità al reo, difficilmente potrà garantire l'esistenza dignitosa del condannato: si rende quindi necessario un intervento del legislatore che tenga conto di quanto evidenziato dalla Corte costituzionale, dalla Corte di Strasburgo e dalle garanzie sancite agli artt. 3 e 27 Cost. ed all'art. 3 CEDU.

Appare infatti evidente che la finalità rieducativa della pena, principio cardine del nostro ordinamento in materia di esecuzione penitenziaria, risulta disatteso nel momento in cui si impedisce ad un soggetto di poter usufruire di tutti quegli istituti che il legislatore ha predisposto per consentire ai condannati di reinserirsi nel tessuto sociale.

La questione, volendo ampliare la visuale, concerne non solo aspetti prettamente giuridici, ma anche profili psicologici e sociali; se difatti un soggetto è ben conscio che la fine della pena da espiare coinciderà con la sua morte, non avrà alcuno stimolo o interesse nel migliorare la propria situazione, ovvero di effettuare percorsi rieducativi.

Al contrario, potrà eventualmente porre in essere successivi delitti, sapendo già di essere sottoposto alla forma di detenzione più grave che il nostro ordinamento prevede.

La Corte ha quindi deciso di fornire uno stimolo al legislatore, rinviando l'udienza al 10 maggio 2022, nella speranza che lo stesso provveda con una modifica normativa.

Questo sulla base del fatto che: *“La normativa risultante da una pronuncia di accoglimento delle questioni, conchiusa nei termini proposti dal giudice a quo, darebbe vita a un sistema penitenziario caratterizzato, a sua volta, da tratti di incoerenza. In esso, i condannati per i reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., pur se non collaborino utilmente con la giustizia, possono attualmente essere valutati al fine di ottenere uno o più permessi premio (in virtù, come appena ricordato, della sentenza n. 253 del 2019). All'esito di una pronuncia di accoglimento delle odierne questioni – alla fine della pena e perciò del loro percorso penitenziario – i condannati (non collaboranti) potrebbero accedere (anche) al procedimento di ammissione alla liberazione condizionale: ma resterebbe loro inibito l'accesso alle altre misure alternative – lavoro all'esterno e semilibertà – cioè proprio alle misure che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà. Un accoglimento immediato delle questioni proposte, in definitiva, comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame”.*

Proprio recentemente la Camera dei deputati ha approvato il testo, risultante dall'unificazione dei d.l. 1951, 3106, 3184 e 3315, di modifica della disciplina dell'ergastolo ostativo (e non solo), ora trasmesso per l'approvazione definitiva al Senato.

In conclusione, così come evidenziato da autorevole dottrina<sup>[2]</sup>, una eventuale pronuncia di accoglimento da parte della Corte costituzionale non significherebbe un “liberi tutti”, ma anzi rappresenterebbe la strada da percorrere al fine di applicare correttamente ed equamente i principi costituzionali in tema di pena e di esecuzione penale, incidendo anche sul *modus operandi* della Magistratura di Sorveglianza, chiamata a valutare il singolo percorso umano e detentivo senza che tale decisione sia influenzata dai contegni precedentemente serbati (anche in sede processuale), dagli ambienti di provenienza e dalla mancata collaborazione con l'autorità giudiziaria, che ben potrebbe risiedere in timori legittimi e non invece in esplicazioni dell'attuale appartenenza a contesti criminogeni.

# Illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante del "fatto di lieve entità" sulla recidiva reiterata in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione

Argomento: Delle circostanze del reato

(C. Cost., 8 luglio 2021, n. 143)

Stralcio a cura di Giovanni De Bernardo

“1.– Con ordinanza dell'8 settembre 2020 (...) la Corte di Cassazione ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (...) nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza dell'attenuante del «fatto di lieve entità» – introdotta dalla sentenza n. 68 del 2012 di questa Corte, in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione di cui all'art. 630 cod. pen. – sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen. (...)

In particolare, la Corte rimettente osserva che, in considerazione dell'eccezionale asprezza del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 630 cod. pen., l'impossibilità di applicare la diminuzione di pena prevista dall'attenuante in esame, secondo un giudizio di prevalenza, lede il principio di proporzionalità della pena in quanto impedisce il necessario adeguamento della stessa al fatto di particolare tenuità.

Per effetto del divieto di prevalenza dell'attenuante del fatto di lieve entità sull'aggravante della recidiva reiterata si determinerebbe un trattamento sanzionatorio sproporzionato rispetto al reato commesso, che sarebbe percepito come ingiusto dal condannato e, perciò, risulterebbe inidoneo a svolgere la funzione rieducativa prescritta dall'art. 27 Cost. Ciò ridonderebbe anche in violazione del principio di eguaglianza in ragione dell'ingiustificatezza della risposta sanzionatoria, così marcatamente differenziata rispetto agli imputati concorrenti nel reato. (...)

4.– [Nella] (...) nuova formulazione l'art. 630 cod. pen. ha previsto al primo comma – e prevede tuttora – che chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni (...). Questa Corte, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 cod. pen., non ha mancato di osservare che si è trattato di «una risposta sanzionatoria di eccezionale asprezza» (sentenza n. 68 del 2012), che finiva per trovare applicazione anche a condotte di assai minore gravità rispetto a quelle che la richiamata normativa emergenziale intendeva contrastare. (...) La possibilità di ricomprendere nella fattispecie di reato anche fatti di minore gravità è la ragione dell'introduzione dell'attenuante ad opera dell'art. 3, terzo comma, della legge 26 novembre 1985, n. 718 (Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale contro la cattura degli ostaggi, aperta alla firma a New York il 18 dicembre 1979), in riferimento al delitto – previsto dal medesimo art. 3 – di sequestro di ostaggi: attenuante (ad effetto speciale) in forza della quale «[s]e il fatto è di lieve entità si applicano le pene previste dall'articolo 605 del codice penale

umentate dalla metà a due terzi». L'art. 311 cod. pen. stabilisce, poi, che le pene comminate per i delitti previsti dal Titolo I del Libro II del medesimo codice – vale a dire, i delitti contro la personalità dello Stato, tra i quali rientra il sequestro terroristico o eversivo (art. 289-bis cod. pen.) – «sono diminuite quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità».

Muovendo proprio dalla comparazione con tale ultima fattispecie di reato, punita anch'essa con la reclusione da venticinque a trenta anni, questa Corte (sentenza n. 68 del 2012) ha ritenuto ingiustificato il trattamento sanzionatorio differenziato e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. pen. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita «quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità».

È significativo, in particolare, che la Corte abbia posto in rilievo che la funzione di tale attenuante, pur comune e non già ad effetto speciale, «consiste propriamente nel mitigare (...) una risposta punitiva improntata a eccezionale asprezza e che, proprio per questo, rischia di rivelarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale».

5.– Orbene, quando la circostanza attenuante del «fatto di lieve entità» concorre con l'aggravante della recidiva reiterata prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., si ha che il giudice, nel bilanciamento delle circostanze, non può ritenere prevalente tale diminuzione, rimanendo possibile, a favore dell'imputato, solo il giudizio di equivalenza. (...) In generale, come più volte rilevato da questa Corte, deroghe al regime ordinario del bilanciamento tra circostanze, come disciplinato dall'art. 69 cod. pen., sono sì costituzionalmente legittime e rientrano nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, ma sempre che non «trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (...), non potendo in alcun caso giungere «a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale» (...).

In particolare, però, l'art. 99, quarto comma, cod. pen., nel testo risultante dalla legge n. 251 del 2005, è stato oggetto di numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale, che hanno restituito al giudice la possibilità di ritenere, nell'ambito dell'obbligatorio giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee, la prevalenza, rispetto all'aggravante della recidiva reiterata, di singole circostanze attenuanti, che sono state distintamente, di volta in volta, oggetto di verifica di legittimità costituzionale (...).

6.– In tempi più recenti (...) questa Corte è andata oltre, dichiarando l'illegittimità costituzionale della stessa disposizione attualmente censurata anche in riferimento a circostanze attenuanti comuni in ragione di altri concorrenti profili di specialità.

La diminuzione del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 cod. pen. è stata ritenuta espressiva della ridotta rimproverabilità, derivante dal minor grado di discernimento dell'autore della condotta e quindi (...) l'inderogabile divieto di prevalenza di tale diminuzione sulla recidiva reiterata non è compatibile con l'esigenza, di rango costituzionale, di determinazione di una pena proporzionata e calibrata sull'effettiva personalità del reo.

Altresì analoga dichiarazione di illegittimità costituzionale ha avuto ad oggetto il divieto di prevalenza della diminuzione di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen. (...).

7.– Analoga «funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio» può ritenersi che ricorra anche nella fattispecie, ora all'esame di questa Corte, dell'attenuante del «fatto di lieve entità» nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (...). Si è già rilevato che l'attenuante della lieve entità del fatto nel reato di sequestro a scopo di estorsione ha una connotazione tutt'affatto particolare, non solo perché inserita nell'art. 630 cod. pen. (non già dal legislatore, ma) da questa Corte con pronuncia additiva di illegittimità costituzionale, che ha riequilibrato il regime sanzionatorio, ma anche perché trova speciale giustificazione nelle caratteristiche oggettive della fattispecie

incriminatrice e nella particolare cornice edittale della pena. La possibilità di riconoscere tale diminuyente, infatti, si riconnette alla «natura, alla specie, ai mezzi, alle modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo». Essa quindi (...) rileva marcatamente sul piano dell'offensività, in quanto presuppone una valutazione riferita al fatto nel suo complesso, in rapporto all'evento di per sé considerato e alla natura, specie, mezzi, modalità della condotta, nonché all'entità del danno o del pericolo per la persona sequestrata, avuto riguardo alle modalità della privazione della libertà personale e alla portata dell'ingiusto profitto perseguito dall'autore della condotta estorsiva.

8.– La peculiarità del regime sanzionatorio edittale previsto per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (...) e la necessaria funzione di riequilibrio della diminuyente in esame comportano che la disciplina censurata, nel precludere al giudice, nel bilanciamento delle circostanze, la possibilità di prevalenza della diminuyente del «fatto di lieve entità» sulla recidiva reiterata, finisce per disconoscere il principio della necessaria proporzione della pena rispetto all'offensività del fatto. (...)

9.– Va quindi ribadito il principio della necessaria proporzione della pena rispetto all'offensività del fatto, che risulterebbe vanificato da una «abnorme enfattizzazione» della recidiva (sentenza n. 251 del 2012), indice di rimproverabilità e pericolosità, rilevante sul piano strettamente soggettivo; si è altresì affermato che la recidiva reiterata «riflette i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, ed è da ritenere che questi, pur essendo pertinenti al reato, non possano assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo» (sentenza n. 205 del 2017).

La norma censurata impedisce, invece, in modo assoluto al giudice di ritenere prevalente la diminuyente in questione, in presenza della recidiva reiterata, «con ciò frustrando, irragionevolmente, gli effetti che l'attenuante mira ad attuare e compromettendone la necessaria funzione di riequilibrio sanzionatorio» (sentenza n. 55 del 2021). Il divieto inderogabile di prevalenza dell'attenuante in esame non è dunque compatibile con il principio di determinazione di una pena proporzionata, idonea a tendere alla rieducazione del condannato ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost., che implica «un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra» (sentenza n. 185 del 2015).

Violato è anche il principio di uguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), in quanto il divieto censurato vanifica la funzione che l'attenuante tende ad assicurare, ossia sanzionare in modo diverso situazioni differenti sul piano dell'offensività della condotta. Per effetto di tale divieto si ha, invece, che fatti di minore entità possono essere irragionevolmente sanzionati con la stessa pena, prevista dal primo comma dell'art. 630 cod. pen., per le ipotesi più gravi, vale a dire per condotte che, pur aggredendo i medesimi beni giuridici, sono completamente differenti con riguardo «alla natura, alla specie, ai mezzi, alle modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo».

10.– In conclusione – assorbita la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 25 Cost. – deve dichiararsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità – introdotta con sentenza n. 68 del 2012 di questa Corte, in relazione al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, di cui all'art. 630 cod. pen. – sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen. (...).”



Il concetto di automatismo sanzionatorio viene genericamente inteso come vincolo apposto dal legislatore al potere discrezionale del giudice, anzitutto, nella determinazione della specie e dell'ammontare della pena base tra il massimo e il minimo edittale previsto dalla norma incriminatrice e, in secondo luogo, nella commisurazione della pena in senso lato che concerne tutti i momenti di individuazione della sanzione da eseguirsi in concreto, quali, a titolo meramente esemplificativo, il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, le circostanze generiche di cui all'art. 62-*bis* c.p., la scelta di applicazione delle misure alternative e delle pene sostitutive. Gli automatismi sanzionatori, detto altrimenti, limitano il potere dell'autorità giudiziaria nella scelta della soluzione sanzionatoria.

L'attribuzione al giudice del potere discrezionale, non solo in sede di commisurazione della pena in senso stretto, alla quale si riferiscono in modo specifico gli artt. 132 e 133 c.p., ma anche in sede di commisurazione della pena in senso ampio, risponde alla necessità di individuare la più adeguata "misura" della pena in rapporto alle concrete note del fatto di reato così come accertato durante il processo. Il legislatore, infatti, nel delineare la fattispecie incriminatrice astratta può solo indicare in termini di massima, secondo tipizzazioni, il disvalore del fatto, spettando invece all'autorità giudiziaria il compito di definire la risposta sanzionatoria il più possibile corrispondente alle peculiarità che caratterizzano la vicenda storica oggetto di giudizio.

Si tratta evidentemente di una logica che permette di conciliare il principio di stretta legalità con le ineludibili esigenze di giustizia materiale, dettate dai principi costituzionali di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost., del finalismo rieducativo della pena, inteso nella sua accezione sostanziale e orientato dalla proporzione della pena.

Le contrastanti esigenze di politica criminale, tuttavia, hanno determinato importanti squilibri nel tradizionale bilanciamento tra il potere discrezionale del giudice e il principio di legalità penale: invero, gli interventi legislativi registratisi negli ultimi decenni sono andati in direzione molto diverse tra loro.

Mentre con la cosiddetta mini-riforma del 1974 che ha radicalmente mutato i tratti originari del reato continuato e del concorso formale di reati, e con la legge Gozzini del 1986 che ha proceduto all'abolizione delle presunzioni di pericolosità previste dal codice penale, la discrezionalità giudiziale ha raggiunto livelli eccessivi che ne suggerivano un importante ridimensionamento; la legge n. 251 del 2005 (cosiddetta legge *ex* Cirielli) ha ridotto in maniera significativa il potere discrezionale del giudice in sede di commisurazione di pena (intesa in senso lato), privilegiando l'introduzione di automatismi sanzionatori come affermazione del principio di legalità penale.

Tra gli interventi realizzati con la legge *ex* Cirielli del 2005 riveste particolare importanza, anzitutto, la deroga di portata generale alla disciplina del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee di cui all'art. 69 c.p. Più nel dettaglio, l'art. 3 della legge n. 251 del 2005 ha sostituito il quarto comma dell'art. 69 c.p., reintroducendo il divieto di prevalenza di eventuali circostanze attenuanti sulle aggravanti operanti in caso di concorso di persone nel reato, quali quelle di cui agli artt. 111 c.p. (determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile) e 112, comma 1, n. 4, c.p. (numero di concorrenti pari o superiore a cinque unità) e sull'aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p., lasciando comunque impregiudicato un possibile esito di equivalenza.

Anche quest'ultima disciplina ha attirato molte critiche poiché ritenuta incompatibile con il principio di eguaglianza/ragionevolezza e il principio di necessaria offensività. Ciò nonostante, il Giudice delle leggi in diverse occasioni (ad esempio con la sentenza n. 192 del 2007) ha dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento all'art. 69, comma 4, c.p., come sostituito dalla legge *ex* Cirielli, sulla base della natura facoltativa della recidiva reiterata e degli effetti di tale facoltatività sul giudizio di bilanciamento.

Al contrario, si è sindacato negativamente il meccanismo che deroga alla disciplina generale della comparazione tra circostanze eterogenee rispetto a singole e particolari ipotesi di attenuazione del trattamento sanzionatorio, per lo più incentrate sulla tenuità dell'offesa e tali da comportare una forte diminuzione di pena, dalla quale risultava irragionevolmente escluso il recidivo reiterato. In questo senso e in un contesto di opposizione agli automatismi sanzionatori, la Corte costituzionale, attraverso la tecnica della sentenza di accoglimento parziale, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 69, comma 4, c.p. nella parte in cui escludeva la possibile subvalenza della recidiva reiterata rispetto alle circostanze attenuanti del fatto di lieve entità in materia di stupefacenti ex art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990 (sentenza n. 251 del 2012), della particolare tenuità del fatto in materia di ricettazione ex art. 648, comma 2, c.p. (sentenza n. 105 del 2014), dell'ipotesi di violenza sessuale di minore gravità ex art. 609-bis, comma 3, c.p. (sentenza n. 106 del 2014), della collaborazione nei procedimenti per fatti di narcotraffico di cui all'art. 73, comma 7, D.P.R. n. 309 del 1990 (sentenza n. 74 del 2016), del danno patrimoniale di speciale tenuità in materia di reati fallimentari ex art. 219, comma 3, r.d. 16 marzo 1942, n. 267), del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p. (sentenza n. 73 del 2020) e, infine, della circostanza attenuante di cui all'art. 116, secondo comma, c.p. (sentenza n. 55 del 2021).

*Nibil novi sub sole*, dunque, con la sentenza che qui si annota. Il giudice delle Leggi, infatti, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità – introdotta con sentenza n. 68 del 2012 di questa Corte, in relazione al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, di cui all'art. 630 c.p. – sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.

Nel caso di specie, la particolarità riguarda la natura “giurisprudenziale” dell'attenuante de qua: in effetti, la Corte costituzionale, muovendo dalla comparazione con la fattispecie di reato di cui all'art. 289-bis c.p., punita anch'essa con la reclusione da venticinque a trenta anni, ha ritenuto ingiustificato il trattamento sanzionatorio differenziato e ha dichiarato – con una pronuncia addittiva – l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita «quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità», come già previsto, ai sensi dell'art. 311 c.p., per il delitto di sequestro terroristico o eversivo.

Ora, posto che la funzione dell'attenuante in esame «consiste propriamente nel mitigare (...) una risposta punitiva improntata a eccezionale asprezza e che, proprio per questo, rischia di rivelarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale», precludere al giudice la possibilità di prevalenza della diminuzione del «fatto di lieve entità» sulla recidiva reiterata, finirebbe per disconoscere il principio della necessaria proporzione della pena rispetto all'offensività del fatto, «con ciò frustrando, irragionevolmente, gli effetti che l'attenuante mira ad attuare e compromettendone la necessaria funzione di riequilibrio sanzionatorio» (sentenza n. 55 del 2021).

Il divieto inderogabile di prevalenza dell'attenuante in esame non risulta dunque compatibile con il principio di determinazione di una pena proporzionata, idonea a tendere alla rieducazione del condannato ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost., che implica «un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra» (sentenza n. 185 del 2015).

La Corte, inoltre, ritiene violato il principio di uguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), in quanto il divieto censurato vanifica la funzione che l'attenuante tende ad assicurare, ossia sanzionare in modo diverso situazioni differenti sul piano dell'offensività della condotta. Per effetto di tale divieto si ha, invece, che fatti di minore entità possono essere irragionevolmente sanzionati con la stessa pena, prevista dal primo comma dell'art. 630 cod. pen., per le ipotesi più gravi, vale a dire per condotte che, pur aggredendo i medesimi beni giuridici, sono completamente differenti con riguardo «alla natura,

alla specie, ai mezzi, alle modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo».

Per tirare conclusivamente le fila del discorso sulle insormontabili problematiche sollevate dagli automatismi sanzionatori, si deve rilevare come l'unica soluzione davvero praticabile per ricondurre a sistema questa tipologia di meccanismi presuntivi sia la ricerca di un punto di equilibrio tra la legalità e la discrezionalità giudiziale.

La valorizzazione dei principi generali in materia penale, sia quelli che attengono all'autore (come il principio di personalità della responsabilità penale), sia quelli che attengono al fatto (come il principio di offensività), appare quindi la strada da perseguire per preservare il necessario volto costituzionale della pena, i cui connotati essenziali andrebbero ricostruiti in base al canone della proporzione, idea guida che, ormai da tempo, "regola" il rapporto tra delitti e pene.

# La tutela meramente indennitaria del *Jobs Act*

Argomento: Jobs Act

(C. Cost., 30 luglio 2021, n. 183)

Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

1.– La Corte d'appello di Bologna (reg. ord. n. 9 del 2021) ha sollevato questioni di legittimità Costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, nella parte in cui, richiamando il secondo comma dell'art. 572 del codice penale, inserito dall'art. 9, comma 2, lettera b), della legge 19 luglio 2019, n. 69 (...), «prevede che il reato di maltrattamenti in famiglia commesso in presenza di minori è ostativo alla sospensione dell'ordine di esecuzione, senza prevedere un regime transitorio che dichiari applicabile tale norma solo ai fatti commessi successivamente» all'entrata in vigore della legge medesima. Il rimettente prospetta la violazione degli artt. 3, 13, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, in quanto l'applicazione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva per maltrattamenti aggravati dalla presenza di minore commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 69 del 2019 – che ha reso questo titolo di reato ostativo alla sospensione – lederebbe la garanzia costituzionale e convenzionale di irretroattività delle norme penali ad effetti sostanziali, quelle incidenti cioè sulla portata effettiva della pena. (...)

3.– Tali eccezioni di inammissibilità non sono fondate.

Il giudice *a quo* ha ritenuto che, malgrado il carattere ostativo del titolo di reato dei maltrattamenti familiari in presenza di minori sia sopravvenuto al fatto-reato commesso da F. P., e persino alla formazione del giudicato nei confronti dello stesso, tuttavia l'ordine di esecuzione della condanna non avrebbe potuto essere sospeso in ragione del principio *tempus regit actum*, la cui operatività in materia esecutiva era imposta dal diritto vivente.

3.1.– Questi argomenti sono tutt'altro che incoerenti rispetto al quadro interpretativo consolidato al momento dell'ordinanza di rimessione, effettivamente dominato dal principio *tempus regit actum* in materia esecutiva, fermo che *l'actus* di riferimento temporale avrebbe dovuto individuarsi, per l'appunto, nell'ordine di carcerazione della cui sospensione trattasi, elemento essenziale della fattispecie complessa destinata a culminare nell'eventuale concessione delle misure alternative (...).

5.– Con la sentenza n. 32 del 2020, questa Corte, ritenendo necessaria «una complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena», ha affermato che la regola di diritto vivente secondo cui le pene devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione, e non in base a quella in vigore al tempo della commissione del reato, soffre «un'eccezione allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato».

Ciò la sentenza medesima ha affermato anche per il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva di cui all'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen., non essendo decisiva in senso contrario la collocazione della disposizione nel codice di rito, atteso che quel divieto «produce

l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite – per l'intera durata della pena inflitta – sulla base della legge vigente al momento della commissione del fatto». (...)

5.1.– Al cospetto di un diritto vivente univocamente orientato all'indiscriminata applicazione del principio *tempus regit actum* in materia esecutiva, questa Corte, nella sopra citata sentenza, ha ritenuto di non poter adottare una pronuncia interpretativa di rigetto, e ha così dichiarato 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 imposto da quel medesimo diritto vivente. Modificando il quadro interpretativo del regime intertemporale delle novelle incidenti sulla disciplina dell'esecuzione della pena, tale declaratoria di illegittimità costituzionale ha restituito ai giudici comuni la possibilità – e quindi il dovere – di interpretare in senso costituzionalmente adeguato ogni sopravvenienza normativa che muti quella disciplina *in peius*.

5.2.– Per dette ragioni, con la sentenza n. 193 del 2020, questa Corte, chiamata a pronunciarsi su questioni analoghe alle odierne – sollevate, in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, nei riguardi dell'art. 3-bis, comma 1, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione), convertito con modificazioni, nella legge 17 aprile 2015, n. 43, nella parte in cui, stabilendo l'esclusione della sospensione dell'ordine di esecuzione per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, «non prevede una norma transitoria al fine di evitare l'applicazione retroattiva del divieto» –, ha dichiarato le questioni stesse non fondate «nei sensi di cui in motivazione». Infatti, sulla premessa che tale norma, sancendo il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, nulla dispone circa i fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, la sentenza n. 193 del 2020 ha osservato che «nessun ostacolo si oppone più a che il giudice a quo adotti, rispetto a tali reati, l'unica interpretazione della disposizione censurata compatibile con il principio di legalità della pena di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., così come declinato da questa Corte nella sentenza n. 32 del 2020». (...)

6.– A conclusioni analoghe deve pervenirsi per le questioni ora in scrutinio, una volta constatato che il reato di maltrattamenti familiari in presenza di minori è entrato a far parte del novero dei reati ostativi alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva solo per effetto della modifica introdotta dalla legge n. 69 del 2019, che non può peggiorare il regime esecutivo nei confronti di un condannato il quale – come F. P. – abbia commesso il reato medesimo prima dell'entrata in vigore di quella legge.

6.1.– La menzione dell'art. 572, secondo comma, cod. pen. nell'elenco dei titoli di reato per i quali l'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. esclude la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva è stata introdotta dall'art. 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78 (Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena), convertito, con modificazioni, nella legge 9

agosto 2013, n. 94. A quel tempo, l'art. 572, secondo comma, cod. pen., a sua volta introdotto dall'art. 4, comma 1, lettera d), della legge 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), prevedeva un'aggravante ad effetto comune del reato di maltrattamenti, se commesso «in danno di persona minore degli anni quattordici».

6.2.– Su tale quadro normativo è intervenuto il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione

civile e di commissariamento delle province), convertito, con modificazioni, nella legge 15 ottobre 2013, n. 119.

L'art. 1, comma 1, del testo originario di tale decreto sostituiva il secondo comma dell'art. 572 cod. pen. riferendo l'aggravante – sempre ad effetto comune – al fatto commesso «in danno o in presenza di minore degli anni diciotto», quindi con un ampliamento concernente non soltanto l'età del minore, giacché venivano inclusi anche gli ultraquattordicenni, ma anche la condotta del maltrattante, estesa a comprendere i maltrattamenti (non in danno, ma) in presenza del minore, tipo di lesione indiretta, basata sulla percezione della violenza in ambito domestico, anche nota come “violenza assistita”.

In sede di conversione, tuttavia, l'art. 1 del d.l. n. 93 del 2013 è stato modificato nel senso che, tramite il comma 1-bis, è stato abrogato il secondo comma dell'art. 572 cod. pen. e, mediante il comma 1, il relativo contenuto è stato trasferito nell'art. 61, primo comma, numero 11-quinquies), cod. pen., prevedendo, tra le circostanze aggravanti comuni, l'«avere [...] nel delitto di cui all'articolo 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto [...]».

6.3.– Da ultimo, l'art. 9, comma 1, della legge n. 69 del 2019 ha espunto il riferimento all'art. 572 cod. pen. dall'art. 61, primo comma, numero 11-quinquies), cod. pen.

L'art. 9, comma 2, lettera b), della legge medesima ha tuttavia inserito nell'art. 572 cod. pen. un nuovo secondo comma, che ha recuperato l'aggravante, questa volta configurandola alla stregua di una circostanza ad effetto speciale, giacché vi si prevede che «[l]a pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore [...]».

6.4.– Questo excursus evidenzia che, anteriormente alla modifica introdotta dalla legge n. 69 del 2019, l'art. 572, secondo comma, cod. pen. non ha mai contemplato la circostanza della presenza del minore quale aggravante del reato di maltrattamenti.

Esso è stato formalmente veicolo dell'aggravante della «presenza di minore degli anni diciotto» nell'arco temporale che va dall'entrata in vigore del d.l. n. 93 del 2013 (17 agosto 2013) sino all'entrata in vigore della legge di conversione (16 ottobre 2013), e tuttavia l'effetto caducatorio spiegato da quest'ultima – che, come si è visto, ha abrogato quel secondo comma tramite un emendamento modificativo del testo originario del decreto – impedisce che ciò possa avere un qualche rilievo (meno che mai *in malam partem*), giacché il decreto-legge convertito in legge con emendamenti implicanti mancata conversione in parte qua perde efficacia sin dall'inizio ex art. 77, terzo comma, Cost. (sentenze n. 367 del 2010 e n. 51 del 1985). (...)

# La riforma dell'abuso d'ufficio al vaglio della Consulta: non è irragionevole la "necessità e urgenza" del Decreto Semplificazioni

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(C. Cost., 18 gennaio 2022, n. 8)  
Stralcio a cura di Giulio Baffa

“1.- Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro dubita della legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha modificato la disciplina del reato di abuso d'ufficio, sostituendo, nell'art. 323 del codice penale, la locuzione - riferita alla violazione integrativa del reato - «di norme di legge o di regolamento» con l'altra, più restrittiva, «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

I dubbi del rimettente attengono, sia al procedimento di produzione della norma, e segnatamente alla scelta di introdurla mediante decretazione d'urgenza, sia ai suoi contenuti (...) la norma denunciata si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost., giacché, alla luce della modifica da essa operata, l'abuso, per assumere rilievo penale, dovrebbe risolversi nell'inosservanza di una norma legislativa che preveda una attività amministrativa vincolata «nell'an, nel quid e nel quomodo»: il che renderebbe pressoché impossibile la configurabilità del reato, posto a presidio del buon andamento, dell'imparzialità e della trasparenza della pubblica amministrazione. I casi di attività amministrativa integralmente vincolata sarebbero, infatti, estremamente rari e atterrebbero, comunque sia, a una sfera minuta dell'agere della pubblica amministrazione. (...)

2.5 - (...) In negativo, dunque, la recente novella estromette il riferimento ai regolamenti; in positivo, richiede che la violazione abbia ad oggetto regole specifiche previste in modo espresso da fonti primarie e che non lascino al funzionario pubblico spazi di discrezionalità. Particolarmente su questo secondo versante, risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.; richiedendo che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare «margini di discrezionalità» si vuol negare rilievo al compimento di atti viziati da eccesso di potere. Si è, dunque, al cospetto di una modifica di segno restrittivo dell'area di rilevanza penale (...) con conseguenti effetti di abolitio criminis parziale, operanti, come tali, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, cod. pen., anche in rapporto ai fatti anteriormente commessi (quali quelli oggetto del giudizio a quo). (...)

6.2.- (...) Non si può ritenere, anzitutto, come egli opina, che la norma censurata sia «eccentrica ed assolutamente avulsa», per materia e finalità, rispetto al decreto-legge in cui è inserita. Come emerge dal preambolo, dai lavori preparatori e dalle dichiarazioni ufficiali che ne hanno accompagnato l'approvazione, il d.l. n. 76 del 2020 reca un complesso di norme eterogenee accomunate dall'obiettivo

di promuovere la ripresa economica del Paese dopo il blocco delle attività produttive che ha caratterizzato la prima fase dell'emergenza pandemica. In quest'ottica, il provvedimento interviene in molteplici ambiti [tra cui] la responsabilità degli amministratori pubblici.

Quanto (...) alla responsabilità penale per abuso d'ufficio, è ben vero che di essa non si fa alcuna menzione nel titolo del provvedimento (che parla esclusivamente di «[m]isure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), mentre nel preambolo il tema è richiamato in modo cursorio ed ambiguo (con il secco riferimento alla ritenuta «straordinaria necessità e urgenza di introdurre», tra gli altri, «interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni»). Né molto più prodiga di indicazioni è la relazione al disegno di legge di conversione A.S.1883, laddove la modifica dell'art. 323 cod. pen. viene giustificata con la mera esigenza «di definire in maniera più compiuta la condotta rilevante ai fini del reato di abuso di ufficio», senza alcuna precisazione riguardo al collegamento dell'intervento con gli obiettivi di fondo del provvedimento d'urgenza. Tale collegamento è individuabile (...) nell'idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità. «Paura della firma» e «burocrazia difensiva», indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente.

In questa prospettiva, (...) la norma censurata si abbina, nell'ambito di dell'apposito capo del «decreto semplificazioni» dedicato alle «[r]esponsabilità» (il Capo IV del Titolo II), a disposizioni volte a «tranquillizzare» i pubblici amministratori rispetto all'altro rischio che accompagna il loro operato: vale a dire la responsabilità erariale.

In conclusione, non può dunque sostenersi che la norma censurata sia palesemente estranea alla traiettoria finalistica portante del decreto.

6.3.- Neppure, poi, può ritenersi (...) che rispetto alla norma in esame si versi, comunque sia, in un caso di evidente mancanza del presupposto della straordinaria necessità ed urgenza. (...) È (...) l'esigenza di far «ripartire» celermente il Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia che - nella valutazione del Governo (e del Parlamento, in sede di conversione) - ha impresso ad essa i connotati della straordinarietà e dell'urgenza. Valutazione, questa, che non può considerarsi manifestamente irragionevole o arbitraria.

7.- Il discorso è diverso per le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., intese a censurare i contenuti della norma. Riguardo ad esse, resta, infatti, pienamente operante la ricordata preclusione delle sentenze in malam partem in materia penale, cui consegue (...) l'inammissibilità delle questioni stesse.

Onde superare l'ostacolo, il rimettente invoca decisioni di questa Corte (in specie, le sentenze n. 394 del 2006 e n. 148 del 1983) che hanno ammesso la sindacabilità in malam partem delle cosiddette norme penali di favore: qualifica che tuttavia non compete alla norma oggi in esame.

Come questa Corte ha chiarito (sentenza n. 394 del 2006; in senso conforme, tra le altre, sentenza n. 155 del 2019, n. 57 del 2009 e n. 324 del 2008; ordinanza n. 413 del 2008), per norme penali di favore debbono intendersi quelle che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento. L'effetto in malam partem conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tali norme non vulnera la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, rappresentando una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria. La qualificazione come norma penale di favore non può essere fatta, di contro, discendere, come nel caso di specie, dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale. In tal caso, la richiesta



di sindacato in malam partem non mira a far riesperire una norma tuttora presente nell'ordinamento, ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa alla Corte (...).

In altre parole, ove pure, in ipotesi, la norma incriminatrice (non qualificabile come norma penale di favore) determinasse intollerabili disparità di trattamento o esiti irragionevoli, il riequilibrio potrebbe essere operato dalla Corte solo "verso il basso" (ossia in bonam partem): non già in malam partem, e in particolare tramite interventi dilatativi del perimetro di rilevanza penale (sulla inammissibilità di questioni in malam partem basate sulla denuncia di violazione dell'art. 3 Cost., ex plurimis, sentenza n. 411 del 1995; ordinanze n. 437 del 2006 e n. 580 del 2000).

8.- Alla luce delle considerazioni che precedono, la questione sollevata in riferimento all'art. 77 Cost., logicamente pregiudiziale, deve essere dichiarata non fondata, mentre quelle sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost. debbono essere dichiarate inammissibili".

# Pena sostitutiva pecuniaria: illegittimo il tasso giornaliero, troppo elevato rispetto a condotte di modesto disvalore

Argomento: Depenalizzazione di delitti e contravvenzioni

(C. Cost., 1 febbraio 2022, n. 289)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“3.- Le due ordinanze pongono questioni analoghe (...). Entrambi i giudici rimettenti si dolgono in sostanza dell'eccessività del tasso giornaliero di sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria, che - in forza del rinvio compiuto dal censurato art. 53, secondo comma, della legge n. 689 del 1981 all'art. 135 del codice penale - è attualmente pari a 250 euro. Tale tasso condurrebbe a risultati sanzionatori sproporzionati rispetto alla gravità del reato e alle condizioni economiche del reo; dal che deriverebbe la violazione congiunta degli artt. 3, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost. nonché - secondo il GIP del Tribunale di Taranto - dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 49, paragrafo 3, CDFUE.

5.1.- L'art. 53 della legge n. 689 del 1981 prevede che le pene detentive brevi possano essere sostituite dal giudice con le pene sostitutive della semidetenzione, della libertà controllata e della pena pecuniaria entro i limiti massimi, rispettivamente, di due anni, un anno e sei mesi. Il successivo art. 58 disciplina l'esercizio di tale potere discrezionale da parte del giudice. Sulla base dei generali criteri per la commisurazione della pena indicati dall'art. 133 cod. pen., il giudice valuta anzitutto se sostituire la pena, essendo tenuto a non farlo allorché presuma che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato, oltre che in presenza delle cause ostative enumerate dall'art. 59 della stessa legge n. 689 del 1981; nel caso poi in cui opti per la sostituzione, «sceglie quella più idonea al reinserimento sociale del condannato».

Come è noto, l'istituto della sostituzione della pena detentiva fu introdotto nel nostro ordinamento nel 1981 con l'obiettivo fondamentale di evitare, per quanto possibile, gli effetti negativi determinati dall'esecuzione delle pene detentive di breve durata (...): pene troppo brevi, appunto, perché potesse essere impostato e attuato un programma rieducativo realmente efficace in favore del condannato; ma abbastanza lunghe per determinare gravi conseguenze a suo carico, per reati di bassa gravità, dal momento che l'ingresso in carcere provoca non soltanto una brusca lacerazione dei rapporti familiari, sociali e lavorativi sino a quel momento intrattenuti (con conseguente difficoltà di un loro ripristino una volta terminata l'esecuzione della pena), ma anche il contatto con persone condannate per reati assai più gravi e, in generale, con subculture criminali che possono condurlo a maturare scelte di vita stabilmente orientate verso la commissione di nuovi reati. Di talché, più che a contribuire, in positivo, alla risocializzazione del reo, le pene sostitutive risultano orientate a evitare, per quanto possibile, gli effetti desocializzanti della carcerazione di breve durata, assicurando al contempo - in conseguenza del loro contenuto comunque afflittivo - un risultato di intimidazione e ammonimento del reo, che dovrebbe distoglierlo dalla commissione di nuovi reati in futuro.

5.2.- (...) Le censure dell'odierno rimettente si appuntano sul limite minimo del tasso di conversione giornaliero che il giudice è tenuto a stabilire: limite minimo determinato mediante il rinvio, pacificamente considerato come "mobile", all'art. 135 cod. pen. Come più analiticamente rammentato

dalla sentenza n. 214 del 2014, tale disposizione detta un criterio di ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive che è applicabile in linea di principio «per qualsiasi effetto giuridico», e il cui importo originario di cinquanta lire per ogni giorno di pena detentiva è stato oggetto di «reiterati interventi di adeguamento, sollecitati dalla progressiva perdita di potere di acquisto della moneta». (...) La legge 15 luglio 2009, n. 94 (...) ha drasticamente innalzato il criterio di ragguaglio alla misura oggi oggetto delle censure del rimettente, pari a 250 euro giornalieri (...).

6.- Ciò premesso, le questioni sollevate dal giudice rimettente sull'eccessività di tale limite minimo, in riferimento agli artt. 3, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., sono fondate.

6.1.- Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (...), ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene incontra il proprio limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria, sia in relazione alle pene previste per altre figure di reato (...), sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato (...). Il limite in parola esclude, più in particolare, che la severità della pena comminata dal legislatore possa risultare manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato: il che accade, in particolare, ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata, vincolando così il giudice all'inflizione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità.

6.2.- Il limite costituzionale in parola non può non valere anche per la pena pecuniaria, che è una sanzione criminale a tutti gli effetti, seppur con una precisazione imposta dalla sua stessa natura.

(...) Mentre l'impatto di pene detentive di eguale durata può in linea di principio ipotizzarsi come omogeneo per ciascun condannato, così non è per le pene pecuniarie: una multa del medesimo importo può risultare più o meno afflittiva secondo le disponibilità reddituali e patrimoniali del singolo condannato. Di qui, aveva proseguito questa Corte, la ricerca da parte di molti legislatori contemporanei «di rimedi, atti a salvaguardare l'efficacia e la concreta uguaglianza dell'effetto della pena pecuniaria, mediante meccanismi d'adeguamento alle diverse condizioni economiche dei condannati».

Un tale adeguamento, come rileva l'odierno rimettente, deve ritenersi imposto dal principio di eguaglianza (...). A questa esigenza è ispirato, nell'ordinamento italiano, l'art. 133-bis cod. pen., che, al primo comma, impone al giudice di tenere conto delle condizioni economiche del reo nella determinazione dell'ammontare della multa e dell'ammenda e, al secondo comma, prevede la possibilità di un aumento sino al triplo del massimo stabilito dalla legge, nonché di una diminuzione sino a un terzo del minimo, allorché il giudice ritenga «che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa». Analogamente, in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, l'art. 11 della legge n. 689 del 1981 dispone che, in sede di determinazione di tali sanzioni, si debba tenere conto, oltre che della gravità della violazione e di eventuali condotte compiute dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle sue conseguenze, anche della personalità e delle condizioni economiche dell'agente medesimo.

6.3.- (...) Una quota giornaliera di 250 euro è, all'evidenza, ben superiore a quella che la gran parte delle persone che vivono oggi nel nostro Paese sono ragionevolmente in grado di pagare, in relazione alle proprie disponibilità reddituali e patrimoniali. Moltiplicata poi per il numero di giorni di pena detentiva da sostituire, una simile quota conduce a risultati estremamente onerosi per molte di queste persone, sol che si consideri ad esempio - come già osservato nella sentenza n. 15 del 2020 - che «il minimo legale della reclusione, fissato dall'art. 23 cod. pen. in quindici giorni, deve oggi essere sostituito in una multa di almeno 3.750 euro, mentre la sostituzione di sei mesi di reclusione (pari al limite massimo entro il quale può operare il meccanismo previsto dall'art. 53, comma 2, della legge n. 689 del 1981) dà luogo a una multa non inferiore a 45.000 euro».

Il caso oggetto del giudizio a quo dimostra emblematicamente l'elevatezza della sanzione determinata dalla disposizione censurata: a fronte di una condotta in definitiva di modesto disvalore, come una violenza privata realizzata mediante il parcheggio di un'autovettura in prossimità dell'ingresso dell'abitazione delle persone offese, con l'effetto di impedire a queste ultime di entrare e uscire con la propria macchina, la sostituzione della pena concordata dalle parti di tre mesi di reclusione - ritenuta congrua dal giudice - condurrebbe all'irrogazione di una pena pecuniaria sostitutiva di ben 22.500 euro: una somma che, come puntualmente osserva il giudice a quo sulla base della documentazione prodotta dall'imputato, è sostanzialmente pari ai redditi da lui dichiarati per l'intero anno 2020.

Come già sottolineato dalla sentenza n. 15 del 2020, una quota giornaliera di conversione così elevata «ha determinato, nella prassi, una drastica compressione del ricorso alla sostituzione della pena pecuniaria (...) Al tempo stesso, la disposizione censurata ha finito per «trasformare la sostituzione della pena pecuniaria in un privilegio per i soli condannati abbienti», in contrasto con l'art. 3 Cost.

7.- (...) Si rende perciò necessario reperire nel sistema soluzioni normative già esistenti, che consentano di porre almeno provvisoriamente rimedio agli accertati vizi di legittimità costituzionale, assicurando al contempo la perdurante operatività della sostituzione della pena detentiva.

Al riguardo, questa Corte non può allo stato che ricorrere alla soluzione - suggerita dal petitum formulato in via principale dal giudice rimettente - consistente nella sostituzione del minimo di 250 euro con quello di 75 euro per ogni giorno di pena detentiva sostituita, stabilito dall'art. 459, comma 1-bis, cod. proc. pen. in relazione al decreto penale di condanna; soluzione che peraltro poco si discosta, nell'esito pratico, da quella - prospettata attraverso il petitum formulato in via subordinata - di ripristinare la possibilità per il giudice di diminuire sino a un terzo la pena pecuniaria minima, prevista in via generale dall'art. 133-bis, secondo comma, cod. pen. (ciò che condurrebbe a fissare a circa 83 euro il minimo del valore giornaliero). (...)

In conclusione, la disposizione censurata deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui, al quarto periodo, prevede che «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare», anziché «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore a 75 euro e non può superare di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 del codice penale».

# Costituzionalmente illegittimo l'aggravamento di pena per chi si avvale di servizi internazionali di trasporto o di documenti falsi nell'ipotesi di favoreggiamento all'immigrazione clandestina

Argomento: Immigrazione clandestina

(C. Cost., 10 marzo 2022, n. 63)  
Stralcio a cura di Giulio Baffa

“1.- (...) il Tribunale ordinario di Bologna ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 3, lettera d), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), «limitatamente alle fattispecie di impiego di servizi internazionali di trasporto o di documenti falsi o illegalmente ottenuti, nella parte in cui prevede l'aggravamento di pena rispetto all'ipotesi semplice», in riferimento al principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione e al principio di proporzionalità della sanzione penale di cui agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. (...) Secondo il rimettente, la previsione legislativa della reclusione da cinque a quindici anni per la seconda e la terza ipotesi indicate dalla lettera d) (rispettivamente, utilizzo di servizi internazionali di trasporto, e utilizzo di documenti contraffatti, alterati o comunque illegalmente ottenuti) sarebbe tuttavia contraria al principio di uguaglianza-ragionevolezza discendente dall'art. 3 Cost., nonché al principio di proporzionalità della pena scaturente dal combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. (...).

3.5.- L'art. 12 t.u. immigrazione fu (...) [...] riformulato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), acquisendo così l'attuale fisionomia. (...).

Nel comma 3 così riformulato sono state dunque ricollocate cinque diverse ipotesi: le quattro già regolate dalla legge n. 271 del 2004 nel comma 3-bis - tra cui quella descritta alla lettera d), che comprende le due sottoipotesi oggetto di censura in questa sede (utilizzazione di servizi internazionali di trasporto e utilizzazione di documenti contraffatti, alterati o comunque illegalmente ottenuti) -; ed una quinta, descritta alla lettera e), di nuovo conio. Per tutte queste ipotesi la pena è stata ulteriormente innalzata, prevedendosi una nuova cornice edittale da cinque a quindici anni di reclusione, oltre alla multa di 15.000 euro per ogni persona (...).

3.6.- Risolvendo un contrasto giurisprudenziale sul punto, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno riconosciuto natura di circostanze aggravanti anche alle ipotesi descritte dal comma 3, così come oggi formulato, tra le quali dunque anche quelle - inserite nella lettera d) - oggetto del presente giudizio (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 21 giugno 2018, n. 40982). Pertanto, è possibile il loro bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti ai sensi dell'art. 69 cod. pen., e la conseguente commisurazione della pena - in caso di equivalenza o prevalenza delle attenuanti - a partire dall'assai più mite quadro edittale previsto dal comma 1 (caratterizzato, in particolare, dalla reclusione da uno a cinque anni, anziché da cinque a quindici anni); e ciò sempre che non ricorrano due o più di tali aggravanti ovvero il fine di profitto, operando in tal caso il divieto di equivalenza o prevalenza delle attenuanti stabilito dal comma 3-quater.

3.7.- L'art. 12 t.u. immigrazione (...) investono una materia interessata da obblighi assunti in sede di diritto internazionale e imposti dal diritto dell'Unione europea (...).

4.- Ciò premesso, le questioni devono essere ritenute fondate con riferimento a entrambi i profili di censura formulati dal rimettente (...).

4.1.- In base alla costante giurisprudenza di questa Corte (per una più estesa ricapitolazione, sentenza n. 112 del 2019), ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene incontra il proprio limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria, sia in relazione alle pene previste per altre figure di reato (sentenze n. 88 del 2019, n. 68 del 2012, n. 409 del 1989 e n. 218 del 1974), sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato (sentenze n. 136 e n. 73 del 2020, n. 284 e n. 40 del 2019, n. 222 del 2018, n. 236 del 2016 e n. 341 del 1994). Il limite in parola esclude, più in particolare, che la severità della pena comminata dal legislatore possa risultare manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato: il che accade, in particolare, ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata, vincolando così il giudice all'infrazione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità (daultimo, sentenza n. 28 del 2022).

4.2.- (...) Occorre anzitutto sottolineare che l'intera gamma delle ipotesi delittuose descritte dall'art. 12 t.u. immigrazione ha quale comune oggetto di tutela l'ordinata gestione dei flussi migratori: interesse che questa Corte ha da tempo definito quale «bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata» (sentenza n. 250 del 2010 e ivi numerosi precedenti in senso conforme), quali, in particolare, gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse (limitate) del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica (...).

La cornice edittale si innalza però bruscamente - da cinque a quindici anni di reclusione - nelle ipotesi aggravate contemplate dal comma 3 del medesimo articolo (...). Tali aumenti di pena (...) si ricollegano chiaramente, nella prospettiva del legislatore, alla dimensione plurioffensiva delle ipotesi ivi contemplate, il cui orizzonte di tutela trascende di gran lunga quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori (...).

4.4.1.- L'individuazione di una (qualsivoglia) ratio dell'aggravamento di pena rispetto alla fattispecie base è, in verità, particolarmente ardua rispetto all'ipotesi dell'utilizzazione di servizi internazionali di trasporto.

Non pare, infatti, ragionevolmente ravvisabile alcun surplus di disvalore del fatto commesso mediante l'utilizzazione di servizi internazionali di trasporto rispetto alla generalità dei fatti riconducibili alla fattispecie base descritta nel comma 1: una tale modalità di commissione non offende alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello tutelato dal comma 1 (l'ordinata gestione dei flussi migratori), né rappresenta una modalità di condotta particolarmente insidiosa o tale da creare speciali difficoltà di accertamento alla polizia di frontiera (...).

4.4.2.- Quanto all'utilizzazione di documenti contraffatti, alterati o comunque illegalmente ottenuti, il discorso è parzialmente diverso (...). Ciò che sfugge a ogni plausibile giustificazione è, tuttavia, l'entità dello scarto tra la pena prevista per la fattispecie base e quella ora all'esame, peraltro progressivamente accresciutosi dal 1998 a oggi per effetto del succedersi vorticoso di novelle di cui si è dettagliatamente dato conto poc'anzi (supra, punti da 3.2. a 3.5.). In effetti, la generalità dei delitti di falsità in atti e personali previsti dai Capi III e IV del Titolo VII del Libro II del codice penale è punita con pene che, nel minimo, non oltrepassano la soglia di un anno di reclusione; e lo stesso art. 6, comma 6-bis, t.u. immigrazione, che incrimina la contraffazione o alterazione di permessi di soggiorno o di altri documenti correlati alla presenza legittima dello straniero nel territorio nazionale,

prevede una cornice edittale da uno a tre anni di reclusione. (...) Per quanto la fattispecie aggravata in esame configuri un reato complesso, la previsione di una pena minima di cinque anni, e di una massima di quindici anni di reclusione per un fatto ordinariamente punibile con la reclusione da uno a cinque anni, solo in ragione dell'utilizzazione di documenti contraffatti, alterati o anche soltanto illecitamente ottenuti presenta, dunque, tratti di assoluta anomalia "intrasistemica" rispetto alle scelte sanzionatorie tanto del codice penale, quanto della legislazione di settore. Una simile anomalia non può che tradursi in una valutazione di manifesta sproporzione del trattamento sanzionatorio previsto per l'ipotesi aggravata all'esame (...).

4.5.- Le conclusioni sin qui raggiunte sono, peraltro, corroborate da un'ulteriore considerazione. Dalla "legge Martelli" in poi, la norma incriminatrice su cui si è incardinato il contrasto all'immigrazione clandestina (l'art. 6, comma 8, del d.l. n. 416 del 1989, come convertito, e poi l'art. 12 t.u. immigrazione) ha progressivamente differenziato, con sempre maggiore nettezza (supra, punti da 3.1. a 3.5.), il trattamento sanzionatorio di due distinte classi di condotte: da un lato, l'aiuto all'ingresso illegale nel territorio dello Stato compiuto in favore di singoli stranieri, per finalità in senso lato altruistiche; e dall'altro, l'attività posta in essere a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati nei confronti di un numero più o meno ampio di migranti destinati a essere trasportati illegalmente nel territorio dello Stato. Il ben maggiore rigore sanzionatorio previsto per la seconda classe di condotte riflette l'evidente distinzione, sul piano criminologico (...)

Ebbene, la parificazione ai fini sanzionatori delle due condotte ora all'esame di questa Corte - utilizzo di servizi internazionali di trasporto, e di documenti contraffatti, alterati o illecitamente ottenuti - a numerose altre condotte coerenti con la tipologia criminosa del traffico internazionale di migranti costituisce una scelta legislativa manifestamente irragionevole. Infatti, né l'una né l'altra delle condotte ora all'esame, allorché compiute senza scopo di lucro, sono plausibilmente indicative del coinvolgimento dell'agente in un'attività di traffico internazionale di migranti (...).

4.6.- Né, ancora, queste conclusioni potrebbero essere revocate in dubbio sulla base dell'argomento per cui la cornice edittale prevista dal comma 3 potrebbe essere comunque "neutralizzata" in caso di equivalenza o prevalenza di eventuali attenuanti, e in particolare delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis cod. pen. Al riguardo, non può non rilevarsi che l'applicazione di circostanze attenuanti è soltanto eventuale, e non è in grado, pertanto, di sanare il vulnus costituzionale insito nella comminatoria di una pena manifestamente eccessiva nel minimo (analogamente, sentenza n. 236 del 2016). Ciò vale anche rispetto alle circostanze attenuanti generiche, la cui funzione "naturale" è quella di adeguare la misura della pena alla sussistenza di speciali indicatori (oggettivi soggettivi) di un minor disvalore del fatto concreto all'esame del giudice rispetto alla gravità ordinaria dei fatti riconducibili alla fattispecie base di reato; e non già quella di correggere l'eventuale sproporzione dei minimi edittali stabiliti dal legislatore rispetto a un fatto il cui disvalore sia conforme a quello che ordinariamente caratterizza la fattispecie criminosa.

5.- Il vulnus così accertato può essere rimosso mediante la semplice ablazione dall'art. 12, comma 3, lettera d), t.u. immigrazione del frammento di disposizione che è oggetto delle censure del rimettente. (...) Conseguentemente, la disposizione all'esame deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima limitatamente alle parole «utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti».

Con la sentenza n. 63 dell'8/02/2022 (dep. il 10/03/2022 e pubblicata in G.U. il 16/03/2022), la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, co. 3, lett. d), del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), limitatamente alle parole «o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti».

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Tribunale ordinario di Bologna con ordinanza del 1° dicembre 2020, in riferimento al principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e al principio di proporzionalità della pena, di cui agli artt. 3 e 27, co. 3 Cost.

In particolare, il giudice a quo si è trovato ad accertare la responsabilità penale di una donna di origini congolesi, che aveva accompagnato in Italia due bambine minori degli anni quattordici, utilizzando un servizio aereo proveniente dal Marocco ed esibendo, all'arrivo, passaporti risultati falsi. Da qui la contestazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui all'art. 12, co. 1 d.lgs. 286/1998, aggravato ai sensi del co. 3, lett. d) del medesimo articolo, per aver commesso il fatto attraverso l'utilizzo di «servizi internazionali di trasporto», nonché l'uso di «documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti», in concorso con il delitto di possesso di documenti di identificazione falsi, di cui all'art. 497-bis c.p.

A parere del Tribunale rimettente, l'ingente incremento del trattamento sanzionatorio, determinato dall'applicazione delle circostanze aggravanti ad effetto speciale di cui all'art. 12, co. 3 (con passaggio della cornice edittale da uno a cinque anni di reclusione, prevista per la fattispecie base, a cinque anni nel minimo e quindici nel massimo, derivante dall'imputazione di una delle aggravanti), risulta del tutto sproporzionato e ingiustificato.

In particolare, il giudice a quo osserva l'irragionevolezza dell'equiparazione sul piano sanzionatorio delle fattispecie aggravanti previste dalle lettere b), c) ed e), art. 12, co. 3 con il sintagma normativo censurato, di cui alla lett. d), art. cit. Le prime tre disposizioni fanno infatti riferimento, rispettivamente, alle ipotesi in cui lo straniero viene esposto a pericolo per la vita o l'incolumità fisica (lett. b), a trattamenti inumani o degradanti (lett. c) oppure all'utilizzo di esplosivi o di armi (lett. e).

Il maggior disvalore delle condotte ivi previste, dunque, è giustificato dal maggiore stato di pericolo per la propria incolumità in cui viene a trovarsi lo straniero trasportato, rispetto alla fattispecie base. *Contra*, del tutto sproporzionato e irragionevole appare il notevole irrigidimento sanzionatorio con riferimento alla disposizione censurata, in quanto né l'impiego di servizi internazionali di trasporto né l'utilizzo di documenti contraffatti aggravano lo stato di vulnerabilità dello straniero-vittima.

La Corte Costituzionale riconosce la fondatezza delle questioni sollevate.

In particolare, il Giudice delle leggi ribadisce la legittimità del proprio sindacato in ordine alle scelte sanzionatorie del legislatore, ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., laddove risultino manifestamente sproporzionate, tanto rispetto ad altre figure di reato quanto rispetto all'effettiva gravità intrinseca, sia oggettiva che soggettiva, delle condotte descritte dalla singola fattispecie.

La Consulta riconosce, dunque, tale duplice ordine di limiti alla discrezionalità del legislatore nella quantificazione delle pene, in quanto, più specificamente, laddove si stabilisca una pena troppo elevata nel minimo, il giudice sarebbe vincolato all'inflizione di pene «che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità».



La Corte si interroga, perciò, se l'aumento della cornice edittale, determinato dall'imputazione delle aggravanti oggetto di censura, sia o meno proporzionato rispetto alla gravità delle condotte dalle stesse descritte.

Ora, le fattispecie delineate dall'art. 12, d.lgs. cit., sono oggetto di obblighi di penalizzazione tanto internazionali quanto eurounitari. In particolare, sul primo fronte, il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria (cd. Protocollo di Palermo) vincola gli Stati parte a criminalizzare, se il fatto sia commesso intenzionalmente e a scopo di profitto, il «traffico di migranti», imponendo, altresì, l'obbligo di disporre specifici aggravamenti di pena qualora dal fatto derivi la messa in pericolo della vita o dell'incolumità dei migranti, ovvero la loro sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti, incluso lo sfruttamento.

Quanto al diritto eurounitario, la decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio impone a ciascun Stato membro di contrastare con «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive» gli illeciti definiti dall'art. 1 della direttiva 2002/90/CE del Consiglio (cd. Facilitators Package), tra i quali vi rientra anche la condotta di chi aiuta intenzionalmente una persona, che non sia cittadino di uno Stato membro, ad entrare o transitare illegalmente nel territorio di uno Stato membro. La decisione quadro del 2002 prevede, inoltre, che se tali illeciti sono commessi a fine di lucro e, in particolare, da un'organizzazione criminale, ovvero mettendo in pericolo la vita dello straniero, debbano essere sanzionati con pene, il cui minimo edittale non possa essere inferiore ad otto anni di reclusione.

In adempimento di tali obblighi di matrice sovranazionale, il legislatore italiano ha, dunque, modellato la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui all'art. 12, d.lgs. 286/1998, con relative ipotesi aggravanti. È, tuttavia, sul piano dell'interesse giuridico protetto che, a giudizio della Corte, deve essere valutata la ragionevolezza della pena irrogata. Se, infatti, l'oggetto giuridico della fattispecie base viene individuato nell'«ordinata gestione dei flussi migratori» (bene giuridico «strumentale», ovvero funzionale in via prodromica alla salvaguardia di ulteriori interessi «finali» di rilievo costituzionale, quali gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse limitate del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica), è la persona dello straniero trasportato ad assurgere a bene giuridico tutelato dalle circostanze aggravanti di cui al co. 3 dell'art. 12.

Ora, se l'esposizione dello straniero ad un pericolo per la propria vita o incolumità, ovvero a trattamenti inumani o degradanti (lett. b) e c) del co. 3), nonché il possibile coinvolgimento di organizzazioni criminali (evocato dalle lett. a), e) e dall'inciso iniziale della lett. d) del co. 3), laddove si fa riferimento, rispettivamente, ad una pluralità di soggetti trasportati, all'uso di armi ed esplosivi, ovvero al concorso di più persone nel reato), possono giustificare la quintuplicazione del minimo e la triplicazione del massimo della cornice edittale, tale ratio appare essere del tutto assente nei frammenti normativi censurati.

Da una parte, infatti, non pare esservi alcun ulteriore disvalore, rispetto alla fattispecie base, nella condotta di favoreggiamento commessa mediante l'impiego di servizi internazionali di trasporto. Tale modalità di commissione del fatto non offende, infatti, alcun ulteriore bene giuridico, né rappresenta una particolare forma di insidia.

Dall'altra parte, invece, non v'è dubbio che l'impiego di documenti contraffatti o illecitamente ottenuti attribuisca alla condotta di favoreggiamento una dimensione offensiva ultronea rispetto alla fattispecie base, andando a ledere la «fede pubblica». Tuttavia, la Consulta osserva come la generalità dei delitti di falsità in atti e personali previsti dal codice penale non superi, nel minimo, la soglia di un anno di reclusione. Il solo art. 497-bis c.p., contestato all'imputata del giudizio a quo, prevede un minimo di due anni, ma colpisce la peculiare ipotesi del possesso di documenti materialmente falsi e non di quelli autentici, ma «illecitamente ottenuti».

Per quanto, dunque, la fattispecie aggravata configuri un reato complesso (in quanto, per giurisprudenza maggioritaria, il delitto di cui all'art. 13, co. 3 lett. d) assorbe quello di cui all'art. 497-bis c.p.), l'eccessivo irrigidimento sanzionatorio previsto «presenta tratti di assoluta anomalia intrasistemica rispetto alle scelte sanzionatorie tanto del codice penale, quanto della legislazione di settore».

La Corte Costituzionale, infine, individua un ulteriore argomento. A partire dall'introduzione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nell'ordinamento italiano nel 1989 (solo successivamente transitato all'interno del d.lgs. 286/1998), il legislatore italiano ha tentato di differenziare, sotto il profilo sanzionatorio, due distinti "tipi" criminologici: da una parte, l'aiuto all'ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato, compiuto per finalità lato sensu altruistiche, dall'altra l'attività di trasporto commessa con fine di lucro e principalmente da organizzazioni criminali. Rispetto a tali due ipotesi criminologiche, del tutto diversa appare la posizione dello straniero, "beneficiario" della condotta illecita nel primo caso, "vittima" nel secondo.

A giudizio della Corte, dunque, la parificazione, a fini sanzionatori, delle due condotte censurate (impiego di servizi internazionali di trasporto e utilizzo di documenti falsi) a numerose altre condotte (quali, a titolo esemplificativo, l'esposizione dello straniero a pericolo per la propria vita o incolumità, ovvero a trattamenti umani degradanti), identificabili con il tipo criminoso del traffico internazionale di migranti, rappresenta «una scelta legislativa manifestamente irragionevole».

# Atti contrari alla pubblica decenza: sproporzionato il trattamento sanzionatorio

Argomento: Delle contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi

(C. Cost., 14 aprile 2022, n. 95)  
Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2. (...) La fattispecie è, anzitutto, descritta in termini succinti ma chiari: il ricorrente è stato sorpreso a urinare nel parcheggio adiacente a una discoteca, nonostante i bagni di quest’ultima fossero regolarmente funzionanti. Ciò basta per considerare applicabile la disposizione censurata, senza che occorran ulteriori accertamenti in punto di fatto, alla luce del costante orientamento della giurisprudenza di legittimità che riconduce all’art. 726 cod. pen. la condotta consistente nell’urinare in un luogo pubblico, o comunque aperto al pubblico (...), non constando d’altra parte circostanze di fatto idonee a far supporre la sussistenza di cause esimenti.

Dall’applicabilità dell’art. 726 cod. pen. nel caso di specie discende pianamente la rilevanza della questione posta dal giudice a quo, che dubita della legittimità costituzionale della cornice sanzionatoria attualmente prevista dal legislatore, essendo evidente che – in caso di rigetto della questione – dovrebbe essere confermata la sanzione irrogata e impugnata dal ricorrente, pari al minimo edittale di 5.000 euro. (...)

3.1.– Prima della modifica apportata dall’art. 2, comma 6, del d.lgs. n. 8 del 2016, l’art. 726, primo comma, cod. pen. configurava una contravvenzione, da ultimo punita con l’arresto fino a un mese o con l’ammenda da 10 a 206 euro. La condotta era – e tuttora è – descritta come il fatto di «[c]hiunque, in luogo pubblico o aperto e esposto al pubblico, compie atti contrari alla pubblica decenza». (...)

3.2.– Sull’impianto originario del codice penale si sono succeduti vari interventi che hanno avuto a oggetto le due fattispecie in questione. (...) [L]’art. 2, commi 1, lettera a), e 6, del d.lgs. n. 8 del 2016 ha trasformato in altrettanti illeciti amministrativi, rispettivamente, il primo comma dell’art. 527 cod. pen., che configura la fattispecie base di atti osceni dolosi, e l’art. 726 cod. pen., in questa sede censurato. (...) [L]a fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza prevista dall’art. 726 cod. pen. è anch’essa divenuta un illecito amministrativo, al quale è applicabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 10.000 euro, il cui ammontare è oggetto delle censure del rimettente.

4.– La questione è fondata.

4.1.– La recente giurisprudenza di questa Corte ha affermato che il principio della proporzionalità delle sanzioni rispetto alla gravità dell’illecito si applica anche al di fuori dei confini della responsabilità penale, e in particolare alla materia delle sanzioni amministrative a carattere punitivo, rispetto alle quali esso trova il proprio fondamento nell’art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione (sentenza n. 112 del 2019). Tali sanzioni «condividono, infatti, con le pene il carattere reattivo rispetto a un illecito, per la cui commissione l’ordinamento dispone che l’autore subisca una sofferenza in termini di restrizione di un diritto (diverso dalla libertà personale, la cui compressione in chiave sanzionatoria è riservata alla pena); restrizione che trova, dunque, la sua “causa giuridica” proprio nell’illecito che ne costituisce il presupposto. Allo stesso modo che per le pene (...) anche per le sanzioni amministrative si prospetta, dunque, l’esigenza che non venga manifestamente meno un rapporto di congruità tra la sanzione e la

gravità dell'illecito sanzionato; evenienza nella quale la compressione del diritto diverrebbe irragionevole e non giustificata» (...).

4.2.– Ai fini della verifica della proporzionalità della cornice edittale censurata, dunque, occorre anzitutto valutare il grado di disvalore dell'illecito sanzionato. Valutazione, questa, invero non del tutto agevole, in relazione alla laconicità del testo dell'art. 726 cod. pen., che si limita a vietare il compimento di «atti contrari alla pubblica decenza» in luogo pubblico, ovvero aperto o esposto al pubblico. (...) [L]a giurisprudenza di legittimità formatasi su tale disposizione consente di identificarne l'ambito applicativo in condotte lesive del «normale sentimento di costumatezza», che generano «fastidio e riprovazione»: condotte quasi invariabilmente associate, nella prassi, alla scopertura di parti intime del corpo, attuata però senza convogliare messaggi di natura sessuale, che determinerebbero l'inquadramento nel più grave illecito di atti osceni. Tra tali condotte, compare con una certa frequenza nei repertori giurisprudenziali proprio l'urinare in un luogo pubblico: condotta il cui disvalore potrebbe oggi essere percepito, più che nella momentanea scopertura di una parte intima del corpo, nel fatto stesso di insudiciare luoghi abitualmente frequentati dal pubblico.

In ogni caso, si tratta di condotte certamente in grado di ingenerare molestia e fastidio, ma altrettanto indubbiamente di disvalore limitato, risolvendosi – in definitiva – in una espressione di trascuratezza rispetto alle regole di buona educazione proprie di una civile convivenza.

4.3.– A fronte di un simile limitato disvalore, la previsione di una sanzione minima di 5.000 euro e di una massima di 10.000 euro non può che apparire manifestamente sproporzionata.

4.3.1.– Per quanto debba riconoscersi un ampio margine di discrezionalità al legislatore nell'individuare la misura della sanzione appropriata per ciascun illecito amministrativo, una tale discrezionalità non può sconfinare nella manifesta irragionevolezza e nell'arbitrio, come nei casi in cui la scelta sanzionatoria risulti macroscopicamente incoerente rispetto ai livelli medi di sanzioni amministrative previste per illeciti amministrativi di simile o maggiore gravità.

Il che è giocoforza affermare a proposito dell'illecito amministrativo all'esame, sol che si confronti la sanzione per esso stabilita e quelle comminate, ad esempio, per illeciti amministrativi di assai frequente realizzazione come quelli previsti in materia di circolazione stradale, molti dei quali – lungi dal determinare mera molestia o fastidio nell'occasionale spettatore – espongono a grave pericolo l'incolumità e la vita stessa di altri utenti del traffico. Basti pensare che chi abbia superato con la propria auto di oltre 60 km/h il limite massimo di velocità consentita, magari nel mezzo di un centro abitato, è soggetto oggi a una sanzione amministrativa compresa tra 845 e 3.382 euro.

Una tale disparità sanzionatoria non può non ingenerare, in chi risulti colpito da una sanzione così severa, il sentimento di aver subito una ingiustizia. Sentimento che ha le proprie radici proprio nel vulnus avvertito a quel «valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile» tutelato dall'art. 3 Cost., e rappresentato dalla «coerenza tra le parti di cui si compone» (...).

5.– Accertato così il vulnus al principio di proporzionalità della pena, occorre ora valutare se e come sia possibile a questa Corte ricondurre a legalità costituzionale la disposizione censurata. Al riguardo, soccorre la recente ma ormai copiosa giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale – una volta accertato un vulnus a un principio o a un diritto riconosciuti dalla Costituzione – «non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione a “rime obbligate” per ricondurre l'ordinamento al rispetto della Costituzione, ancorché si versi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore» (...), risultando a tal fine sufficiente la presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni “costituzionalmente adeguate”, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore (...).

Il rimettente indica, quale soluzione “costituzionalmente adeguata”, la cornice edittale stabilita per la peculiare ipotesi di atti osceni realizzati «per colpa», per i quali, ai sensi dell'art. 527, terzo comma, cod. pen., è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria da 51 a 309 euro.

La soluzione appare congrua anche a questa Corte. Infatti, per quanto la condotta integrante l'illecito di atti osceni colposi sia caratterizzata, dal punto di vista materiale, dal necessario coinvolgimento della sfera sessuale da parte dell'agente, che resta invece estranea agli atti contrari alla pubblica decenza, la natura meramente colposa della condotta – evidenziata dall'assenza di consapevolezza, da parte di chi pone in essere la condotta, della percepibilità da parte di terzi dell'atto sessuale compiuto – esclude in radice quella dimensione aggressiva posseduta, invece, dagli atti sessuali deliberatamente compiuti in pubblico, spesso diretti verso una o più vittime determinate. La visione involontaria di atti sessuali compiuti da altri senza alcuna intenzione aggressiva o comunque maliziosa nei confronti di terzi potrà, al più, ingenerare nello spettatore un senso di fastidio e di molestia sostanzialmente analogo a quello provocato dalla generalità degli atti inurbani e scostumati riconducibili, appunto, alla fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza.

Né tale conclusione potrebbe essere inficiata dall'obiezione per cui l'illecito di atti contrari alla pubblica decenza comprende anche condotte dolose, a differenza di quanto accade per l'illecito di cui all'art. 527, terzo comma, cod. pen. Rispetto infatti alla generalità degli illeciti amministrativi, come accade per le contravvenzioni, il fuoco del disvalore del fatto non risiede nel peculiare atteggiarsi dell'elemento soggettivo (che rileva normalmente soltanto quale criterio di quantificazione della sanzione), bensì nella materialità della condotta, e in particolare nella sua oggettiva dimensione di offensività per gli interessi protetti dalla norma. Offensività che pare, per l'appunto, non distante da quella caratteristica dell'illecito di atti osceni, allorché compiuto meramente per colpa.

Resta ferma, naturalmente, la possibilità per il legislatore di individuare altra e in ipotesi più congrua cornice sanzionatoria, che tenga più specificamente conto delle peculiarità dell'illecito amministrativo censurato rispetto a quello di atti osceni colposi, purché nel rispetto del principio di proporzionalità tra gravità dell'illecito e severità della sanzione, che risulta invece macroscopicamente violato dalla disposizione qui esaminata.

Per Questi Motivi

#### LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 726 del codice penale, come sostituito dall'art. 2, comma 6, del decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 8 (Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67), nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa pecuniaria «da euro 5.000 a euro 10.000» anziché «da euro 51 a euro 309».

# Commercio illecito di sostanze dopanti: dichiarata la parziale incostituzionalità dell'art. 586-bis c. 7 c.p.

Argomento: Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale

(C. Cost., 22 aprile 2022, n. 105)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1.– Con ordinanza del 21 settembre 2020 (...), la Corte di cassazione, sezione terza penale, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 76 della Costituzione, dell'art. 586-bis del codice penale (Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti) (...) nella parte in cui (...) prevede, al settimo comma, il «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti».

2.– Con ordinanza del 14 ottobre 2020 (...), il Giudice monocratico del Tribunale ordinario di Busto Arsizio ha, parimenti, sollevato, in riferimento allo stesso parametro (art. 76 Cost.), analoga questione di legittimità costituzionale. (...)

3.– (...) Entrambe le ordinanze (...) censurano l'art. 586-bis cod. pen. nella parte in cui, al settimo comma, prevedendo il «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti», avrebbe determinato una parziale abolitio criminis, in violazione dei principi e criteri direttivi dettati dall'art. 1, comma 85, lettera q), della legge n. 103 del 2017, secondo cui il Governo, in attuazione del principio della «riserva di codice», era delegato a trasferire all'interno del codice penale talune figure criminose già contemplate da disposizioni di legge, tra cui quelle aventi ad oggetto la tutela della salute e, non anche, a modificare le fattispecie incriminatrici.

Secondo i giudici a quibus, tale parziale abolitio criminis sarebbe in contrasto con l'art. 76 Cost., in ragione del mancato rispetto del criterio di delega che non autorizzava una riduzione della fattispecie di reato nella sua trasposizione nel codice penale. (...)

8.– La norma di delega, di cui all'art. 1, comma 85, lettera q), della legge n. 103 del 2017 (...) mirava all'attuazione, sia pure tendenziale, del principio della «riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena». (...)

9.– Nel caso di specie, il legislatore delegato, nel compiere l'operazione di “riassetto normativo” nel settore del doping, ha arricchito la descrizione della fattispecie del reato di commercio illecito di sostanze dopanti, idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, con l'introduzione del «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti»; fine che (...) è presente, con la stessa formulazione testuale nei primi due commi, sia del medesimo art. 586-bis cod. pen., sia dell'art. 9 della legge n. 376 del 2000, e che dalla giurisprudenza è stato qualificato come dolo specifico.

Sotto l'aspetto oggettivo, invece, la condotta di commercio ha lo stesso ambito ed estensione di quelle del primo comma della disposizione censurata: tutte riguardano le sostanze dopanti individuate con il riferimento alle «classi indicate dalla legge». Il perimetro definitorio di tali sostanze è lo stesso.

Infatti nell'art. 586-bis cod. pen., la condotta incriminata di commercio – analogamente a quella di procurare ad altri, somministrare, assumere o favorire comunque l'utilizzo – ha ad oggetto farmaci e sostanze farmacologicamente o biologicamente attive, le quali per un verso sono ricomprese nelle classi indicate dalla legge e, per l'altro, sono idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo. Il riferimento alle «classi indicate dalla legge» è fatto, in tutta evidenza, alla legge che tali classi di farmaci e sostanze dopanti prevede, ossia, allo stato attuale della legislazione, proprio alla legge n. 376 del 2000; la quale – tuttora in vigore, essendo stata abrogata limitatamente al suo art. 9, in quanto le relative fattispecie di reato sono state trasferite nel codice penale – prevede espressamente, all'art. 2, le classi di sostanze dopanti, la cui elencazione è demandata a un decreto del Ministro della sanità, d'intesa con il Ministro per i beni e le attività culturali, su proposta della Commissione per la vigilanza ed il controllo sul doping e per la tutela della salute nelle attività sportive. Tale prescrizione, poi, si salda alla previsione del precedente art. 1, espressamente richiamato, che offre una definizione più generale di doping. Essa continua a rappresentare la base legislativa per l'individuazione delle sostanze che costituiscono l'oggetto materiale di tutte le condotte incriminate dall'art. 586-bis cod. pen.

10.– Il legislatore del 2000, però, con una precisa scelta di politica criminale, aveva operato una distinzione, sul piano soggettivo, quanto al dolo.

Per le condotte del primo comma dell'art. 9 (id est: procurare ad altri, somministrare, assumere o favorire comunque l'utilizzo) – e parimenti per quelle del secondo comma – aveva previsto il dolo specifico, ossia il «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti». Il bene giuridico protetto coniugava la salute, individuale e collettiva, degli atleti con la regolarità delle competizioni agonistiche.

Per la condotta del settimo comma (id est: il commercio), invece, non ha richiesto tale dolo specifico per la evidente ragione che il commercio di sostanze dopanti persegue normalmente un fine di lucro, piuttosto che quello di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti. La scelta del legislatore è stata quella di contrastare con effettività e maggior rigore il commercio illegale di sostanze dopanti sol che sussista il dolo generico, senza richiedere il dolo specifico, che peraltro sarebbe stato difficile da provare per il pubblico ministero. Il bene giuridico protetto – in disparte la regolarità delle competizioni agonistiche che rimane sullo sfondo – è costituito soprattutto dalla salute, individuale e collettiva, delle persone, anche di quelle che, in ipotesi, assumono sostanze dopanti procuratesi fuori dal circuito legale a un fine diverso da quello di «alterare le prestazioni agonistiche degli atleti».

Il legislatore delegato, invece, ha riprodotto nel settimo comma dell'art. 586-bis cod. pen. la previsione della stessa finalità – e quindi del medesimo dolo specifico – presente nel primo comma (oltre che nel secondo).

In tal modo la fattispecie penale del commercio di sostanze dopanti si è sensibilmente ridotta alla sola ipotesi in cui il suo autore persegua il «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti», al pari di chi procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di sostanze dopanti.

Ma questa limitazione, mentre è conforme alla legge quanto alle condotte del primo (e del secondo) comma dell'art. 586-bis cod. pen. perché già presente nei corrispondenti primi due commi dell'art. 9 della legge n. 376 del 2000, si pone invece in contrasto con il criterio di delega quanto alla condotta di commercio di sostanze dopanti di cui al settimo comma della disposizione codicistica perché non presente nel comma 7 dell'art. 9.

11.– Né può ipotizzarsi che il «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti» abbia un significato diverso all'interno della medesima disposizione dell'art. 586-bis, da una parte nei primi due commi, e, dall'altra, nel settimo comma, ipotizzando che in quest'ultimo valga invece a specificare la sostanza dopante nel suo contenuto oggettivo e non già a connotare la condotta quanto all'elemento soggettivo del reato. (...)

12.– In definitiva, la novella censurata altera significativamente la struttura della fattispecie di reato che, per effetto di tale innovazione, punisce la condotta di commercio delle sostanze dopanti solo se posta in essere al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti e quindi solo se sussiste, in questi termini, il dolo specifico.

Anche il baricentro del bene giuridico protetto risulta deviato dalla salute, individuale e collettiva, delle persone alla correttezza delle competizioni agonistiche.

In tal modo il Governo ha operato una riduzione della fattispecie penale, perché, richiedendo il dolo specifico, ha ristretto l'area della punibilità della condotta di commercio di sostanze dopanti.

Ciò si pone in contrasto con le indicazioni vincolanti della legge delega, che non attribuiva il potere di modificare le fattispecie incriminatrici già vigenti, e quindi viola l'art. 76 Cost. (...)

13.– In conclusione, la scelta del legislatore delegato di inserire l'elemento soggettivo del «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti», nella fattispecie incriminatrice del commercio illecito delle sostanze dopanti, contrasta con l'art. 76 Cost. in quanto effettuata al di fuori della delega legislativa.

Deve essere pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 586-bis, settimo comma, cod. pen., introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera d), del d.lgs. n. 21 del 2018, limitatamente alle parole «al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti». (...)"



# Riconosciuta all'imputato la facoltà di chiedere nuovamente la messa alla prova in caso di contestazione di un reato concorrente

Argomento: Sospensione del procedimento con messa alla prova

(C. Cost., 14 giugno 2022, n. 146)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“1. Con l’ordinanza indicata in epigrafe, il Tribunale ordinario di Palermo ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell’art. 517 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova, relativamente al reato concorrente oggetto di nuova contestazione.

1.1. (...) Nel momento della nuova contestazione dibattimentale, il termine per avanzare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova di cui all’art. 168-bis del codice penale è sempre già spirato. Tale istanza, infatti, deve essere di regola formulata prima dell’apertura del dibattimento di primo grado (art. 464-bis, comma 2, cod. proc. pen.).

Secondo il rimettente, tuttavia, precludere l’accesso alla messa alla prova a seguito della contestazione suppletiva di reati connessi violerebbe: - l’art. 24 Cost., in quanto la richiesta di riti alternativi, tra cui va annoverata anche la sospensione del procedimento con messa alla prova, costituirebbe una tra le più qualificanti modalità con le quali si esplica l’esercizio del diritto di difesa; - e l’art. 3 Cost., perché l’imputato verrebbe irragionevolmente discriminato (...) in conseguenza della maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione circa le risultanze delle indagini preliminari operata dal pubblico ministero.

Le questioni sono fondate.

2.1. Una fitta serie di pronunce di questa Corte ha adeguato il principio di fluidità dell’imputazione, che costituisce un dato caratterizzante del nostro sistema processuale anche in sede dibattimentale, al diritto di difesa presidiato dall’art. 24 Cost. quale «principio supremo» dell’ordinamento costituzionale» (sentenze n. 18 del 2022, n. 238 del 2014, n. 232 del 1989 e n. 18 del 1982). In particolare, tali pronunce hanno dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. nella parte in cui non consentono all’imputato l’accesso a riti alternativi nell’ipotesi di nuove contestazioni, progressivamente superando (...) l’originaria distinzione tra nuove contestazioni dibattimentali cosiddette “patologiche” e nuove contestazioni “fisiologiche” (...).

Così, il patteggiamento può oggi essere richiesto a fronte della nuova contestazione di un fatto diverso ex art. 516 cod. proc. pen. (sentenze n. 265 del 1994 e n. 206 del 2017), di una circostanza aggravante ex art. 517 cod. proc. pen. (sentenza n. 184 del 2014) o di reati connessi ex art. 517 cod. proc. pen. (sentenze n. 265 del 1994 e n. 82 del 2019); e il giudizio abbreviato può essere richiesto a fronte della nuova contestazione di un fatto diverso ex art. 516 cod. proc. pen. (sentenze n. 333 del 2009 e n. 273 del 2014), di una circostanza aggravante ex art. 517 cod. proc. pen. (sentenza n. 139 del 2015) o di reati connessi ex art. 517 cod. proc. pen. (sentenza n. 333 del 2009).

Quanto alla sospensione del procedimento con messa alla prova, che viene in considerazione nel giudizio a quo, essa può essere richiesta a fronte della nuova contestazione di un fatto diverso ex art. 516 cod. proc. pen. (sentenza n. 14 del 2020) e di una circostanza aggravante ex art. 517 cod. proc. pen. (sentenza n. 141 del 2018). Nulla ha ancora la Corte deciso in relazione alla nuova contestazione in dibattimento di reati connessi ex art. 517 cod. proc. pen.; e proprio di quest'ultima superstita preclusione si duole il rimettente.

2.2. I principi espressi nelle pronunce menzionate impongono che anche tale residua preclusione sia rimossa, con conseguente restituzione dell'imputato nel diritto di esercitare le proprie scelte difensive - ivi compresa la richiesta di messa alla prova - anche nell'ipotesi oggetto delle odierne censure. Invero, come ha osservato questa Corte nella sentenza n. 82 del 2019, «[f]atto diverso e reato connesso, entrambi emersi per la prima volta in dibattimento, integrano [...] evenienze processuali che, sul versante dell'accesso ai riti alternativi, non possono non rappresentare situazioni fra loro del tutto analoghe». Pertanto, anche rispetto all'ipotesi di nuove contestazioni di reati connessi ex art. 517 cod. proc. pen., dovrà riconoscersi all'imputato la facoltà di chiedere la messa alla prova, che la sentenza n. 14 del 2020 ha già esteso all'ipotesi di contestazione di un fatto diverso.

2.3. (...) La previsione di cui all'art. 168-bis, quarto comma, cod. pen. - secondo cui la sospensione del procedimento «non può essere concessa più di una volta» - non esclude infatti la concedibilità della messa alla prova ogniqualvolta venga contestato più di un reato, quando (...) per ciascuno dei reati in concorso sia astrattamente applicabile l'istituto della messa alla prova (Corte di cassazione, sezione seconda penale, sentenza 12 marzo 2015, n. 14112).

2.4. (...) La ratio dell'istituto impone, in effetti, di distinguere la situazione all'esame da quella relativa al recupero del rito abbreviato, decisa dalla sentenza n. 237 del 2012, in cui questa Corte aveva ritenuto che la richiesta del rito dovesse in tal caso riferirsi ai soli reati oggetto di nuove contestazioni dibattimentali (...). Diversamente da quanto accade nel rito abbreviato, nella messa alla prova convivono un'anima processuale e una sostanziale. Da un lato, l'istituto è uno strumento di definizione alternativa del procedimento, che si inquadra a buon diritto tra i riti alternativi (...); al contempo, esso disegna un percorso rieducativo e riparativo, alternativo al processo e alla pena, ma con innegabili connotazioni sanzionatorie (...), che conduce, in caso di esito positivo, all'estinzione del reato. Proprio tale accentuata vocazione risocializzante, come ha giustamente evidenziato la giurisprudenza di legittimità, si oppone alla possibilità di una messa alla prova "parziale", ossia relativa ad alcuni soltanto dei reati contestati (...). Piuttosto, l'imputato dovrà essere rimesso in condizione di optare per la messa alla prova anche con riferimento alle imputazioni originarie, intraprendendo così quel percorso al quale avrebbe potuto orientarsi sin dall'inizio, ove si fosse confrontato con la totalità dei fatti via via contestatigli dal pubblico ministero."

# Viola il diritto d'autore e subisce condanna amministrativa e penale: è *bis in idem*

Argomento: Giudicato

(C. Cost., 16 giugno 2022, n. 149)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1.– Con l’ordinanza indicata in epigrafe, il Tribunale ordinario di Verona, sezione penale, ha sollevato questione 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 non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dei relativi protocolli», in riferimento all’art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU).

Nel giudizio a quo, il Tribunale deve giudicare della responsabilità penale di un imputato per il delitto di riproduzione abusiva e vendita di opere letterarie abusivamente riprodotte di cui all’art. 171-ter, primo comma, lettera b), della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio). Per i medesimi fatti l’imputato è già stato sanzionato in via definitiva con la sanzione amministrativa prevista dall’art. 174-bis della medesima legge n. 633 del 1941. (...)

5.1.– Il diritto al *ne bis in idem*, (...) immanente alle garanzie di cui agli artt. 24 e 111 Cost. (...), trova esplicito riconoscimento, a livello internazionale, nell’art. 4, paragrafo 1, Prot. n. 7 CEDU, ove si prevede che «[n]essuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato».

5.1.1.– (...) [L]a garanzia convenzionale in parola mira (...) a tutelare l’imputato non solo contro la prospettiva dell’inflizione di una seconda pena, ma ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto: e ciò a prescindere dall’esito del primo processo, che potrebbe anche essersi concluso con un’assoluzione. La ratio primaria della garanzia (...) è dunque quella di evitare l’ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata.

Il *ne bis in idem* non si oppone, invece, alla possibilità che l’imputato sia sottoposto, in esito a un medesimo procedimento, a due o più sanzioni distinte per il medesimo fatto (ad esempio, a pene detentive, pecuniarie e interdittive), ferma la diversa garanzia rappresentata dalla proporzionalità della pena (...).

5.1.2.– Come è noto, essenziali presupposti per l’operatività del *ne bis in idem* convenzionale sono:

- la sussistenza di un *idem factum*: (...) medesimi fatti materiali sui quali si fondano le due accuse penali, indipendentemente dalla loro eventuale diversa qualificazione giuridica;
- la sussistenza di una previa decisione, (...) di condanna o di assoluzione, che concerna il merito della responsabilità penale dell’imputato e sia divenuta irrevocabile (...);

– la sussistenza di un bis, ossia di un secondo procedimento o processo di carattere penale per quei medesimi fatti.

5.1.3.– Per quanto poi la lettera dell’art. 4 Prot. n. 7 CEDU enunci un divieto di «perseguire» o «punire» nuovamente taluno dell’ambito di «procedimenti penali» per un «reato», la (...) Corte di Strasburgo afferma che tali concetti devono essere interpretati alla luce dei noti criteri Engel, da tempo utilizzati dalla Corte EDU per fissare il perimetro applicativo della “materia penale” ai fini degli artt. 6 e 7 della Convenzione (...).

D’altra parte (...) non necessariamente l’inizio o la prosecuzione di un secondo procedimento di carattere sostanzialmente punitivo in relazione a un fatto per il quale una persona sia già stata giudicata in via definitiva nell’ambito di un diverso procedimento, pure di carattere sostanzialmente punitivo, dà luogo a una violazione del ne bis in idem. Una tale violazione deve, infatti, essere esclusa allorché tra i due procedimenti vi sia una «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta», così che essi rappresentino una risposta coerente e sostanzialmente unitaria al medesimo illecito (...).

Al fine di verificare se una tale connessione sussista, la Corte (...) ha enunciato in particolare i criteri seguenti (...):

– se i diversi procedimenti perseguano scopi complementari e pertanto concernano diversi aspetti del comportamento illecito in questione;

– se la duplicità di procedimenti in conseguenza della stessa condotta sia prevedibile, in astratto e in concreto;

– se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare, nella misura del possibile, ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove;

– se siano previsti meccanismi che consentano, nel secondo procedimento, di tenere in considerazione la sanzione eventualmente già inflitta nel primo procedimento, in modo da evitare che l’interessato sia sottoposto a un trattamento sanzionatorio complessivo eccessivamente gravoso. (...)

5.2.1.– La disciplina della legge n. 633 del 1941 (...) in materia di tutela del diritto d’autore è interamente costruita attorno a un sistema di “doppio binario” sanzionatorio, in cui le medesime condotte illecite in molti casi costituiscono, al tempo stesso, delitti e illeciti amministrativi. (...)

Le due disposizioni – l’art. 171-ter e l’art. 174-bis della legge n. 633 del 1941 – sanzionano dunque esattamente le medesime condotte materiali; e l’art. 174-bis stabilisce espressamente, a scanso di ogni equivoco interpretativo, che le sanzioni amministrative da esso previste si applichino «[f]erme le sanzioni penali», indicando così l’inequivoca volontà del legislatore di cumulare in capo al medesimo trasgressore le due tipologie di sanzioni (...).

5.2.2.– (...) [R]ispetto all’area in cui i due illeciti si sovrappongono (...) le due disposizioni fanno sì che il loro autore sia sanzionato più volte per un idem factum (...).

La previsione di due distinte classi di sanzioni (l’una penale, l’altra amministrativa) per le medesime condotte comporta poi (...) la prospettiva di più procedimenti sanzionatori che si sviluppano parallelamente o consecutivamente nei confronti del loro autore: l’uno condotto dal pubblico ministero, l’altro dal prefetto. Sicché, non appena uno di tali procedimenti giunga a conclusione attraverso l’adozione di una decisione definitiva sulla responsabilità (...) dell’interessato, è altrettanto fisiologico che il procedimento ancora aperto – o ancora da iniziarsi – divenga un bis rispetto al procedimento già concluso ai fini della garanzia all’esame.

Né appare dubbia, a giudizio di questa Corte, la natura punitiva delle sanzioni amministrative previste dall’art. 174-bis della legge n. 633 del 1941 alla luce dei criteri Engel (...).

5.2.3.– Ciò posto, resta dunque soltanto da verificare (...) se i due procedimenti finalizzati all’irrogazione delle sanzioni (...) previste rispettivamente dagli artt. 171-ter e 174-bis della legge n.

633 del 1941 possano ritenersi avvinti da una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta (...). Ove così fosse, il sistema di “doppio binario” disegnato dal legislatore non risulterebbe di per sé incompatibile con l’art. 4 Prot. n. 7 CEDU e, conseguentemente, con l’art. 117, primo comma, Cost.

Al riguardo, (...) non può ritenersi che i due procedimenti perseguano scopi complementari, o concernano diversi aspetti del comportamento illecito. (...)

Il sistema normativo non prevede, d’altra parte, alcun meccanismo atto a evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove, e ad assicurare una ragionevole coordinazione temporale dei procedimenti. (...)

Né è previsto, infine, alcun meccanismo che consenta al giudice penale (ovvero all’autorità amministrativa in caso di formazione anticipata del giudicato penale) di tenere conto della sanzione già irrogata ai fini della commisurazione della pena, in modo da evitare che una medesima condotta sia punita in modo sproporzionato. La (severa) multa che il giudice penale è tenuto oggi a irrogare viene, infatti, semplicemente a sovrapporsi alla già gravosa sanzione pecuniaria amministrativa, senza che si possa discernere una qualsiasi autonomia di ratio, né alcun coordinamento funzionale, tra di esse.

Da tutto ciò discende che il sistema di “doppio binario” in esame non è normativamente congegnato in modo da assicurare che i due procedimenti sanzionatori previsti apprestino una risposta coerente e sostanzialmente unitaria agli illeciti in materia di violazioni del diritto d’autore (...).

6.– A tali violazioni è possibile porre almeno parzialmente rimedio attraverso l’intervento sull’**art. 649 cod. proc. pen.** auspicato dal rimettente.

**Più in particolare, tale disposizione deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall’art. 171-ter della legge n. 633 del 1941 che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l’illecito amministrativo di cui all’art. 174-bis della medesima legge.**

7.– Questa Corte è, peraltro, consapevole che tale rimedio non è idoneo a evitare tutte le possibili violazioni del diritto al ne bis in idem fisiologicamente create dalla legge n. 633 del 1941 (...).

Né il rimedio ora apprestato (...) è idoneo di per sé a conferire razionalità complessiva al sistema, che consente comunque l’apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo, con conseguente duplicazione in capo all’interessato dei costi personali ed economici di cui si è detto.

Spetta dunque al legislatore rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedurali e sanzionatorie, nel quadro di un’auspicabile rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte.”

# Guida in stato di ebbrezza: è legittima la sospensione della patente dopo la messa alla prova? La parola alla Consulta

Argomento: Nuovo codice della strada

(C. Cost., 30 giugno 2022, n. 163)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“1.– Il Giudice di pace di (...), con ordinanza del 13 maggio 2021, (...), ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 224, comma 3, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), in relazione all’art. 186, comma 9-bis, (...), in riferimento all’art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevede che, in caso di estinzione del reato di guida in stato di ebbrezza a seguito di esito positivo della messa alla prova, il prefetto, previo accertamento della sussistenza delle condizioni di legge, disponga la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente di guida.

2.– Il rimettente rileva che l’art. 224, comma 3, cod. strada, del quale è chiamato a fare applicazione nel giudizio di opposizione all’ordinanza del prefetto con cui era stata irrogata la sanzione della sospensione della patente di guida (...), determina una irragionevole disparità di trattamento tra l’imputato per il reato di guida in stato di ebbrezza, il quale abbia ottenuto la sospensione del procedimento con messa alla prova, che abbia poi avuto esito positivo, e l’imputato per il medesimo reato la cui pena sia stata sostituita con quella del lavoro di pubblica utilità, agli effetti dell’art. 186, comma 9-bis, cod. strada, comportando lo svolgimento positivo di questo, tra l’altro, oltre che l’estinzione del reato, altresì la riduzione alla metà, disposta dal giudice, della sanzione della sospensione della patente (...).

4.– (...), la questione è fondata, alla luce delle argomentazioni svolte da questa Corte nella sentenza n. 75 del 2020.

4.1.– Con tale decisione è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 224-ter, comma 6, cod. strada nella parte in cui prevedeva che il prefetto dovesse verificare la sussistenza delle condizioni di legge per l’applicazione della sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo, anziché disporre la restituzione all’avente diritto, in caso di estinzione del reato di guida sotto l’influenza dell’alcool per esito positivo della messa alla prova.

4.2.– La citata pronuncia ha dapprima evidenziato che l’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, introdotto, per gli imputati adulti, dalla legge n. 67 del 2014, con l’inserimento degli artt. 168-bis e 168-ter cod. pen., secondo l’elaborazione della giurisprudenza costituzionale, non è una sanzione penale in senso proprio (sentenza n. 91 del 2018), pur manifestando una «innegabile connotazione sanzionatoria» (sentenza n. 68 del 2019). Ha poi rimarcato che il lavoro di pubblica utilità disciplinato dal comma 9-bis dell’art. 186 cod. strada è, invece, una pena sostitutiva (così già l’ordinanza n. 43 del 2013), seppur svolga anche una funzione “premiale”, in quanto il suo positivo svolgimento determina per il condannato le favorevoli conseguenze della declaratoria di estinzione del reato, della riduzione a metà della durata della sospensione della patente e della revoca della confisca del veicolo (sentenza n. 198 del 2015). Comparando il lavoro di pubblica utilità ex art. 186, comma 9-bis, cod. strada e la messa alla prova ex art. 168-bis cod. pen., la citata sentenza (...) ha,

quindi, sottolineato che entrambi gli istituti si connotano per il fatto di prevedere, in una medesima ottica premiale, una prestazione di attività non retribuita in favore della collettività, (...). (...), il richiamato precedente ha così ritenuto manifestamente irragionevole che, al cospetto di una prestazione analoga, qual è il lavoro di pubblica utilità, e a fronte della medesima conseguenza dell'estinzione del reato, la sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo venisse meno per revoca del giudice nel caso di svolgimento con esito positivo del lavoro sostitutivo, e potesse, invece, essere disposta per ordine del prefetto nel caso di esito positivo della messa alla prova. (...). Il diverso trattamento sanzionatorio in ordine all'applicabilità della confisca del veicolo non è apparso a questa Corte giustificato né dalla circostanza che, a differenza della messa alla prova dell'adulto, per la quale è necessaria la richiesta dell'imputato, il lavoro di pubblica utilità previsto dall'art. 186, comma 9-bis, cod. strada può essere applicato dal giudice anche d'ufficio, alla sola condizione che l'imputato non vi si opponga, né dal fatto che, a norma dello stesso art. 186, comma 9-bis, cod. strada, il lavoro sostitutivo deve svolgersi «in via prioritaria» nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale. Questa Corte ha, quindi, rilevato che la coerenza del “microsistema” delle sanzioni accessorie applicabili in caso di estinzione del reato di guida sotto l'influenza dell'alcool, delineato dall'art. 186, comma 9-bis, cod. strada, è risultata alterata dalla più recente disciplina della messa alla prova, ove applicata al medesimo reato. (...).

5.– Gli stessi argomenti contenuti nella sentenza n. 75 del 2020 depongono, ora, per la illegittimità costituzionale del censurato art. 224, comma 3, cod. strada, (...). A tale conclusione inducono i seguenti elementi: a) la connotazione sanzionatoria dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati adulti; b) la funzione premiale del lavoro di pubblica utilità disciplinato dal comma 9- bis dell'art. 186 cod. strada, pena sostitutiva il cui positivo svolgimento determina per il condannato le favorevoli conseguenze della declaratoria di estinzione del reato, della riduzione a metà della durata della sospensione della patente e della revoca della confisca del veicolo; c) la «piena omogeneità delle situazioni poste a raffronto» (...), in quanto sia il lavoro di pubblica utilità ex art. 186, comma 9-bis, cod. strada, sia la messa alla prova ex art. 168-bis cod. pen., consistono nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività.

5.1.– Ne discende la manifesta irragionevolezza della conseguenza applicativa per cui, al cospetto di una prestazione analoga, qual è il lavoro di pubblica utilità, e a fronte del medesimo effetto dell'estinzione del reato, la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente viene ridotta alla metà dal giudice in caso di svolgimento positivo del lavoro sostitutivo, mentre è escluso il beneficio dell'identica riduzione ove sia applicata dal prefetto nel caso di esito positivo della messa alla prova, (...).

5.2.– La rilevata manifesta irragionevolezza della scelta contenuta nell'art. 224, comma 3, cod. strada non è scalfita dalla base volontaria della messa alla prova dell'adulto, applicabile solo a richiesta dell'imputato, né dalla considerazione che il lavoro sostitutivo deve svolgersi «in via prioritaria» nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale, né dal rilievo che l'estinzione del reato in tal caso prescinde da un accertamento della responsabilità penale, rimanendo innegabile la connotazione sanzionatoria dell'istituto e comune il dato comparativo qualificante della prestazione lavorativa positivamente resa in favore della collettività (...).

6.– In conclusione, l'art. 224, comma 3, cod. strada deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che, nel caso di estinzione del reato di guida sotto l'influenza dell'alcool di cui all'art. 186, comma 2, lettere b) e c), del medesimo codice, per esito positivo della messa alla prova, il prefetto, applicando la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente, ne riduca la durata della metà (...).”





# Particolare tenuità del fatto: il proscioglimento esclude il risarcimento alla parte civile?

Argomento: Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena

(C. Cost., 12 luglio 2022, n. 173)  
Stralcio a cura di Giulio Baffa

"1.– Con ordinanza del 27 aprile 2021 (reg. ord. n. 122 del 2021), il Tribunale militare di Roma ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 538 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che, quando pronuncia sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-bis del codice penale, il giudice decida sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno proposta dalla parte civile, a norma degli artt. 74 e seguenti cod. proc. pen.

Le censure sono articolate in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). (...)

3.– Nel merito, le questioni sono fondate con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

4.– L'art. 131-bis cod. pen., rubricato «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto», è stato introdotto dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 (...).

5.– (...) L'esimente (...) trova fondamento non già nella mancanza di offensività del fatto, ma nel rilievo per cui, in corrispondenza di un giudizio di "lieve" offensività, l'esigenza punitiva diviene recessiva. (...)

5.1.– Indubbio è, poi, anche l'effetto deflattivo dei processi penali, atteso che l'applicazione dell'istituto riduce la pressione sulla giustizia penale. (...)

6.– In simmetria con l'art. 131-bis cod. pen. si colloca l'art. 651-bis cod. proc. pen. (...) Il giudicato, in tal modo, è modellato su quello tipico delle sentenze di condanna e non già su quello delle sentenze di assoluzione.

Ed è perciò che, a differenza di ogni altra pronuncia di proscioglimento che accerti la sussistenza di una causa di non punibilità, la sentenza di proscioglimento per non punibilità ex art. 131-bis cod. pen. va iscritta nel casellario giudiziario (...). La sentenza che dichiara la non punibilità del fatto ex art. 131-bis cod. pen., pur integrando una decisione di proscioglimento, contiene, dunque, già l'accertamento, con efficacia di giudicato, delle circostanze che possono essere poste a fondamento di una pretesa risarcitoria. (...)

7.– (...) L'idoneità dell'istituto ad adempiere pienamente alla sua funzione riparativa «senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno» trova un limite nella impossibilità, derivante dalla norma suddetta, per il giudice penale di conoscere della domanda restitutoria o risarcitoria formulata dalla parte civile quando, con sentenza resa all'esito del dibattimento, dichiara la non punibilità dell'imputato per la particolare tenuità del fatto; impossibilità che discende dalla qualificazione formale della sentenza, la quale è pur sempre di proscioglimento per estinzione del reato, anche se – come si è già osservato – ha un contenuto positivo di accertamento dei presupposti di tale reato (...).

La mancanza di una pronuncia sulla pretesa risarcitoria o restitutoria della parte civile comporta che quest'ultima debba promuovere ex novo un distinto giudizio civile in cui azionare la medesima pretesa, nonostante il giudicato che si forma già nella sede penale in senso favorevole alla possibile fondatezza della sua domanda (ai sensi dell'art. 651-bis cod. proc. pen.). Inoltre, la parte civile soffre anche il pregiudizio che, nell'immediato, le spese da essa sostenute nel processo penale restino a suo carico, non potendo il giudice penale porle a carico dell'imputato in mancanza di una formale soccombenza (così, Corte di cassazione, sezione seconda penale, sentenza 13 novembre 2020-11 febbraio 2021, n. 5423).

8.– (...) Si è anche sottolineato che l'esercizio, nel giudizio penale, del diritto della parte civile alla restituzione o al risarcimento del danno, avendo carattere accessorio, ha un orizzonte più limitato, di cui quest'ultima non può non essere consapevole nel momento in cui opta per far valere le sue pretese civilistiche nella sede penale piuttosto che in quella civile. (...) Di qui la regola posta dalla disposizione censurata (art. 538 cod. proc. pen.): il giudice penale decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno «[q]uando pronuncia sentenza di condanna» dell'imputato, soggetto debitore quanto alle obbligazioni civili.

9.– Questa regola, però, non è assoluta, ma deflette in varie fattispecie in cui si giustifica, all'opposto, che possa esservi una decisione sui capi civili, vuoi dello stesso giudice penale, vuoi in prosecuzione dell'originario giudizio penale in cui è stata azionata, dalla parte civile, la domanda risarcitoria (o restitutoria). La prima e più vistosa eccezione è quella dell'art. 578 cod. proc. pen., che, al comma 1 (...) In queste due fattispecie (quella più frequente della prescrizione, ma anche quella dell'amnistia) ci può essere, al contempo, la condanna al risarcimento del danno, nella misura in cui il giudice penale accerta che l'imputato ha commesso l'atto illecito e che la parte civile ha diritto al risarcimento del danno, e contestualmente il proscioglimento dall'accusa penale per prescrizione o amnistia (...)

11.– La logica di fondo, che complessivamente emerge da queste fattispecie, è quella di evitare, finché possibile e compatibile con l'esito del giudizio in ordine all'azione penale, una situazione di absolutio ab instantia in riferimento alla domanda della parte civile e di salvare il procedimento in cui quest'ultima ha promosso la pretesa risarcitoria o restitutoria, senza che la stessa sia gravata dell'onere di promuovere un nuovo giudizio. (...).

Invece, una risposta di giustizia manca proprio quando tale accertamento sussiste, ex art. 651-bis cod. proc. pen., allorché il giudice penale prosciogla l'imputato per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen. (...)

Ciò rende la norma censurata contrastante con il principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), per l'argomento a fortiori che può trarsi dalla comparazione con le fattispecie in cui non c'è l'absolutio ab instantia pur in mancanza di siffatto accertamento, vuoi perché il giudice penale è chiamato a pronunciarsi sulla domanda risarcitoria (o restitutoria) civile anche se non vi è una condanna penale, vuoi perché il giudizio prosegue comunque per la definizione anche solo delle pretese civilistiche; essa inoltre si pone in violazione del diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, secondo comma, Cost.), nella specie della parte civile, la quale subisce la mancata decisione in ordine alla sua pretesa risarcitoria (o restitutoria) anche quando essa appare fondata e meritevole di accoglimento proprio in ragione del contestuale accertamento, ad opera del giudice penale, della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e della riferibilità della condotta illecita all'imputato nel contesto del proscioglimento di quest'ultimo ex art. 131-bis cod. pen. Infine, essa collide con il canone della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) a causa dell'arresto del giudizio che ne deriva, quanto alla domanda risarcitoria (o restitutoria), con soluzione di continuità rispetto a un nuovo giudizio civile, del cui promovimento è onerata la parte civile, anche solo per recuperare le spese sostenute nel processo penale.

12.– La *reductio ad legitimitatem* della disposizione censurata richiede, dunque, di riconoscere al giudice penale, come necessaria deroga alla regola posta dalla disposizione stessa, la possibilità di

pronunciarsi anche sulla domanda di risarcimento del danno quando accerti che sussistono i presupposti per dichiarare la non punibilità dell'imputato in ragione della particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen."

# Messa alla prova: può essere concessa più di una volta in caso di più reati connessi ai sensi dell'art. 12, comma 1, l. b) c.p.p.

Argomento: Sospensione del procedimento con messa alla prova

(C. Cost., 12 luglio 2022, n. 174)  
Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“1.– (...), il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di (...) ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 168-bis, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui, disponendo che la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta, non prevede che l'imputato ne possa usufruire per reati connessi, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera b), del codice di procedura penale, con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso (...).

2.1.1.– Il rimettente chiarisce di dover decidere sulla richiesta, formulata dalla difesa degli imputati, di sospensione del procedimento con messa alla prova. Dal momento che gli interessati hanno già fruito del beneficio in una occasione anteriore, il giudice a quo osserva che l'accoglimento della richiesta è allo stato impedito dal tenore letterale del censurato art. 168-bis, quarto comma, cod. pen., che vieta di concedere più di una volta la sospensione del procedimento con messa alla prova. Il rimettente aggiunge, (...), che il difensore degli imputati ha sottolineato, da un lato, che i fatti per i quali gli stessi sono ora rinviati a giudizio sarebbero stati commessi in epoca coeva al reato relativamente al quale sono già stati ammessi, con esito positivo, alla sospensione del procedimento con messa alla prova; e, dall'altro, che i reati per i quali ora è processo appaiono avvinti da un medesimo disegno criminoso rispetto a quello ormai estinto in esito alla esperita messa alla prova. (...).

3.– La questione è fondata.

3.1.– Cuore dell'articolata motivazione dell'unica censura svolta dal rimettente è la constatazione dell'irragionevole disparità di trattamento tra l'imputato cui tutti i reati commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso vengano contestati nell'ambito di un unico procedimento, nel quale egli ha la possibilità di accedere al beneficio della sospensione del procedimento con messa alla prova, e l'imputato nei cui confronti l'azione penale venga inizialmente esercitata solo in relazione ad alcuni di tali reati, e che si veda contestare gli altri, per effetto di una scelta discrezionale del pubblico ministero o di altre evenienze processuali, nell'ambito di un diverso procedimento, dopo che egli abbia già avuto accesso alla messa alla prova. Questo secondo imputato si trova così nell'impossibilità di ottenere una seconda volta il beneficio, (...).

3.2.– Preclusioni analoghe a quella oggi all'esame sono già state dichiarate costituzionalmente illegittime da sentenze risalenti di questa Corte (...).

3.3.– È sulla base dei medesimi principi che deve essere risolta la questione ora all'esame. Come rilevato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (sezione seconda penale, sentenza 12 marzo 2015, n. 14112), di cui questa stessa Corte ha recentemente preso atto (sentenza n. 146 del 2022), la preclusione posta dall'art. 168-bis, quarto comma, cod. pen., in questa sede censurata, non osta a che uno stesso imputato possa essere ammesso al beneficio della sospensione del procedimento con

messa alla prova anche qualora gli vengano contestati più reati nell'ambito del medesimo procedimento, sempre che i limiti edittali di ciascuno di essi siano compatibili con la concessione del beneficio. Ciò vale, evidentemente, anche nel caso specifico in cui tali reati siano avvinti dalla continuazione, essendo stati commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso. In una tale situazione, infatti, l'ordinamento considera unitariamente i reati ai fini sanzionatori, prevedendo l'inflizione di una sola pena che tenga conto del loro complessivo disvalore; sicché appare logico che, ove tutti i singoli reati siano compatibili, in ragione dei rispettivi limiti edittali, con il beneficio della messa alla prova, l'imputato possa essere ammesso ad un percorso unitario di risocializzazione e riparazione, nel quale si sostanzia il beneficio medesimo (...) e il cui esito positivo comporta l'estinzione dei reati contestati. In ipotesi come quella verificatasi nel giudizio a quo, dunque, se tutti i reati commessi in continuazione fossero stati contestati nell'ambito di un unico procedimento, i relativi imputati ben avrebbero avuto la possibilità di chiedere e – sussistendone tutti i presupposti – di ottenere il beneficio della sospensione del procedimento con messa alla prova in relazione a tutti i reati, il cui esito positivo avrebbe determinato l'estinzione dei reati medesimi. Risulta, allora, irragionevole che quando, per scelta del pubblico ministero o per altre evenienze processuali, i reati avvinti dalla continuazione vengano invece contestati in distinti procedimenti, gli imputati non abbiano più la possibilità, nel secondo procedimento, di chiedere ed ottenere la messa alla prova, allorché siano stati già ammessi al beneficio nel primo. Ciò equivarrebbe a far dipendere la possibilità di accedere a uno dei riti alternativi previsti dal legislatore – possibilità che costituisce «una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa» dell'imputato di cui all'art. 24 Cost. (...) – dalle scelte contingenti del pubblico ministero o da circostanze casuali, sulle quali l'imputato stesso non può in alcun modo influire. (...).

3.5.– Tali considerazioni valgono, a maggior ragione, per l'altra ipotesi di connessione prevista dall'art. 12, comma 1, lettera b), cod. proc. pen., che si verifica nel caso del concorso formale disciplinato dall'art. 81, primo comma, cod. pen., e dunque allorché più reati sono commessi dalla stessa persona con una sola azione od omissione. Anche in questo caso, il legislatore prevede che il trattamento sanzionatorio sia commisurato unitariamente dal giudice, secondo le medesime regole che vigono per il reato continuato: il che normalmente accade nell'ambito di un unico processo. Sicché, nelle ipotesi in cui il pubblico ministero abbia invece proceduto per reati in concorso formale nell'ambito di procedimenti distinti (...), risulterebbe irragionevole negare all'imputato la possibilità di accedere nuovamente alla messa alla prova, nell'ambito di un procedimento che ha pur sempre ad oggetto la medesima condotta attiva od omissiva per la quale egli ha già fruito del beneficio.

3.6.– Da tutto ciò discende che la disposizione censurata deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che l'imputato possa essere ammesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova nell'ipotesi in cui si proceda per reati connessi, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera b), cod. proc. pen., con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso. In una simile ipotesi, spetterà al giudice, ai sensi dell'art. 464-quater, comma 3, cod. proc. pen., una nuova valutazione dell'idoneità del programma di trattamento e una nuova prognosi sull'astensione dalla commissione di ulteriori reati da parte dell'imputato. In tale valutazione non potrà non tenersi conto – per un verso – della natura e della gravità dei reati oggetto del nuovo procedimento, e – per altro verso – del percorso di riparazione e risocializzazione eventualmente già compiuto durante la prima messa alla prova. Nel caso poi in cui ritenga di poter concedere nuovamente il beneficio, il giudice stabilirà la durata del periodo aggiuntivo di messa alla prova, comunque entro i limiti complessivi indicati dall'art. 464-quater, comma 5, cod. proc. pen., valorizzando opportunamente il percorso già compiuto, alla luce dell'esigenza (...) di apprestare una risposta sanzionatoria sostanzialmente unitaria rispetto a tutti i reati in concorso formale o commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso. (...).”



# SEZIONI UNITE

# Sulla natura della recidiva, anche ai fini della procedibilità d'ufficio per alcuni reati contro il patrimonio

Argomento: Della recidiva, dell'abitudine e professionalità nel reato e della tendenza a delinquere

(Cass. Pen., SS.UU., 29 gennaio 2021, n. 3585)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1. La questione di diritto sottoposta alle Sezioni Unite è così riassumibile: «se il riferimento alle aggravanti ad effetto speciale, contenuto nell'art. 649-bis cod. pen. ai fini della procedibilità d'ufficio per taluni reati contro il patrimonio, vada inteso come riguardante anche la recidiva qualificata di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 dello stesso codice». (...)

3.1 Un primo filone giurisprudenziale trova espressione in una pronuncia delle Sezioni unite (Sez. U, n. 3152 del 31/01/1097) che ha affermato il principio secondo il quale la recidiva non è compresa nelle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio, perché, inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato.

L'ordito motivazionale che sorregge l'enunciazione di tale principio di diritto muove dalla modifica dell'art. 640 cod. pen., introdotta dall'art. 98 della legge 24 novembre 1981 n. 689, che aveva aggiunto il seguente comma: «Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante». Sin dalle prime applicazioni del suddetto comma, la giurisprudenza di legittimità aveva assunto due opposti orientamenti in ordine alla inclusione della recidiva fra le circostanze aggravanti indicate nella nuova disposizione. Il problema, come indicato nella citata sentenza Paolini, era quello di qualificare o meno la recidiva, al fine della perseguibilità di ufficio del reato di truffa, quale “circostanza aggravante”.

Sul punto Sez. U. (...) rilevano che il codice penale si occupa della recidiva non nella parte che riguarda il reato, ma in quella che si riferisce al reo e, precisamente, nel Capo secondo del Titolo quarto del Libro primo, dedicato anche alla abitudine e alla professionalità nel reato, ossia a quelle condizioni personali alle quali più si avvicina la condizione del recidivo. (...)

L'orientamento contrario all'incidenza della recidiva sulla procedibilità d'ufficio si fonda sulla natura giuridica della recidiva intesa come aggravante "speciale" che non incide sulla gravità del fatto-reato a differenza di quelle che, "ordinariamente", sono chiamate a qualificarlo in termini di maggior disvalore. Deve, però rilevarsi che una ricostruzione sensibilmente differente della natura giuridica della recidiva è stata oggetto di particolare valutazione da parte di altre e più recenti decisioni delle Sezioni Unite di questa Corte dalle quali possono trarsi indicazioni utili anche sullo specifico versante della sua rilevanza sulla procedibilità del reato.

In linea con l'interpretazione elaborata dalla giurisprudenza costituzionale, la natura di circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole ed il carattere discrezionale della recidiva, anche qualificata, sono stati ribaditi con chiarezza dalla giurisprudenza di legittimità, tanto che può ritenersi ormai consolidato l'orientamento secondo il quale non può ritenersi conforme ai principi fondamentali in tema di ragionevolezza, proporzione e funzione rieducativa della pena enunciati dalla Costituzione una concezione della recidiva quale status soggettivo desumibile dal certificato penale



che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione. Nel 2010 le Sezioni Unite hanno precisato che, in presenza di contestazione della recidiva a norma di uno dei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen., è compito del giudice quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, avuto riguardo alla natura dei reati, al tipo di devianza di cui essi sono il segno, alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti e al livello di omogeneità esistente tra loro, all'eventuale occasionalità della ricaduta e ad ogni altro parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero e indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali. E hanno ritenuto che solo qualora la recidiva venga apprezzata come indice di maggiore colpevolezza e pericolosità essa produce tutti i suoi effetti. In tali ipotesi, infatti, essa, oltre che "accertata" nei presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), è anche "ritenuta" dal giudice ed "applicata" (Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010).

Una successiva decisione delle Sezioni unite (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011) ha ricondotto la recidiva qualificata alla categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale, atteso che le ipotesi previste ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 cod. pen. comportano un aumento della pena superiore ad un terzo. Ha, inoltre, confutato la concezione dell'istituto come status formale del soggetto, in base al rilievo che la recidiva produce effetti unicamente ove il giudice non solo verifichi l'esistenza del presupposto formale desumibile dai precedenti penali, ma proceda anche al riscontro sostanziale della "più accentuata colpevolezza" e della "maggiore pericolosità". (...)

Le considerazioni sinora svolte consentono di giungere alle seguenti conclusioni.

L'art. 649-bis cod. pen., ai fini della procedibilità d'ufficio, attribuisce specifico rilievo alle "circostanze aggravanti ad effetto speciale." L'art. 12 preleggi, nel dettare le principali regole di interpretazione, dispone che nell'applicare la legge «non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Costituisce, ormai, un vero e proprio diritto vivente l'affermazione che la recidiva costituisce una circostanza aggravante del reato, inerente alla persona del colpevole, che non differisce nei suoi meccanismi applicativi dalle ulteriori circostanze del reato e che la stessa, nella sua espressione "qualificata", è una circostanza aggravante ad effetto speciale.

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

L'obiezione che la rilevanza della recidiva qualificata ai fini della procedibilità del reato verrebbe ad incidere sulle posizioni dei coimputati, i quali si troverebbero ad essere assoggettati a un diverso regime di procedibilità per un fatto a loro totalmente estraneo, è del tutto superata alla luce della riformulazione dell'art. 118 cod. pen., secondo cui le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono. Ne consegue che la perseguibilità d'ufficio opererebbe solo nei confronti dei coimputati recidivi, considerato che essa è una circostanza aggravante attinente alle condizioni e qualità personali del colpevole. Una disciplina diversificata della procedibilità rispetto a coimputati del medesimo reato non è peraltro estranea al sistema penale: si pensi, ad esempio, alle ipotesi disciplinate dall'art. 649, secondo comma, cod. pen. (perseguibilità del reato a querela nei confronti dei congiunti ivi indicati e d'ufficio nei confronti dei concorrenti estranei).

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

Deve dunque enunciarsi il seguente principio di diritto: **«il riferimento alle aggravanti ad effetto speciale contenuto nell'art. 649-bis, cod. pen., ai fini della procedibilità d'ufficio, per i delitti menzionati nello stesso articolo, comprende anche la recidiva qualificata - aggravata, pluriaggravata e reiterata - di cui all'art. 99, secondo, terzo e quarto comma cod. pen.»**”.

---

Nota di Angela Micheletti

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite Penali hanno annullato la sentenza impugnata, rinviando per un nuovo giudizio alla Corte di Appello ed enunciando il seguente principio di diritto: *“il riferimento alle aggravanti ad effetto speciale contenuto nell'art. 649-bis, cod. pen., ai fini della procedibilità d'ufficio, per i delitti menzionati nello stesso articolo, comprende anche la recidiva qualificata – aggravata, pluriaggravata e reiterata – di cui all'art. 99, secondo, terzo e quarto comma cod. pen.”*

La Seconda Sezione Penale, cui il ricorso era stato assegnato, lo ha rimesso alle Sezioni Unite con ordinanza del 14 gennaio 2020, ravvisando la sussistenza di un contrasto sull'interpretazione dell'art. 649-bis c.p. e sulla riconducibilità della recidiva qualificata (art. 99, commi 2, 3 e 4, c.p.) alla categoria delle aggravanti ad effetto speciale che rendono procedibili d'ufficio alcuni reati contro il patrimonio (art. 640, comma 3, c.p.; art. 640-ter, comma 4, c.p.; fatti di cui all'art. 646, comma 2, c.p., o aggravati dalle circostanze di cui all'art. 61, comma 1, n. 11, c.p.).

Il caso trae origine da una vicenda riguardante un agente di commercio, rinviato a giudizio per essersi appropriato di merce di campionario di proprietà della società per la quale lavorava e successivamente assolto dal reato di appropriazione indebita aggravata di cui agli artt. 646, 61 n. 11, 99, comma 2, n. 1 e 2 e comma 4, c.p., in quanto il giudice di prime cure aveva ritenuto il reato estinto per remissione di querela. La Procura della Repubblica, tuttavia, aveva deciso di proporre immediato ricorso per Cassazione, lamentando l'erronea applicazione degli artt. 646 e 649-bis c.p. Quest'ultimo articolo, in particolare, è stato introdotto dalla riforma operata con il decreto legislativo n. 36/2018, che ha previsto delle innovazioni in materia di perseguibilità, disponendo la procedibilità a querela di una serie di reati, tra i quali anche l'appropriazione indebita. Tale riforma, tuttavia, ha anche inserito nel corpo del codice penale l'art. 649-bis, che prevede la procedibilità d'ufficio nei casi di appropriazione indebita aggravata dalla circostanza del fatto commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario o da una delle circostanze indicate nell'art. 61 c.p., comma 1, n. 11, c.p., qualora ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale.

Occorre, dunque, domandarsi se la recidiva “qualificata” possa essere ricompresa tra le circostanze aggravanti ad effetto speciale.

Secondo un primo indirizzo, fatto proprio dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 3152/1987, Paolini, la recidiva costituisce una circostanza aggravante *sui generis*, che assume rilievo solo quando viene presa in considerazione la misura della pena, non producendo invece nessun effetto sulla gravità del fatto-reato, alla quale rimane estranea. Secondo il Supremo Consesso *“la recidiva qualifica il soggetto, ma resta del tutto estranea alla fattispecie legale, comunque circostanziata, del reato. Essa, infatti, a differenza di altre condizioni personali che incidono sulla tipicità del reato (ad esempio: la qualifica di un pubblico ufficiale per i reati di concussione, abuso innominato di ufficio, ecc.), incide esclusivamente sulla quantità della pena da infliggere in concreto, alla stessa stregua delle condizioni economiche previste dall'art. 133-bis c.p.”*

Tale pronuncia riguarda la versione dell'art. 640 c.p. introdotta dall'art. 98 della legge 689/1981, che aveva inserito il seguente comma: « Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante ».

La sentenza Paolini individua la *ratio* della perseguibilità a querela del reato di truffa nella rilevanza degli aspetti civilistici sottesi a tale reato, che, tuttavia, non possono prevalere sugli interessi pubblicistici nel caso in cui ricorra una circostanza aggravante. L'equiparazione tra la circostanza aggravante di cui all'art. 640, secondo comma, c.p. e le altre circostanze aggravanti, “*deve far ritenere che il legislatore abbia voluto includere solo le circostanze che, come quelle previste dal capoverso dell'art. 640, incidono sulla quantità del fatto, ritenendo per contro, indifferente la misura della pena derivante dall'applicazione delle circostanze stesse*”. Secondo le Sezioni Unite, dunque, la recidiva non è ricompresa nelle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio.

Secondo un altro e più recente indirizzo, invece, la contestazione della recidiva reiterata, quale circostanza aggravante ad effetto speciale, determina la procedibilità d'ufficio del reato di appropriazione indebita e di truffa.

In particolare le Sezioni Unite con la sentenza n. 35738/2010, Calibè, hanno stabilito che, in caso di contestazione della recidiva ai sensi di uno dei primi quattro commi dell'art. 99 c.p., il giudice debba verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia indice effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, potendo solo in quest'ultimo caso la recidiva produrre a pieno tutti i suoi effetti. Con la successiva pronuncia n. 20798/2011, Indelicato, le Sezioni Unite hanno considerato la recidiva qualificata quale circostanza aggravante ad effetto speciale, in quanto i commi 2, 3 e 4 dell'art. 99 c.p. prevedono un aumento di pena superiore ad un terzo. Tale sentenza ha, inoltre, smentito la rappresentazione dell'istituto della recidiva quale mero *status* formale del soggetto, stante la necessità che il giudice proceda non solo alla verifica della sussistenza del presupposto formale desumibile dai precedenti penali, ma anche al riscontro sostanziale della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo. Le Sezioni Unite Indelicato, pertanto, hanno superato definitivamente l'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite Paolini, in base al quale la recidiva rappresenterebbe uno *status* personale del soggetto svincolato dal fatto di reato, dovendo il nuovo illecito commesso dal reo essere concretamente espressivo di una maggiore colpevolezza e di una maggiore pericolosità dell'autore.

Il Supremo Consesso, dopo aver esaminato i due suindicati filoni giurisprudenziali, osserva che l'art. 649-*bis* c.p., al fine di rendere alcuni reati procedibili d'ufficio, conferisce rilievo alle “circostanze aggravanti ad effetto speciale”. In base all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, le norme di legge andrebbero interpretate non attribuendo ad esse altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione e l'intenzione del legislatore. Rappresenta, dunque, un dato pacifico che la recidiva sia una circostanza aggravante del reato inerente alla persona del colpevole, che non differisce, nelle sue modalità applicative, dalle altre circostanze del reato e che, nell'ipotesi di recidiva qualificata, essa vada ricompresa tra le circostanze aggravanti ad effetto speciale. Ciò determina che qualora il giudice accerti la sua sussistenza, non solo sulla base del requisito formale della previa condanna, ma anche del presupposto sostanziale della maggiore colpevolezza del reo e della sua più elevata capacità a delinquere, possa sottoporre la stessa, data la sua natura di aggravante, al giudizio di bilanciamento tra circostanze attenuanti ed aggravanti disciplinato dall'art. 69 c.p. Tuttavia, l'eventuale giudizio di equivalenza o di sub-valenza della recidiva non elide la sua esistenza e gli effetti da essa prodotti con riferimento al regime di procedibilità e non rende il reato perseguibile a querela di parte, ove questa sia prevista per l'ipotesi non circostanziata.

Le Sezioni Unite procedono poi ad esaminare alcune obiezioni sollevate dalla dottrina. In primo luogo quella per la quale la recidiva, pur avendo natura circostanziale, non potrebbe incidere sul regime di procedibilità, dovendo le deroghe all'obbligatorietà dell'azione penale fondarsi su dati certi e di tempestiva riscontrabilità, mentre la sussistenza della recidiva sarebbe accertabile solo in una fase

avanzata del processo, con il conseguente rischio di introdurre una procedibilità d'ufficio "provvisoria" e *sub iudice*. In caso di valutazione giudiziale negativa, l'esito del processo, ormai pressoché ultimato, sarebbe dunque quello di "non doversi procedere" per mancanza della condizione di procedibilità, con conseguente frustrazione delle esigenze di deflazione dei carichi processuali. La seconda obiezione riscontrata è quella per la quale un effetto potenzialmente pregiudizievole per il reo, come la procedibilità d'ufficio, non può farsi dipendere dalla previa contestazione del solo presupposto formale della precedente condanna.

La Corte, con riguardo alla frustrazione delle finalità deflative, ricorda che l'art. 11 del decreto legislativo n. 36/2018 prevede la conservazione della procedibilità d'ufficio per i reati contro il patrimonio oggetto della riforma, nei casi in cui ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale, tra le quali rientra senza dubbio la recidiva qualificata. Il Supremo Consesso evidenzia, inoltre, che la provvisoria contestazione, su base meramente formale, destinata eventualmente in seguito a venire meno in virtù della valutazione del giudice, è una questione che riguarda non solo la recidiva, ma tutte le circostanze aggravanti che incidono sulla procedibilità, trovando tali situazioni una risposta fisiologica in sede processuale nel disposto dell'art. 129 c.p.p.

La Corte affronta, infine, il tema della possibilità che la procedibilità del reato si ripercuota sulla posizione degli altri correi, i quali si troverebbero soggetti ad un diverso regime di procedibilità per un fattore a loro completamente estraneo; a ciò soccorre la nuova formulazione dell'art. 118 del c.p., che prevede che le circostanze inerenti la persona del colpevole siano valutate soltanto con riguardo alla persona a cui si riferiscono. Di conseguenza, la procedibilità d'ufficio riguarderebbe solamente quei compartecipi qualificati come "recidivi" e non anche gli altri. Peraltro, questo *modus operandi* non appare estraneo al sistema penale, basti pensare all'ipotesi regolata dall'art. 649 c.p., comma 2, c.p.

Le Sezioni Unite concludono, dunque, affermando che *"il riconoscimento giudiziale, con specifica motivazione, della sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale quale la recidiva qualificata, determina la procedibilità d'ufficio per i reati indicati nell'art. 649-bis cod. pen."*

# Scommettiamo che ...? Il peculato del gestore di apparecchi di gioco che non versa i proventi del gioco, anche per la parte destinata al pagamento del PREU

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione  
(Cass. Pen., SS.UU., 16 febbraio 2021, n. 6087)

Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“1. La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite è la seguente:

"se l'omesso versamento del prelievo unico erariale (PREU), dovuto sull'importo delle giocate al netto delle vincite erogate, da parte del "gestore" degli apparecchi da gioco con vincita in denaro o del "concessionario" per l'attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito, costituisca il delitto di peculato".

7. (...) Devono, innanzitutto, essere distinti due diversi profili, quello riguardante la proprietà delle somme incassate dagli apparecchi da gioco, di cui (una gran) parte destinata al pagamento del PREU, e quello relativo all'obbligo di versamento del PREU quale tributo. Tale profilo appare dirimente per rispondere al quesito posto dalla ordinanza di rimessione quanto alla qualità di incaricato di pubblico servizio del gestore.

7.1 La soluzione prescelta poggia sulla considerazione che non è dubitabile che (tutti) i proventi del gioco presenti negli apparecchi, al netto del denaro restituito quale vincita agli scommettitori, appartengano all'Amministrazione.

8. A questo punto può offrirsi una prima risposta alla questione essenziale che ha dato luogo al contrasto: non è in discussione se il PREU in sé sia un'imposta, in quanto questa natura è pacifica proprio alla luce della normativa inequivoca che lo disciplina. E', invece, in questione la natura pubblica degli incassi del gioco realizzati utilizzando una certa tipologia di apparecchi.

L'orientamento minoritario che ritiene che gli incassi degli apparecchi rappresentino "ricavi" dell'attività imprenditoriale svolta dalla concessionaria non può essere condiviso per gli argomenti in precedenza illustrati che dimostrano che la proprietà degli incassi, proprio per l'attività dalla quale provengono, non può essere attribuita al privato.

Come sopra argomentato, è corretto quanto affermato dal primo indirizzo che, del resto, non qualifica quale peculato il mancato pagamento del PREU quale imposta, bensì l'indebita appropriazione dell'intero incasso prelevato dagli apparecchi di cui una (maggior) parte, ma non il tutto, destinata al pagamento del PREU. (...)

La risposta al quesito, per quanto riguarda il concessionario di rete, è quindi nel senso che lo stesso è responsabile del reato di peculato lì dove si appropri degli incassi (anche) per la parte destinata a PREU, perché si tratta di "denaro pubblico", che egli gestisce in veste formale di agente contabile indipendentemente dalla ulteriore considerazione se, nella gestione del gioco lecito, svolga un pubblico servizio.

9. Ulteriore problema è quello di verificare se il concessionario vada qualificato quale incaricato di pubblico servizio per la complessiva attività svolta, a prescindere dal ruolo di agente contabile.

Si tratta di un passaggio necessario per ritenere che tale qualificazione spetti anche al gestore il cui eventuale ruolo di incaricato di pubblico servizio è condizionato dall'esserlo il concessionario dal quale, in ipotesi, deriverebbe il conferimento dei compiti nella conduzione del servizio pubblico. (...)

Va invero chiarito che questo passaggio della decisione citata va collegato a quanto sostenuto nella ordinanza delle Sezioni Unite civili che, subito dopo avere escluso la funzione pubblicistica del gioco d'azzardo in sé, fa riferimento al compito proprio del concessionario di esercizio della rete telematica deputata al controllo ed afferma che solo all'interno "di queste rigide maglie" il gioco può ritenersi lecito. Il "pubblico servizio" è, quindi, rappresentato dal diretto e continuativo controllo di un'attività che, altrimenti, sarebbe illecita.

L'ambito del pubblico servizio attribuito al concessionario di rete è chiaramente individuato anche dalla recente giurisprudenza costituzionale. (...)

In particolare, ravvisa gli interessi pubblici tutelati dalla normativa che disciplina tali giochi nella "pubblica fede, l'ordine pubblico e la sicurezza, la salute dei giocatori, la protezione dei minori e delle fasce di giocatori adulti più deboli, la protezione degli interessi erariali relativamente ai proventi pubblici derivanti dalla raccolta del gioco". (...)

10. Per quanto riguarda il ruolo del gestore, quanto sinora esposto chiarisce che il denaro che le figure di supporto dell'attività del concessionario hanno in gestione non può mai definirsi a loro appartenente.

La stessa questione controversa, verte sul profilo della spettanza degli incassi allo Stato, concedente dell'esercizio del gioco lecito, o al concessionario. In ogni caso, il gestore non assume mai il possesso autonomo del denaro, secondo gli schemi della convenzione di concessione che non consente di "cedere" la concessione, ma solo di avvalersi di soggetti addetti ai dati compiti, imponendo contenuti ai contratti di collaborazione per funzioni di garanzia del corretto esercizio dell'attività.

Quindi, il rapporto del gestore con il denaro che raccoglie dagli apparecchi è di detenzione nomine alieno, che ai fini dell'art. 314 c.p., integra la condizione di altruità della cosa. (...)

Va ora verificato se il gestore (o l'esercente) svolga, su incarico del concessionario, solo attività comuni o anche compiti rientranti nel pubblico servizio quale sopra delineato, in modo da acquisire a sua volta la qualità pubblicistica in base al quale la sua condotta di appropriazione del denaro altrui integra il peculato: diversamente, ricorrerebbe l'appropriazione indebita o un diverso reato "comune", (...). (...)

Si può, quindi, affermare che anche il gestore riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio quando, come nel caso qui in considerazione, abbia la gestione degli incassi, trovandosi a detenere nomine alieno il denaro per ragione del suo servizio pubblico. (...)

11. In conclusione, in risposta al quesito va affermato il seguente principio di diritto:

"Integra il reato di peculato la condotta del gestore o dell'esercente degli apparecchi da gioco leciti di cui all'art. 110, commi 6 e 7, T.U.L.P.S., che si impossessi dei proventi del gioco, anche per la parte destinata al pagamento del PREU (prelievo unico erariale), non versandoli al concessionario competente".

# Computo dello spazio minimo per il detenuto: per le Sezioni Unite vanno detratti gli arredi

Argomento: Divieto di trattamenti inumani e degradanti

(Cass. Pen., SS.UU., 19 febbraio 2021, n. 6551)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite è la seguente: "Se, in tema di conformità delle condizioni di detenzione all'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, lo spazio minimo disponibile di tre metri quadrati per ogni detenuto debba essere computato considerando la superficie calpestabile della stanza ovvero quella che assicuri il normale movimento, conseguentemente detraendo gli arredi tutti senza distinzione ovvero solo quelli tendenzialmente fissi e, in particolare, se, tra questi ultimi, debba essere detratto il solo letto a castello ovvero anche quello singolo". (...) L'art. 35-ter cit. stabilisce che il pregiudizio menzionato dall'art. 69, comma 6, lett. b) può consistere «in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo».

Quando sussistono tali condizioni, su istanza presentata dal detenuto, personalmente o tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza, se le condizioni di detenzione subita in violazione dell'art. 3 della CEDU siano proseguite «per un periodo non inferiore ai quindici giorni», dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva da espiare pari, nella durata, a un giorno ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio (art. 35-ter, comma 1, ord. pen.).

Se, invece, il periodo di detenzione non conforme all'art. 3 CEDU è stato inferiore a quindici giorni ovvero se il periodo di pena ancora da espiare non permette la detrazione per intero prevista dal primo comma, il magistrato di sorveglianza liquida al detenuto, a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio (comma 2). (...)

Tre pronunce (...) avevano adottato il criterio del computo della superficie lorda della cella e argomentato che da essa doveva essere detratta l'area occupata dagli arredi, proprio richiamando i principi espressi dalla sentenza "pilota" della Corte EDU Torreggiani c. Italia già citata. (...) A tale indirizzo interpretativo se ne contrappone un altro (...), secondo cui i letti sono da ritenersi ostativi al libero movimento e alla piena fruizione da parte del detenuto soltanto quando presentino la struttura "a castello", che non ne permette lo spostamento e che, quindi, restringe l'area di libero movimento. Al contrario, i letti singoli sono da ritenersi amovibili al pari di sgabelli o tavoli. (...)

7. La soluzione del contrasto presuppone alcuni passaggi, imposti dalla innovativa configurazione dell'art. 35-ter ord. pen. già evidenziata (...).

17. Il Collegio è consapevole che il principio di umanità della pena - cui si riferisce l'art. 3 CEDU ed espresso anche nell'art. 27, terzo comma, Cost. - che impone il divieto di trattamenti degradanti ha un contenuto di carattere relativo, in quanto ogni pena, come tale, ha un'intrinseca componente di inumanità (Corte EDU, 25/3/1993, Costello-Roberts c. Regno Unito). Tuttavia, la rilettura di un principio che si pone l'obiettivo di quantificare lo spazio minimo vitale per ogni detenuto, al fine di

assicurare il pieno rispetto della dignità della persona nell'espiazione della pena, restituisce al principio stesso un carattere di assolutezza che appartiene alla sensibilità di società e ordinamenti giuridici che hanno a cuore il pieno rispetto dei diritti della persona, anche di chi è recluso. Tanto premesso, l'adozione dell'interpretazione illustrata in precedenza - seguita dalla maggioranza delle decisioni di questa Corte - appare senza dubbio favorevole al benessere dei detenuti, ai quali viene garantito uno spazio più ampio concretamente utile per il movimento rispetto a quello ricavabile dalla soluzione opposta.

Questa esegesi è avvalorata dalla sentenza della Corte EDU Torreggiani, avente natura di sentenza "pilota" nei confronti dell'Italia, in cui, come detto, la Corte EDU ha riservato specifico rilievo all'incidenza del mobilio sullo spazio disponibile in una cella occupata da più detenuti.

La soluzione interpretativa prescelta non trova valida obiezione nella possibile allocazione di alcuni arredi fissi, quali gli armadi, fuori dalla cella per consentire la presenza di un maggior numero di persone: da una parte, le istanze di rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen. vengono avanzate con riferimento a periodi di detenzione già trascorsi, per i quali, quindi, non sono ipotizzabili manovre dirette ad alterare il dato dello spazio minimo inferiore a tre metri quadrati posto a base della domanda; dall'altra, la legge fornisce il diverso strumento previsto dall'art. 35-bis, comma 3, ord. pen. mediante il quale il magistrato di sorveglianza, accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, può ordinare all'Amministrazione penitenziaria di porre rimedio alle violazioni di legge e di regolamento da cui derivino violazioni ai diritti dei detenuti. Il magistrato potrà verificare se, concretamente - nonostante il formale rispetto dello spazio individuale minimo di tre metri quadrati - la disposizione dei mobili all'interno della cella renda del tutto difficoltoso il normale movimento dei detenuti ovvero se essi siano penalizzati dalla mancanza di armadi, dove riporre gli oggetti personali all'interno della cella (...).

18. In definitiva deve essere affermato il seguente principio di diritto: “Nella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello”.”



Con ordinanza del 21 febbraio 2020, depositata l'11 maggio 2020, n. 14260, la prima sezione della Cassazione reputava indispensabile un intervento delle Sezioni Unite per vedere affrontate le seguenti questioni di diritto:

se, in tema di conformità delle condizioni di detenzione all'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, lo spazio minimo disponibile di tre metri quadrati per ogni detenuto debba essere computato considerando la superficie calpestabile della stanza ovvero quella che assicuri il normale movimento, conseguentemente detraendo gli arredi tutti senza distinzione ovvero solo quelli tendenzialmente fissi;

se, nel caso di accertata violazione dello spazio minimo, secondo il corretto criterio di calcolo, al lordo o al netto dei mobili, possa comunque escludersi la violazione dell'art. 3 della CEDU nel concorso di altre condizioni, come individuate dalla stessa Corte EDU.

Al fine di fornire un corretto inquadramento delle questioni sottese all'ordinanza di rimessione e nelle motivazioni spese dalle Sezioni unite, appare necessario ricostruire brevemente il contesto in cui si inserisce la tematica affrontata dalla sentenza in commento.

Invero, si pone sullo sfondo di tale pronuncia la giurisprudenza della Corte EDU che, in diverse occasioni, è stata chiamata a valutare l'incidenza del sovraffollamento carcerario sulle condizioni detentive, ed in particolare la sua idoneità ad integrare un trattamento inumano e degradante, in contrasto con il divieto di cui all'art. 3 CEDU.

I profili di cui si è occupata la giurisprudenza convenzionale relativa al sovraffollamento carcerario sono essenzialmente due: da un lato, la possibilità di ritenere integrata o meno la violazione dell'art. 3 CEDU in presenza di uno spazio minimo disponibile al di sotto dei tre metri quadri, ovvero la necessità di considerare, insieme a quest'ultimo, l'eventuale ricorrenza di alcuni fattori compensativi; dall'altro, le modalità con cui debba essere calcolato lo spazio che deve essere messo a disposizione di ciascun detenuto.

In un primo momento la Corte EDU non aveva individuato uno specifico dato spaziale, al di sotto del quale si potesse ritenere violato l'art. 3 CEDU, ritenendo piuttosto che l'esiguità dello spazio libero a disposizione di ciascun detenuto dovesse essere valutata insieme ad altri fattori, quali le condizioni igieniche, il rischio di diffusione di malattie, l'insufficiente accesso all'aria e alla luce naturali, servizi igienici all'interno della cella e visibili, etc.

Atteso ciò, con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 2009 la Corte di Strasburgo ha iniziato a ritenere che la presenza di uno spazio inferiore ai tre metri quadri integrasse di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU, indipendentemente quindi dall'esistenza o meno di altri fattori, positivi o negativi.

Inoltre, a partire dalla sentenza *Ananyev c. Russia* del 2012 vengono individuati tre elementi che devono essere presi in considerazione ai fini dell'accertamento della sussistenza di una violazione dell'art. 3 CEDU, ovvero la disponibilità di un letto singolo per il riposo e di uno spazio superiore ai tre metri quadri, nonché la possibilità di libero movimento fra gli arredi.

A fronte di ciò, nella sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* del 2013 si stabilisce che la disponibilità di uno spazio inferiore ai tre metri quadri va considerata di per sé sufficiente ad integrare un trattamento inumano e degradante.

Trattandosi di una sentenza pilota, si attribuiva al nostro legislatore l'onere di predisporre dei rimedi preventivi e compensativi che consentissero di riparare alla lesione della dignità dei detenuti che si trovavano sottoposti a trattamenti inumani e degradanti a causa della condizione di sovraffollamento

strutturale del sistema penitenziario italiano, ritenendo a tal fine insufficiente il reclamo di cui all'art. 35 ord. pen.

Pertanto, in ottemperanza alle richieste espresse dalla Corte EDU, il legislatore italiano ha introdotto l'art. 35-bis ord. pen., il quale disciplina il procedimento per il reclamo giurisdizionale, nonché l'art. 35-ter ord. pen., che prevede i rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 CEDU.

Detta ultima norma contempla, tra i presupposti per esperire il rimedio, la sussistenza di condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 CEDU "così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo", per un periodo superiore a 15 giorni. È agevole rilevare come la formulazione della norma vincoli il giudice italiano all'interpretazione della nozione di trattamento inumano e degradante fornita dai giudici di Strasburgo, con la conseguenza che la definizione dei presupposti per accedere al rimedio appare condizionata dai mutamenti della giurisprudenza convenzionale.

In seguito, a partire dalla pronuncia del 2016 della Grande Camera Mursic c. Croazia viene alla luce l'idea che la disponibilità di uno spazio al di sotto della soglia minima determini solo una forte presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU, che potrà essere superata tramite la dimostrazione della contestuale presenza di alcuni fattori compensativi. Nel caso in cui lo spazio sia compreso tra tre e i quattro metri quadri, ai fini della violazione, dovrà invece essere valutata la presenza di ulteriori fattori di inadeguatezza.

Tale sentenza affronta per la prima volta il tema relativo alle modalità per calcolare lo spazio minimo, affermando espressamente che, nel calcolo della superficie totale, non debbano essere ricompresi i sanitari, ma debba essere incluso lo spazio occupato da mobili, aggiungendo inoltre che "l'importante è determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi normalmente nella cella".

Pertanto, detta pronuncia, nell'accertamento circa la sussistenza di un trattamento inumano e degradante e della conseguente violazione dell'art. 3 CEDU, sostituisce il criterio quantitativo dei tre metri quadri con una valutazione multifattoriale, in cui entrano in gioco in fattori compensativi.

È in questo composito quadro che si inseriscono i dubbi degli interpreti, su cui sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni unite.

Ebbene, con la sentenza numero 6551/2021, le Sezioni Unite hanno affermato i seguenti principi di diritto: "nella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della CEDU, si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello;

i fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono nella valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in relazione all'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen."

# Sulla confisca allargata ex art. 240-bis c.p. in fase esecutiva: quali limiti temporali?

Argomento: Delle misure di sicurezza patrimoniali

(Cass. Pen., SS.UU., 15 luglio 2021, n. 27421)

Stralcio a cura di Pamela D'Oria

“1. La questione di diritto sottoposta all'esame delle Sezioni Unite è formulata nei seguenti termini: «Se la confisca di cui all'art. 240-bis cod. pen., disposta in fase esecutiva, possa avere ad oggetto beni riferibili al soggetto condannato ed acquisiti alla sua disponibilità fino al momento della pronuncia di condanna per il cd. reato "spia" ovvero successivamente, salva comunque la possibilità di confisca di beni acquistati anche in epoca posteriore alla sentenza ma con risorse finanziarie possedute prima». (...)

10.1. I motivi di ricorso prospettano la questione, sulla quale le Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi, della individuazione del limite temporale per l'applicabilità della confisca obbligatoria, prevista dall'art. 12-sexies del d.l. n. 306 del 1992 (ora dall'art. 240-bis cod. pen.), in riferimento alla acquisizione dei valori e dei beni di cui il condannato sia titolare, anche per interposta persona.

La tematica si è posta all'attenzione degli interpreti a seguito dell'avvenuto riconoscimento, da parte delle Sezioni Unite nella citata sentenza Derouach, del potere del giudice dell'esecuzione di ordinare la confisca c.d. "allargata" «sul patrimonio del soggetto al momento della condanna o del patteggiamento». Da qui la necessità di stabilire se in sede esecutiva i beni e le utilità confiscabili siano quelli esistenti nel patrimonio al momento della pronuncia di condanna per uno dei reati inclusi nell'elencazione della norma stessa, oppure se si possa procedere anche su quelli pervenuti nella disponibilità del condannato successivamente alla detta pronuncia e sino al suo passaggio in giudicato.

10.2. La questione ha ricevuto soluzioni opposte nella giurisprudenza di questa Corte.

10.2.1. Un primo indirizzo interpretativo, sostenuto anche da parte della dottrina, ritiene che siano confiscabili soltanto i beni esistenti al momento della pronuncia della sentenza di condanna per il reato presupposto, salvo che ulteriori valori ed utilità, pervenuti al condannato in epoca successiva, costituiscano il reimpiego di risorse finanziarie già disponibili in precedenza.

Sin dalle prime pronunce ascrivibili a questo orientamento (...) si è ritenuto che ammettere l'ablazione di beni acquistati dal condannato dopo la sentenza di condanna significa negare ogni distinzione fra confisca obbligatoria ex art. 12-sexies dl. n. 306 del 1992 e confisca di prevenzione e riconoscere la possibilità di monitorare il patrimonio del reo attraverso indagini patrimoniali, condotte in fase di esecuzione senza limiti temporali, analogamente a quanto disposto per il settore della prevenzione dall'art. 19 del d.lgs. n. 159 del 2011. Inoltre, in tale ipotesi si finirebbe per gravare il giudice dell'esecuzione dell'accertamento tipico del giudizio di cognizione ed in termini ancora più estesi rispetto alla sede processuale di accertamento della responsabilità in ordine al "reato-spia". Poiché, invece, la confisca atipica presuppone il giudizio di colpevolezza del reo e viene adottata in sede esecutiva in funzione surrogatoria della mancata pronuncia del giudice della cognizione, il limite temporale per poterla disporre coincide con il momento della pronuncia della sentenza di condanna o di patteggiamento, non con quello del suo passaggio in giudicato, pena lo stravolgimento dei confini che l'ordinamento processuale assegna alla giurisdizione esecutiva (...).

10.2.2. Altro orientamento assume che la confisca atipica può aggredire, in sede esecutiva, anche beni pervenuti nel patrimonio del condannato fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il reato presupposto(...). La citata sentenza muove dalla premessa che la confisca ex art. 12-sexies è strumento di privazione della ricchezza accumulata dal soggetto in quanto condannato per determinate gravi fattispecie di reato e non derivata dalla commissione dell'illecito penale e che, pertanto, non assume rilievo il nesso pertinenziale tra reato e bene e nemmeno il momento di acquisto di quanto da confiscare (precedente o successivo al reato per il quale è intervenuta condanna) così come non è nemmeno richiesto un giudizio di proporzione del suo valore rispetto al profitto ricavato (...).

Le Sezioni Unite ritengono di dover aderire al primo orientamento.

11.1. È opportuno premettere alcune considerazioni di ordine generale sull'istituto in esame, ricavabili da orientamenti ermeneutici ormai pacifici nella giurisprudenza di legittimità ed in dottrina. La "confisca in casi particolari", in origine disciplinata dal dl. n. 306 del 1992, art. 12-sexies, convertito dalla legge n. 356 del 1992, è ora prevista dall'art. 240-bis cod. pen. a seguito dell'introduzione con la legge n. 103 del 2017 del principio di riserva di codice, attuato dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21. (...) Con specifico riferimento alla violazione dell'art. 73 del d.P.R. 30 ottobre 1990, n. 309, rilevante nel caso in esame, il Collegio osserva che la sua mancata inclusione nel catalogo dei reati che impongono la confisca, contenuto nell'art. 240-bis cod. pen., non ostacola l'applicazione della misura ablativa, atteso che con il d.lgs. n. 21 del 2018, contestualmente all'abrogazione dell'art. 12-sexies, commi 1, 2-ter, 4-bis, 4-quinquies, 4-sexies, 4-septies, 4-octies e 4-novies del dl. n. 306 del 1992, sono stati introdotti l'art. 240-bis con il medesimo contenuto delle norme abrogate e, nel corpo delle disposizioni del d.P.R. n. 309 del 1990, l'art. 85-bis, che testualmente recita «nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta, per taluno dei reati previsti dall'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, si applica l'articolo 240-bis del codice penale». Tanto convince della mancata eliminazione dall'orizzonte normativo della previsione, già contenuta nell'art. 12-sexies, del reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 quale "reato-spia", per effetto della sua sostituzione, in perfetta continuità prescrittiva, con il citato art. 85-bis, introdotto dalla stessa legge abrogante, che rimanda all'art. 240-bis cod. pen. attualmente vigente.

Il fenomeno della successione di leggi nel tempo, realizzatosi mediante l'intervento di riordino dei testi normativi contenenti la disciplina della confisca allargata, non ha determinato l'eliminazione della possibilità della sua applicazione a fattispecie concrete antecedenti all'entrata in vigore del d. lgs. n. 21 del 2018 ed all'abrogazione dell'art. 12-sexies, come accaduto nel caso in esame, poiché l'art. 240-bis si pone in rapporto di continuità con la disposizione abrogata (...).

Nella prassi applicativa la confisca in casi particolari è definita "atipica", "allargata" o "estesa" per distinguerla dalle altre ipotesi di confisca obbligatoria, dalle quali si differenzia perché non colpisce il prezzo, il prodotto o il profitto del reato per il quale sia stata pronunciata condanna, ma beni del reo che, al momento del loro acquisto, siano non giustificabili e di valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività svolta. La previsione normativa della confisca, che anche dalla collocazione sistematica qualifica la sua natura di misura di sicurezza patrimoniale, replicante alcuni caratteri della misura di prevenzione antimafia disciplinata dalla legge n. 575 del 1965 e la stessa finalità preventiva perseguita (...), trae giustificazione dalla presunzione relativa di accumulo di ricchezza illecita da parte del soggetto condannato penalmente(...)

11.2. Sul piano dell'analisi testuale, la disposizione dell'art. 12-sexies, così come quella dell'art. 240-bis cod. pen., non contiene indicazioni per la soluzione del quesito devoluto alle Sezioni Unite, dal momento che si limita a stabilire che la confisca va "sempre" disposta, prevedendo così la sua obbligatoria applicazione, quando sia intervenuta la condanna per taluno dei reati previsti. (...)

Le Sezioni Unite ritengono che la soluzione risieda, in primo luogo, nella considerazione del presupposto soggettivo della confisca e della collocazione sistematica della giurisdizione esecutiva.

12.1. Sotto il primo profilo, il legislatore ha scelto di delineare la confisca allargata quale misura di sicurezza che, seppur basata su un sistema probatorio presuntivo, è necessariamente dipendente dalla sussistenza del "reato-spia". (...)

È la previsione di tale imprescindibile condizione a dare ragione del fatto che il processo di cognizione costituisce la sede naturale ed ordinaria per imporre la confisca, unitamente alle altre statuizioni penali, in un unico contesto deliberativo.

La "destinazione funzionale" della sentenza quale provvedimento che deve contenere la decisione anche sulla confisca trova conferma nell'impossibilità di provvedervi in sede esecutiva, quando la relativa domanda sia stata già respinta dal giudice della cognizione, o di revocarla, se disposta in quella sede. L'unica eccezione all'intangibilità della decisione di confisca, dipendente dal giudicato, è ravvisabile nei riguardi del terzo non partecipe al processo già definito ed ammesso a proporre incidente di esecuzione per ottenere la revoca della misura (...).

14.7. S'impongono ulteriori precisazioni. Poiché l'affermazione della responsabilità dell'imputato può intervenire in gradi diversi a seconda dello sviluppo concreto del rapporto processuale e dell'impulso che vi diano le parti con la proposizione delle impugnazioni, per sentenza di condanna deve intendersi quella emessa dal giudice di merito in primo grado - se nei successivi sia confermata o riformata soltanto in punto di pena - in grado di appello o di rinvio in ipotesi di riforma di una precedente pronuncia assolutoria. Inoltre, in situazioni di processi cumulativi sul piano oggettivo o soggettivo la medesima osservazione va riferita alla statuizione adottata per ciascun reato presupposto e nei confronti di ognuno degli imputati chiamati a risponderne. Pertanto, il momento finale di aggredibilità a fini di confisca del loro patrimonio potrebbe variare, pur nell'ambito dello stesso unico processo, in dipendenza delle vicende riguardanti i singoli capi della sentenza.

Va, infine, ribadita l'ammissibilità, pacifica per entrambi gli orientamenti interpretativi contrapposti, della confisca, quando sia offerto congruo riscontro probatorio, di beni pervenuti anche in data successiva alla sentenza come sopra individuata nei casi in cui i cespiti siano frutto del reimpiego di mezzi finanziari acquisiti in un momento antecedente alla sentenza stessa, oppure si tratti di denaro o di altri strumenti di investimento mobiliare, preesistenti alla sentenza e solo in seguito scoperti o rinvenuti, ossia di beni che si sarebbe potuto confiscare nel processo di cognizione (...).

Deve, dunque, essere formulato il seguente principio di diritto: «Il giudice dell'esecuzione, investito della richiesta di confisca ex art. 240-bis cod. pen., esercitando gli stessi poteri che, in ordine alla detta misura di sicurezza atipica, sono propri del giudice della cognizione, può disporla, fermo restando il criterio di "ragionevolezza temporale", in ordine ai beni che sono entrati nella disponibilità del condannato fino al momento della pronuncia della sentenza per il c.d. "reato-spia", salva comunque la possibilità di confisca di beni acquistati anche in epoca posteriore alla sentenza, ma con risorse finanziarie possedute prima.»

Lo scorrere del tempo rappresenta un limite al quale doverosamente ciascuno soccombe.

Il tempo che passa, tuttavia, non sradica le radici poste dalle nostre azioni e rende pertanto ancor più persistente lo stretto collegamento tra azione e reazione.

Ad ogni azione, infatti, cui, come nel caso di specie, consegue il compimento di un reato segue una reazione, consistente, talvolta, nell'applicazione di misure di sicurezza volte a dirimere e contrastare la reiterazione di un reato che, in punto di pericolosità sociale, necessita di essere prevenuta.

È, dunque, sulla base di tali prime considerazioni che si impone la pronuncia resa a Sezioni Unite dalla Corte Suprema di Cassazione in tema di confisca allargata, originariamente prevista dall'art. 12 *sexies* del d.l. 306/1992, conv. dalla l. 356/1992, e successivamente confluita nell'art. 240 *bis* c.p., a seguito dell'introduzione del principio di riserva di codice ad opera della l. n. 103/2017 ed attuato dal d.lgs. n. 21/2018.

Il Supremo Consesso fu chiamato a pronunciarsi avverso un provvedimento del 6/12/2016 emesso dal Giudice dell'esecuzione che aveva disposto il sequestro preventivo ex art. 12 *sexies* d.l. cit., di beni di proprietà e nella disponibilità dell'imputato C., condannato ex art. 73 d.P.R. 309/90. Il provvedimento *de quo* evidenziava come fosse precaria la condizione economica del condannato a ragione della percezione di redditi in sé modesti e insufficienti a garantire il tenore di vita e il mantenimento di un nucleo familiare composto da cinque persone nonché l'acquisto dei beni confiscati.

Tuttavia, sebbene le doglianze mosse dal ricorrente concernessero anche questioni processuali del tutto superate, il contrasto giurisprudenziale per il quale si è reso necessario l'intervento delle SS.UU. ha avuto origine dalla lamentata violazione dell'art. 12 *sexies* della l. n. 306/92, in relazione alla data ultima di riferimento per disporre la confisca per sproporzione. Più nello specifico, la Corte di appello non avrebbe rispettato il dato letterale della disposizione di legge che avrebbe fatto riferimento alla condanna per il reato presupposto e non alla data della sua irrevocabilità, sicché l'intervento del giudice dell'esecuzione avrebbe recuperato soltanto una potestà obbligatoria non esercitata in sede di cognizione ma sottoposta alle medesime condizioni. Seguendo questo criterio, non avrebbero dovuto essere confiscate tutte le utilità acquisite dopo il 17/5/2011 - data di pronuncia della condanna emessa dal Tribunale di Milano per il reato "spia" di cui all'art. 73 d.P.R. cit. - senza che nessuna modificazione peggiorativa, in grado di influenzare la confisca, fosse intervenuta nei gradi successivi. Orbene, il fulcro cruciale della questione riguardò dunque l'esatta individuazione del limite temporale delle acquisizioni patrimoniali rilevanti ai fini dell'applicazione della confisca *de qua*.

Un primo indirizzo interpretativo, seguito anche da parte della dottrina, riteneva che fossero confiscabili soltanto i beni esistenti al momento della pronuncia della sentenza di condanna per il reato presupposto, salvo che ulteriori valori ed utilità, pervenuti al condannato in epoca successiva, avessero costituito il reimpiego di risorse finanziarie già disponibili in precedenza; si riteneva che ammettere l'ablazione di beni acquistati dal reo dopo la sentenza di condanna avrebbe significato negare ogni distinzione fra confisca obbligatoria e confisca di prevenzione nonché riconoscere la possibilità di monitorare il patrimonio del reo attraverso indagini patrimoniali, condotte in fase di esecuzione senza limiti temporali.

Un secondo orientamento, al contrario, assumeva che la confisca atipica potesse aggredire, in sede esecutiva, anche beni pervenuti nel patrimonio del condannato fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il reato presupposto.

Il Supremo Consesso, chiamato dunque a pronunciarsi, decise di aderire al primo orientamento, spiegando in primo luogo cosa fosse la confisca in casi particolari; essa, definita “atipica”, “allargata” ovvero “estesa”, costituirebbe una peculiare misura di sicurezza posto che non colpisce il prezzo, il prodotto o il profitto del reato per il quale sia stata pronunciata condanna bensì beni del reo che, al momento del loro acquisto, siano ingiustificabili e di valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività svolta dal soggetto. Si presume, in tali casi, un illecito accumulo di ricchezza e, dunque, la conseguente accertata responsabilità per i reati di cui all'art. 240 *bis* c.p. rappresenterebbe una “spia”, un indice presuntivo della commissione di altre illecite attività; tuttavia, *“la relazione tra "reato-spia" ed elemento patrimoniale non è espressa dal legislatore in termini di produzione causale del secondo ad opera del primo, né di proporzione di valore tra i due elementi, ragione per la quale anche la collocazione temporale dell'incremento della ricchezza del condannato di per sé non assume rilievo quale criterio di selezione dei beni confiscabili”*.

In altri termini, come osservato in dottrina, la confiscabilità dei singoli beni non sarebbe esclusa per il fatto che gli stessi siano stati acquisiti in data anteriore o posteriore al reato e di conseguenza l'applicazione della misura *de qua* troverebbe la sua naturale collocazione nell'ambito del giudizio di cognizione e della pronuncia giudiziale che la definisce; ciò posto, è la previsione di tale imprescindibile condizione a dare ragione del fatto che il processo di cognizione – e non certo la fase esecutiva - costituirebbe la sede naturale ed ordinaria per imporre la confisca, unitamente alle altre statuizioni penali, in un unico contesto deliberativo.

Ed invero, *“la "destinazione funzionale" della sentenza che deve contenere la decisione anche sulla confisca trova conferma nell'impossibilità di provvedervi in sede esecutiva, quando la relativa domanda sia stata già respinta dal giudice della cognizione, o di revocarla, se disposta in quella sede”*. L'unica eccezione sarebbe ravvisabile nei riguardi del terzo non partecipe al processo già definito ed ammesso a proporre incidente di esecuzione per ottenere la revoca della misura. A tali conclusioni si giunge avallando, peraltro, l'argomento proposto dall'ordinanza della Corte Costituzionale n. 18/1996 nonché condividendo l'assunto secondo cui adottare la confisca in sede esecutiva comporterebbe ingiustificate disparità di trattamento tra soggetti che, seppur chiamati a rispondere dello stesso “reato-spia” subirebbero la privazione dei loro beni in maggior o minor pregiudizio a seconda che la confisca sia adottata in sede di cognizione ovvero in sede esecutiva.

Ricorrendo a tali condizioni una violazione dell'art. 3 Cost. posto che, secondo taluni, *“in modo illogico e privo di valida giustificazione”* tutto *“determinerebbe un differente trattamento di situazioni eguali”*, parte della dottrina e la stessa giurisprudenza ora in commento hanno tuttavia osservato che l'assenza di un collegamento cronologico tra l'ingresso nel patrimonio del soggetto di una ricchezza sproporzionata ed ingiustificata *ab origine* e l'attività criminosa consentirebbe l'applicazione illimitata della misura ablativa, in tal modo pregiudicandosi i diritti di proprietà e di iniziativa economica del destinatario, rendendogli oltremodo impossibile provare, al contrario, la natura lecita di detta provenienza.

Le Sezioni Unite ritengono pertanto doveroso individuare un punto di equilibrio tra il sacrificio dei predetti principi costituzionali e la finalità di contrasto alla criminalità lucrogenetica, rievocando ed applicando il già noto **principio della ragionevolezza temporale** secondo cui **“il momento di acquisto del bene non deve essere talmente lontano dall'epoca di realizzazione del "reato-spia" da determinare l'irragionevolezza della presunzione di derivazione da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella giudicata”** (ex multis, Sez. 1, n. 41100 del 16/04/2014, Persichella, Rv. 260529). Il criterio della ragionevolezza temporale, dunque, impedirebbe l'abnorme dilatazione della sfera di operatività dell'istituto della confisca allargata ed il monitoraggio patrimoniale della vita del soggetto e sarebbe correttamente applicato allorché si tenga conto delle caratteristiche della singola vicenda concreta e, conseguentemente, del grado di pericolosità sociale che il fatto rileva (così Corte Cost., sent. n. 33 del 2018).

Ritiene inoltre il Supremo Consesso che la ragionevolezza temporale, oltre ad aver assunto pregio anche a livello internazionale, debba essere applicato anche alle situazioni in cui l'acquisizione

patrimoniale si collochi in un momento successivo alla perpetrazione del reato spia e l'intervento ablatorio sia richiesto al giudice dell'esecuzione; pertanto, deve ritenersi anche ormai superato il principio di diritto enunciato dalla SS.UU. Montella del 2004 per il quale sarebbe indifferente il momento in cui il bene da confiscare entri nel patrimonio del soggetto ampliando l'area della confiscabilità. Al contrario, ferma restando la natura non pertinenziale della relazione tra cosa e reato e l'assenza del nesso di derivazione della prima dal secondo, vanno ritenuti confiscabili anche gli elementi patrimoniali acquisiti dopo la perpetrazione del reato, purché non distaccati da questo da un lungo lasso temporale che renda irragionevole l'ablazione e, comunque, non successivi alla pronuncia della sentenza di condanna o di patteggiamento dovendosi intendere per sentenza di condanna quella emessa dal giudice di primo grado - se nei successivi sia confermata o riformata soltanto in punto di pena - o quella in grado di appello o di rinvio in ipotesi di riforma di una precedente pronuncia assolutoria.

Alla luce di quanto finora dedotto, le Sezioni Unite dunque formularono il seguente principio di diritto:

"Il giudice dell'esecuzione, investito della richiesta di confisca ex art. 240 bis c.p., esercitando gli stessi poteri che, in ordine alla detta misura di sicurezza atipica, sono propri del giudice della cognizione, può disporla, fermo restando il criterio di "ragionevolezza temporale", in ordine ai beni che sono entrati nella disponibilità del condannato fino al momento della pronuncia della sentenza per il c.d. "reato-spia", salva comunque la possibilità di confisca di beni acquistati anche in epoca posteriore alla sentenza, ma con risorse finanziarie possedute prima".



# L'omicidio realizzato a seguito di atti persecutori: concorso di norme o reato complesso?

Argomento: Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale

(Cass. Pen., SS.UU., 26 ottobre 2021, n. 38402)

Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“1. La questione rimessa alle Sezioni Unite può essere formulata nei seguenti termini: "Se, in caso di omicidio commesso dopo l'esecuzione di condotte persecutorie poste in essere dall'agente nei confronti della medesima persona offesa, i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 concorrano tra loro o sia invece ravvisabile un reato complesso, ai sensi dell'art. 84 c.p., comma 1". (...)

La soluzione del quesito richiede a questo punto una preliminare riflessione sulla fattispecie del reato complesso, come tale nominata nella rubrica dell'art. 84 c.p., e descritta, nel comma 1 di detto articolo, quale sussunzione, come elementi costitutivi o circostanze aggravanti di un reato, di fatti di per sé costituenti autonomi reati.

4.1. (...) nel testo della norma citata si individuano chiaramente due distinte ipotesi, rispettivamente denominate in dottrina come "reato composto", costituito da elementi che di per sé integrerebbero altre figure criminose, e come "reato complesso circostanziato", nel quale, ad una fattispecie-base, distintamente prevista come reato, si aggiunge quale circostanza aggravante un fatto autonomamente incriminato da altra disposizione di legge.

La seconda di tali ipotesi è quella che evidentemente ricorrerebbe nel caso proposto alle Sezioni Unite secondo una delle interpretazioni giurisprudenziali in contrasto, per la quale il reato-base di omicidio volontario è aggravato dalla commissione di un fatto costituente il diverso reato di atti persecutori. (...)

4.2. E' in primo luogo necessario che l'elemento costitutivo o la circostanza aggravante del reato complesso abbiano ad oggetto un fatto oggettivamente identificabile come tale. Ne segue che la fattispecie in esame non ricorre allorché la norma incriminatrice, in tesi assorbente, consideri in questa prospettiva una mera qualificazione soggettiva del soggetto agente. (...)

4.3. Occorre, altresì, che il fatto di cui sopra sia inserito nella struttura del reato complesso nella completa configurazione tipica con la quale è previsto quale reato da altra norma incriminatrice. (...)

4.4. Il fatto deve, infine, essere previsto dalla norma incriminatrice, che si assume configurare un reato complesso, quale componente necessaria della relativa fattispecie astratta, non essendone rilevante l'eventuale ricorrenza nel caso concreto quale occasionale modalità esecutiva della condotta. (...)

Occorre ora verificare se i requisiti necessari per la ravvisabilità di un reato complesso, fin qui descritti, siano o meno sussistenti nella fattispecie aggravata del reato di omicidio di cui all'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, rispetto al reato di atti persecutori.

L'orientamento che propende per la conclusione negativa sul punto incentra le sue argomentazioni sulla mancanza nel caso di un elemento strutturale del reato complesso, ossia la puntuale descrizione della fattispecie tipica del reato assorbito all'interno di quella del reato assorbente. Difetterebbe in particolare, trattandosi, in tesi, nel caso in esame di un reato complesso circostanziato, la riproduzione

testuale del fatto aggravante in termini corrispondenti a quelli del fatto tipico del reato di atti persecutori. L'oggetto dell'aggravante si ridurrebbe viceversa ad un aspetto eminentemente soggettivo, inerente alla qualificazione del soggetto agente come autore di una condotta persecutoria, e quindi ad un profilo negativo della sua personalità con riguardo alla maggiore capacità criminale dimostrata.

La lettura della norma nella sua interezza fornisce, però, indicazioni di segno contrario.

Va in primo luogo attribuito il giusto rilievo al dato per il quale la fattispecie del reato di atti persecutori è richiamata nella previsione circostanziale mediante la citazione della relativa norma incriminatrice.

La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-bis c.p. è, dunque, menzionata nella previsione della circostanza aggravante attraverso l'indicazione non solo del titolo di reato, ma anche dell'autore e della vittima della relativa condotta, ossia dei soggetti fra quali l'azione persecutoria si svolge. In questi termini, la predetta fattispecie è di conseguenza inequivocabilmente riportata all'interno della fattispecie aggravatrice nella sua integrale tipicità.

L'omicidio volontario è pertanto aggravato, nell'ipotesi in esame, non per le caratteristiche personali del soggetto agente, ossia l'essere un persecutore, ma per ciò che egli ha fatto, vale a dire per il fatto persecutorio commesso. Fatto che in quanto tale, e non solo per il suo significato in termini di capacità criminale del soggetto agente, è costitutivo della fattispecie astratta di un reato a questo punto complesso nella forma circostanziata.

La fattispecie in esame presenta, in conclusione, le caratteristiche strutturali del reato complesso circostanziato, che include il reato di atti persecutori in una specifica forma aggravata del reato di omicidio. (...)

Deve in conclusione essere affermato il seguente principio di diritto: **"La fattispecie del delitto di omicidio, realizzata a seguito di quella di atti persecutori da parte dell'agente nei confronti della medesima vittima, contestata e ritenuta nella forma del delitto aggravato ai sensi dell'art. 575 c.p. e art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 - punito con la pena edittale dell'ergastolo - integra un reato complesso, ai sensi dell'art. 84 c.p., comma 1, in ragione della unitarietà del fatto". (...)**"

---

Nota di Mariarita Cupersito

Con la sentenza Cass. Pen., SS.UU., 26 ottobre 2021, n. 38402, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno esaminato la natura del delitto di omicidio aggravato per essere stato commesso dall'autore del reato di atti persecutori, dando risposta al quesito *"se, in caso di omicidio commesso dopo l'esecuzione di condotte persecutorie poste in essere dall'agente nei confronti della medesima persona offesa, i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576, comma 1, n. 5.1 c.p. concorrano tra loro o sia invece ravvisabile un reato complesso, ai sensi dell'art. 84, comma 1, c.p."*

La conclusione cui sono pervenuti i giudici di legittimità è che tale fattispecie integri un reato complesso, in ragione della unitarietà del fatto.

La pronuncia rappresenta il punto di arrivo di un dibattito interpretativo, sviluppatosi nel corso di un anno, incentrato sul rapporto tra la fattispecie di omicidio aggravato e il delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p., ma al cui centro si colloca l'istituto del reato complesso di cui all'art. 84 c.p.; la soluzione delineata dalle Sezioni Unite, infatti, si basa proprio sui profili dogmatici di tale istituto attraverso i quali si è ritenuto di dover escludere il concorso tra i reati in esame.

Un primo orientamento (Cass. pen., sez. I, 14/05/2019 n. 20786) ritiene che la circostanza aggravante di cui all'art. 576, comma 1, n. 5.1 c.p., abbia natura soggettiva in quanto fondata sull'identità dell'autore dei due reati invece che sulla relazione tra i reati stessi, concludendone che l'elemento aggravante non sia pertinente alla condotta.

Secondo tale orientamento, ai fini della configurabilità del reato complesso di cui all'art. 84, c.p., è necessaria l'interferenza fra le norme incriminatrici su un fatto oggettivo che sia comune agli ambiti applicativi delle stesse. L'attenzione normativa è dunque concentrata sui fatti, dovendosi intendere con tale espressione i profili oggettivi e non anche la relazione soggettiva tra il fatto e il suo autore, posto che il rapporto è tra eventi umani.

Questa conclusione troverebbe conferma dal raffronto tra la circostanza aggravante in questione e quella di cui al n. 5 dello stesso art. 576 c.p. (l'aver commesso il fatto "in occasione della commissione di taluno del delitti previsti dagli artt. 572, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609-quater e 609-octies") basata su un legame tra reati esplicitamente escluso nel caso di omicidio commesso dall'autore del reato di atti persecutori.

La riconducibilità del caso alla previsione dell'art. 15 c.p. sarebbe da escludersi, infine, per l'insussistenza del rapporto di specialità che la richiamata norma presuppone. Come precisato da Cass. pen., Sez. Un., n. 20664/2017, Stalla, l'art. 15 c.p. richiede che fra le norme richiamate dal caso concreto vi sia un rapporto di specialità in astratto, che pacificamente non figura fra le incriminazioni di omicidio volontario ed atti persecutori. Non assume rilievo neanche la clausola di riserva di cui all'art. 612-bis, comma 1, c.p. ("salvo che il fatto costituisca più grave reato"), data la diversità oggettiva tra il fatto che integra il delitto di cui all'art. 575 c.p. e quello riconducibile allo stesso art. 612-bis c.p., che oltretutto differiscono anche per avere rispettivamente natura istantanea e abituale.

Un secondo orientamento (Cass. Pen, sez. III, 13/10/2020, n. 30931) avalla invece l'ipotesi del reato complesso in cui la fattispecie dell'omicidio aggravato assorbe il disvalore degli atti persecutori, argomentando che ad aggravare il reato di omicidio non è la sua commissione da parte del persecutore in quanto tale, bensì che l'omicidio sia preceduto dalle condotte persecutorie.

Elemento costitutivo della circostanza aggravante è che l'autore del reato di omicidio è la stessa persona che ha compiuto gli atti persecutori ai danni della medesima vittima; ciò comporta che il reato di cui all'art. 612-bis c.p., rientri totalmente nella fattispecie aggravante e che la relativa pena sia aggravata non perché l'omicidio è commesso da un persecutore, ma perché tale delitto è preceduto da una condotta persecutoria della quale l'omicidio costituisce l'esito.

In tale prospettiva, il concorso dei due reati porterebbe invece ad addebitare per due volte il disvalore degli atti persecutori al soggetto agente.

Le Sezioni Unite hanno aderito a questo secondo orientamento, escludendo innanzi tutto la sussistenza del rapporto di specialità di cui all'art. 15 c.p. tra le due fattispecie incriminatrici.

Riprendendo le pronunce Cass. pen. Sez. Un., n. 20664/2017, Stalla, Cass. pen. Sez. Un., n. 1963/2011, Di Lorenzo, e Cass. pen. Sez. Un., n. 1235/2011, Giordano, i giudici confermano che l'applicabilità di una sola delle ipotesi incriminatrici ricorre solo nel caso in cui, confrontando le fattispecie astratte e gli elementi costitutivi che le definiscono, debba escludersi il presupposto della convergenza di norme.

I due delitti in esame, l'omicidio volontario e gli atti persecutori, non hanno elementi in comune né sotto il profilo della condotta, né dell'evento né per quanto riguarda il bene giuridico tutelato; il delitto di atti persecutori è inoltre punibile nel caso in cui il fatto non costituisca più grave reato, come può appunto considerarsi il reato di omicidio.

Esclusa l'applicazione dell'art. 15 c.p., le Sezioni Unite trovano la soluzione al quesito nell'art. 84 c.p., per la cui configurabilità così come delineato dal legislatore è richiesta la coesistenza di tre condizioni:

che la circostanza aggravante del reato complesso abbia ad oggetto *"un fatto oggettivamente identificabile come tale"*; che tale fatto sia previsto come reato da una diversa norma incriminatrice e inserito *"nella completa configurazione tipica"* nella struttura del reato complesso; che esso, infine, sia previsto dalla norma incriminatrice configurante il reato complesso *"quale componente necessaria della relativa fattispecie astratta, non essendone rilevante l'eventuale ricorrenza nel caso concreto quale occasionale modalità esecutiva della condotta"*.

Ulteriore elemento necessario per la configurabilità del reato complesso è ravvisabile nell'unitarietà dell'azione complessiva che include i fatti criminosi.

Tale unità è ravvisabile quando l'azione *"si presenta come articolata non solo nella contestualità dei singoli fatti criminosi sussunti della fattispecie assorbente, ma anche nella loro collocazione in una comune prospettiva finalistica"* escludendo i casi in cui tra i due reati vi sia un mero rapporto di contingenza o occasionalità).

Basandosi su tale ricostruzione dell'Istituto del reato complesso, le Sezioni Unite riconducono l'omicidio volontario aggravato ai sensi dell'art. 576, comma 1, n. 5.1, c.p. nell'alveo dell'art. 84 c.p. argomentando che la fattispecie del reato di atti persecutori è richiamata nella previsione circostanziale mediante la citazione della relativa norma incriminatrice, nonché che la circostanza aggravante attribuisce analogo risalto all'essere i due reati diretti contro la medesima persona, e quindi all'identità della vittima dei reati.

Le Sezioni Unite osservano poi che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-bis c.p. è riportata all'interno della fattispecie aggravante nella sua integrale tipicità. L'omicidio volontario è dunque aggravato non per le caratteristiche personali del soggetto agente, cioè l'essere persecutore, ma per la sua condotta, cioè il fatto persecutorio commesso. Tale fatto costituisce appunto la fattispecie astratta di reato complesso in forma circostanziata. *"Il fatto persecutorio è in quanto tale, e non solo per il suo significato in termini di capacità criminale del soggetto agente, (...) costitutivo della fattispecie astratta di un reato a questo punto complesso nella forma circostanziata"*, concludono i giudici. Interpretazione confermata anche nel contenuto dei lavori preparatori al d.l. 11/2009, introduttivo della circostanza aggravante esaminata: scopo del legislatore era infatti quella di punire con maggiore incisività un unico fatto inteso nel suo complesso e ritenuto meritevole di un aggravamento di pena *"per la sua oggettiva valenza criminale, ossia lo sviluppo omicidiario di una condotta persecutoria"*. La ragione di questo stesso aumento di pena previsto dall'art. 576, co. 1, n. 5.1, cod. pen., risiede nella considerazione che l'omicidio della vittima rappresenta l'esito finale di un iter criminoso scaturito proprio tramite modalità persecutorie. La Cassazione compone dunque il richiamato contrasto giurisprudenziale, concludendo che *"la fattispecie in esame presenta le caratteristiche strutturali del reato complesso circostanziato, che include il reato di atti persecutori in una specifica forma aggravata del reato di omicidio"* in cui gli atti persecutori e l'omicidio *"presentano non solo contestualità spazio-temporale, ma si pongono altresì in una prospettiva finalistica unitaria"*.

# Utilizzazione del minore e i vizi del consenso alla produzione e diffusione del materiale pedopornografico

Argomento: Dei delitti contro la personalità individuale

(Cass. Pen., SS. UU., 9 febbraio 2022, n. 4616)

Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“1. La questione rimessa alle Sezioni Unite è la seguente:

"Se, e in quali limiti, la condotta di produzione di materiale pornografico realizzata con il consenso del minore ultraquattordicenne, nel contesto di una relazione con persona maggiorenne, configuri il reato di cui all'art. 600 ter c.p., comma 1, n. 1". (...)

7. Il consenso del minore all'atto sessuale non include di per sé anche quello alla registrazione dell'attività o alle riprese di carattere intimo di natura pornografica.

Tale attività, pure riconducibile all'autonomia sessuale del minore, rappresenta un quid che si aggiunge all'atto sessuale, come già rilevato in alcune decisioni della Corte (...).

Si rende, dunque, necessario che il minore esprima il proprio consenso anche in relazione alla ulteriore attività di ripresa delle immagini.

Tale aggiuntiva richiesta potrebbe, infatti, trovare nel minore resistenze determinate, ad esempio, dal timore che il materiale realizzato possa essere successivamente diffuso, da remore di ordine morale o di altra natura.

Fino a quando non si sia proceduto alle riprese il minore rimane libero di revocare l'iniziale consenso. Se l'adulto prosegue nell'attività di ripresa o di registrazione, nonostante la revoca da parte del minore dell'iniziale consenso, ricorre senz'altro la condizione di "utilizzo" di quest'ultimo.

7.1. Il consenso del minore deve necessariamente avere riguardo, inoltre, anche alla successiva conservazione delle immagini da parte di chi le ha realizzate nell'ambito della relazione o del rapporto. (...)

7.2. A prescindere dalla autonoma rilevanza penale che la conservazione delle immagini senza il consenso del minore può assumere in relazione alla violazione del Codice in materia di protezione dei dati personali, si osserva che il mancato accordo del minore alla conservazione delle immagini specificamente incide anche sulla valutazione in ordine alla "utilizzo" del medesimo.

Il disaccordo del minore sulla conservazione dei dati, inficia, infatti, anche l'iniziale consenso di quest'ultimo alle riprese, in quanto concordate sulla base di premesse diverse in ordine ad un aspetto importante, essendo insito nella conservazione delle immagini il rischio di una loro successiva diffusione.

Per la validità del consenso del minore alla conservazione dei dati da parte dell'adulto, valgono evidentemente le considerazioni sviluppate nei precedenti paragrafi.

Si rende anche per questo aspetto necessario assicurare che il consenso del minore sia stato effettivamente consapevole e libero, scevro, cioè, da influenze da parte dell'adulto derivanti da abuso o approfittamento delle condizioni del minore stesso.

Al principio "volenti non fit iniuria" va contrapposta, infatti, l'ispirazione pubblicistica della norma penale, indice della risonanza collettiva dell'interesse alla tutela dello sviluppo psico-fisico del minore.

8. Si può conclusivamente affermare il seguente principio:

Si ha "utilizzo" del minore allorché, all'esito di un accertamento complessivo che tenga conto del contesto di riferimento, dell'età, maturità, esperienza, stato di dipendenza del minore, si appalesino forme di coercizione o di condizionamento della volontà del minore stesso, restando escluse dalla rilevanza penale solo condotte realmente prive di offensività rispetto all'integrità psico-fisica dello stesso.

9. L'ordinanza di rimessione mette, inoltre, in guardia da eventuali vuoti di tutela con riferimento al rapporto intercorrente tra il comma 1 ed i successivi commi 2, 3 e 4. dell'art. 600 ter c.p., aventi ad oggetto, questi ultimi, la circolazione e la diffusione del materiale pedopornografico.

Il riferimento contenuto in ciascuno dei commi al "materiale di cui al comma 1" potrebbe lasciare intendere, infatti, secondo l'ordinanza di rimessione, che il divieto di commercializzazione, distribuzione, divulgazione, diffusione, cessione, ecc. non possa essere esteso al materiale realizzato nell'ambito della "pornografia domestica", in quanto il comma 1 fa riferimento esclusivo al materiale prodotto attraverso l'utilizzazione del minore. (...)

9.3. Il presupposto necessario della "pornografia domestica" è, come detto in precedenza, che il materiale realizzato sia destinato a rimanere nella disponibilità esclusiva delle parti coinvolte nel rapporto.

Esso non può mai, dunque, essere posto in circolazione.

Se tale ultima condizione si avvera, il minore, ancorché non "utilizzato" nella fase iniziale, deve essere ritenuto strumentalizzato, come evidenziato anche in dottrina, successivamente, e, cioè, nella fase di cessione o diffusione delle immagini.

E, dunque, il materiale realizzato, se posto, in circolazione, deve essere ritenuto - indipendentemente dal momento della realizzazione e da chi ne procuri la diffusione - prodotto attraverso la "utilizzo" del minore.

Questa ricostruzione comporta che, se la circuitazione del materiale abusivamente prodotto è contestuale o, comunque, anche se successiva, sin dall'inizio voluta da chi lo ha realizzato, ricorre senz'altro la fattispecie dell'art. 600 ter c.p., comma 1.

Se, invece, la circolazione del materiale è frutto di successiva determinazione di chi lo ha creato, dovranno trovare applicazione i commi seguenti dell'art. 600 ter c.p.. In questo caso deve essere escluso, infatti, che possa rivivere la disposizione del comma 1, in quanto si tratterebbe di restituire tipicità ad una condotta che tipica non era al momento della realizzazione del materiale. (...)

La responsabilità dell'adulto per la successiva diffusione del materiale resterà esclusa solo per eventi imprevedibili a lui non imputabili e solo nel caso dimostri di avere adottato le necessarie cautele per scongiurarla o di non averla potuto impedire.

Se la circolazione del materiale realizzato sarà imputabile all'iniziativa esclusiva del minore, la responsabilità della circolazione incomberà su quest'ultimo. (...)

9.4. Non rileva, infine, che la richiesta di divulgazione del materiale provenga o sia comunque assentita dal minore.

Quest'ultimo, infatti, non può mai prestare validamente consenso alla circolazione del materiale realizzato, come condivisibilmente da ultimo riaffermato anche da Sez. 3, n. 5522 del 21/11/2019, cit. Ciò in quanto soggetto che presuntivamente non ha ancora raggiunto quel livello di maturità tale da consentirgli una valutazione davvero consapevole in ordine alle ricadute negative della mercificazione del suo corpo attraverso la divulgazione delle immagini erotiche, anche in considerazione del fatto che la circolazione stessa potrebbe essere ritardata nel tempo rispetto al momento della realizzazione delle immagini o dei video.

In più va considerato che, come si rileva dalla formulazione dell'art. 600 ter c.p., comma 3, l'interesse tutelato non è unicamente individuale e, cioè, circoscritto ai soli minori materialmente utilizzati, rilevando anche quello collettivo e, cioè, di tutti i minori, anche non direttamente coinvolti.

Attraverso l'art. 600 ter c.p., il legislatore ha inteso evidentemente scongiurare, infatti, che i minori siano ridotti a mero strumento di soddisfazione sessuale subendo un processo trainante di avvicinamento ad un fenomeno degradante anche per effetto della desensibilizzazione prodotta dalla visione delle immagini poste in circolazione.

10. Si deve dunque affermare il seguente principio di diritto: "La diffusione verso terzi del materiale pornografico realizzato con un minore degli anni diciotto integra il reato di cui all'art. 600 ter c.p., commi 3 e 4, ed il minore non può prestare consenso ad essa". (...)"

# Il legittimo impedimento a comparire per l'imputato agli arresti domiciliari per altra causa

Argomento: Udienza preliminare

(Cass. Pen. SS.UU., 3 marzo 2022, n. 7635)

Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“1. La questione di diritto per la cui soluzione il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite può essere così riassunta:

**"Se la restrizione dell'imputato agli arresti domiciliari per altra causa, comunicata in udienza, integri comunque un'ipotesi di legittimo impedimento a comparire, così precludendo la celebrazione del giudizio in assenza, ovvero gravi sull'imputato il previo onere di richiedere al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare l'autorizzazione ad allontanarsi dal domicilio per presenziare a detta udienza". (...)**

2. Il Collegio rimettente, ricostruiti brevemente i più salienti fatti del processo; ha così ripercorso le linee interpretative già tracciate in materia (...) con specifico riferimento alla individuazione della detenzione per altra causa quale ipotesi di legittimo impedimento a comparire dell'imputato:

- la conoscenza, da parte del giudice che procede, di un legittimo impedimento dell'imputato preclude la dichiarazione di contumacia o di assenza e, solo qualora questi consenta alla celebrazione dell'udienza in sua assenza o, se detenuto, rifiuti esplicitamente di assistervi, trova applicazione l'istituto dell'assenza di cui all'art. 420-bis c.p.p.;

- integra un'ipotesi di legittimo impedimento la detenzione dell'imputato per altra causa, anche nel caso in cui questi avrebbe potuto comunicare al giudice la condizione di limitazione della libertà personale in cui versa, in tempo utile per consentire la sua traduzione. (...)

Pertanto, qualora l'imputato sia detenuto o agli arresti domiciliari o comunque sottoposto a limitazione della libertà personale che non gli consente la presenza in udienza, poiché in tali casi è in re ipsa il legittimo impedimento, il giudice, in qualunque modo ed in qualunque tempo venga a conoscenza dello stato di restrizione della libertà, anche in assenza di una richiesta dell'imputato, deve d'ufficio rinviare il processo ad una nuova udienza e disporre la traduzione dell'imputato, salvo che non vi sia stato un espresso rifiuto dell'imputato ad assistere all'udienza". (...)

10. L'assenza può costituire, quindi, chiara espressione della abdicazione del diritto a partecipare solo ove non risulti in alcun modo la presenza di un impedimento e possa essere ricondotta univocamente ad una libera rinuncia dell'imputato ad esercitare il suo diritto. Tale condizione non sussiste in tutte le ipotesi nelle quali il giudice che procede ha conoscenza dell'esistenza di un impedimento dell'imputato a partecipare al processo a causa della limitazione della libertà personale e non sia stata manifestata da parte dell'interessato, in maniera inequivoca, la volontà di rinunciare a presenziare. In tal caso incombe al giudice procedente l'obbligo di esercitare, di ufficio e senza ulteriori sollecitazioni da parte dell'imputato, tutti i poteri che l'ordinamento gli conferisce al fine di assicurare la partecipazione dell'imputato non rinunciante. (...)

11. Sulla base dei presupposti fin qui esaminati non può che concludersi per la parificazione degli effetti delle forme di restrizione, carceraria o domiciliare, ai fini della valutazione dell'impedimento.



Il giudice che procede, nell'ipotesi in cui emerga, in qualsiasi modo, dagli atti la circostanza che l'imputato, libero nel suo procedimento, sia in condizione di restrizione di qualsiasi natura per altra causa, deve attivarsi a disporre l'ordine di traduzione, ed il rinvio del procedimento, qualora tale ordine non sia eseguibile per l'udienza già fissata - nell'ipotesi in cui tale conoscenza sia acquisita nell'immediatezza della prima udienza e non sia possibile procedere utilmente all'emissione dell'ordine per quella data - con correlato obbligo di rinnovo dell'avviso.

11.1. Nel caso in cui, invece, tale condizione non emerga dagli atti non può che farsi carico all'imputato correttamente citato, o al suo difensore, di comunicare la condizione di restrizione sopraggiunta, che abbia effetto impeditivo della libertà di accesso all'udienza. (...)

12. In assenza della comunicazione o della rilevanza dagli atti processuali della condizione di restrizione domiciliare, la corretta costituzione del rapporto processuale esclude che il successivo accertamento di tale preesistente condizione possa assumere valenza invalidante dell'attività processuale antecedente a tale conoscenza: all'impossibilità per chi procede di accertare ogni ipotetica causa di assenza, anche se non dedotta, fa da contraltare l'onere, per chi ha ricevuto notizia diretta della citazione, di veicolare al proprio giudice l'informazione inerente alla sua condizione di restrizione, onere che, in difetto di deduzione di cause impeditive della comunicazione entro la prima udienza, esclude ogni rilevanza successiva di causa di nullità, non esposta, né altrimenti nota al giudicante. (...)

13. In definitiva, al quesito posto deve darsi la seguente risposta:

**"La restrizione dell'imputato agli arresti domiciliari per altra causa, documentata o, comunque, comunicata al giudice procedente, in qualunque tempo, integra un impedimento legittimo a comparire che impone al medesimo giudice di rinviare ad una nuova udienza e disporre la traduzione". (...)"**

# Non è abnorme il provvedimento con cui il GIP non accolga la richiesta di archiviazione e restituisca gli atti al PM, perché effettui l'interrogatorio dell'indagato

Argomento: Chiusura delle indagini preliminari

(Cass. Pen., SS.UU., 24 marzo 2022, n. 10728)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, è la seguente: **"Se sia abnorme il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, decidendo sulla richiesta di archiviazione, restituisca gli atti al pubblico ministero, perché provveda all'interrogatorio dell'imputato, senza indicare ulteriori indagini da compiere"**”.

2. L'oggetto del quesito rende necessario soffermarsi preliminarmente sul concetto giuridico di abnormità, come delineato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (...). Secondo le più risalenti pronunce, è affetto da abnormità non solo il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ma anche quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite. Dunque «l'abnormità dell'atto processuale può riguardare tanto il profilo strutturale, allorché l'atto, per la sua singolarità, si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, quanto il profilo funzionale, quando esso, pur non estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo» (...).

2.2. La pronuncia più significativa (...) è costituita da Sez. U, n. 25957 del 2009, secondo la quale non è abnorme il provvedimento con cui il giudice del dibattimento - rilevata l'invalidità della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini di cui all'art. 415-bis cod. proc. pen., in realtà ritualmente eseguita - dichiari erroneamente la nullità del decreto di citazione a giudizio, disponendo la trasmissione degli atti al pubblico ministero, trattandosi di provvedimento che, lungi dall'essere avulso dal sistema, costituisce espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento e che non determina la stasi del procedimento, potendo il pubblico ministero disporre la rinnovazione della notificazione del predetto avviso. L'abnormità - si ribadisce - è ravvisabile soltanto in mancanza di ulteriori strumenti di gravame lato sensu offerti dal sistema processuale per rimediare con prontezza all'anomalia della pronuncia giudiziale; di qui il corollario che non sarebbe conforme al sistema, per le caratteristiche di assoluta atipicità e residualità del fenomeno, dilatare il concetto di abnormità per impiegarlo in modo improprio al fine di far fronte a situazioni di illegittimità considerate altrimenti non inquadrabili né diversamente rimediabili. In altri termini, l'abnormità, più che rappresentare un vizio dell'atto in sé, integra sempre e comunque uno «sviamento dalla funzione giurisdizionale», non rispondendo, dunque, al modello previsto dalla legge, ma collocandosi al di là del perimetro entro il quale è riconosciuto dall'ordinamento, sia che si tratti di un atto strutturalmente "eccentrico" rispetto a quelli positivamente disciplinati, sia che si versi in una ipotesi di atto normativamente previsto e disciplinato, ma "utilizzato" al di fuori dell'area che ne individua la funzione e la stessa ragione di essere nell'iter procedimentale, quale esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una

situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge, perché al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto). (...)

2.4. Per ciò che qui interessa, dunque, dalla delineata evoluzione della giurisprudenza delle Sezioni Unite si possono trarre due conclusioni: una più generale, nel senso che la giurisprudenza ha progressivamente ristretto l'ambito di applicazione della categoria dell'abnormità, in particolare evidenziando, per la sua configurabilità, la necessità di una stasi processuale; una più specifica, nel senso che la stasi processuale rilevante ai fini dell'abnormità si determina quando il processo non può proseguire, se non attraverso il compimento di un atto nullo da parte del pubblico ministero.

3. Gli orientamenti in contrasto richiamati nell'ordinanza di rimessione prendono entrambi le mosse da queste conclusioni.

3.1. Il primo orientamento - che reputa abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, nel rigettare la richiesta di archiviazione, restituisca gli atti al pubblico ministero perché provveda all'interrogatorio dell'imputato, senza indicare ulteriori indagini da compiere - è complessivamente più risalente nel tempo.

Esso si basa essenzialmente sull'argomento secondo cui l'interrogatorio dell'indagato non è uno strumento di indagine, ma esclusivamente uno strumento di garanzia, e ritiene contraddittorio che il giudice, da un lato, disponga un supplemento d'indagine (...), dall'altro, disponga l'espletamento di un atto (l'interrogatorio appunto), che non è un mezzo d'indagine (non avendo l'imputato alcun dovere di accusarsi o di discolarsi o di fornire elementi di riscontro alla tesi avversa): bensì soltanto di contestazione dell'accusa con finalità difensive. (...).

Conclusivamente, deve rilevarsi che, per questo primo orientamento, imporre l'interrogatorio significa imporre al pubblico ministero di compiere un atto nullo, perché esso non è un atto di indagine, presupponendo a carico dell'indagato un'accusa che sia sufficientemente definita, e non può avere un carattere "esplorativo".

3.2. Il secondo orientamento - di recente prevalente - muove dalla già illustrata descrizione del fenomeno dell'abnormità dell'atto processuale e della sua classificazione sulla base di due diversi aspetti, uno di carattere strutturale, conseguente alla non corrispondenza dell'atto al sistema normativo dovuta a difetti che lo rendono non inquadrabile negli schemi del diritto processuale, ed uno di natura funzionale, allorché, pur corrispondendo in astratto allo schema processuale, l'atto è emesso al di fuori dalle ipotesi previste e dai casi consentiti al punto da determinare una stasi irreversibile del processo. Sulla base di questa premessa, afferma che non riveste i caratteri dell'abnormità l'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari, richiesto dell'archiviazione, all'esito dell'udienza prevista dall'art. 409, comma 2, cod. proc. pen., restituisca gli atti al p.m. per il compimento dell'interrogatorio dell'indagato, unitamente a nuove indagini generiche, inutili ed impossibili, trattandosi di provvedimento che rientra strutturalmente nei poteri che l'ordinamento assegna al giudice per le indagini preliminari e potendo il pubblico ministero darvi corso nei limiti del possibile e di quanto consentito dalle norme del codice di rito, senza che ne derivi una stasi del procedimento (...).

4. Il quadro è arricchito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che muove da una ricostruzione del sistema processuale nel senso della necessaria vigilanza del giudice sul mancato esercizio dell'azione penale, a salvaguardia del principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost. (...)

5. Così ricostruito il quadro giurisprudenziale, deve ritenersi corretta l'interpretazione proposta dal secondo orientamento di legittimità (...).

5.1. (...) Invero, pur non potendosi negare che l'interrogatorio rappresenta un fondamentale momento di garanzia nell'ambito del rapporto fra il soggetto indiziato e l'autorità giudiziaria, tale atto può avere, parimenti, una valenza investigativa, contribuendo a sostanziare il compendio di elementi

acquisiti nel corso delle indagini, particolarmente ove conduca alla raccolta di elementi a carico del dichiarante, pienamente utilizzabili contra reum, come nel caso di confessione ovvero di dichiarazioni atte a smentire la valenza a discarico di eventuali altri elementi raccolti. Inoltre, l'interrogatorio - da solo o combinandosi con gli altri elementi a disposizione del giudice - può svolgere anche una funzione "ricostruttiva" in fatto, che può agevolare la decisione del giudice, anche rispetto alle prospettive di evoluzione dibattimentale dell'accusa che pure quest'ultimo deve vagliare nella scelta tra archiviare e disporre l'imputazione coatta; ciò a fortiori laddove il soggetto sottoposto alle indagini non sia stato mai escusso prima. In altri termini, la necessità che l'interrogatorio sia preceduto dalla contestazione del fatto — la cui descrizione è da intendersi con il carattere di "fluidità" propria di una contestazione formulata nel corso delle indagini — si fonda

non sulla già avvenuta cristallizzazione di un'imputazione, ma sulla necessità di garantire all'indagato di rispondere alle domande con cognizione dell'accusa ipotizzata a suo carico. Ne consegue che, ai fini della qualificazione di abnormità di cui si discute, soltanto una lettura meramente formalistica della dinamica processuale potrebbe condurre ad escludere a priori la possibile valenza ricostruttiva e/o investigativa dell'interrogatorio.

L'interrogatorio ha dunque una natura "mista", avendo una funzione non solo di garanzia, ma anche istruttoria; aspetti che finiscono in concreto per intrecciarsi (...).

5.2. Sulla natura dell'interrogatorio del pubblico ministero deve anche condividersi quanto affermato dalla dottrina, la quale evidenzia - con diversità di accenti - come proprio la fluidità dell'accusa nella fase delle indagini preliminari contribuisca ad attribuire all'interrogatorio stesso anche una funzione investigativa, allo scopo di chiarire i fatti, in modo da consentirne un più corretto inquadramento giuridico (...).

6. La soluzione interpretativa appena delineata - nel senso della non abnormità del provvedimento di rigetto della richiesta di archiviazione con restituzione degli atti al pubblico ministero perché proceda all'interrogatorio dell'indagato - si attaglia anche al caso in cui il giudice per le indagini preliminari abbia disposto l'espletamento dell'interrogatorio con riguardo ad un reato diverso da quello per cui si procedeva originariamente. (...)

7. Si deve dunque affermare il seguente principio di diritto: **"Non è abnorme il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari non accolga la richiesta di archiviazione e restituisca al pubblico ministero gli atti, perché effettui nuove indagini consistenti nell'interrogatorio dell'indagato, trattandosi di provvedimento che, non solo non risulta avulso dall'intero ordinamento processuale, ma costituisce espressione di poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento. L'abnormità va esclusa anche nel caso in cui l'interrogatorio debba espletarsi con riguardo ad un reato diverso da quello per il quale è stata richiesta l'archiviazione, essendo dovuta, in tale caso, la previa iscrizione nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen."**

# Sulla rinnovazione istruttoria in appello in caso di *overturning* sfavorevole all'imputato, laddove la prova decisiva sia divenuta impossibile

Argomento: Diritto a un equo processo

(Cass. Pen., SS. UU., 30 marzo 2022, n. 11586)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“1. La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite può essere così sintetizzata: “se, in caso di riforma in appello del giudizio assolutorio di primo grado, fondata su una diversa valutazione delle dichiarazioni ritenute decisive, l'impossibilità di procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa a causa del decesso del soggetto da esaminare precluda, di per sé sola, il ribaltamento del suddetto giudizio”. (...)

4. Il tema attiene all'obbligo di rinnovazione istruttoria in appello in caso di *overturning* sfavorevole all'imputato, così come configurato prima dalla giurisprudenza - Europea e nazionale - e successivamente dal legislatore. (...).

Gli oneri motivazionali gravanti sul giudice di appello in caso di riforma della pronuncia di primo grado sono stati puntualmente delineati già con le Sez. U, Mannino (...) secondo cui, qualora all'assoluzione segua in appello una decisione di colpevolezza dell'imputato, sul giudice incombe l'onere di dimostrare, con una rigorosa analisi, “l'incompletezza o l'incoerenza” della decisione appellata, “non essendo altrimenti razionalmente giustificata la riforma”. Successivamente la giurisprudenza si è mostrata particolarmente sensibile nel recepire le indicazioni interpretative provenienti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo che, con il leading case rappresentato da Corte EDU, 05/07/2011, Dan c. Moldavia, ha sostenuto che, in caso di superamento di una sentenza assolutoria, il giudice di appello deve procedere all'esame diretto dei testimoni, per valutarne l'attendibilità e così assicurare l'equo processo.

4.1. Con questa decisione la Corte EDU ha riconosciuto la violazione del diritto ad un processo equo, ai sensi dell'art. 6 CEDU, nel caso di *overturning* sfavorevole senza rinnovazione dell'istruttoria: più precisamente, è stata esclusa l'equità del processo se, dopo un'assoluzione in primo grado, intervenga una condanna nel giudizio di appello senza che le prove dichiarative, poste a base del primo pronunciamento, siano state nuovamente formate davanti al secondo giudice. L'equità del processo impone che l'imputato si possa sempre confrontare con i testimoni davanti al giudice che dovrà decidere, confronto che avviene con la pubblica accusa, nel contraddittorio che diventa l'elemento essenziale del processo equo. Si tratta di un orientamento presente anche in decisioni precedenti (v., Corte EDU, 08/03/2007, Danila c. Romania) e ribadito successivamente con sentenze in cui si è affermata la prevalenza dell'oralità e della sua necessaria applicazione ogni qual volta il giudice di appello intenda riformare in peius una sentenza assolutoria in base ad una rivisitazione della prova dichiarativa, puntualizzando che l'onere di esaminare direttamente i testimoni prescinde da un formale atto di impulso delle parti (cfr., Corte EDU, 26/02/2012, Gaitaranu c. Romania; Corte EDU, 05/03/2013, Manolachi c. Romania; Corte EDU, 04/07/2013, Hanu c. Romania; Corte EDU, 09/04/2013, Flueraș c. Romania).

4.2. Sono state le Sez. U, Dasgupta a sigillare un legame strettissimo con l'orientamento della Corte di Strasburgo, affermando che il giudice di appello per riformare la sentenza assolutoria e riconoscere la responsabilità penale dell'imputato deve procedere, anche d'ufficio, a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni decisive sui fatti del processo nel corso del giudizio di primo grado, precisando che qualora il "ribaltamento" della decisione avvenga solo sulla base di una diversa valutazione delle prove dichiarative, ritenute decisive, la sentenza è affetta da vizio di motivazione, seppur connesso ad una carenza istruttoria del giudizio di appello (...).

La sentenza Dasgupta ha anche affrontato il problema oggetto della questione rimessa e cioè quello dell'applicabilità della regola della necessaria rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei casi in cui l'esame del dichiarante sia divenuto impossibile, perché, ad esempio (...) medio tempore deceduto, sostenendo che, quando la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare, "non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio ex actis" (...).

5. Nella presente fattispecie occorre tenere presente che il quadro normativo di riferimento è mutato per effetto dell'introduzione del comma 3-bis dell'art. 603 c.p.p. ad opera della L. 23 giugno 2017, n. 103 (...)

6. (...) il nuovo art. 603 c.p.p. ha giustificato interpretazioni secondo cui la rinnovazione doverosa in appello avrebbe trasformato il giudizio di secondo grado avverso una pronuncia di proscioglimento in un "secondo primo giudizio" di merito, allontanandosi dal modello della revisio prioris instantiae (...). Su tali aspetti sono intervenute le Sezioni Unite, che hanno chiarito come, anche dopo l'introduzione del comma 3-bis nell'art. 603, il giudice di appello non è obbligato a disporre una rinnovazione "generale e incondizionata" dell'attività istruttoria svolta in primo grado e hanno precisato che l'attività probatoria va "concentrata solo sulla fonte la cui dichiarazione sia oggetto di una specifica censura da parte del pubblico ministero attraverso la richiesta di una nuova valutazione da parte del giudice di appello" (Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017). Inoltre, questa stessa giurisprudenza ha circoscritto l'ambito applicativo della nuova rinnovazione, affermando che essa deve consistere nella "previsione di una nuova, mirata, assunzione di prove dichiarative ritenute dal giudice di appello "decisive" ai fini dell'accertamento della responsabilità" (Sez. U, cit.), con la conseguenza che il concetto di decisività si ricava in rapporto alla rilevanza e utilità della prova stessa, in vista della decisione. (...) In ogni caso, la valorizzazione della rinnovazione può essere messa in relazione anche con la modifica dell'art. 111 Cost., soprattutto là dove garantisce all'imputato il diritto di acquisire "ogni altro mezzo di prova a suo favore", non essendovi dubbio che le regole del giusto processo si applichino anche in appello. Tuttavia, lo stesso art. 111 Cost., comma 5, prevede una deroga al principio del contraddittorio stabilendo che "nei casi regolati dalla legge la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita". (...).

7. Insomma il dato testuale dell'art. 603 c.p.p., comma 3-bis, nel caso in cui la rinnovazione si riveli impossibile, non esclude il ribaltamento della decisione assolutoria di primo grado e del resto va ribadito che le stesse Sez. U, Dasgupta (...) nell'ipotesi in cui il dichiarante sia un soggetto vulnerabile, affidano al giudice la valutazione sulla necessità di sottoporlo ad un ulteriore stress per verificare la fondatezza dell'appello contro la sentenza di assoluzione: in questo contesto il giudice viene chiamato a realizzare una sorta di ponderazione degli "interessi" contrapposti. Questo ruolo di regolatore degli "interessi" in campo, riconosciuto al giudice, lo ritroviamo anche nella giurisprudenza della Corte EDU (...).

9. Sul tema delle garanzie procedurali, che devono controbilanciare la mancanza di contraddittorio, si registra, come si è visto, una formidabile convergenza della giurisprudenza nazionale con quella Europea. La Corte di cassazione, come la Corte EDU, alla fine giustifica l'oggettiva restrizione subita

dalla difesa, a causa dell'utilizzazione di una prova sottratta alla garanzia del confronto, solo in presenza di elementi di riscontro che possano corroborare i contenuti dichiarativi unilateralmente acquisiti: l'obiettivo è l'equità del processo, più precisamente del giusto processo cui si riferisce l'art. 111 Cost. (...).

10. Può quindi formularsi il seguente principio di diritto: La riforma, in appello, della sentenza di assoluzione non è preclusa nel caso in cui la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva, oggetto di discordante valutazione, sia divenuta impossibile per decesso del dichiarante; tuttavia, la motivazione della sentenza che si fondi sulla prova non rinnovata deve essere rafforzata sulla base di elementi ulteriori, idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio, che il giudice ha l'onere di ricercare ed eventualmente acquisire anche avvalendosi dei poteri officiosi di cui all'art. 603 c.p.p., comma 3.”

# È regolare la notifica al difensore se l'imputato è irreperibile nel domicilio eletto, ma il giudice deve accertare l'effettiva conoscenza del processo a suo carico pena la nullità degli atti compiuti

Argomento: Notificazioni

(Cass. Pen., SS.UU., 14 aprile 2022, n. 14573)  
Stralcio a cura di Fabio Coppola

“1. La questione di diritto sottoposta alle Sezioni Unite è così riassumibile: «se, attestata dall'addetto al servizio postale, incaricato della notificazione della citazione a giudizio, la irreperibilità dell'imputato presso il domicilio dichiarato o eletto, sia legittima la notificazione successivamente eseguita mediante consegna al difensore a norma dell'articolo 161, comma 4, cod. proc. pen., ovvero sia necessaria l'osservanza delle modalità ordinarie ai sensi dell'articolo 170, comma 3, cod. proc. pen. ». (...)

2.2. Con specifico riguardo al tema che direttamente ci occupa, e cioè quello della notificazione della citazione a giudizio, il sistema normativo, delineato soprattutto dalla novella del 2014, è teso a garantire l'effettività della conoscenza del processo in capo all'imputato, in linea con i moniti provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha messo in luce talune criticità del sistema legale di presunzioni di conoscenza degli atti proprie dell'ordinamento processuale penale italiano. (...)

Il fondamento del sistema, introdotto con la legge n. 67 del 2014, è che la parte sia personalmente informata del contenuto dell'accusa e del giorno e luogo dell'udienza. l'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen., nell'ottica di una agevolazione del compito del giudice, ha indicato alcuni casi in cui, ai fini della certezza della conoscenza della *vacatio in iudicium*, può essere valorizzata una notifica che non sia stata effettuata a mani proprie dell'imputato, quando vi sia comunque prova della conoscenza del procedimento, determinata o dall'essere stato l'imputato l'autore di alcuni determinati atti processuali (la dichiarazione o l'elezione di domicilio ovvero la nomina di un difensore di fiducia) oppure il destinatario di misure restrittive della libertà personale (arresto, fermo, misure cautelari) o, ancora, dall'acquisizione di dati che dimostrino, con certezza, che l'imputato abbia avuto cognizione del procedimento o che si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del medesimo o dei suoi atti. Indici di conoscenza che, come affermato dalle Sezioni Unite Ismail (n. 23948 del 28/11/2019, dep. 2020,, Rv. 279420), non possono però essere interpretati come presunzioni di conoscenza, pena la innaturale regressione al sistema del processo contumaciale anteriore alla riforma del 2005, in violazione delle disposizioni convenzionali, come interpretate dalla Corte Edu. (...)

Può quindi affermarsi che le Sezioni Unite hanno fornito una lettura convenzionalmente orientata dell'art. 420-bis cod. proc. pen. in termini di effettività della conoscenza correlata all'instaurazione del processo, tecnicamente inteso, mediante un formale provvedimento di *vacatio in iudicium*. (...)

Tanto premesso. il quesito cui le Sezioni Unite sono chiamate a fornire una risposta - come espressamente messo in luce dalla Sezione rimettente - è quello di verificare se, nel caso in cui la notificazione dell'atto venga effettuata all'imputato con il mezzo della posta - anche laddove questi abbia dichiarato o eletto domicilio, ai sensi dell'articolo 161 cod. proc. pen. - l'attestazione di



irreperibilità del destinatario effettuata dall'addetto al servizio postale imponga in ogni caso, ai fini del regolare perfezionamento del procedimento di notificazione, la necessità di attivare la notifica con le modalità ordinarie, ai sensi dell'art. 170, comma 3, cod. proc. pen.

Alle Sezioni Unite è stata pertanto demandata la questione della corretta interpretazione dell'art. 170, comma 3, cod. proc. pen. nel caso di irreperibilità del destinatario a fronte di dichiarazione o elezione di domicilio (...)

In particolare, le Sezioni Unite, Marzaioli, hanno affermato che la diversità dei procedimenti di notificazione, a seconda che questo avvenga ad opera dell'ufficiale giudiziario personalmente ovvero mediante il ricorso al servizio postale, non comporta diversità di garanzie in ordine alla presunzione legale di conoscenza da parte del destinatario dell'atto e, conseguentemente, diversità del regime di nullità dei due differenti tipi di notificazione.

Il principio è affermato anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 211 del 13/05/1991 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 170 cod. proc. pen., in relazione all'art. 8, comma 2, legge n. 890 del 1982, con riferimento all'art. 24, secondo comma, e all'art. 3, primo comma, Cost., proprio in quanto non vi sarebbero l'affermata uguaglianza tra cittadini ed il pari diritto di difesa se l'una forma di notificazione fosse meno garantita, anche sotto il profilo delle nullità, rispetto all'altra.

Proprio la perfetta parità, sotto ogni profilo, dei due tipi di notificazioni, ritenuta anche dalla Corte costituzionale, spiega la mancata previsione di nullità afferenti esclusivamente a quelle a mezzo posta. (...)

10. Sulla scorta delle considerazioni espresse, ribadita la perfetta parità, sotto ogni profilo, delle due notificazioni (a mezzo posta e a mezzo ufficiale giudiziario) tale da fare ritenere valida l'attività di ricerca già svolta dall'agente postale e pienamente fidefacenti le sue attestazioni di merito (sull'argomento Sez. 2, n. 9544 del 19/02/2020, Bianchi; Sez. 2, n. 33870 del 18/6/2019, De Martino; Sez. 3, n. 7865 del 12/01/2016, Vecchi), deve ritenersi che l'articolo 170, comma 3, cod. proc. pen., nello stabilire che «qualora l'ufficio postale restituisca il piego per irreperibilità del destinatario, l'ufficiale provvede alle notificazioni nei modi ordinari», intenda far riferimento all'esigenza che la procedura prosegua secondo le due diverse e fra loro alternative modalità previste dal codice di rito: quella di cui agli articoli 159 e 160 cod. proc. pen. che prevedono nuove ricerche, finalizzate all'adozione del decreto di irreperibilità, nel caso si tratti di prima notifica

all'Imputato ex art. 157 cod. proc. pen.; quella di cui all'articolo 161, comma 4, cod. proc. pen., mediante notifica al difensore, qualora vi sia stata dichiarazione ed elezione di domicilio ex art. 161, salvo che l'Imputato, per caso fortuito o forza maggiore, non sia stato nella condizione di comunicare il mutamento del luogo dichiarato o eletto, dovendosi in tal caso applicare le disposizioni degli articoli 157 e 159 cod. proc. pen.

Tale soluzione trova conforto nella dizione letterale dell'art. 170, comma 3, cod. proc. pen.

11. Con riguardo al quesito proposto deve dunque enunciarsi il seguente principio di diritto: «nel caso di domicilio dichiarato, eletto o determinato ai sensi dell'art. 161, commi 1, 2 e 3, cod. proc. pen. il tentativo di notificazione col mezzo della posta, demandato all'ufficio postale ai sensi dell'articolo 170, cod. proc. pen. e non andato a buon fine per irreperibilità del destinatario, integra, senza necessità di ulteriori adempimenti, l'ipotesi della notificazione divenuta impossibile e/o della dichiarazione mancante o insufficiente o inidonea di cui all'articolo 161, comma 4, prima parte, cod. proc. pen. In questo caso, di conseguenza, la notificazione va eseguita da parte de/l'ufficiale giudiziario, mediante consegna al difensore, salvo che l'imputato, per caso fortuito o forza maggiore, non sia stato nella condizione di comunicare il mutamento del luogo dichiarato o eletto, dovendosi in tal caso applicare le disposizioni degli articoli 157 e 159, cod. proc. pen. » (...)

13. Occorre, quindi, verificare se la pur valida notifica, ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., della citazione a giudizio consentiva di procedere in assenza dell'imputato e di ritenere regolare la costituzione del rapporto processuale e volontaria la rinuncia alla partecipazione.

Come già indicato, la disposizione dell'articolo 420-bis, cod. proc. pen., nella lettura convenzionalmente orientata offerta dalle Sezioni Unite nelle sentenze Ismail, Lovric e Costantino, dimostra come il sistema sia incentrato sulla-effettività della conoscenza del processo da parte dell'imputato. La ritualità della notifica non è di per sé sufficiente. occorrendo la certezza della conoscenza da parte dell'imputato del contenuto dell'accusa e del giorno e luogo dell'udienza. Di conseguenza non è possibile dichiarare l'assenza, se manca il ragionevole convincimento della conoscenza effettiva del processo da parte dell'imputato. L'art. 420-quater cod. proc. pen., a riprova che il sistema è incentrato sulla effettività della conoscenza, prevede che Il giudice, quando non ha la certezza che la mancata partecipazione sia addebitabile a libera determinazione, deve disporre che l'avviso sia notificato «personalmente ad opera della polizia giudiziaria».

Il giudice, al fine di garantire che il processo in assenza sia legittimamente condotto, è, quindi, chiamato a verificare se la mancata comparizione dell'imputato sia riconducibile esclusivamente ad una sua scelta libera che consegue alla conoscenza effettiva del provvedimento di vacatio in iudicium.

La mancata presenza in udienza può, infatti, costituire chiara espressione della abdicazione del diritto a partecipare solo ove possa essere ricondotta univocamente ad una libera rinuncia dell'imputato ad esercitare il suo diritto (...)

14. Nel caso di specie dalla non controversa ricostruzione dei fatti si evince che l'imputato non ha avuto conoscenza della citazione in giudizio e non emerge ragione di una sua volontaria sottrazione alla conoscenza del processo.

Risulta infatti che si è proceduto in assenza a fronte di una notifica ex art. 161, comma 4, al difensore d'ufficio per irreperibilità del destinatario al domicilio dichiarato. È chiaro, inoltre, che non vi è stata un'effettiva instaurazione di un

rapporto professionale tra l'imputato e il difensore d'ufficio che, disertando tutte le udienze, ha mostrato disinteresse alla difesa con conseguente impossibilità di ritenere realizzate le condizioni di un rapporto di informazione tra il legale e il suo assistito che consenta di ritenere che lo stesso avesse avuto effettiva consapevolezza dell'inizio del processo a suo carico. (...)

La celebrazione del processo, in assenza delle condizioni di cui all'art. 420- bis, commi 1 e 2, cod. proc. pen., determina, in virtù dell'art. 604, comma 5-bis, cod. proc. pen., la nullità della decisione che travolge tutti gli atti successivi e comporta la regressione del procedimento al giudice di primo grado”.

---

Nota di Giovanni Russo

Cass. pen. Sez. Unite, sent. 14 aprile 2022, n. 14573

*(...) "nel caso di domicilio dichiarato, eletto o determinato ai sensi dell'art. 161 c.p.p., commi 1, 2 e 3, il tentativo di notificazione col mezzo della posta, demandato all'ufficio postale ai sensi dell'art. 170 c.p.p. e non andato a buon fine per irreperibilità del destinatario, integra, senza necessità di ulteriori adempimenti, l'ipotesi della notificazione divenuta impossibile e/o della dichiarazione mancante o insufficiente o inidonea di cui all'art. 161 c.p.p., comma 4, prima parte. In questo caso, di conseguenza, la notificazione va eseguita da parte dell'ufficiale giudiziario, mediante consegna al difensore, salvo che l'imputato, per caso fortuito o forza maggiore, non sia stato nella condizione di comunicare il mutamento del luogo dichiarato o eletto, dovendosi in tal caso applicare le disposizioni degli artt. 157 e 159 c.p.p."*

Le Sezioni Unite penali, con la sentenza in commento, hanno fornito risposta al seguente quesito: «se, attestata dall'addetto al servizio postale, incaricato della notificazione della **citazione a giudizio**, la irreperibilità

*dell'imputato presso il domicilio dichiarato o eletto, sia legittima la notificazione successivamente eseguita mediante consegna al difensore a norma dell'art. 161, comma 4, c.p.p., ovvero sia necessaria l'osservanza delle modalità ordinarie ai sensi dell'art. 170, comma 3, c.p.p.»*. La rimessione della questione al vaglio del Supremo Collegio si è resa necessaria a seguito del contrasto interpretativo, registrato dalla Sesta Sezione, in merito al rapporto esistente tra la norma dettata dall'art. 161, comma 4, c.p.p. e quella prevista dall'art. 170, comma 3, dello stesso codice, circa le concrete modalità di effettuazione della notificazione nel caso in esame.

**Per un primo e maggioritario orientamento**, deve ritenersi affetta da nullità assoluta la notificazione eseguita mediante consegna al difensore, ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p. se, dopo che l'addetto al servizio postale abbia accertato l'irreperibilità del destinatario nel domicilio dichiarato o eletto, non siano state attivate le modalità di notifica ordinarie, ai sensi dell'art. 170, comma 3, c.p.p. Tale indirizzo si fonda sulla valorizzazione del dato letterale della citata disposizione la quale, nello stabilire che “qualora l'ufficio postale restituisca il piego per irreperibilità del destinatario, l'ufficiale giudiziario provvede alla notificazione nei modi ordinari”, presupporrebbe una ridotta capacità dimostrativa dell'accertamento compiuto dall'addetto al recapito postale, rispetto a quello che è chiamato a svolgere l'ufficiale giudiziario notificatore.

Un **secondo orientamento**, invece, ritiene legittima la notificazione eseguita mediante consegna al difensore nel caso considerato, perché, ai fini dell'integrazione del presupposto dell'impossibilità di notificazione nel domicilio dichiarato o eletto, legittimante la notificazione sostitutiva presso il difensore, *ex art 161, comma 4, c.p.p.*, sono sufficienti anche solo la temporanea assenza dell'imputato al momento dell'accesso dell'ufficiale notificatore o la non agevole individuazione dello specifico luogo. Secondo tale diverso orientamento, l'ufficiale giudiziario deve invece procedere alle notificazioni “nei modi ordinari”, ai sensi dell'art. 170, comma 3, c.p.p., solo nelle ipotesi di **prima notificazione** all'imputato non detenuto.

Il punto centrale della questione di diritto demandata alle Sezioni Unite concerne quindi la corretta interpretazione dell'art. 170, comma 3, c.p.p., nel caso di irreperibilità del destinatario a fronte di dichiarazione o elezione di domicilio.

Nell'affrontare il quesito sottoposto al loro vaglio, le Sezioni Unite, dopo aver operato una puntuale ricognizione normativa delle disposizioni applicabili (art. 148 c.p.p.; art. 170 c.p.p.; art. 1 legge 20 novembre 1982, n. 890), rilevano anzitutto, attraverso il richiamo all'esegesi anche costituzionale di tale disciplina normativa, che la notificazione di atti giudiziari a mezzo posta è **del tutto equiparabile** alle notificazioni compiute personalmente dall'ufficiale giudiziario, il quale mantiene comunque la titolarità della funzione. L'art. 170 c.p.p. e legge 20 novembre 1982, n. 890, infatti, non pongono limiti alla possibilità per l'ufficiale giudiziario di “avvalersi” del servizio postale per la notificazione di atti, escludendo le sole ipotesi in cui l'autorità giudiziaria disponga che la notificazione sia eseguita personalmente dal predetto ufficiale giudiziario o in cui il rispetto di determinate forme sia incompatibile con il ricorso al mezzo postale.

Ribadita, dunque, la **perfetta parità**, sotto ogni profilo, delle due notificazioni (a mezzo posta e a mezzo ufficiale giudiziario), tale da fare ritenere valida l'attività di ricerca già svolta dall'agente postale e pienamente fidefacenti le sue attestazioni di merito, le Sezioni Unite procedono a chiarire il significato da attribuire all'art. 170, comma 3, c.p.p. nella parte in cui stabilisce che “qualora l'ufficio postale restituisca il piego per irreperibilità del destinatario, l'ufficiale provvede alle notificazioni nei modi ordinari”.

Al riguardo, le Sezioni Unite, in linea con quanto già precisato in arresti precedenti (si veda Sez. Un. sent. 22 giugno 2017, n. 58120, Tuppi; Sez. Un. sent. 27 marzo 2008 n. 19602), ribadiscono come la norma, a ben vedere, faccia riferimento all'esigenza che, nell'evenienza considerata, la procedura prosegua, a seconda dei casi, secondo le due diverse e fra loro alternative modalità previste dal codice di rito: quella di cui agli artt. **159 e 160 c.p.p.** che prevedono **nuove ricerche**, finalizzate all'adozione

del decreto di irreperibilità, quando si tratti di **prima notifica** all'imputato *ex art. 157 c.p.p.*; e quella di cui all'art. **161 c.p.p., comma 4**, mediante notifica al difensore, qualora vi sia stata dichiarazione o elezione di domicilio e la notificazione al domicilio dichiarato o eletto sia divenuta "impossibile" ovvero sia mancata o sia stata "insufficiente" o "inidonea" la dichiarazione e l'elezione del domicilio.

Le Sezioni Unite si soffermano quindi sulla nozione di "impossibilità" della notifica e su quella di "inidoneità" della dichiarazione e dell'elezione del domicilio, richiamate rispettivamente dall'art. 161, comma 4, prima e seconda parte, c.p.p., quali presupposti legittimanti il ricorso alla notifica sostitutiva presso il difensore. Per quanto concerne la prima nozione, in sintonia con la precedente e maggioritaria giurisprudenza puntualmente richiamata in sentenza (Sez. Un. sent. 22 giugno 2017, n. 58120, Tuppi; Sez. Un., sent. 28 aprile 2011, n. 28451, Pedicone), il Supremo Collegio ribadisce che *«per integrare il presupposto di una "impossibilità" della notifica è sufficiente l'attestazione di mancato reperimento dell'imputato nel domicilio dichiarato - o del domiciliatario nel domicilio eletto - non occorrendo alcuna indagine che attesti la irreperibilità dell'imputato, doverosa solo qualora non sia stato possibile eseguire la notificazione nei modi previsti dall'art. 157, come si desume dall'incipit dell'art. 159 c.p.p. Di conseguenza anche la temporanea assenza dell'imputato o la non agevole individuazione dello specifico luogo indicato come domicilio abilitano l'ufficio preposto alla spedizione dell'atto da notificare a ricorrere alle forme alternative previste dall'art. 161 c.p.p., comma 4»*. Per quanto concerne invece la nozione di "inidoneità" della dichiarazione e dell'elezione di domicilio, le Sezioni Unite, *«in linea con il comune significato linguistico del vocabolo»*, affermano che essa deve ritenersi tale *«non solo quando è praticamente "impossibile" la notificazione nel luogo indicato, ma anche quando, per cause diverse dal caso fortuito e dalla forza maggiore, le stesse non sono "funzionali" ad assicurare il pronto ed efficace esito positivo dell'adempimento comunicativo»*. Tuttavia, quando l'imputato, per caso fortuito o forza maggiore, non sia stato nella condizione di comunicare il mutamento del luogo dichiarato o eletto, si applicano le disposizioni degli artt. 157 e 159 c.p.p., come espressamente stabilito dall'art. 161, comma 4, ultima parte, c.p.p.

Di qui, dunque, l'affermazione del **principio di diritto** richiamato nell'epigrafe del presente contributo.

Occorre tuttavia evidenziare come le Sezioni Unite, nell'analizzare le ricadute applicative dei principi affermati al caso concreto, abbiano comunque annullato senza rinvio la sentenza impugnata sul rilievo che, pur dovendosi ritenere valida la **notifica della citazione a giudizio** eseguita presso il difensore (nominato d'ufficio), la mancata comparizione dell'imputato in udienza non fosse riconducibile esclusivamente ad una sua scelta libera, conseguente alla conoscenza effettiva del provvedimento di *vocatio in iudicium*. E infatti, posto che la disposizione dell'art. **420-bis c.p.p.**, nella lettura convenzionalmente orientata offerta a più riprese dalla Suprema Corte (Sez. Un., sent. 30 settembre 2021, n. 7635, Costantino; Sez. Un., sent. 26 novembre 2020, n. 14498, Lovric; Sez. Un., sent. 28 novembre 2019, n. 23948, Ismail), dimostra come il sistema di notifiche introdotto con la legge 28 aprile 2014, n. 67 sia incentrato sulla effettività della conoscenza del processo da parte dell'imputato, la ritualità della notifica non è di per sé sufficiente, occorrendo invece la **certezza della conoscenza** da parte dell'imputato del contenuto dell'accusa e del giorno e luogo dell'udienza. Di conseguenza, se manca il ragionevole convincimento della conoscenza effettiva del processo da parte dell'imputato, non è possibile dichiararne l'assenza.

Nello specifico, si era proceduto *in absentia* a fronte di una notifica al **difensore d'ufficio** per "irreperibilità" del destinatario al domicilio eletto, senza che però vi fosse stata un'**effettiva instaurazione di un rapporto professionale** tra l'imputato e il difensore medesimo. Quest'ultimo, disertando tutte le udienze, aveva anzi mostrato disinteresse alla difesa, con conseguente impossibilità di ritenere realizzate le condizioni di un rapporto di informazione tra il legale e il suo assistito tale da poter far ritenere che lo stesso avesse avuto effettiva consapevolezza dell'inizio del processo a suo carico.

Da ultimo, appare utile evidenziare che la recente legge delega del 27 settembre 2021, n. 134 (c.d. “riforma Cartabia”) è intervenuta, tra le altre cose, anche sulla disciplina delle notifiche con l’obiettivo, da un lato, di rendere le procedure di notificazione più efficienti e tempestive e, dall’altro, di garantire maggiormente che l’imputato abbia la certezza della pendenza del processo a suo carico. La materia è quindi destinata ad essere innovata con l’entrata in vigore del decreto attuativo della delega, il cui schema è stato, in verità, recentemente approvato dal Consiglio dei ministri e risulta attualmente all’esame delle commissioni parlamentari competenti.

# Notifica alla p.o. della richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari nei delitti commessi con violenza alla persona

Argomento: Notificazioni

(Cass. Pen., SS.UU., 3 maggio 2022, n. 17156)

Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“1. Le questioni di diritto per le quali il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite sono formulate nei seguenti termini:

«Se, nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, la richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari di cui all'art. 299, comma 4-bis, cod. proc. pen. debba essere notificata, a cura della parte richiedente, alla persona offesa anche in mancanza di dichiarazione ed elezione di domicilio».

«Se, ai fini dell'obbligo della notificazione suddetta, sia richiesta o meno l'esistenza di un pregresso rapporto tra autore del reato e vittima o la sussistenza di un concreto pericolo di recidiva specificamente riferita a quest'ultima e se, quindi, in caso di reato di omicidio, per persone offese, cui deve essere effettuata la notifica, possano intendersi anche gli eredi della vittima». (...)»

4. Le questioni devolute attengono sostanzialmente all'ambito applicativo del vigente art. 299, comma 4-bis, secondo periodo, cod. proc. pen., aggiunto, unitamente al secondo periodo del precedente comma 3, dall'art. 2 d.l. 14 agosto 2013, n. 93, (...). (...)

7. (...) Con riguardo alla prima questione si contrappongono, come segnalato con l'ordinanza di rimessione, distinti orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

7.1. Un primo orientamento "estensivo" procede da una prospettiva di ampia tutela delle facoltà della vittima del reato in rimarcata coerenza con la Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, che persegue la finalità di «garantire che le vittime di reato ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali» e prevede che «Gli Stati membri assicurano che le vittime siano riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile, personalizzata, professionale e non discriminatoria, in tutti i contatti con servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa o con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale [...]» (art. 1). (...)

7.2. Nell'ambito di questo orientamento si sostiene anche l'opzione ermeneutica che, procedendo dal criterio della "esigibilità" dell'adempimento dell'obbligo a carico dell'istante, ritiene necessaria la compiuta ed effettiva identificabilità della persona offesa sulla base dei dati ricavabili dagli atti presenti nel fascicolo processuale, a prescindere dalla nomina di un difensore di fiducia ovvero dalla dichiarazione o elezione di domicilio. (...)

7.3. L'opposto orientamento, che esclude - nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona - l'inammissibilità dell'istanza di revoca o di modifica della misura cautelare non notificata alla persona offesa che non abbia provveduto a nominare un difensore o ad effettuare dichiarazione o elezione di domicilio, (...) evidenzia l'assoluta chiarezza dell'inciso «salvo che [...]», che precede il

riferimento all'ipotesi in cui la persona offesa, in mancanza di difensore, «non abbia provveduto a dichiarare o a eleggere domicilio», annotando che esso «non può essere inteso, a meno di non stravolgere la lingua italiana, nel senso che serve a distinguere le modalità di notifica dell'istanza». (...)

Si evidenzia, in particolare, che l'onere dell'avviso condiziona l'istanza di libertà e quindi - in concreto - l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'indagato o dell'imputato, oltre al loro interesse a non vedere ingiustificatamente negato o sospeso l'esame delle richieste in una materia così delicata quale quella della libertà personale, con la conseguente necessità di un «contemperamento di due diversi ordini di beni tutelati e costituzionalmente rilevanti», e specificamente dei diritti di libertà e difesa delle persone indagate o imputate e dei diritti di tutela della vita privata, dell'incolumità personale e dell'esercizio delle proprie facoltà da parte delle persone offese. (...)

8. Il Collegio ritiene che meriti adesione il secondo orientamento con le integrazioni e precisazioni che seguono.

8.1. Punto di partenza dell'analisi è l'apprezzamento della formulazione testuale dell'art. 299, comma 4-bis, cod. proc. pen. (...) e segnatamente dell'inciso («salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio») contenuto nell'ultima parte del secondo periodo della norma, così, per l'intero, formulato: «La richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti di cui al comma 2-bis del presente articolo, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente, ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio». (...)

8.2. Le Sezioni Unite, che sotto diversi aspetti si sono occupate del tema dell'interpretazione della legge, hanno sottolineato che l'interpretazione letterale rappresenta «il canone ermeneutico prioritario per l'interprete» e hanno puntualizzato che «l'ulteriore canone dato dall'interpretazione logica e sistematica soccorre e integra il significato proprio delle parole, arricchendole della ratio della norma e del suo coordinamento nel sistema nel quale va ad inserirsi», senza potere, tuttavia, servire per «andare oltre quello letterale quando la disposizione idonea a decidere la controversia è chiara e precisa» (...). (...)

9. Deve, conseguentemente essere enunciato, a norma dell'art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen., il seguente principio di diritto sulla prima questione rimessa:

«Nei procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona, la richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare deve essere notificata, a cura del richiedente, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza, alla persona offesa, a condizione, in quest'ultimo caso, che essa abbia dichiarato o eletto

10. Composto il contrasto sulla prima questione, può procedersi all'esame del secondo quesito.

Esso si articola in due sotto-quesiti.

Il primo attiene alla necessità o meno, ai fini dell'obbligo della notificazione della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare, dell'esistenza di un pregresso rapporto tra autore del reato e vittima ovvero della sussistenza di un concreto pericolo di recidiva riguardante specificamente quest'ultima, e il secondo è riferito all'individuabilità delle persone offese, alle quali deve farsi la già menzionata notificazione, negli eredi della vittima.

10.1. La Sezione rimettente ha rappresentato, a conforto della rimessione della relativa questione, che si imponeva un chiarimento del tema concernente la peculiarità della fattispecie in esame, attenendo la vicenda cautelare a un addebito omicidiario e avendo il Tribunale del riesame affermato (...) che la nozione di «vittima» comprende, non solo la persona fisica che abbia subito un pregiudizio fisico,

mentale, emotivo o economico a causa di reato, ma anche i familiari della persona la cui morte sia stata causata direttamente da un reato e che abbiano patito conseguente analogo pregiudizio. (...)

10.2. Il primo sotto-quesito suppone un preliminare richiamo all'operata ricognizione del quadro normativo di riferimento (art. 299, comma 4-bis, cod. proc. pen.) e dell'articolato contesto normativo, nazionale e sovranazionale, in cui l'indicata norma si colloca (...) e all'esito di tale ricognizione conducente all'individuazione del riferimento – (...) - alla categoria dei «procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona», introdotta nel codice dalla legge n. 119 del 2013 per indicare le persone offese destinatarie di specifici diritti informativi nell'ambito del procedimento cautelare. (...)

10.3. Il secondo sotto-quesito, relativo agli "eredi" della persona offesa, rinviene la sua soluzione in quanto fin qui detto e nella previsione dell'art. 90, comma 3, cod. proc. pen., nel testo vigente a seguito dell'inserimento della sua seconda parte ad opera dell'art. 1, lett. a), n. 2, d.lgs. n. 212 del 2015. (...)

11. Si afferma, conclusivamente, il seguente principio di diritto sulla seconda questione rimessa:

«In ragione delle finalità eminentemente informative e partecipative al processo della notifica di cui all'art. 299, comma 4-bis, cod. proc. pen., essa, in caso di decesso della persona offesa in conseguenza del reato, deve essere effettuata, con le stesse modalità previste per la vittima, ai prossimi congiunti o alla persona a quella legata da relazione affettiva e stabilmente convivente». (...)

---

Nota di Rosaria Mariagrazia Fiorentino

Nella tradizione penalistica dell'Europa continentale per lungo tempo si è affermato il brocardo *societas delinquere non potest* ritenendosi che soggetto attivo del reato possa essere solo una persona fisica.

Nel nostro ordinamento la non configurabilità di una responsabilità penale delle persone giuridiche è stata desunta dal principio costituzionale di cui all'art. 27 che, consacrando la natura personale della responsabilità penale, postula un coefficiente di partecipazione psichica in capo all'autore idonea a giustificare una risposta sanzionatoria.

Ma dinanzi al crescente fenomeno di delinquenza societaria sulla scorta di scelte generali di organizzazione o di politica dell'impresa nasce l'esigenza di scelte di criminalizzazione intese a coinvolgere anche la persona giuridica come responsabile della condotta societaria penalmente rilevante.

Nel tentativo di conciliare le esigenze di criminalizzazione con il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale si è giunti alla disciplina dettata dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Dopo il richiamo in materia di importanti principi di matrice penalistica come legalità e tassatività, la norma precisa che *“l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso”* (art.5 lett lettera a) nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (cd. soggetti in posizione apicale), oltre che da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti appena indicati (cd. sottoposti), salvo che non ricorra una delle cause di esclusione puntualmente delineate all'art.6.

La riforma dei reati tributari introdotta con la legge di conversione del decreto fiscale ha inserito l'articolo 25-*quinquiesdecies* per cui sono illeciti amministrativi connessi alla commissione dei delitti di dichiarazione fraudolenta (artt. 2 e 3, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) l'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8), l'occultamento o la distruzione di documenti contabili



(art. 10), la sottrazione fraudolenta al pagamento d'imposte (art. 11) prevedendo le relative comminatorie edittali per la sanzione pecuniaria aggravabili se l'ente ne ha tratto un profitto di rilevante entità e l'applicabilità delle sanzioni interdittive ex articolo 9, comma 2, lett. c), d) ed e), d.lgs. 231/2001.

Tale riforma trova la sua origine nella direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017 nota come direttiva PIF (**Protezione Interessi Finanziari**) il cui scopo è non solo quello di conformare il nostro ordinamento ai criteri contenuti nella direttiva europea con l'ampliamento di fattispecie di reato dirette a garantire interessi finanziari dell'Unione ma di introdurre all'interno dei sistemi penali degli Stati membri forme di responsabilità giuridica a carico degli Enti con riguardo alle ipotesi di reato più gravi contro il **sistema comune dell'IVA**, agganciando il concetto di "gravità" al **carattere transfrontaliero delle condotte illecite**.

Su tale scia si pone la recente sentenza di legittimità nella quale la Corte di Cassazione è stata chiamata a considerare in merito all'applicazione *in subiecta materia* confermando per la prima volta l'applicazione dell'illecito previsto dagli artt. 5 lett. a), 6 lett. a), 25-*quinquiesdecies* d.lgs. 8 giugno 2001 n.231 verso una società di capitali i cui amministratori sono stati condannati per il reato di cui all'art.2 d.lgs 10 marzo 2000, n.74.

Nel caso di specie, alla DHL Supply Chain S.p.a. veniva contestato il reato di dichiarazione fraudolenta ai fini IVA perché gli amministratori della medesima avvalendosi di fatture per operazioni giuridicamente inesistenti e simulando contratti d'appalto invece di contratti di somministrazione di manodopera indicavano elementi passivi fittizi nelle dichiarazioni IVA per un ammontare complessivo pari a circa 20 milioni di euro.

Di qui il sequestro preventivo disposto dal GIP del Tribunale di Milano finalizzato alla confisca dei beni per la commissione di reati tributari da parte degli amministratori reati dai quali la società aveva conseguito un ingente vantaggio patrimoniale.

E il Tribunale del riesame aveva confermato il provvedimento cautelare reale emesso.

Di qui il ricorso in Cassazione per violazione di legge dell'interpretazione e dell'applicazione dell'art.2, comma 1 e dell'art.1, comma 1, lett. b), d. lgs. 74/2000; violazione di legge degli artt.1704, 1705 e 2602 ss. c.c., e dell'art.42, comma 2, del "CCNL logistica, trasporto merci e spedizione 2016-2019" del 3 dicembre 2017; violazione o erronea applicazione delle leggi e di altre norme giuridiche necessarie per la corretta qualificazione delle prestazioni fornite alla società e l'illegittimità della ordinanza impugnata per inosservanza o erronea applicazione dell'art.12-*bis* d.lgs. 74/2000.

La Suprema Corte, ritenendo tra loro strettamente collegati i quattro i motivi, li esamina congiuntamente e preliminarmente ritiene che l'*iter* utilizzato dal Tribunale cautelare per giungere alla censurata decisione sia del tutto "*esemplare per tecnica espositiva, per impostazione sistematica delle questioni risolte e per il conseguente contenuto della pronuncia, avendo i giudici della cautela affrontato funditus tutte le doglianze sottoposte al loro vaglio mediante la precisa e diffusa indicazione delle ragioni per le quali hanno ritenuto di confermare il decreto di sequestro impugnato*" avendo tenuto conto di tutte le dichiarazioni annuali IVA presentate, esiti delle intercettazioni attivate, documentazioni contabili ed extra.

Di fatto risultava una "*simulazione del contratto di appalto stipulato con una società terza e la sua strumentalità a realizzare una intermediazione di manodopera, in considerazione della simulazione a cascata dei subappalti correlativi e la loro riconduzione ad una somministrazione di manodopera da parte delle cooperative finali*".

Una strategia di "serbatoi di manodopera" funzionale a esigenze gestionali del "sistema" che aveva creato un *fumus criminis*.

Il giudice di legittimità rinviando ad alcune sue pronunce ha, inoltre, sostenuto "*come nell'interposizione di manodopera, se vi è illiceità dell'oggetto e se la natura del contratto tra committente e datore di lavoro terzo è fittizia, il committente, non solo non potrà detrarre l'Iva, ma avrà anche l'obbligo di eseguire degli adempimenti fiscali in qualità*

*di sostituto d'imposta. Nel pervenire a tali conclusioni, è stato affermato che, in tema di divieto d'intermediazione di manodopera, in caso di somministrazione irregolare, schermata da un contratto di appalto di servizi, va escluso il diritto alla detrazione dei costi dei lavoratori per invalidità del titolo giuridico dal quale scaturiscono, non essendo configurabile una prestazione dell'appaltatore imponibile ai fini Iva”.*

*In più “non si è mai dubitato che l'indicazione di elementi passivi fittizi nella dichiarazione, avvalendosi di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, anziché relative ad operazioni oggettivamente inesistenti, non incide sulla configurabilità del reato di dichiarazione fraudolenta previsto dall'art. 2 del D. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, il quale, nel riferirsi all'uso di fatture o altri documenti concernenti operazioni inesistenti, non distingue tra quelle che sono tali dal punto di vista oggettivo o soggettivo (Sez. 3, n. 4236 del 18/10/2018, dep. 2019, Di Napoli, Rv. 27569201; Sez. 3, n. 30874 del 02/03/2018, Hugony; Rv. 273728), con la conseguenza che il delitto di frode fiscale ex art. 2 D. lgs. n. 74 del 2000 è astrattamente configurabile nel caso di intermediazione illegale di manodopera, stante la diversità tra il soggetto emittente la fattura e quello che ha fornito la prestazione. Da ciò discende pure la configurabilità del concorso di reati fra la contravvenzione di intermediazione illegale di mano d'opera (art. 18 D. lgs. n. 276 del 2003) ed il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti, nel caso di utilizzo di fatture rilasciate da una società che ha effettuato interposizione illegale di manodopera”.*

*E sul tema dell'indetraibilità dell'Iva, come è stato reiteratamente precisato dalla Sezione tributaria “se vengono emesse fatture per operazioni inesistenti, l'imposta è dovuta per l'intero ammontare indicato o corrispondente alle indicazioni della fattura è esplicita nel senso di imporre il versamento dell'imposta, ma di precluderne la detrazione”.*

*Pertanto, il diritto alla detrazione dell'IVA non può prescindere dalla regolarità delle scritture contabili ed in particolare dalla fattura che è considerata documento idoneo a rappresentare un costo dell'impresa.*

*In particolare, secondo il Supremo Collegio il beneficio è stato conseguito avendo “il committente, attraverso un appalto non genuino, azionato il diritto alla detrazione dell'Iva dopo aver articolato un meccanismo in forza del quale, attraverso il pagamento di fatture per “finti” appalti di opere e servizi, ha “scaricato” l'Iva da un consorzio che, a sua volta, ha “scaricato” il tributo dalle cooperative consorziate che l'avrebbero dovuto versare allo Stato ed invece, dopo qualche anno, hanno cessato l'attività, rimanendo in debito verso l'erario, che è risultato impedito nel recupero dell'imposta, con conseguente accollo dell'evasione fiscale alla collettività”.*

*Tale vantaggio ha fatto ritenere sussistenti “tutti i presupposti fattuali e giuridici della ipotizzata responsabilità della società ricorrente ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 25-quinquiesdecies risultando infondato il primo motivo di ricorso e manifestamente infondati o non consentiti gli altri.”*

# Particolare tenuità del fatto: applicabile anche al reato continuato in presenza di determinate condizioni

Argomento: Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena

(Cass. Pen., SS.UU., 12 maggio 2022, n. 18891)  
Stralcio a cura di Raffaele Vitolo

“1. La questione di diritto sottoposta all'esame delle Sezioni Unite è stata formulata nei termini di seguito indicati: "Se la continuazione tra i reati sia di per sé sola ostativa all'applicazione della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, ovvero lo sia solo in presenza di determinate condizioni". (...)

2.1. Un primo indirizzo interpretativo, inizialmente dominante, esclude la compatibilità tra la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto e la continuazione, ritenendo che ogniquale volta si sia in presenza di un reato continuato non possa farsi luogo all'applicazione dell'istituto previsto dall'art. 131-bis c.p. (...). L'incompatibilità tra i due istituti viene affermata muovendo dall'assunto che il vincolo della continuazione appare espressione di un "comportamento abituale" per la reiterazione di condotte penalmente rilevanti, ossia di una forma di "devianza non occasionale", di per sé ostativa al riconoscimento della non punibilità in quanto priva di quel carattere di trascurabile offensività che, di converso, deve caratterizzare "il fatto", ove lo si voglia sussumere nel paradigma normativo di cui al richiamato art. 131-bis. (...) Alcune decisioni, in particolare, affermano che, in caso di ripetuta violazione della stessa norma incriminatrice o di diverse disposizioni penali "sorrette dalla medesima ratio puniendi", il fatto deve essere considerato complessivamente nella sua "dimensione plurima", ciò che lo connota di "una gravità tale da non potere essere considerato di particolare tenuità" (...)

2.2. (...) Tale diversa impostazione ermeneutica muove dal rilievo che "non vi può essere una identificazione tout court tra continuazione e abitudine nel reato" e che "la condizione ostativa costituita dalla commissione di più reati della stessa indole non appare per nulla sovrapponibile all'ipotesi del reato continuato, bensì risponde all'intento di escludere dall'ambito di applicazione della nuova causa di non punibilità comportamenti espressivi di una sorta di "tendenza o inclinazione al crimine". (...)

6.3. (...) Se, infatti, non è automaticamente ravvisabile alcuna identità fra il reato continuato e l'abitudine, né alcuna sovrapposizione tra la continuazione e tutte quelle situazioni in cui sia riconoscibile una pluralità di reati della stessa indole, nel senso che la prima non necessariamente si compone dei secondi, ne discende con evidenza, a corollario di tali premesse argomentative, il superamento del principale ostacolo che l'orientamento giurisprudenziale qui criticato frappone alla compatibilità tra i due istituti della continuazione e della causa di esclusione della punibilità in esame, residuando l'analisi di un delicato punto d'intersezione tra le dinamiche funzionali delle rispettive discipline nei soli casi in cui - come più avanti meglio si vedrà - vengano concretamente in rilievo almeno tre reati della stessa indole (...). Nel delineare la terza condizione preclusiva di cui all'art. 131-bis, comma 3, cit., la novella legislativa non ha ripreso l'inciso "anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità", utilizzandolo invece con riferimento alla sola ipotesi della

pluralità di reati della stessa indole: muovendo da una prospettiva esegetica orientata in senso logico-sistematico è plausibile ritenere, pertanto, che il legislatore abbia attribuito al giudice la possibilità di verificare la particolare tenuità dei singoli reati avvinti dalla continuazione, per escludere la sussistenza di quella condizione ostativa ed applicare, di conseguenza, la causa di non punibilità quando essi, in concreto, non risultino meritevoli di sanzione penale all'esito di una valutazione condotta sulla base dell'insieme dei criteri direttivi indicati nell'art. 131-bis. (...)

7.3. Al riguardo, un criterio direttivo utilizzabile, in linea generale, al fine di una corretta individuazione dei caratteri di unità o pluralità delle diverse fattispecie concrete, può ricavarsi dalle argomentazioni svolte da questa Corte per definire con riferimento all'ipotesi del concorso formale di più reati di resistenza a pubblico ufficiale - il concetto di azione unica, nella quale vanno ricompresi tanto i casi in cui l'azione si risolva in un "atto unico" (conforme alla condotta normativamente prevista), quanto i casi in cui l'azione si realizzi attraverso il compimento di una "pluralità di atti" che siano contestuali nello spazio e nel tempo ed abbiano un fine unico, purché l'apprezzamento di tali caratteri (ossia la contestualità degli atti e la unicità del fine) venga effettuato in concreto, attraverso un rigoroso raffronto della fattispecie astratta descritta dalla norma. (...)

8.1. (...) 8.2. Siffatta impostazione ermeneutica, però, se esclude, per un verso, l'incompatibilità strutturale tra il concorso formale e la disposizione di cui all'art. 131-bis c.p., per altro verso non consente di ritenere preclusa la possibilità di ricondurre in concreto il reato continuato alla categoria della particolare tenuità del fatto quale presupposto logico-giuridico per la configurabilità della relativa causa di esclusione della punibilità: ragioni di coerenza logico-sistematica e di unicità della direzione teleologica impressa alle singole azioni od omissioni esecutive del medesimo disegno criminoso impongono di considerare anche l'ipotesi disciplinata nell'art. 81 c.p., comma 2, come "unitaria". (...)

10.2. (...) Principio di diritto, questo, applicabile anche alla disciplina del reato continuato, che a sua volta presuppone, sul piano naturalistico, una pluralità di violazioni riconducibili ad una dimensione unitaria, dunque non occasionale, in ragione di un disegno operativo unitario che salda fra loro le diverse azioni illecite. Ne discende che, a fronte di tali evenienze, l'applicazione della causa di non punibilità dovrà ritenersi preclusa nel momento in cui risultino a carico dell'autore almeno tre reati della stessa indole, avvinti fra loro dal nesso della continuazione. (...)

10.4. (...) La continuazione "diacronica", in particolare, si verifica quando vengano in rilievo delitti commessi all'interno di sequenze spazio-temporali distanti tra loro, sicché risulta difficile, in concreto, individuare possibili margini di applicazione per la particolare tenuità del fatto, in quanto la reiterazione di condotte delittuose in distinte occasioni, presupponendo singole violazioni a sostegno di ciascuna azione, dimostrerebbe una pervicacia criminale che non consentirebbe di stimare il fatto come occasionale.

Nella diversa ipotesi in cui la continuazione risulti "sincronica", ossia tra delitti realizzati nelle medesime circostanze di tempo e di luogo, la particolare tenuità del fatto non potrebbe ritenersi con essa incompatibile, in ragione della estemporaneità dell'azione illecita. Nella continuazione sincronica, infatti, sarebbe l'unitarietà del contesto in cui sono poste in essere le diverse condotte a conferire unità sostanziale alla volontà criminosa che le sorregge, esprimendo sotto tale profilo un minor coefficiente di disvalore del fatto, dal momento che l'agente si pone una sola volta contro l'ordinamento. (...)

11. (...) Da un lato, l'ordinamento mira ad attenuare il rigore sanzionatorio del cumulo materiale, sostituendo ad esso il diverso regime del cumulo giuridico nell'ipotesi in cui i reati commessi con più azioni od omissioni siano il frutto di un'unica determinazione del soggetto attivo. Dall'altro lato, si persegue la finalità di mandare esenti da pena quei fatti che, nella loro concreta realizzazione, appaiano caratterizzati da un grado minimo di offensività e, dunque, non meritevoli di applicazione in concreto della sanzione, in ossequio ai principi di extrema ratio e proporzionalità della reazione punitiva da parte dell'ordinamento. (...)

12. In conclusione, la questione posta dall'ordinanza di rimessione va risolta enunciando i seguenti principi di diritto:

- "La pluralità di reati unificati nel vincolo della continuazione non è di per sé ostativa alla configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131-bis c.p., salve le ipotesi in cui il giudice la ritenga idonea, in concreto, ad integrare una o più delle condizioni tassativamente previste dalla suddetta disposizione per escludere la particolare tenuità dell'offesa o per qualificare il comportamento come abituale";

- "In presenza di più reati unificati nel vincolo della continuazione, la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto può essere riconosciuta dal giudice all'esito di una valutazione complessiva della fattispecie concreta, che, salve le condizioni ostative previste dall'art. 131-bis c.p., tenga conto di una serie di indicatori rappresentati, in particolare, dalla natura e dalla gravità degli illeciti in continuazione, dalla tipologia dei beni giuridici protetti, dall'entità delle disposizioni di legge violate, dalle finalità e dalle modalità esecutive delle condotte, dalle loro motivazioni e dalle conseguenze che ne sono derivate, dal periodo di tempo e dal contesto in cui le diverse violazioni si collocano, dall'intensità del dolo e dalla rilevanza attribuibile ai comportamenti successivi ai fatti". (...)"

# Il giudice del patteggiamento può subordinare la sospensione condizionale agli obblighi ex art. 165 c. 1 c.p.?

Argomento: Applicazione della pena su richiesta delle parti

(Cass. Pen., SS.UU., 15 giugno 2022, n. 23400)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“1. Le questioni di diritto per le quali il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite sono le seguenti: prima questione: «Se, nell'applicare la pena su richiesta delle parti, il giudice possa subordinare d'ufficio il beneficio della sospensione condizionale della pena ad uno degli obblighi previsti dall'art. 165, comma primo, cod. pen. e, in particolare, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività pur in mancanza di esplicito consenso dell'imputato»; seconda questione: «Se il computo della durata della prestazione di attività non retribuita a favore della collettività debba essere effettuato con riferimento solo al criterio dettato dall'art. 165, comma primo, cod. pen., di non superamento della durata della pena sospesa, ovvero anche con riferimento al criterio, di cui al combinato 5 disposto degli artt. 18-bis disp. coord. trans. cod. pen, e 54, comma 2, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, della durata massima di sei mesi».

2. (...), in merito alla prima questione si registra (...) nella giurisprudenza di legittimità un contrasto in merito alla latitudine del potere del giudice che procede ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. (...).

2.1. Secondo un primo orientamento, decisamente maggioritario (...), in tale caso la richiesta di concessione del beneficio avanzata nel rito speciale dall'imputato implica il consenso alla subordinazione del beneficio all'adempimento di uno degli obblighi previsti dall'art. 165, comma primo, cod. pen., trattandosi di prescrizione che il giudice deve obbligatoriamente disporre a norma del secondo comma del medesimo articolo (...). La deroga al principio generale dell'intangibilità dell'accordo viene altresì giustificata evidenziando come il carattere cogente della disposizione da ultima citata sia invero compatibile con lo stesso, in quanto proprio la dimensione obbligatoria dell'istituto configura l'imposizione come una conseguenza necessaria della richiesta di rinnovazione del beneficio e, pertanto, inclusa nell'orizzonte di adesione dell'imputato (...). Va, infine, evidenziato che, nell'ambito dell'orientamento in esame, non si registra, invece, unanimità di vedute sulla facoltà delle parti di estendere il negozio processuale anche alle prescrizioni cui dovrebbe essere subordinata la concessione della sospensione condizionale nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 165 cod. pen.. (...).

2.2. (...) si è manifestato anche un orientamento di segno diametralmente opposto, secondo il quale deve, invece, ritenersi preclusa al giudice del patteggiamento la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento di uno degli obblighi previsti dall'art. 165, primo comma, cod. pen., qualora questo non abbia costituito oggetto dell'accordo tra le parti, anche quando trattasi di prescrizione che il giudice deve necessariamente disporre a norma del secondo comma del medesimo articolo (...). Si sostiene, (...), che non è configurabile un consenso implicito alla subordinazione della sospensione condizionale della pena all'adempimento a uno degli obblighi di legge, neppure allorché tale subordinazione sia imposta dalla legge, atteso che il contenuto

discrezionale della condizione apposta alla concessione del beneficio deve formare oggetto in maniera esplicita del consenso e dell'accordo. Conseguentemente, nel caso in cui la richiesta di patteggiamento proveniente da un imputato che abbia già usufruito del beneficio abbia avuto ad oggetto soltanto la richiesta (incondizionata) di sospensione condizionale della pena, il giudice, non potendo alterare l'accordo intervenuto tra imputato e pubblico ministero, deve respingere la richiesta di patteggiamento per violazione dell'art. 165, secondo comma, cod. pen. (...). Al riguardo Sez. 2, n. 27633 del 2021, (...), ha poi evidenziato come (...) nel rito ex art. 444 e ss. cod. proc. pen. «il giudice non ha alcun potere discrezionale sulla entità e natura della pena da applicare, dovendosi limitare a ratificare l'accordo tra le parti». (...). Conseguentemente «in caso di richiesta di applicazione concordata della pena subordinata alla sua sospensione condizionale, le parti possono ulteriormente subordinare la concessione del beneficio [...] alla prestazione da parte dell'imputato di attività non retribuita in favore della collettività, purché specificchino il termine di durata della prestazione», dovendo il giudice, in mancanza di tale specificazione, rigettare l'istanza di applicazione della pena, (...).

3. Le Sezioni Unite ritengono che il contrasto descritto debba essere ricomposto aderendo al secondo degli orientamenti esaminati (...).

4.1. (...) Una volta chiarito che quella del giudice del patteggiamento non è una funzione meramente "notarile", ma, al contrario, assume effettiva natura giurisdizionale (...), è stata (...) la Consulta ad evidenziare l'inscindibile legame esistente tra la componente negoziale del rito e lo spazio cognitivo del giudice, evidenziando che questi rimane vincolato al contenuto dell'accordo sul merito dell'imputazione e della commisurazione della pena concluso dalle parti, nel senso che gli è consentito soltanto di accoglierlo nei termini proposti ovvero di rigettarlo e procedere oltre (...).

4.2. E' sulla scorta del quadro generale dei rapporti tra accordo negoziale e controllo giudiziale disegnato dalla giurisprudenza costituzionale che le Sezioni Unite hanno successivamente definito i poteri del giudice del patteggiamento in ordine alla concessione della sospensione condizionale della pena (...).

8. E' dunque alla luce di queste coordinate esegetiche che va rinvenuta la soluzione della questione controversa, muovendo per l'appunto e come già accennato dallo statuto del rito speciale (...).

10. Alla luce delle rassegnate conclusioni è a questo punto inevitabile ritenere che la soluzione corretta della questione controversa sia quella propugnata dall'indirizzo minoritario. Al giudice del patteggiamento non è consentito subordinare motu proprio la concessione della sospensione condizionale concordata dalle parti ad uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen., anche nel caso di reiterazione del beneficio, atteso che la scelta della prescrizione da imporre e la modulazione del relativo contenuto non sono elementi predeterminati dalla legge, ma rimessi alla discrezionalità del decidente, con la conseguente sottrazione alle parti della possibilità di prevedere come verrà in concreto esercitato il relativo potere. (...)

12. Sulla prima questione sollevata dall'ordinanza di rimessione deve dunque essere formulato il seguente principio: «Nel procedimento speciale di cui all'art. 444 cod. proc. pen., l'accordo delle parti sulla applicazione di una pena detentiva di cui viene richiesta la sospensione condizionale deve estendersi anche agli obblighi ulteriori eventualmente connessi ex lege alla concessione del beneficio, indicandone, quando previsto, la durata, con la conseguenza che, in mancanza di pattuizione pure su tali elementi, la sospensione non può essere accordata e, qualora al suo riconoscimento sia stata subordinata l'efficacia della stessa richiesta di applicazione della pena, questa deve essere integralmente rigettata» (...).».

# Il limite all'aumento di pena della recidiva qualificata (art. 99 c. 6 c.p.) non modifica la natura di circostanza a effetto speciale e non incide sui termini di prescrizione

Argomento: Della recidiva, dell'abitudine e professionalità nel reato e della tendenza a delinquere

(Cass. Pen., SS.UU., 29 luglio 2022, n. 30046)  
Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente: "Se il limite dell'aumento della pena correlato al riconoscimento della recidiva qualificata previsto dall'art. 99, comma 6, c.p. incida sulla qualificazione della recidiva prevista dal secondo e dal comma 4 dell'art. 99 c.p. come circostanza ad effetto speciale e/o influisca sulla determinazione del termine di prescrizione”.

2. Sul tema oggetto della questione innanzi delineata sono riconoscibili nella giurisprudenza di legittimità due diversi orientamenti.

2.1. Per un primo indirizzo interpretativo, nettamente maggioritario nel panorama delle pronunce di questa Corte, il computo del termine di prescrizione va commisurato tenendo conto dell'aumento massimo di pena previsto per la recidiva qualificata, ma con il limite previsto dall'art. 99, comma 6, c.p., in base al quale l'aumento per la recidiva non può superare il cumulo delle pene inflitte con le precedenti condanne (...).

In particolare si è sostenuto che la contestazione di una recidiva qualificata (aggravata, pluriaggravata o reiterata, nelle forme previste rispettivamente dal secondo, terzo e comma 4 dell'art. 99 c.p.) comporta che di tale circostanza, parificabile a quelle ad effetto speciale, si debba tenere conto ai fini del computo del termine di prescrizione ai sensi dell'art. 157 c.p. Tuttavia, l'esistenza della disposizione dettata dal comma 6 dello stesso art. 99 c.p., che fissa un limite quantitativo alla commisurazione della pena, incide anche sul computo del termine di prescrizione, imponendo di tenere conto, anche a tali fini, degli effetti mitigatori dettati da tale norma: in pratica, tra l'incremento della pena base individuata per il reato più grave nella misura massima stabilita per ciascuna forma di recidiva qualificata e il limite derivante dal cumulo delle pene risultante dalle precedenti condanne, il giudice non può che applicare, per il generale principio del favor rei, la disposizione più favorevole all'imputato; così riconoscendo prevalenza, ai fini del computo del termine minimo di prescrizione di ciascun reato, al criterio del "tetto" di pena riveniente dalle condanne precedenti, destinato ad operare in deroga al principio dell'aumento proporzionale della pena base previsto per le singole specie di recidiva dall'art. 99 c.p.. (...)

3. La questione rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite si articola su due profili distinti, tra loro complementari.

Il primo attiene propriamente alla definizione della recidiva laddove, contestata e riconosciuta come qualificata ai sensi del secondo o del comma 4 dell'art. 99 c.p. (...), venga poi fatta applicazione della specifica disposizione dettata dall'art. 99, comma 6, c.p., e l'aumento della pena dovesse essere in concreto operato in misura pari o inferiore ad un terzo sulla pena base.



Il secondo profilo riguarda, invece, i "riflessi" derivanti (...) [sul] calcolo del termine di prescrizione del reato, qualora in concreto l'imputato dovesse beneficiare del 'meccanismo di temperamento previsto dal più volte citato comma 6 dell'art. 99 c.p.: con la conseguenza di dover chiarire in che maniera tale "meccanismo" incida sul computo sia del termine di prescrizione così detto "minimo", a mente dell'art. 157 c.p., sia di quello così detto "massimo", dovuto all'ulteriore aumento stabilito dall'art. 161, comma 2, c.p., per effetto dell'accertata presenza nel processo di atti interruttivi. (...)

4.1. E' doveroso innanzitutto precisare che in nessuna delle pronunce che si inscrivono nei due segnalati orientamenti giurisprudenziali contrapposti (...) è stata messa in discussione l'affermazione secondo la quale la recidiva qualificata (...) sia qualificabile ai fini ordinamentali come aggravante ad effetto speciale, in quanto circostanza inerente alla persona del colpevole che comporta una variazione in aumento della pena originaria in misura percentuale superiore ad un terzo.

Al riguardo è sufficiente rammentare come tale risultato esegetico sia il frutto di una stratificata e oramai consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite, con la quale si è sottolineato che la recidiva è definibile come circostanza aggravante ad effetto speciale quando comporta un aumento di pena superiore a un terzo: con la conseguenza (...) che essa soggiace, in caso di concorso con circostanze aggravanti dello stesso tipo, alla regola dell'applicazione della pena prevista per la circostanza più grave di cui all'art. 63, comma 4, c.p., e ciò pur quando l'aumento che ad essa segue sia obbligatorio, per avere il soggetto già recidivo per un qualunque reato commesso uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. (...).

Il problema è, invece, cosa accada qualora, per effetto della operatività della disposizione dettata dal (...) comma 6 dell'art. 99 c.p. - secondo cui "In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo" nonostante la contestazione della recidiva in una delle sue forme qualificate, l'aumento della pena posta a base del calcolo dovesse risultare, in ragione dell'applicazione di quel "criterio di temperamento", proporzionalmente pari o inferiore ad un terzo. (...)

4.3. Un importante ausilio alla corretta definizione degli effetti applicativi della disposizione in esame è fornito dalla sua interpretazione logico-sistematica.

In tale ambito può essere valorizzata la norma contenuta nel comma 4 dell'art. 63 c.p. (...), con la quale il legislatore ha espressamente riconosciuto come la natura di ciascuna delle circostanze aggravanti, come qualificate dal comma precedente (...), non venga meno né subisca un mutamento in ragione del fatto che il giudice, in relazione al riconoscimento di una o più circostanze ulteriori rispetto alla prima, decida in concreto di operare un aumento della pena in misura pari o inferiore ad un terzo; aumento, peraltro, discrezionale, potendo egli persino decidere di non operare alcun incremento della pena come già aumentata in ragione del riconoscimento della prima circostanza aggravante. (...)

4.5. Portando a conclusioni il percorso argomentativo che qui si è voluto privilegiare, è possibile ragionevolmente affermare che l'art. 63 c.p., comma 3, allorché stabilisce che vanno qualificate come circostanze aggravanti ad effetto speciale quelle che comportano un aumento della pena superiore ad un terzo, fa riferimento alla oggettiva idoneità di quella circostanza a determinare "in astratto" un aumento della pena base edittale in misura percentuale superiore alla frazione indicata: e ciò indipendentemente dalla operatività, in sede di successiva commisurazione della pena nel caso concreto, di "criteri di temperamento" fissati dalla stessa legge.

E' fondato, perciò, ritenere che (...) l'aumento della pena in conseguenza della applicabilità del limite fissato dall'art. 99, comma 6, c.p., in misura in concreto pari o non superiore ad un terzo della pena base, non incida sulla natura della recidiva qualificata contestata ai sensi dell'art. 99 c.p., secondo, terzo o comma 4, la cui natura di circostanza aggravante ad effetto speciale resta - ad ogni effetto di legge - immutata.

Diversamente ragionando (...) [s]i avrebbe (...) una natura di quella circostanza aggravante "a geometria variabile": soluzione che (...) potrebbe tradursi in irragionevoli applicazioni pratiche e, perciò, in inammissibili disparità di trattamento nei confronti di soggetti che si trovano in situazioni sostanzialmente assimilabili.

5. Passando all'esame del secondo dei profili che danno contenuto alla questione controversa - e cioè se il limite dell'aumento della pena correlato al riconoscimento della recidiva qualificata, previsto dall'art. 99, comma 6, c.p., influisca sulla determinazione dei termini di prescrizione del reato - va rilevato quanto segue.

5.1. (...) Con riferimento alle modalità di calcolo del termine ordinario o minimo della prescrizione di ciascun reato, va detto che l'art. 157, comma 1, c.p., (...) stabilendo che è il limite massimo della "pena legale" a scandire cronologicamente le diverse possibili fasi di durata del termine di prescrizione, potrebbe indurre a ritenere che il "tetto" in questione non possa che coincidere con quello oltre il quale il giudice non può comunque andare nel determinare la pena da infliggere all'imputato.

Tuttavia, la disposizione del successivo comma 2 dello stesso art. 157 (...) impone senza riserve di tenere conto "dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante" speciale o ad effetto speciale. Dunque, nel caso di contestazione di una recidiva qualificata (...) sembrerebbe che l'aumento della pena base, ai fini del computo del termine minimo di prescrizione del relativo reato, debba essere sempre operato con l'incremento massimo stabilito dall'art. 99 c.p., dunque della metà nel caso di contestazione della recidiva aggravata, pluriaggravata o reiterata semplice (...) o di due terzi nel caso di contestazione della recidiva reiterata pluriaggravata (...). (...)

6. Alla luce delle argomentazioni fin qui esposte, la questione oggetto di rimessione va risolta enunciando i seguenti principi di diritto:

"Il limite all'aumento di cui alla previsione dell'art. 99 c.p., comma 6:

- non rileva in ordine alla qualificazione della recidiva, come prevista dal secondo e dal comma 4 del predetto articolo, quale circostanza ad effetto speciale;
- non influisce sui termini di prescrizione determinati ai sensi degli artt. 157 e 161 c.p.p., come modificati dalla L. n. 251 del 2005". (...)"

# Sospensione condizionale della pena subordinata al risarcimento. Le Sezioni Unite sul termine entro cui l'imputato deve provvedere

Argomento: Della estinzione del reato

(Cass. Pen., SS.UU., 5 ottobre 2022, n. 37503)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“(…) 1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente: "Se, in caso di sospensione condizionale della pena subordinata all'adempimento di un obbligo risarcitorio, il termine entro il quale l'imputato deve provvedere allo stesso, qualora non fissato in sentenza, coincida con la data del passaggio in giudicato di quest'ultima o con la scadenza del termine, di cinque o due anni, previsto dall'art. 163 cod. pen." (…).

2.2. (….) Le Sezioni Unite ritengono che (….) il termine svolge un ruolo centrale all'interno della fattispecie, (….) Infatti, (….) deve esistere una distanza di tempo tra il momento in cui "l'obbligo" sorge e il momento entro il quale (….) deve essere soddisfatto, (….)

3. (….) quando il giudice penale concede la sospensione condizionale della pena subordinata all'adempimento di un obbligo risarcitorio, valuta, (…), che l'imputato si asterrà in futuro dalla commissione di ulteriori reati e, in secondo luogo, compie un giudizio di meritevolezza, stimando l'imputato idoneo a conseguire il beneficio se, nel termine stabilito dalla sentenza, si attivi per risarcire la parte civile del danno cagionato dal reato e liquidato, in tutto o in parte, dal giudice stesso con la sentenza di condanna, in maniera da realizzare un comportamento sintomatico di una maggiore socialità; (….) Ne consegue(…)l'impossibilità di subordinare la concessione del beneficio all'adempimento in forma generica dell'obbligo dell'integrale risarcimento del danno cagionato alla parte lesa, (….)

4. Pertanto,(…),non risulta pienamente condivisibile il primo orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità in forza del quale, (…), il termine entro il quale l'imputato deve provvedere all'adempimento dell'obbligo risarcitorio, qualora non sia stato fissato in sentenza, coincide con quello del passaggio in giudicato della stessa, trattandosi di obbligazione pecuniaria immediatamente esigibile (….)

4.1. In via preliminare, (….) la sospensione condizionale della pena presuppone necessariamente una sentenza di condanna eseguibile, e cioè definitiva, (….) Ne consegue che, (…), qualsiasi termine stabilito per l'adempimento dell'obbligo risarcitorio, al quale adempimento prima del passaggio in giudicato della sentenza sia stata subordinata la sospensione condizionale della pena, deve essere corrispondentemente differito alla data di irrevocabilità della pronuncia. Questo approdo consente di ritenere che, se stabilito in sentenza, il termine per adempiere (….) può decorrere solo dalla data di irrevocabilità della sentenza di condanna condizionalmente sospesa (….)

4.2. (…), le Sezioni Unite ritengono non condivisibile l'indirizzo, (…), perché il principio espresso da dette pronunce fonda sul presupposto che, nel caso in cui il giudice della cognizione non abbia fissato un termine per l'adempimento dell'obbligo risarcitorio, l'inadempimento si concretizzerebbe nel momento stesso del passaggio in giudicato della sentenza di condanna a pena sospesa subordinata al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno. In tal modo, si farebbe coincidere

impropriamente il dies a quo con il dies ad quem, svalutando la lettera della legge che, invece, richiede esplicitamente che sia stabilito un termine (diverso da quello iniziale) entro il quale il condannato debba adempiere la prestazione. (...). (...), non si dubita che debba comunque essere assicurato al debitore un termine congruo affinché possa predisporre i mezzi per l'adempimento, (...).

4.3. Sotto altro profilo, le Sezioni Unite ritengono che non sia pienamente condivisibile anche l'opposto orientamento secondo cui, (...), il termine per adempiere coincide con quello previsto dall'art. 163 cod. pen. (due o cinque anni a seconda che trattasi di contravvenzione o delitto), e il dies a quo coinciderebbe con quello del passaggio in giudicato della sentenza (...). In primo luogo, anche questo indirizzo svaluta il ruolo che la norma penale attribuisce al termine, il quale partecipa alla definizione della finalità special preventiva, che la norma stessa richiede che sia perseguita nel caso concreto, e perciò deve, (...), essere appositamente stabilito dal giudice nella sentenza per rendere, (...), esigibile l'adempimento dell'obbligo risarcitorio e, (...), per rafforzare il dovere di adempiere da parte del condannato. In secondo luogo, affermando che (...) il termine coincide con quello previsto dall'art. 163 cod. pen., tale indirizzo, (...) postula, (...), che sia l'estinzione del reato ad essere subordinata all'adempimento dell'obbligo risarcitorio, mentre, dal combinato disposto ex artt. 165, 167 e 168 cod. pen., si ricava che invece è la sospensione condizionale ad essere subordinata all'adempimento della prestazione dovuta. (...) Queste considerazioni portano a ritenere che il termine di cui al sesto comma dell'art. 165 cod. pen. debba essere necessariamente individuato dal giudice in un momento precedente alla rispettiva scadenza dei termini di cui all'art. 163 cod. pen. in conformità al trattamento che, nel caso specifico, si ritiene di riservare al condannato a pena condizionalmente sospesa per il migliore perseguimento delle esigenze special-preventive in funzione del reinserimento sociale; (...). Ne consegue che i termini previsti dall'art. 163 cod. pen. non possono svolgere alcuna funzione meramente integrativa rispetto alla statuizione omessa dal giudice e imposta dall'art. 165, sesto comma, cod. pen., cosicché il condannato, (...) non può, (...), essere autorizzato ad adempiere quando lo voglia, purché prima della scadenza dei termini legali, ma al più si dovrà ricorrere a "norme di chiusura del sistema" (ossia al combinato disposto degli artt. 167 e 168 cod. pen.), nei casi in cui il termine per adempiere all'onere risarcitorio non sia stato fissato né dal giudice della cognizione e neppure dal giudice dell'esecuzione entro la scadenza dei termini legali, di cui all'art. 163 cod. pen. (...).

5.3. Quanto poi alle conseguenze giuridiche che conseguono alla circostanza che il giudice della cognizione addirittura ometta, in sentenza, di stabilire il termine di cui all'art. 165, sesto comma, cod. pen., le Sezioni Unite ritengono che, (...), tale omissione si traduce, (...), in un vizio di legittimità che affligge la sentenza ed è inquadrabile nella violazione della legge penale sostanziale. Pertanto, (...), comporta che le parti interessate, (...), possono impugnare la sentenza (...). Qualora (...) non venga impugnata sul punto, il giudice d'appello può, d'ufficio o su sollecitazione delle parti, colmare la lacuna, fissando il termine per l'adempimento dell'onere risarcitorio. (...)

5.4. Passata in giudicato la sentenza, perdurando l'omissione perché non riparata d'ufficio o a seguito di impugnazione di parte, il giudice dell'esecuzione, su richiesta di una parte interessata o del pubblico ministero (...), può provvedere alla fissazione del termine. Trattandosi di una statuizione obbligatoria ma omessa, il giudice dell'esecuzione non trova preclusioni di sorta (...), ossia di fissare il termine per l'adempimento, (...). Infine, qualora il giudice della cognizione non abbia stabilito il termine nella sentenza e successivamente il giudice dell'esecuzione non sia stato investito della fissazione del termine per l'adempimento dell'obbligo risarcitorio, lo stesso coincide con la scadenza dei termini di cinque o due anni previsti dall'art. 163 cod. pen. Tanto si deduce dal combinato disposto di cui agli artt. 167 e 168 cod. pen., (...), in considerazione della circostanza che il dies ad quem, in relazione al quale è commisurato l'onere risarcitorio, non può mai superare i termini previsti dall'art. 163 cod. pen., per la fondamentale ragione che, (...), o il condannato a pena sospesa non ha commesso ulteriori reati ed ha ottemperato all'onere restitutorio oppure, pur essendosi astenuto dalla commissione di ulteriori reati, non risulta che abbia adempiuto agli oneri restitutori, con la conseguenza che, in

mancanza di cause sopravvenute che abbiano reso impossibile la prestazione, il reato non può estinguersi (art. 167 cod. pen.) e la sospensione della pena dovrà, quindi, essere revocata (art. 168 cod. pen.) (...).

6. In conclusione, la questione posta dall'ordinanza di rimessione va risolta enunciando il seguente principio di diritto: «In caso di sospensione condizionale della pena subordinata all'adempimento di un obbligo risarcitorio, il termine entro il quale l'imputato deve provvedere allo stesso, che costituisce elemento essenziale dell'istituto, va fissato dal giudice in sentenza ovvero, in mancanza, dal giudice dell'impugnazione o da quello della esecuzione. Qualora il termine non venga in tal modo fissato, lo stesso coincide con la scadenza dei termini di cinque o due anni previsti dall'art. 163 cod. pen.» (...)

# La “prova nuova” ai fini della revocazione della confisca di prevenzione

Argomento: Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione

(Cass. Pen., SS.UU., 17 novembre 2022, n. 43668)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“1. La questione di diritto sottoposta all'esame delle Sezioni Unite è (...): «Se, ai fini della revocazione della confisca ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 159 del 2011, nella nozione di "prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento" debbano includersi, o meno, anche le prove preesistenti alla definizione del giudizio che, sebbene deducibili in tale sede, non siano però state dedotte, e perciò valutate, in conformità alla nozione di prova nuova come elaborata ai fini della revisione nel procedimento penale».

2. Sul tema oggetto della questione rimessa alle Sezioni Unite si registrano due diversi orientamenti giurisprudenziali. (...) Il punto nodale della divaricazione ermeneutica è individuabile (...) nella corretta delimitazione delle ipotesi in cui una prova che si intende dedurre dopo la conclusione del procedimento possa ritenersi "sopravvenuta" e "nuova", così da legittimare la revocazione della confisca di prevenzione.

2.2. (...) secondo un primo orientamento giurisprudenziale, (...) la revoca della confisca di prevenzione per difetto genetico dei suoi presupposti di adozione può disporsi in presenza di "elementi nuovi", non necessariamente sopravvenuti, purché mai valutati nel corso del relativo procedimento, stante il carattere di rimedio straordinario dell'istituto, che non può, di conseguenza, trasformarsi in un anomalo strumento di impugnazione (...). Si colloca all'interno di tale indirizzo una serie di decisioni che, nell'affermare la sostanziale sovrapposibilità dell'istituto della revoca ex tunc a quello della revisione delle sentenze penali, fanno per lo più riferimento a casi di revoca in funzione di revisione della confisca (...).

2.3. A tale orientamento estensivo se ne contrappone un altro (...) che accoglie invece un'interpretazione restrittiva del concetto di "novità" della prova, qualificando come "nuove" (...) solo le prove sopravvenute alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludendo quelle ivi deducibili ma (...) non dedotte. Secondo tale indirizzo interpretativo, l'istituto della revoca del provvedimento applicativo di misure di prevenzione con forza di giudicato costituisce una misura straordinaria, attivabile solo dinanzi all'emergere di una prova "nuova e sconosciuta" nel procedimento di prevenzione, tale da mutare radicalmente i termini della valutazione a suo tempo operata (...). In particolare, si ritiene "nuova e sconosciuta" solo quella prova che, "nel quadro di un ponderato scrutinio degli elementi a suo tempo acquisiti", si presenta, sul piano sostanziale, come un fattore che determina "una decisiva incrinatura del corredo fattuale stesso sulla cui base era intervenuta la decisione" e che, sul piano processuale, risulta "sopravvenuta rispetto alla conclusione del procedimento di prevenzione". Solo interpretando in questi termini il concetto di "novità" della prova (...) l'istituto della revocazione del provvedimento di confisca affetto da invalidità genetica diviene lo strumento attraverso il quale rendere effettivo il diritto, costituzionalmente garantito, alla riparazione dell'errore giudiziario in cui è incorso il giudice nell'emanare un provvedimento ingiusto, evitando di trasformarsi in un mezzo attraverso il quale rivalutare elementi già considerati, oppure

non valutati in quanto non dedotti, seppure deducibili nell'ambito del procedimento di prevenzione (...).

5. Ciò premesso, il Collegio ritiene di condividere la soluzione indicata dal secondo dei su richiamati indirizzi giurisprudenziali (...).

5.1. L'interpretazione estensiva della nozione di novità della prova in materia di revisione della condanna penale non può essere automaticamente trasposta nell'area della prevenzione patrimoniale, sino ad abbracciare l'intero ambito di applicazione del diverso istituto della revocazione della confisca, rilevando in senso contrario, anzitutto, il dato testuale della norma che ne disciplina i casi, là dove si prevede, con specifico riferimento al momento della "scoperta" delle prove nuove (art. 28, comma 1, lett. a), cit.), che esse, oltre ad essere connotate dal carattere della decisività, siano "sopravvenute alla conclusione del procedimento" (...). "Sopravvenute", dunque, devono ritenersi le sentenze penali formate dopo la conclusione del provvedimento di prevenzione, mentre "conosciute in epoca successiva" sono quelle ad esso preesistenti (...). Al riguardo, infatti, non può ragionevolmente ipotizzarsi una diversa connotazione dell'incidenza del novum probatorio ai fini della rimozione del giudicato di prevenzione, a seconda della specifica tipologia di prova che venga concretamente in rilievo nelle diverse evenienze al riguardo configurabili (...). [D]eve inoltre ritenersi che il legislatore abbia inteso specificare, in relazione alla peculiare ipotesi di revocazione prevista nell'art. 28, comma 1, lett. b), d.lgs. cit., la nozione di decisività della prova, stabilendo la regola secondo cui anche le sentenze penali definitive, come qualsiasi altro tipo di prova nuova, devono essere idonee a determinare, (...), l'esclusione "in modo assoluto" dell'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca. Una regola, questa, il cui contenuto è sostanzialmente identico a quello che in linea generale deve caratterizzare "ogni caso" di revocazione (ex art. 28, comma 2, d.lgs. cit.), dovendo la relativa richiesta essere comunque finalizzata a "dimostrare il difetto originario" dei presupposti per l'applicazione della misura ablativa (...).

5.3. V'è da considerare, poi, la diversa connotazione che l'esigenza di stabilità della decisione rispettivamente assume nel cd. giudicato di prevenzione e in quello penale. Al riguardo questa Corte ha affermato che «(...) nel caso del giudicato penale, è la natura dell'interesse tutelato, negativamente inciso dall'erronea statuizione che si intende privare di stabilità [per il] tramite [del]la revisione, che giustifica l'ampio spettro di deduzione probatoria riconosciuto dalla giurisprudenza», mentre «un'identica capacità di prospettiva, capace di assorbire i fatti dedotti ma non valutati e anche quelli non dedotti pur se per scelta difensiva, non sembra potersi giustificare laddove sia in gioco la definitività di una misura di prevenzione patrimoniale, pur in presenza della medesima esigenza di limitare gli effetti negativi correlati ad una erronea statuizione», poiché muta, «(...) e in termini di sensibile differenza, la posizione oggetto di tutela quale parametro di riferimento per verificare l'ambito di azione riconosciuta al soggetto assertivamente pregiudicato dalla statuizione definitiva erroneamente emessa» (...). Si è già rilevato, infatti, che la confisca di prevenzione è «estranea allo statuto anche costituzionale proprio delle condanne che irrogano pene», assumendo, secondo la lettura che ne ha offerto il Giudice delle leggi (...) «1.1 una funzione meramente ripristinatoria rispetto ad acquisti effettuati dal pericoloso sociale senza un titolo validamente tutelabile, perché non conforme alle regole dell'ordinamento giuridico». (...)

6. Da tale impostazione ricostruttiva discende, quale logico corollario, che la revocazione della confisca di prevenzione può ritenersi legittimata dalle sole prove che siano ad essa sopravvenute (nel senso della loro materiale formazione), ovvero da quelle decisive che vengano incolpevolmente scoperte dopo che la misura sia divenuta definitiva (essendo, pertanto, originariamente preesistenti). Non rilevano, pertanto, le prove deducibili ma non dedotte nell'ambito del procedimento di prevenzione. Le prove nuove che rendono ammissibile il rimedio straordinario sono quelle formate dopo la conclusione del procedimento di prevenzione, ovvero quelle che non è stato possibile dedurvi, perché riguardanti fatti decisivi e mezzi per dimostrarli all'epoca incolpevolmente

sconosciuti, e non anche quelle che, pur accessibili e dunque sottoponibili alla valutazione del giudice nel procedimento, abbiano assunto consistenza o un particolare significato dopo la sua conclusione, anche semplicemente sulla base dell'esperimento delle corrispondenti iniziative difensive (...).

7. In conclusione, la questione posta dall'ordinanza di rimessione va risolta enunciando il seguente principio di diritto: «In tema di confisca di prevenzione, la prova nuova, rilevante ai fini della revocazione della misura ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è sia quella sopravvenuta alla conclusione del procedimento di prevenzione, essendosi formata dopo di esso, sia quella preesistente ma incolpevolmente scoperta dopo che la misura è divenuta definitiva; non lo è, invece, quella deducibile e non dedotta nell'ambito del suddetto procedimento, salvo che l'interessato dimostri l'impossibilità di tempestiva deduzione per forza maggiore»”.



## **SEZIONI SEMPLICI**

# Sull'affidabilità tecnico-scientifica di “Google Maps” in un processo di revisione

Argomento: Revisione

(Cass. Pen., Sez. V, 14 gennaio 2021, n. 1519)  
Stralcio a cura di Giulio Baffa

“(…) 2.1. In tema di revisione la prova nuova è quella che, ex art. 630 c.p.p., comma 1, lett. c), da sola o unitamente a quelle già acquisite, sia idonea a ribaltare il giudizio di colpevolezza dell'imputato (...); tuttavia, poiché l'istituto della revisione è diretto a portare al risultato che al giudicato sia sostituita una nuova, diversa pronuncia, all'esito di un nuovo, diverso, giudizio, affinché il giudizio possa dirsi “nuovo”, esso deve necessariamente fondarsi su elementi di indagine diversi da quelli compresi nel processo conclusosi con il giudizio precedente (Sez. U, n. 6019 del 11/05/1993, Ligresti, Rv. 193421;[...]). Donde, nel giudizio di revisione non può mai costituire nuova prova la testimonianza la cui ammissione sia richiesta al fine di ottenere una diversa e nuova valutazione delle prove già apprezzate con la sentenza di condanna (...), posto che quando il giudicato di condanna si sia fondato su prove testimoniali, solo la dimostrazione (positiva) della loro falsità è suscettibile di essere utilizzata come supporto ad una richiesta di revisione della sentenza, e non già il mero dubbio postumo della loro affidabilità (...)”. (...)

“3.1. (...) Non costituisce prova “nuova” una diversa valutazione tecnica o scientifica di dati già valutati, in quanto quest'ultima si traduce in un apprezzamento critico di emergenze già conosciute e deliberate nel procedimento, sostanziandosi in una mera “rilettura” di un medesimo dato di fatto già processualmente accertato in via definitiva (...)”.

“3.2. D'altro canto nulla è stato allegato dal ricorrente in ordine all'affidabilità tecnico scientifica dei mezzi istruttori invocati, ancorché si trattasse di profilo decisivo: è stato, infatti, affermato, che è inammissibile la richiesta di revisione della sentenza di condanna fondata su nuovi accertamenti scientifici ove manchi la riconosciuta affidabilità tecnica degli stessi, difettando la natura di “prova nuova” (...)”.

“3.2.1. Quanto all'esperimento giudiziale da eseguirsi tramite “google maps” va rilevato che si tratta di un sistema basato su una mera stima del tempo occorrente per l'arrivo a destinazione, che, ovviamente, risente di una serie di variabili individuali: il percorso prescelto o utilizzato, il mezzo usato, la velocità di locomozione. Da ciò discende che, in disparte la dubbia scientificità dell'accertamento in astratto considerato, il primo motivo, per come prospettato, è anche generico, non essendo state indicate le decisive variabili, individuali e concrete (...)”.

# Punti fermi in tema di *overruling* giurisprudenziale e divieto di retroattività del mutamento “imprevedibile”

Argomento: Della legge penale

(Cass. Pen., Sez. III, 15 gennaio 2021, n. 1731)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“(…) 2. (…) Dopo l’introduzione del processo in absentia di cui alla L. n. 67 del 2014, l’estratto della sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato non deve essere notificato all’imputato non comparso, di talché, come per il processo ordinario, i termini per l’impugnazione, nel caso di tempestivo deposito della motivazione, decorrono dalla scadenza del termine di legge o di quello eventualmente fissato ex art. 544 c.p.p., comma 3 e non dalla notifica dell’avviso di deposito della sentenza agli imputati rimasti assenti, adempimento non più dovuto (…)”.

“3. Ciò posto va osservato che sulla questione era insorto un contrasto nella giurisprudenza di legittimità. All’interpretazione maggioritaria schieratasi nel senso appena illustrato (…) se ne era contrapposta altra minoritaria secondo cui la mancanza di espressa abrogazione dell’art. 442, comma 3, ad opera della L. n. 67 del 2014, rende tuttora operante l’obbligo, ivi previsto, di notificare la sentenza all’imputato “che non sia comparso” (...). Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno risolto il contrasto a favore della prima tesi (...)”

“4. I ricorrenti deducono l’intervento di un c.d. *overruling* giurisprudenziale, ossia di un mutamento ermeneutico, ascrivibile alla Corte di cassazione e foriero di un’applicazione retroattiva sfavorevole della disposizione di legge, sia processuale che sostanziale, in violazione dell’art. 2 c.p., art. 25 Cost. e art. 7 CEDU ed invocano l’operatività del divieto di retroattività della relativa regola giurisprudenziale.

Tale deduzione difensiva non può trovare accoglimento perché destituita di fondamento. L’art. 7 della CEDU (...) non consente l’applicazione retroattiva dell’interpretazione giurisprudenziale di una norma penale nel caso in cui il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa (...). In altri termini, la Corte EDU non impedisce alla giurisprudenza nazionale di mutare il proprio orientamento nell’interpretazione di una norma legislativa, né in materia extrapenale né in materia penale. Si richiede, tuttavia, che tale mutamento sia ragionevolmente prevedibile dal destinatario della norma affinché lo Stato non incorra in una violazione dell’art. 6 (quanto alla materia extrapenale) e dell’art. 7 (in relazione alla materia penale). (...) Infatti, il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all’interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la *lex temporis acti* (...). Ove, però, l’*overruling* sia connotato dal carattere dell’imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante ex post non conforme alla corretta regola del processo) e l’effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare. Ne consegue che (...) deve escludersi l’operatività della preclusione o della decadenza derivante dall’*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (...) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa,

la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo.

Si è, quindi, sottolineato la decisività della prevedibilità della decisione giudiziale, precisando che affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, ovvero affinché si possa parlare di prospective overruling, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso (...).

Anche la giurisprudenza penale di legittimità si è pronunciata nello stesso senso, precisando che l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale esclude l'imprevedibilità della decisione giudiziale che adotti una delle soluzioni in contrasto, ancorché minoritaria, e correlativamente esclude l'operatività del divieto di retroattività della relativa regola giurisprudenziale (...)

# Traffico di influenze illecite: riconosciuta la continuità normativa con il millantato credito

Argomento: Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 18 gennaio 2021, n. 1869)

Stralcio a cura di Fabio Coppola

“3. (...) [L]e condotte di colui che, vantando un'influenza effettiva verso il pubblico ufficiale, si fa dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria mediazione o col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale, riconducibili, prima della legge n. 190 del 2012, al reato di millantato credito, devono essere sussunte dopo l'entrata in vigore di detta legge, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., nella fattispecie di cui all'art. 346-bis cod. pen., che punisce il fatto con pena più mite, atteso il rapporto di continuità tra norma generale e quella speciale (...), spiegandosi in motivazione che il "millantare credito" veniva inizialmente interpretato come vanteria di un'influenza inesistente, idonea a ingannare il c.d. compratore di fumo, il quale, credendo alle parole del millantatore, dà il denaro destinato a compensare la presunta mediazione; successivamente, considerato che il reato di cui all'art. 346 c.p. è stato concepito per tutelare il prestigio della pubblica amministrazione piuttosto che il patrimonio del solvens, si è focalizzata l'attenzione sulla condotta dell'agente, che si fa dare il denaro rappresentando i pubblici impiegati come persone venali, inclini ai favoritismi, cosicché si è consolidato l'indirizzo ermeneutico secondo cui, per integrare la millanteria, non è necessaria una condotta ingannatoria o raggirante, perché ciò che rileva è la vanteria dell'influenza sul pubblico ufficiale, che, da sola, a prescindere dai rapporti effettivamente intrattenuti, offende l'immagine della pubblica amministrazione(...).

All'indomani della novella introdotta dalla legge 9 gennaio 2019 è stato affermato che sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito, formalmente abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), legge 9 gennaio 2019, n. 3, e quello di traffico di influenze di cui al novellato art. 346-bis cod. pen., atteso che in quest'ultima fattispecie risultano attualmente ricomprese le condotte di chi, vantando un'influenza, effettiva o meramente asserita, presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si faccia dare denaro ovvero altra utilità quale prezzo della propria mediazione (...).

Ritiene il Collegio che le ragioni dei richiamati orientamenti di legittimità consentono di affermare la sussistenza della continuità normativa tra l'ipotesi prevista dall'art. 346, comma 2, cod. pen. ed il rinovellato art. 346-bis cod. pen. giustificando la abrogatio sine abolitione dichiaratamente perseguita dal legislatore della novella del 2019. (...) [I]n particolare, si è spiegato che "il legislatore ha... riscritto la formulazione del delitto di traffico di influenze illecite previsto dall'art. 346-bis cod. pen. e vi ha inglobato la condotta già sanzionata sotto forma di millantato credito nella disposizione precedente. (...) In altri termini, la "nuova" ipotesi di traffico di influenze illecite punisce anche la condotta del soggetto che si sia fatto dare o promettere da un privato vantaggi personali - di natura economica o meno -, rappresentandogli la possibilità di intercedere a suo vantaggio presso un pubblico funzionario, a prescindere dall'esistenza o meno di una relazione con quest'ultimo. Ciò a condizione (...) ("fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis") - che l'agente non eserciti effettivamente un'influenza sul pubblico ufficiale o sul soggetto equiparato e non vi sia mercimonio della pubblica funzione, dandosi, altrimenti, luogo a taluna delle ipotesi di corruzione previste da detti articoli. La norma equipara,

dunque, sul piano penale la mera vanteria di una relazione o di credito con un pubblico funzionario soltanto asserita ed in effetti insussistente (dunque la relazione solo millantata) alla rappresentazione di una relazione realmente esistente con il pubblico ufficiale da piegare a vantaggio del privato. Delineato l'ambito della recente riforma in materia, evidente si appalesa la continuità normativa fra il previgente art. 346 ed il rinovellato art. 346-bis cod. pen. (...).”

“5. Affermata la continuità normativa tra le due fattispecie succedutesi nel tempo, la pena irrogata al ricorrente risulta illegale nella parte in cui ha applicato la non più prevista pena pecuniaria e illegittima nella parte relativa alla pena detentiva calcolata nell'ambito di una previgente diversa e più grave cornice edittale. Da un lato, la fattispecie di cui all'art. 346-bis cod. pen. attualmente vigente è punita con la sola pena detentiva mentre il previgente millantato credito era sanzionato congiuntamente con le pene detentiva e pecuniaria; dall'altro lato, l'attuale incriminazione prevede la pena massima di quattro anni e sei mesi di reclusione, mentre il massimo edittale della pena detentiva del previgente art. 346 era fissato in cinque anni. Va ribadito il diritto dell'imputato, desumibile dall'art. 2, comma quarto, cod. pen., ad essere giudicato in base al trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo, comporta per il giudice della cognizione il dovere di applicare la *lex mitior* anche nel caso in cui la pena inflitta con la legge previgente rientri nella nuova cornice sopravvenuta (...).”

---

Nota di Maria Strino

La sentenza in commento si inserisce, con dovizia di argomentazioni, nel dibattito interpretativo relativo ai rapporti intercorrenti tra il millantato credito (articolo 346 del codice penale, ormai abrogato) e il traffico di influenze illecite (articolo 346-bis del codice penale, introdotto dalla legge n. 190/2012 e successivamente novellato).

La centralità della questione scaturisce dalla necessità, sempre più avvertita, di riflettere sull'evoluzione delle manifestazioni di illegalità nella pubblica amministrazione, in cui l'intercettazione delle derive di ingerenza patologica assume, il più delle volte, connotazioni enigmatiche, avuto particolare riguardo alla perimetrazione dell'oggetto della tutela penale.

La vicenda esaminata dalla Suprema Corte si concentra sulla qualificazione penale della condotta, consistente nel farsi promettere denaro o altra utilità, col pretesto di dover remunerare un funzionario pubblico.

Il ricorso avverso la decisione della Corte d'Appello di Palermo è stato ritenuto fondato, in considerazione dell'erronea dichiarazione di responsabilità dell'imputato “in ordine al reato di cui all'art. 346 cod. pen., segnatamente secondo l'ipotesi di cui al secondo comma”. Alla data della sentenza, infatti, tale fattispecie “risultava – ai sensi dell'art. 1 della legge n. 3 del 2019 – ricompresa nella ipotesi di cui all'art. 346-bis cod. pen. da considerarsi più favorevole in relazione alla diversa e meno grave forbice edittale prevista”.

Nel caso di specie, la ricostruzione interpretativa prende le mosse dall'approccio sviluppato in argomento dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione (n. 51688 del 28.11.2014), nell'imminenza dell'introduzione del traffico di influenze illecite. Secondo quest'impostazione, la continuità normativa riscontrabile fra gli articoli 346 e 346-bis consentiva di configurare un'ipotesi di successione di leggi penali regolata dall'art. 2, comma 4, del codice penale, sul presupposto che a rilevare fosse la vanteria dell'influenza “che, da sola, a prescindere dai rapporti effettivamente intrattenuti, offende l'immagine della pubblica amministrazione”.

Tale continuità normativa è stata, a maggior ragione, rintracciata nei rapporti tra i reati in parola dopo l'intervento della legge n. 3/2019 (c.d. “Spazzacorrotti”), che ha abrogato l'art. 346 e, contestualmente, novellato l'art. 346-bis, “atteso che in quest'ultima fattispecie risultano attualmente

ricomprese le condotte di chi, vantando un'influenza, effettiva o meramente asserita, presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si faccia dare denaro ovvero altra utilità quale prezzo della propria mediazione (Cassazione Penale, Sezione Sesta, n. 17980 del 14.03.2019).

Sulla scorta dei precedenti orientamenti di legittimità, l'intervento giurisprudenziale in esame ritiene di poter affermare la sussistenza della continuità normativa tra la fattispecie contemplata dall'art. 346, comma 2, e il rinnovato art. 346-bis. Decisivo, in tal senso, appare il confronto tra le condotte penalmente rilevanti, all'esito della riscrittura del traffico di influenze illecite in ottica di conglobamento del millantato credito, secondo l'espressa intenzione legislativa di una abrogatio sine abolitione.

Attraverso il richiamo alle argomentazioni ermeneutiche elaborate all'indomani della novella legislativa del 2019, i giudici della Corte di Cassazione ripercorrono i tratti distintivi della fattispecie enucleata dal primo comma dell'art. 346-bis che, nella sua rinnovata formulazione, "punisce anche la condotta del soggetto che si sia fatto dare o promettere da un privato vantaggi personali - di natura economica o meno -, rappresentandogli la possibilità di intercedere a suo vantaggio presso un pubblico funzionario, a prescindere dall'esistenza o meno di una relazione con quest'ultimo". Fatta salva la clausola di riserva ("fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'art. 322-bis"), la previsione normativa effettua una vera e propria equiparazione penalistica tra "la mera vanteria di una relazione o di credito con un pubblico funzionario soltanto asserita ed in effetti insussistente" e "la rappresentazione di una relazione realmente esistente con il pubblico ufficiale".

L'ampliata dimensione modale della condotta si presta ad avallare, dunque, la continuità normativa fra l'abrogato articolo 346 e il novellato articolo 346-bis.

La condotta di chi, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un funzionario pubblico ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri "certamente ingloba la precedente contemplata dall'art. 346 cod. pen.", che sanzionava chiunque, millantando credito presso un funzionario pubblico, ricevesse o facesse dare o 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).

La sentenza in commento accoglie, pertanto, la lettura del precedente giurisprudenziale che aveva già riconosciuto una sostanziale sovrapposibilità tra le fattispecie in questione, sia sotto il profilo della "condotta "strumentale" (stante l'equipollenza semantica fra le espressioni "sfruttando o vantando relazioni (...) asserite" e quella "millantando credito")", sia sotto il profilo della "condotta "principale" di ricezione o di promessa, per sé o per altri, di denaro o altra utilità". Tali premesse consentono di concludere per l'attitudine onnicomprensiva della "nuova" ipotesi di traffico di influenze illecite, anche avuto riguardo alla condotta di "dazione o promessa di denaro o altra utilità con il pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale o di doverlo remunerare".

Siffatto ragionamento, a dire il vero, si pone in netta antitesi rispetto all'orientamento ermeneutico (Cassazione Penale, Sezione Sesta, n. 5221/2020) che rinnega la sussistenza di continuità normativa tra il secondo comma dell'art. 346 e il novellato art. 346-bis, sul presupposto che "in quest'ultima fattispecie non risulta ricompresa la condotta di chi, mediante raggiri o artifici, riceve o si fa dare o promettere danaro o altra utilità, col pretesto di dovere comprare il pubblico ufficiale o impiegato o doverlo comunque remunerare, condotta che integra, invece, il delitto di cui all'art. 640, comma 1, cod. pen."

Una simile ricostruzione, fondata sulla natura autonoma della fattispecie penale costituita dall'abrogato art. 346, comma 2, non è andata esente da una serie di critiche.

Nel caso in analisi, il Collegio giudicante non ha mancato di evidenziare come l'art. 346, nella sua integrale formulazione, contemplasse “un delitto del privato contro la pubblica amministrazione il cui retto e imparziale funzionamento costituisce l'oggetto della tutela”. Alla luce dell'indirizzo interpretativo prevalente, inoltre, il secondo comma della previsione in parola differiva dal reato di truffa “per la diversità della condotta, non essendo necessaria né la millanteria né una generica mediazione, nonché dell'oggetto della tutela penale, che nella truffa è il patrimonio e nel millantato credito è esclusivamente il prestigio della pubblica amministrazione”.

In conclusione, non viene considerato dirimente il mancato richiamo al termine “pretesto” nella formulazione del traffico di influenze illecite. L'intervento giurisprudenziale in esame ritiene, quindi, di poter attribuire alla predetta omissione un significato diverso e, invero, “funzionale all'inclusione nell'illecito delle evocate dazioni in favore dei pubblici ufficiali o pubblici impiegati, prescindendosi dall'aderenza al reale di tali relazioni per la equiparazione - introdotta con la novella del 2019 - dello sfruttamento delle relazioni esistenti al vanto di quelle asserite”.

Una volta acclarata la continuità normativa tra i reati di millantato credito e traffico di influenze illecite, la Corte di Cassazione si è determinata sia in merito all'illegalità della pena pecuniaria, sia in riferimento all'illegittimità della pena detentiva, procedendo all'annullamento con rinvio della sentenza impugnata, limitatamente al trattamento sanzionatorio.



# Impianti audiovisivi di controllo sui luoghi di lavoro: un bilanciamento fra interessi costituzionali

Argomento: Privacy

(Cass. Pen., Sez. III, 27 gennaio 2021, n. 3255)

stralcio a cura di Giuliana Costanzo

“(…) 4.2. La specifica elaborazione in tema di configurabilità del reato relativo alla illegale installazione di impianti audiovisivi sui luoghi di lavoro ritiene penalmente rilevante anche la sola potenzialità del controllo a distanza dei dipendenti.

Costituisce, infatti, principio ripetutamente affermato quello secondo cui, ai fini della integrazione del reato di pericolo previsto dal combinato disposto degli artt. 4 e 38 dello Statuto dei lavoratori e 114 e 171 del d.lgs. n. 196 del 2003 (...) non è necessaria la verifica della funzionalità dell’impianto né del concreto utilizzo dello stesso (...).

A fondamento di questa conclusione, si è rilevato che la fattispecie in esame costituisce reato di pericolo, essendo diretta a salvaguardare le possibili lesioni della riservatezza dei lavoratori.

Appare importante evidenziare, tuttavia, che, secondo una precedente decisione, «ai fini dell’operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori ex L. n. 300 del 1970, art. 4 è necessario che il controllo riguardi (...) l’attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dall’ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (...)» (...).

4.3. Occorre tener conto, poi, della elaborazione giurisprudenziale in tema di utilizzabilità come prove nel processo penale dei risultati delle videoriprese effettuate sul luogo di lavoro a tutela del patrimonio aziendale, in assenza di previo accordo con le rappresentanze sindacali competenti e di previa autorizzazione dell’Ispettorato del lavoro.

Secondo un orientamento ampiamente consolidato, sono utilizzabili nel processo penale, ancorché imputato sia il lavoratore subordinato, i risultati delle videoriprese effettuate con telecamere installate all’interno dei luoghi di lavoro ad opera del datore di lavoro per esercitare un controllo per tutelare il patrimonio aziendale messo a rischio da possibili comportamenti infedeli dei lavoratori, in quanto le norme dello Statuto dei lavoratori poste a presidio della loro riservatezza non proibiscono i cosiddetti controlli difensivi del patrimonio aziendale e non giustificano pertanto l’esistenza di un divieto probatorio (...).

(...) A fondamento di questo principio, la decisione richiama la precedente elaborazione della giurisprudenza di legittimità civile e penale (...), ed evidenzia che le norme di cui agli artt. 4 e 38 della legge n. 300 del 1970 tutelano la riservatezza del lavoratore nello svolgimento della sua attività, «anche perché la sua libertà di comportamento contribuisce al risultato che con il lavoro assicura all’azienda», per cui, «inversamente, la tutela della sua riservatezza si correla all’osservanza del proprio dovere di fedeltà», e, quindi, «la finalità di controllo a difesa del patrimonio aziendale non è da ritenersi sacrificata dalle norme dello Statuto dei lavoratori».

4.4. Ancora, la giurisprudenza civile di legittimità, anche nei suoi arresti più recenti, ritiene che esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970, e non richiedono l'osservanza delle garanzie ivi previste, i controlli difensivi da parte del datore se diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale (...).

Questo principio è affermato sul presupposto che «l'interpretazione della disposizione [l'art. 4 legge n. 300 del 1970] va ispirata ad un equo e ragionevole bilanciamento fra le disposizioni costituzionali che garantiscono il diritto alla dignità e libertà del lavoratore nell'esercizio delle sue prestazioni oltre al diritto del cittadino al rispetto della propria persona (artt.1, 3, 35 e 38 Cost.), ed il libero esercizio delle attività imprenditoriale (art. 41 Cost.), con l'ulteriore considerazione che non risponderebbe ad alcun criterio logico-sistematico garantire al lavoratore (...) una tutela alla sua "persona" maggiore di quella riconosciuta ai terzi estranei all'impresa» (...). Costante, inoltre, è l'osservazione che tale soluzione ermeneutica risulta coerente con i principi dettati dall'art. 8 della CEDU in base al quale nell'uso degli strumenti di controllo, deve individuarsi un giusto equilibrio fra i contrapposti diritti sulla base dei principi della "ragionevolezza" e della "proporzionalità" (...).

5. Ad avviso del Collegio, deve escludersi la configurabilità del reato concernente la violazione della disciplina di cui all'art. 4 legge 20 maggio 1970, n. 300, quando l'impianto audiovisivo o di controllo a distanza, sebbene installato sul luogo di lavoro in difetto di accordo con le rappresentanze sindacali legittimate, o di autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro, sia strettamente funzionale alla tutela del patrimonio aziendale, sempre, però, che il suo utilizzo non implichi un significativo controllo sull'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa dei dipendenti, o debba restare necessariamente "riservato" per consentire l'accertamento di gravi condotte illecite degli stessi.

5.1. Limiti ad una interpretazione eccessivamente ampia della previsione di cui all'art. 4 della legge n. 300 del 1970 risultano desumibili sulla base del dato letterale e di considerazioni sistematiche.

Per quanto concerne il primo aspetto, va rilevato che il testo della disposizione appena citata (...) prevede la necessità di un preventivo accordo con le organizzazioni sindacali, o di una preventiva autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro, quando derivi «anche» la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Di conseguenza, la previsione normativa non sembra riferibile ad impianti che possano controllare in via del tutto occasionale l'attività del singolo dipendente (...).

Per quanto attiene al secondo profilo, poi, appare persuasiva l'osservazione che non risponderebbe ad alcun criterio logico sistematico garantire al lavoratore - in presenza di condotte illecite sanzionabili penalmente o con il licenziamento - una tutela alla sua "persona" maggiore di quella riconosciuta ai terzi estranei all'impresa (...).

5.2. Questi limiti all'operatività del divieto di cui all'art. 4 cit., però, debbono essere intesi in senso non estensivo.

(...). Innanzitutto, infatti, l'art. 4 cit., prevede l'accordo con le rappresentanze sindacali legittimate, o l'autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro anche quando ricorrono «esigenze [...] per la tutela del patrimonio aziendale». Non è senza significato, poi, che l'art. 4 cit. prefigura, per il caso di mancato accordo con le organizzazioni sindacali, la possibilità di ottenere l'autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro: in questo modo, il legislatore ha inteso tutelare le ragioni dell'impresa evitando, però, soluzioni che possano determinare una significativa interferenza sul diritto del lavoratore alla dignità e libertà nell'esercizio delle sue prestazioni sulla base di determinazioni unilaterali del datore di lavoro.

Una conferma di questa opzione ermeneutica, ancora, sembra offerta dalla giurisprudenza della Corte EDU. In effetti, i giudici di Strasburgo, pur affermando la possibilità, per gli ordinamenti giuridici nazionali, di prevedere limiti al diritto al rispetto della propria vita privata e della propria corrispondenza nell'ambito lavorativo, hanno anche sottolineato l'esigenza di contenere tali limiti nel rispetto del principio di proporzionalità, la necessità di assicurare garanzie procedurali contro possibili arbitri, e l'occorrenza di «misure protettive» di diritto penale (...).

(...) 7. In conclusione, la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio per nuovo giudizio. (...)”.

---

Nota di Maria Strino

L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970) è sempre stato al centro di un acceso dibattito interpretativo che, da ultimo, ha mostrato plurimi segnali di rinvigorismento, in considerazione della rinnovata attualità della tematica connessa al cosiddetto controllo a distanza dei lavoratori.

La sentenza in commento rappresenta, per i giudici della Corte di Cassazione, una proficua occasione di riflessione sui “limiti di configurabilità” della fattispecie penalmente rilevante, attraverso il vaglio degli orientamenti sviluppatisi in argomento, anche alla luce dei principi sovranazionali.

La vicenda, da cui origina l'intervento giurisprudenziale in parola, riguarda il titolare di un esercizio commerciale al dettaglio, dichiarato colpevole di aver installato un impianto di videosorveglianza dei propri dipendenti, in assenza delle garanzie previste dalla legge (accordo sindacale o autorizzazione amministrativa).

Sulla scorta delle motivazioni dedotte nel ricorso, la Suprema Corte individua il nodo problematico nell'esatta perimetrazione del reato, allorquando venga in rilievo la tutela del patrimonio aziendale.

Ai fini dell'analisi, è apparsa utile una premessa sul quadro normativo delineatosi nel tempo, dato che la fattispecie incriminatrice, originariamente ricavabile dalla lettura combinata degli articoli 4 e 38 della legge n. 300/1970, scaturisce attualmente dalla previsione dell'articolo 171 del Codice in materia di protezione dei dati personali: “risulta evidente, quindi, che la violazione della disciplina di cui all'art. 4 legge n. 300 del 1970 costituisce illecito penale in forza di quanto dispone l'art. 171 d.lgs. n. 196 del 2003, nel testo vigente dopo la riforma di cui alla legge n. 101 del 2018, il quale rinvia all'art. 38 della legge n. 300 del 1970 per la individuazione delle sanzioni applicabili”.

Il nucleo di disvalore continua a risiedere, pertanto, nell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori, la cui vigente formulazione risente della novella operata dal cosiddetto Jobs Act (decreto legislativo n. 151/2015) e, poi, dal decreto legislativo n. 185/2016. A tal proposito, nonostante il succedersi di interventi normativi, la sentenza in esame considera inalterata la fattispecie penale, posto che “la condotta vietata consisteva e consiste nella installazione degli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e che possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale, in assenza di accordo con le rappresentanze sindacali legittimate o di autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro”.

Siffatta impostazione consente di valorizzare i criteri interpretativi adottati in riferimento alla primigenia versione del citato articolo 4, con la finalità di enucleare gli elementi costitutivi della fattispecie.

Frequentemente, infatti, il fulcro della rilevanza penale è stato esteso anche alla mera “potenzialità del controllo a distanza dei dipendenti”, non ritenendosi necessario accertare il funzionamento o l'effettivo utilizzo delle attrezzature (Cassazione Penale, Sezione III, n. 45198/2016 e n. 4331/2013). “A fondamento di questa conclusione, si è rilevato che la fattispecie in esame costituisce reato di pericolo, essendo diretta a salvaguardare le possibili lesioni della riservatezza dei lavoratori”.

Nel caso di specie, tuttavia, il Collegio giudicante ha ampiamente scandagliato i precedenti giurisprudenziali che si sono occupati, a vario titolo, dei controlli difensivi, ricavandone importanti spunti di ragionamento.

È stata sottolineata, così, la necessità “che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente) l’attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dall’ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (i cosiddetti controlli difensivi)”.

Nella medesima direzione si innesta, altresì, il richiamo all’indirizzo ermeneutico venutosi a consolidare in relazione all’efficacia probatoria, nel processo penale, “dei risultati delle videoriprese effettuate sul luogo di lavoro a tutela del patrimonio aziendale, in assenza di previo accordo con le rappresentanze sindacali competenti e di previa autorizzazione dell’Ispettorato del lavoro”. Si è fatto notare, al riguardo, che il presidio di riservatezza approntato, a favore dei lavoratori, dalla legge n. 300 del 1970 non confligge con i controlli datoriali finalizzati alla difesa del patrimonio aziendale e non giustifica, pertanto, “l’esistenza di un divieto probatorio”.

Sul punto, particolare interesse riveste, sotto il profilo argomentativo, la menzione di una relazione direttamente proporzionale, ravvisabile fra la tutela della riservatezza del lavoratore e il rispetto dell’obbligo di fedeltà su quest’ultimo gravante. In altri termini, sembra di potersi desumere che l’apparato protettivo, intessuto dallo Statuto dei lavoratori, non possa spingersi fino a tollerare comportamenti lesivi del patrimonio aziendale.

Tale assetto ermeneutico trova ulteriore conforto all’interno della giurisprudenza civile di legittimità, che esclude dalla sfera applicativa dell’articolo 4 “i controlli difensivi da parte del datore se diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell’immagine aziendale, tanto più quando disposti ex post, ossia dopo l’attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull’esecuzione della prestazione lavorativa”.

Una simile statuizione si fonda, invero, su un’interpretazione dell’articolo 4 “ispirata ad un equo e ragionevole bilanciamento fra le disposizioni costituzionali che garantiscono il diritto alla dignità e libertà del lavoratore nell’esercizio delle sue prestazioni oltre al diritto del cittadino al rispetto della propria persona (artt. 1, 3, 35 e 38 Cost.), ed il libero esercizio delle attività imprenditoriali (art. 41 Cost.).

Altrettanto significativa appare la congruità di siffatta soluzione interpretativa rispetto ai principi di “ragionevolezza” e “proporzionalità”, enucleabili dall’articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Alla stregua del percorso ricostruttivo finora tracciato dalla sentenza in commento, dunque, “deve escludersi la configurabilità del reato concernente la violazione della disciplina di cui all’art. 4 legge 20 maggio 1970, n. 300, quando l’impianto audiovisivo o di controllo a distanza, sebbene installato sul luogo di lavoro in difetto di accordo con le rappresentanze sindacali legittimate, o di autorizzazione dell’Ispettorato del Lavoro, sia strettamente funzionale alla tutela del patrimonio aziendale, sempre, però, che il suo utilizzo non implichi un significativo controllo sull’ordinario svolgimento dell’attività lavorativa dei dipendenti, o debba restare necessariamente “riservato” per consentire l’accertamento di gravi condotte illecite degli stessi”.

Decisiva risulta, allora, l’ampiezza dei limiti posti all’operatività del divieto penale, nel tentativo di armonizzare i valori di libertà che contraddistinguono, a livello costituzionale, sia la sfera dei lavoratori, sia quella dell’attività d’impresa.

Ne consegue, innanzitutto, che, in virtù del dato letterale, la dimensione penalmente rilevante non può avvincere l’installazione di impianti o attrezzature che si traduca in un controllo solo occasionale dell’attività dei lavoratori. Dal punto di vista sistematico, inoltre, “appare persuasiva l’osservazione che non risponderebbe ad alcun criterio logico-sistematico garantire al lavoratore – in presenza di condotte illecite sanzionabili penalmente o con il licenziamento – una tutela alla sua “persona” maggiore di quella riconosciuta ai terzi estranei all’impresa”.

Gli argini interpretativi appena evidenziati, peraltro, rinvengono il proprio contemperamento nelle garanzie (accordo sindacale o autorizzazione amministrativa) legislativamente contemplate, anche quando sussistano esigenze di tutela del patrimonio aziendale. “Una conferma di questa opzione ermeneutica, ancora, sembra offerta dalla giurisprudenza della Corte EDU. In effetti, i giudici di Strasburgo, pur affermando la possibilità, per gli ordinamenti giuridici nazionali, di prevedere limiti al diritto al rispetto della propria vita privata e della propria corrispondenza nell’ambito lavorativo, hanno anche sottolineato l’esigenza di contenere tali limiti nel rispetto del principio di proporzionalità” (Corte EDU, Grande Camera, 05.09.2017, Bărbulescu c. Romania).

Sulla scorta delle predette argomentazioni, nel caso di specie la Suprema Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, indicando gli accertamenti da effettuare per colmare le lacune motivazionali evidenziate nel ricorso.

# Doppio binario sanzionatorio: nessuna violazione del *ne bis in idem* se i due procedimenti sono temporalmente e sostanzialmente connessi

Argomento: Giudicato

(Cass. Pen., Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 4439)

Stralcio a cura di Pamela D'Oria

“1. Il ricorso è, nel complesso, infondato. (...)”

2.1. Appare opportuno prendere le mosse dalla recente sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2019, n. 222, che(...) contiene una puntuale e aggiornata ricapitolazione dello stato della giurisprudenza, anche sovranazionale, a proposito del rapporto tra procedimento penale e procedimento amministrativo, il cui esito sia l'applicazione di una sanzione avente comunque natura penale.

2.2. La questione sottoposta allo scrutinio della Corte riguardava la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., in riferimento all'art. 3 Cost., e art. 117 Cost., comma 1, - quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU -, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di un 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 CEDU e dei relativi Protocolli.

2.3. Nel dichiarare l'inammissibilità della questione, la Corte costituzionale ha richiamato la più recente giurisprudenza Europea (tanto della Corte EDU quanto della Corte di giustizia dell'U.E.), secondo la quale la mera sottoposizione di un imputato a un processo penale per il medesimo fatto per il quale egli sia già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa non integra, sempre e necessariamente, una violazione del *ne bis in idem*.

Nella fondamentale sentenza A e B contro Norvegia, la Grande Camera della Corte EDU ha ritenuto che debba essere esclusa la violazione del diritto sancito dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU allorché tra i due procedimenti - amministrativo e penale, che sanzionano il medesimo fatto - sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto (...) che deve essere ravvisato, in particolare: a) quando le due sanzioni perseguono scopi diversi e complementari, connessi ad aspetti diversi della medesima condotta; b) quando la duplicazione dei procedimenti sia prevedibile per l'interessato; c) quando esista una coordinazione, specie sul piano probatorio, tra i due procedimenti; d) quando il risultato sanzionatorio complessivo, risultante dal cumulo della sanzione amministrativa e della pena, non risulti eccessivamente afflittivo per l'interessato, in rapporto alla gravità dell'illecito. (...)

A conclusioni sostanzialmente coincidenti è pervenuta la Grande sezione della Corte di giustizia, nelle tre sentenze coeve del 20 marzo 2018 (...).

(...) secondo la Corte di giustizia il complessivo regime sanzionatorio e procedimentale previsto dal legislatore italiano in materia di omesso versamento di IVA non si pone in contrasto, in linea generale, con il *ne bis in idem* riconosciuto dalla Carta; tuttavia resta affidato al giudice nazionale il compito di verificare che, nel caso concreto, "l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti

e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso" (...).

2.4. (...) la Corte costituzionale ha messo in luce la diversità del caso sottoposto al suo scrutinio, perché (...) vi sarebbe una radicale contrarietà al *ne bis in idem* dell'attuale sistema di "doppio binario" sanzionatorio e procedimentale, così come previsto in astratto dalla legislazione italiana in materia di omesso versamento di IVA; con la conseguenza che tale principio sarebbe sempre violato allorché il contribuente, già definitivamente sanzionato in via amministrativa, per la medesima violazione sia anche sottoposto a un procedimento penale: una conclusione che, nella sua radicalità, si pone in contrasto con l'indicato orientamento della giurisprudenza sovranazionale.

3. Su questa linea, d'altronde, è allineata la più recente giurisprudenza di questa Sezione, la quale ha affermato il principio secondo cui non sussiste la violazione del *ne bis in idem* convenzionale nel caso della irrogazione definitiva di una sanzione formalmente amministrativa, della quale venga riconosciuta la natura sostanzialmente penale, ai sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (...), per il medesimo fatto per il quale vi sia stata condanna a sanzione penale, quando tra il procedimento amministrativo e quello penale sussista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, tale che le due sanzioni siano parte di un unico sistema (...).

(...) il sistema del "doppio binario" è giustificato dalla rilevanza degli interessi nazionali e dalla diversità dei fini perseguiti dalle due procedure: mentre il procedimento amministrativo è volto al recupero a tassazione delle imposte non versate, il procedimento penale è teso alla prevenzione e alla repressione dei reati in materia tributaria. (...)

4.4. Si osserva, infine, che la prevedibilità del sistema del doppio binario è in *re ipsa*, dal momento che la legislazione italiana stabilisce chiaramente la sanzionabilità in via amministrativa della violazione ai sensi del D.Lgs. n. 471 del 1997, art. 13, comma 1, da un lato, e in via penale della dichiarazione infedele ai sensi del D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 4, dall'altro. (...)"

---

Nota di Giulio Baffa

Con la sentenza che qui si annota, la Corte di Cassazione è tornata a confrontarsi sulla tenuta sistematica, rispetto al principio del *ne bis in idem*, dei cc.dd. doppi binari sanzionatori (lato sensu intesi), riferendosi con tale espressione a tutti quei settori della legislazione penale (quali, a titolo meramente esemplificativo, il settore degli abusi di mercato e dei reati tributari) caratterizzati dalla presenza tanto di sanzioni penali, quanto di sanzioni amministrative, spesso per fatti illeciti identici o, comunque, sostanzialmente sovrapponibili.

Più nel dettaglio, nel caso di specie, il ricorrente invocava, in sede di procedimento penale, il divieto di doppia incriminazione per fatti per i quali era già intervenuta una sanzione amministrativo-tributaria di natura sostanzialmente penale, secondo la nozione autonoma di "materia penale", nozione sostanzialistico-funzionale elaborata dalla Corte di Strasburgo.

Nel dichiarare infondato il ricorso, i giudici di legittimità ripercorrono gli approdi giurisprudenziali tanto delle Corti sovranazionali, quanto delle Corti interne.

Muovendo dai cc.dd. *Engel criteria* – sulla cui "afferrabilità" si potrebbe quantomeno discutere – la Corte Edu infatti ha da tempo attratto le sanzioni amministrative punitive nella materia penale, giungendo di conseguenza ad applicare quel "catalogo" di garanzie, previste dalla Convenzione per le sanzioni criminali in senso stretto, a sanzioni non qualificate formalmente come penali nel singolo ordinamento nazionale, ma che si rivelino sostanzialmente tali: ci si riferisce, in particolare, alle garanzie di cui all'art. 7 Cedu (principio di legalità e di irretroattività della legge

sfavorevole/retroattività della *lex mitior*), all'art. 6 Cedu (principio del giusto processo) e, appunto, all'art. 4, prot. 7, Cedu (principio del *ne bis in idem*).

La perentorietà delle statuizioni della sentenza della Corte Edu sul caso Grande Stevens, che si erano abbattute sulla disciplina sanzionatoria delle manipolazioni di mercato come un “ciclone”, capace di travolgere anche altri settori della legislazione penale speciale, sembra tuttavia subire un brusco temperamento con la sentenza A&B contro Norvegia. In quest'ultima occasione, i Giudici di Strasburgo ebbero a dichiarare che la presenza di un sistema sanzionatorio “complesso”, in cui è prevista tanto l'applicazione di sanzioni penali, quanto di sanzioni amministrative, non determina per ciò solo una violazione del principio del *ne bis in idem*. Invero, l'art. 4, prot. 7 Cedu non varrebbe ad escludere la possibilità per un ordinamento nazionale di apprestare un sistema di tutela contro condotte illecite che si snodi attraverso distinti procedimenti di accertamento della responsabilità, purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo di tali procedimenti, non comporti un sacrificio eccessivo per l'interessato e risulti nel complesso prevedibile. E ciò avviene allorquando tra i due procedimenti sia possibile riscontrare una connessione talmente stretta che gli stessi, sostanzialmente, si comportano come se fossero un procedimento unitario e, cioè, quando tra i due procedimenti sussista una connessione sufficientemente stretta sul piano sostanziale e temporale («*a sufficiently close connection in substance and time*»). La Corte sovranazionale si preoccupa quindi di individuare gli indici alla stregua dei quali poter desumere questa connessione: (1) i due procedimenti perseguono scopi “complementari”, perché riguardano profili diversi della medesima condotta; (2) la duplicità dei procedimenti è una conseguenza “prevedibile” della condotta illecita; (3) i due procedimenti sono condotti in maniera coordinata, in modo da evitare una duplicazione nella raccolta e nella valutazione del materiale probatorio; (4) la sanzione applicata nel procedimento conclusosi per primo è tenuta in considerazione nell'altro procedimento, di modo che la risposta sanzionatoria “complessiva” non risulti sproporzionata.

Sul versante del diritto eurounitario, il necessario riferimento normativo è invece costituito dall'art. 50 CDFUE.

La medesima linea di tendenza tracciata da Strasburgo con A&B contro Norvegia, volta in un certo senso a “ridimensionare” la perentorietà delle conclusioni che sembrano dovessero trarsi dalla sentenza Grande Stevens, è stata percorsa, poi, dalle pronunce della Corte di Giustizia sui casi *Merci*, *Garlsson Real Estate* e *Di Puma-Zecca* del 20 marzo 2018. In queste occasioni, la Corte eurounitaria precisa le condizioni in presenza delle quali possa ritenersi legittimo, ai sensi dell'art. 50, primo paragrafo, CDFUE, il cumulo di sanzioni/procedimenti.

Tornando al caso di specie, i Giudici di legittimità, dopo aver richiamato le letture offerte dalla Corte costituzionale sul principio del *ne bis in idem* in relazione a quei settori della legislazione penale speciale caratterizzati dalla coesistenza, per i medesimi fatti, tanto di sanzioni amministrative, quanto di sanzioni penali e senza alcuna soluzione di continuità rispetto ai propri precedenti giurisprudenziali, confermano il rigore di quel test di “*a sufficiently close connection in substance and time*”, condotto nel giudizio di appello. In particolare, i giudici del merito ben avrebbero motivato in ordine (1) alla sussistenza di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra il procedimento amministrativo e quello penale, considerando che l'avviso di accertamento dell'illecito tributario e quello di conclusione delle indagini preliminari furono notificativi nell'arco temporale di una decade; (2) alla insussistenza di ogni duplicazione probatoria, considerando che l'accertamento eseguito in sede tributaria è sostanzialmente confluito nel giudizio penale; (3) alla proporzionalità della pena “complessivamente” inflitta, considerando che nel procedimento amministrativo la sanzione è stata applicata nella misura minima e che nel procedimento penale, oltre alla circostanza attenuante *ex art. 13-bis D.lgs. n. 74 del 2000* e alla mancata applicazione delle pene accessorie, sono stati riconosciuti i benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione nel casellario giudiziario; (4) e, infine, alla prevedibilità del sistema del doppio binario sanzionatorio *de quo*, considerando che



la legislazione italiana espressamente stabilisce la sanzionabilità dei fatti di dichiarazione infedele tanto in via amministrativa (art. 13, comma 1, D.lgs. n. 471 del 1997), quanto in via penale (art. 4 D.lgs. n. 74 del 2000).

In definitiva – si legge nel punto 4.3. del Considerato in diritto – «il sistema del “doppio binario” è giustificato dalla rilevanza degli interessi nazionali e dalla diversità dei fini perseguiti dalle due procedure: mentre il procedimento amministrativo è volto al recupero a tassazione delle imposte non versate, il procedimento penale è teso alla prevenzione e alla repressione dei reati in materia tributaria. In altri termini, la minaccia di una sanzione detentiva per condotte particolarmente allarmanti (essendo previste soglie di punibilità), in aggiunta a una sanzione amministrativa pecuniaria, persegue, infatti, legittimi scopi di rafforzare l'effetto deterrente spiegato dalla mera previsione di quest'ultima, di esprimere la ferma riprovazione dell'ordinamento a fronte di condotte gravemente pregiudizievoli per gli interessi finanziari nazionali ed Europei, nonché di assicurare *ex post* l'effettiva riscossione degli importi evasi da parte dell'amministrazione grazie ai meccanismi premiali connessi all'integrale saldo del debito tributario».

# Italia sì, Italia no: le difficoltà relative all'individuazione del luogo di commissione del fatto

Argomento: Della legge penale

(Cass. Pen., Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 5198)

Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“(…) 2. Il ricorrente deduce l'errata applicazione della L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, nell'interpretazione della fattispecie incriminatrice del Tribunale di Pesaro.

Occorre muovere dall'esegesi della L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), e, in tale ambito, viene in rilievo l'apparato sanzionatorio penale contenuto nell'art. 12, comma 6, che punisce: "6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di Euro".

La volontà legislativa, che sottendeva e permeava la prima disciplina organica in questa materia di circoscrivere fortemente l'ambito della procreazione medicalmente assistita, si completava con la previsione di un sistema sanzionatorio amministrativo e penale diretto a sanzionare la mercificazione della procreazione medesima. Come è noto, la L. n. 40 del 2004 è stata oggetto di ripetuti interventi da parte del Giudice delle leggi tra cui la sentenza n. 162 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 4, comma 3, 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.

Anche all'esito di tale pronuncia, il ricorso a pratiche di surrogazione della maternità continua ad essere vietato e sanzionato nel nostro ordinamento, a differenza di altri Paesi in cui, come in Ucraina, tale pratica è consentita. (...)

Sotto il versante sovranazionale il parere consultivo pronunciato il 10 aprile 2019 dalla Grande Chambre della Corte Edu, su richiesta della Corte di cassazione francese, in occasione della prima applicazione del Protocollo n. 16 allegato alla Cedu 7, riconosce che rientra nel margine di apprezzamento di ogni Stato adottare politiche che scoraggino i propri cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, a pratiche procreative proibite nel proprio territorio, pur evidenziando l'incompatibilità con l'art. 8 Cedu di divieti assoluti di riconoscimento dello status filiationis derivante dagli effetti del suo mancato riconoscimento nei confronti di bambini nati a seguito di ricorso alla maternità surrogata.

3. Fermo, dunque, il divieto, sanzionato penalmente, del ricorso alla maternità surrogata, il pubblico ministero sostiene che il giudice avrebbe errato nell'applicazione della legge penale sostanziale in relazione all'individuazione della fattispecie tipica. (...)

Nel caso in esame, viene in rilievo la condotta di chi "realizza" il cui significato etimologico di "portare a compimento", "attuare" "avverare" già individua e seleziona quali condotte rilevino dal punto di vista penale.

Se il compimento della gestazione per conto di altri, che si conclude con la nascita, individua il momento di consumazione del reato, il tema è quello di stabilire il perimetro delle condotte antecedenti alla nascita che integrano la condotta di "realizza", non venendo in rilievo, nel caso in esame, secondo la stessa imputazione elevata agli imputati, le condotte di "organizza o pubblicizza".

Nel tracciare il perimetro della condotta incriminata, ai fini della tipicità della norma penale incriminatrice, si deve avere riguardo al contenuto etimologico della condotta di "realizza" che, accanto a quelle di "organizza" e "pubblicizza", costituiscono le condotte tipiche del reato di cui all'art. 12, comma 6 cit..

La decisione impugnata si è posta in questa linea interpretativa ed ha circoscritto la rilevanza penale delle condotte, antecedenti alla nascita, a quelle eziologicamente ad essa collegata e funzionali allo scopo, così da circoscrivere e da delimitare il contenuto della fattispecie tipica entro limiti di riconoscibilità della fattispecie e prevedibilità delle conseguenze.

Ciò in quanto la norma penale deve essere sufficientemente chiara per essere prevedibile il comportamento che è fonte di responsabilità penale.

Prevedibilità del significato della legge che oggi assume rilievo anche alla luce della giurisprudenza sovranazionale, nell'Interpretazione della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 7, come chiarito nella pronuncia del noto caso Contrada c/Italia secondo cui l'agente deve conoscere, a partire dal testo della legge e dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali, per quali atti od omissioni gli viene attribuita la responsabilità penale.

4. In fatto, sentenza impugnata ha ritenuto che il reato contestato si fosse consumato integralmente all'estero sulla base dei seguenti elementi.

In territorio ucraino, dove gli imputati si erano recati, venne vagliata la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata secondo la disciplina dello Stato; sempre nella clinica ucraina previamente individuata, gli imputati furono visitati, e lì venne commissionato l'intervento, sottoscritto il contratto, adempiuto lo stesso con il prelievo dei gameti e l'impianto degli stessi nella madre di parto, previa individuazione della donatrice, e lì si svolse tutta la gestazione fino al parto. Sempre in Ucraina, secondo le leggi di quel Paese, l'atto di nascita dei gemelli venne registrato presso l'ufficio di stato civile di Kiev (...). Mentre non assumevano rilievo, sempre secondo la sentenza impugnata, i contatti iniziali avuti dagli indagati con la clinica ucraina per conoscere le modalità attraverso le quali era possibile tale pratica, contatti prodromici a verificarne la praticabilità in quel Paese, contatti che non raggiungevano la soglia di rilevanza penale perché non ancora dimostrativi della decisione di ricorrere a tale pratica che, si rammenta, è disciplinata dalla legislazione straniera e dalla necessaria verifica di fattibilità avvenuta in quel Paese dopo gli accertamenti medici. L'accordo e la sottoscrizione del contratto si erano perfezionati in Ucraina, dove si erano concluse le pratiche volte alla maternità surrogata e dove essa si era realizzata, con la nascita dei gemelli, figli degli imputati secondo la legge straniera. La trascrizione dell'atto di nascita che, comunque, non integra il reato di cui all'art. 567 c.p., comma 2, (...), è stata ritenuta condotta susseguente al già commesso reato. (...)"

# Esclusa l'applicazione della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto in caso di esercizio abusivo di una professione

Argomento: Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 25 febbraio 2021, n. 7514)

Stralcio a cura di Emanuele Sylos Labini

“2. Dall'analisi della sentenza impugnata si evince che la Corte di appello ha in realtà inquadrato correttamente le caratteristiche strutturali del delitto di cui all'art. 348 c.p..

2.1. Invero, il reato eventualmente abituale si differenzia da quello necessariamente abituale per il fatto che esso può realizzarsi indifferentemente con una singola e specifica condotta ovvero con la ripetizione nel tempo di distinte, analoghe condotte (Sez. 3, n. 48318 del 11/10/2016, Halilovic, Rv. 268566). In tale prospettiva deve richiamarsi il costante orientamento secondo cui il reato di abusivo esercizio di una professione può assumere carattere istantaneo oppure essere commesso con una condotta reiterata, tale da qualificare la fattispecie in termini di abitualità (eventuale) (Sez. 2 n. 1931 del 18/01/2021, Bozzone, non massimata; Sez. 2, n. 26113 del 07/05/2019, Conoscenti, Rv. 276657; Sez. 5, n. 24283 del 26/02/2015, Bachetti, Rv. 263905; Sez. 6, n. 11493 del 21/10/2013, dep. 2014, Tosto, Rv. 259490; Sez. 6, n. 30068 del 02/07/2012, Pinori, Rv. 253272; Sez. 2, n. 43328 del 15/11/2011, Giorgini, Rv. 251376).

2.2. A fronte di ciò si rileva come l'unicità dell'atto, pur non impedendo il perfezionamento del reato, possa nondimeno incidere sull'applicazione dell'art. 131 bis c.p.: tale norma presuppone che sia ravvisabile la particolare tenuità dell'offesa e che non ricorra un comportamento abituale, quale quello connotato da condotte plurime, abituali e reiterate, con la conseguenza che la causa di non punibilità è esclusa non genericamente in presenza di un reato eventualmente abituale, ma in ragione dell'effettiva reiterazione della condotta tipica (Sez. 3, n. 48318 del 11/10/2016, Halilovic, Rv. 268566; Sez. 6, n. 6664 del 25/01/2017, Ferretti, Rv. 269543; Sez. 3 n. 30134 del 05/04/2017, Rv. 270255).

2.3. Nel caso di specie la Corte di appello ha ravvisato in realtà l'abitualità della condotta dell'imputato, avendo ritenuto che il predetto, nella veste di titolare dell'agenzia, si avvalsesse come istruttore di guida del (OMISSIS), sebbene costui non fosse in possesso dei requisiti previsti: in particolare la Corte, sulla base di quanto desunto dalle dichiarazioni del (OMISSIS), ha ritenuto che il (OMISSIS) fosse l'istruttore del predetto e avesse dunque indebitamente operato non solo in occasione dell'episodio culminato nel sinistro provocato dal giovane cliente dell'agenzia, con la conseguenza che la violazione ascrivibile al ricorrente avrebbe dovuto ritenersi reiterata, seppur riconducibile all'unico reato, in concreto abituale, a lui contestato.

2.4. A fronte di ciò il motivo di ricorso risulta aspecifico, perché muove da un presupposto astratto e non si confronta con l'effettivo tenore della motivazione.”

# Abuso d'ufficio riformato: chiarimenti della Cassazione in ordine ai margini di discrezionalità

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 1 marzo 2021, n. 8057)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“3. (...) in via prioritaria occorre chiedersi se il fatto contestato al ricorrente non sia più previsto dalla legge come reato a seguito della parziale abolitio criminis conseguente alle modifiche apportate all'art. 323 cod. pen. dall'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, disposizione con la quale le parole "di norme di legge o di regolamento" contenute nell'art. 323 sono state sostituite con quelle "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità". Le novità sono tre.

Fermi restando l'immutato riferimento all'elemento psicologico del dolo intenzionale e l'immodificato richiamo alla fattispecie dell'abuso di ufficio per violazione, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti (ipotesi di reato che non è variata nei suoi elementi costitutivi), il delitto è ora configurabile solamente nei casi in cui la violazione da parte dell'agente pubblico abbia avuto ad oggetto "specifiche regole di condotta" e non anche regole di carattere generale; solo se tali specifiche regole sono dettate "da norme di legge o da atti aventi forza di legge", dunque non anche quelle fissate da meri regolamenti ovvero da altri atti normativi di fonte subprimaria; e, in ogni caso, a condizione che quelle regole siano formulate in termini da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'agente, restando perciò oggi escluse dalla applicabilità della norma incriminatrice quelle regole di condotta che rispondano, anche in misura marginale, all'esercizio di un potere discrezionale (...).

Tali indicazioni legislative - che, destinate all'evidenza a restringere sotto l'aspetto oggettivo la rilevanza penale di talune condotte, sono operanti in via retroattiva giusta il principio di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen. - non sono applicabili al caso di specie. E ciò perché all'odierno ricorrente è stata addebitata la violazione di una specifica regola di condotta prevista da una norma di legge, quella contenuta nell'art. 125 del d.lgs. aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice degli appalti) che all'epoca dei fatti disciplinava il metodo che l'ente pubblico appaltante avrebbe dovuto seguire per l'individuazione del soggetto cui affidare l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture; disposizione che dettava criteri tecnici che vincolavano la stazione appaltante ad adottare un criterio di scelta invece che un altro sulla base del risultato di quell'accertamento, senza lasciare al funzionario responsabile alcuna possibilità di scelta discrezionale.

Né a differenti conclusioni è possibile giungere laddove si volesse sostenere che la scelta del metodo di individuazione dell'affidatario dell'appalto dipendeva dal superamento di determinate soglie di valore calcolate sulla base di dati tecnici suscettibili, almeno in parte, di essere valutati con un qualche margine di opinabilità: dunque, di elementi che potevano costituire oggetto di una discrezionalità tecnica.

Tale circostanza risulta, invero, irrilevante in tutti i casi di abuso di ufficio (...) in cui la violazione di una regola di condotta prevista da una norma di legge dovesse sostanziarsi nella preventiva totale

rinuncia da parte del pubblico agente dell'esercizio di ogni potere discrezionale; ovvero laddove la violazione della regola di condotta dovesse intervenire in un momento del procedimento nel quale è possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione è oramai espressione di un potere caratterizzato dall'essere in concreto privo di qualsivoglia margine di discrezionalità.

In tal senso è possibile fondatamente ritenere che il legislatore della novella, stabilendo che l'abuso di ufficio sia configurabile solo nel caso di "violazione di specifiche regole di condotta [...] dalle quali non residuino margini di discrezionalità", abbia inteso far riferimento non solamente ai casi in cui la violazione ha ad oggetto una specifica regola di condotta connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato (cioè di un potere del quale la legge abbia preordinato l'an, il quomodo, il quid e il quando dell'azione amministrativa); ma anche ai casi riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio.

Tale linea interpretativa del 'nuovo' art. 323 cod. pen. appare, peraltro, coerente con le conclusioni cui è pervenuta la più attenta giurisprudenza amministrativa che, valorizzando il dettato dell'art. 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha riconosciuto che il provvedimento amministrativo è annullabile, per violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, non solo quando sia espressione di un potere vincolato in astratto, cioè disciplinato da disposizioni che non contemplano alcuno spazio di discrezionalità demandato all'amministrazione, ma anche quando esso sia esplicazione di un potere, in astratto discrezionale, che sia divenuto vincolato in concreto: vale a dire di un potere che, per le scelte che il pubblico agente ha compiuto nell'ambito di quello stesso procedimento amministrativo, non poteva che essere quello indicato dalla legge perché oramai caratterizzato da un avvenuto esaurimento di ogni spazio di discrezionalità (...).

5. (...) Costituiscono ius receptum nella giurisprudenza di legittimità i principi secondo i quali, per la configurabilità del reato di abuso di ufficio, è necessaria la prova della cd. 'doppia ingiustizia', che postula un duplice distinto apprezzamento, concernente sia la condotta che deve essere connotata da violazione di norme di legge o di regolamento, sia l'evento di vantaggio patrimoniale in quanto non spettante in base al diritto oggettivo, non potendosi far discendere l'ingiustizia del vantaggio o del danno dall'accertata illegittimità della condotta (...); e nel reato di abuso di ufficio la prova del dolo intenzionale non presuppone l'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, potendo tale prova essere desunta anche dalla macroscopica illegittimità dell'atto, essendo però necessario che tale valutazione non discenda dal mero comportamento non iure dell'agente, ma risulti anche da elementi ulteriori concordemente dimostrativi dell'intento di conseguire un vantaggio patrimoniale o di cagionare un danno ingiusto (...).

---

Nota di Antonio Verderosa

Con la sentenza n. 8057 del 1.03.2021, la Sesta Sezione della Corte di Cassazione penale analizza il reato di abuso di ufficio *ex* art. 323 c.p. alla luce delle recenti modifiche normative che hanno interessato la fattispecie incriminatrice.

La decisione origina dal ricorso avverso la sentenza della Corte di Appello di Cagliari, confermativa della pronuncia di condanna emessa dal Tribunale di Nuoro nei confronti di F.A., il quale, nella veste di responsabile di polizia municipale, affidava ad una società determinata il servizio di misurazione

elettronica della velocità delle autovetture lungo una strada statale utilizzando la procedura di affidamento diretto e senza una preventiva determinazione della giunta comunale in tal senso.

Nella scelta della procedura da seguire per l'affidamento del servizio, tuttavia, l'imputato ometteva di indicare dei costi che, unitamente a quelli già calcolati, avrebbero reso necessario un bando di gara. L'abuso d'ufficio da parte dell'imputato, dunque, si sostanziava nell'aver procurato, con la scelta della procedura diretta, un ingiusto vantaggio patrimoniale alla società vincitrice dell'appalto, nonché un danno per l'Amministrazione comunale.

Il *decisum* della Suprema Corte ha il pregio non solo di richiamare e ribadire i propri orientamenti di legittimità in materia di abuso di ufficio, ma soprattutto di dare delucidazioni sulla portata applicativa della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 323 c.p. così come novellata dal D.L. n. 76 del 16.07.2020, convertito con L. n. 120 dell'11.09.2020.

Infatti, tenuto conto che la modifica normativa ha comportato la sostituzione delle parole "di norme di legge o di regolamento", riportate nella disposizione penale, con l'espressione "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità", i giudici di legittimità chiariscono quali siano ed in cosa consistano gli elementi di novità del novellato delitto, ridefinendo i confini tra le condotte lecite e l'area del penalmente rilevante.

In particolare, gli Ermellini danno atto che la norma in argomento è stata interessata da una parziale *abolitio criminis*, dal momento che, a seguito della modifica, la condotta penalmente rilevante è solo quella violativa di regole determinate, precise, dettate da fonti primarie (con esclusione dei regolamenti o comunque di qualsiasi fonte subprimaria), che in ogni caso non presuppongano l'esercizio di un potere, sia pur in minima parte, discrezionale.

Dato questo quadro normativo di riferimento, l'innovatività della pronuncia è da rinvenirsi nell'operazione interpretativa posta in essere dalla Suprema Corte da cui è scaturita la riespansione dell'ambito applicativo della norma penale. Infatti, a giudizio della Corte, nel caso in specie, la specifica regola richiesta dal riformato abuso d'ufficio per configurare il reato va individuata nell'art. 125 del D. Lgs. n. 163/2006 (vigente al momento del fatto), che prevedeva criteri tecnici vincolanti per la stazione appaltante nella scelta del *modus* di individuazione del soggetto cui affidare l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture.

Proseguendo nella motivazione, gli Ermellini non ritengono neanche rilevante che il criterio di scelta adottato dal pubblico ufficiale scaturisca da un calcolo- intrinsecamente opinabile- di dati tecnici, ossia di elementi oggetto di discrezionalità tecnica posti alla base della valutazione sul superamento o meno della soglia di valore, prevista *ex lege*, oltre la quale si rendeva necessaria la scelta obbligata della procedura di affidamento tramite bando di gara ad evidenza pubblica.

Infatti, l'abuso d'ufficio è integrato, secondo la Corte di Cassazione, ogniqualvolta «la violazione di una regola di condotta prevista da una norma di legge dovesse sostanziarsi nella preventiva totale rinuncia da parte del pubblico agente dell'esercizio di ogni potere discrezionale; ovvero laddove la violazione della regola di condotta dovesse intervenire in un momento del procedimento nel quale è possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione è oramai espressione di un potere caratterizzato dall'essere in concreto privo di qualsivoglia margine di discrezionalità».

E' evidente che il legislatore, nell'indicare le specifiche regole di condotta da cui non residuino margini di discrezionalità, abbia fatto riferimento non solo ai casi in cui il potere connesso alla regola di condotta sia previsto *ab origine* come vincolato, «ma anche ai casi riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto [...] in cui si sostanzia l'abuso di ufficio». Tali argomentazioni sarebbe confermate, *a fortiori*, da attento orientamento della giurisprudenza amministrativa in tema di

annullamento *ex art. 21 octies* L. 241/90, a rigor del quale il provvedimento amministrativo è annullabile «anche quando esso sia esplicazione di un potere, in astratto discrezionale, che sia divenuto vincolato in concreto».

Pertanto, nel caso in specie, la Corte ritiene integrato l'elemento oggettivo del reato, stante la violazione del già citato art. 125 d. lgs 163/2006 (esplicativo della procedura utilizzabile a seconda del valore economico dell'appalto) e dell'art. 29 del medesimo decreto legislativo (che prevede il divieto di scegliere un determinato metodo di calcolo del valore al solo scopo di eludere la disciplina in tema di appalti di rilevanza comunitaria).

L'imputato, quale responsabile del procedimento *de quo*, avrebbe solo formalmente rispettato le norme in materia, dal momento che lo stesso aveva evitato qualsiasi valutazione in ordine ai costi del servizio di gestione dei verbali di accertamento, tenendo in considerazione ai fini della determinazione dei costi totali esclusivamente il costo del noleggio delle apparecchiature, così sottostimando deliberatamente il valore dell'appalto. Pertanto, la valutazione dei dati tecnici da parte di F.A., come dimostrato ampiamente dai giudici di merito, non si poneva quale operazione di discrezionalità tecnica, ma era una consapevole scelta dell'imputato, il quale avrebbe dovuto semplicemente applicare la normativa corretta a seguito di un mero accertamento tecnico. Tale conclusione è ben supportata dalle evidenze processuali emerse nel corso dell'istruttoria dibattimentale: infatti, in primo luogo, è acclarato che già nei primi due mesi di attività gli importi derivanti dai verbali sarebbero stati di gran lunga superiori rispetto alla soglia di € 200.000,00 prevista dall'art. 125 citato; in secondo luogo, l'imputato aveva presentato all'ufficio ragioneria del Comune uno studio sperimentale che dimostrava il numero elevato di verbali di contestazione che sarebbero scaturiti dal servizio; infine, da tenere in debito conto è anche l'atteggiamento delle pubbliche amministrazioni di comuni limitrofi, che per l'affidamento di un servizio analogo avevano preventivamente deciso di utilizzare il metodo della gara ad evidenza pubblica.

Di portata più modesta, invece, appaiono le argomentazioni della Suprema Corte sul requisito della 'doppia ingiustizia', ossia del 'doppio dolo' necessario a configurare il reato. Secondo i giudici di legittimità, tale elemento va provato attraverso due accertamenti distinti ed autonomi, non essendo possibile «far discendere l'ingiustizia del vantaggio e del danno dall'accertata illegittimità della condotta». D'altro canto, la prova del dolo intenzionale non deve necessariamente basarsi sulla prova dell'accordo collusivo tra il pubblico ufficiale e la persona che lo stesso intende favorire, essendo l'elemento psicologico desumibile, secondo giurisprudenza consolidata, dalla microscopica illegittimità della condotta, a patto che la stessa trovi riscontro in elementi estrinseci e non sia accertata esclusivamente avuto riguardo al comportamento *non iure* dell'agente.

Nel caso di specie, i giudici di legittimità ritengono che la Corte territoriale abbia fatto buon governo dei principi in materia, dimostrando oltre ogni ragionevole dubbio il danno occorso all'ente comunale, che aveva dovuto annullare il contratto di appalto ed invalidare in autotutela i numerosi verbali di accertamento. In aggiunta a ciò, il dolo intenzionale, consistente nell'aver procurato ingiusto vantaggio alla ditta affidataria del servizio, era stato provato dalla Corte di Appello valorizzando il fatto che l'imputato, da un lato, aveva stipulato il contratto e adottato la determina dirigenziale prima che la giunta comunale potesse esaminare la spesa scaturente dal servizio e senza autorizzazione da parte dell'Anas, dall'altro, aveva permesso al responsabile della società appaltatrice di installare ed utilizzare le apparecchiature per la rilevazione della velocità prima ancora della stipula e della registrazione del contratto.

Per tali motivi, la Corte di Cassazione rigetta il ricorso proposto dall'imputato e condanna lo stesso al pagamento delle spese processuali.





# Diffamazione a mezzo *social* e diritto di critica: la Cassazione sul requisito della continenza

Argomento: Dei delitti contro l'onore

(Cass. Pen., Sez. V, 4 marzo 2021, n. 8898)

Stralcio a cura di Pamela D'Oria

“1. (...) il comportamento provocatorio, costituente il fatto ingiusto, che causa lo stato di ira e la reazione diffamatoria dell'offensore, anche quando non integrante gli estremi di un illecito codificato, deve comunque potersi ritenere contrario alla civile convivenza secondo una valutazione oggettiva e non in forza della mera percezione negativa che del medesimo abbia avuto l'agente. (...)

2. (...) Il diritto di critica (...) si inserisce nell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21 della Carta costituzionale e dall'art. 10 della Convenzione EDU. Proprio in ragione della sua natura di diritto di libertà, esso può essere evocato quale scriminante, ai sensi dell'art. 51 c.p., rispetto al reato di diffamazione, purché venga esercitato nel rispetto dei limiti della veridicità dei fatti, della pertinenza degli argomenti e della continenza espressiva.(...)

2.1. Deve preliminarmente ribadirsi che la nozione di "critica" rimanda non solo all'area dei rilievi problematici, ma, anche e soprattutto, a quella della disputa e della contrapposizione, oltre che della disapprovazione e del biasimo anche con toni aspri e taglienti, non essendovi limiti astrattamente concepibili all'oggetto della libera manifestazione del pensiero, se non quelli specificamente indicati dal legislatore. Limiti che sono rinvenibili (...) nella difesa dei diritti inviolabili, quale è quello previsto dall'art. 2 Cost., onde non è consentito attribuire ad altri fatti non veri, venendo a mancare, in tale evenienza, la finalizzazione critica dell'espressione, né trasmodare nell'invettiva gratuita, salvo che la offesa sia necessaria e funzionale alla costruzione del giudizio critico (...).

2.2. Quanto al requisito della continenza, è noto che essa concerne un aspetto sostanziale e un profilo formale.

La continenza sostanziale (...) si riferisce (...) alla quantità e alla selezione dell'informazione in funzione del tipo di resoconto e dell'utilità/bisogno sociale di esso.

La continenza formale attiene, invece, al modo con cui il racconto sul fatto è reso o il giudizio critico esternato, e cioè alla qualità della manifestazione (...)

In realtà, secondo il consolidato canone ermeneutico di questa Corte, al fine di valutare il rispetto del criterio della continenza, occorre contestualizzare le espressioni intrinsecamente ingiuriose (...) e verificare se i toni utilizzati dall'agente, pur forti e sferzanti, non risultino meramente gratuiti, ma siano invece pertinenti al tema in discussione, proporzionati al fatto narrato e funzionali al concetto da esprimere (...)

2.4. Invece, sussiste la detta esimente nel caso in cui un soggetto portatore di interessi di rilevanza collettiva indirizzi missive, segnalazioni, esposti, ancorché contenenti espressioni offensive, ad organi sovraordinati, volti a censurare la condotta di un dipendente o di un associato, ponendone in dubbio la regolarità o la correttezza (...).

Si ravvisa, in tal caso, la generale causa di giustificazione, sub specie di esercizio del diritto di critica, preordinata a ottenere un intervento per rimediare a una condotta che si giudichi illegittima o

inappropriata (...), o comunque a sollecitare il controllo di eventuali violazioni delle regole deontologiche (...); beninteso, sussistendo i limiti inerenti a tale scriminante (diritto di critica) (...) che, se rispettati, escludono la sussistenza del delitto di diffamazione.

2.5. La situazione scrutinata è, tuttavia, eccentrica rispetto a quelle ora richiamate, assumendo rilevanza lo specifico contesto comunicativo in cui è avvenuta l'esternazione, ovvero mediante l'utilizzo di uno dei nuovi mezzi informatici e telematici di manifestazione del pensiero (forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, pagine Facebook). (...)

Ebbene, se per un verso la diffusione tra più persone di notizie denigratorie a carico di altri integra il reato ex art. 595 c.p., anche se dette notizie rispondono al vero, dall'altro, la circostanza (verità della notizia) non è indifferente quando l'agente abbia tenuto la sua condotta nell'esercizio del diritto di cronaca, di critica o di legittima tutela dei suoi interessi (...)

2.6. Conclusivamente si può dunque affermare che, ai fini del riconoscimento dell'esimente prevista dall'art. 51 c.p., qualora le frasi diffamatorie siano formulate a mezzo social network, il giudice, nell'apprezzare il requisito della continenza, deve tener conto non solo del tenore del linguaggio utilizzato ma anche dell'eccentricità delle modalità di esercizio della critica, restando fermo il limite del rispetto dei valori fondamentali, che devono ritenersi sempre superati quando la persona offesa, oltre che al ludibrio della sua immagine, sia esposta al pubblico disprezzo. (...)"

---

Nota di Martina Nicolino

In primo grado, i coniugi C.F. e C.d.P. venivano riconosciuti dal Tribunale di Lucca colpevoli del reato di diffamazione, a ciascuno rispettivamente attribuito, commesso a mezzo di pubblicazione sulla bacheca di Facebook di commenti offensivi dell'onore e della reputazione di L.P.

Veniva presentato gravame dai coniugi condannati presso la Corte di Appello di Firenze che, tuttavia, confermava la sentenza di condanna di primo grado.

Proponevano, dunque, ricorso per Cassazione entrambi gli imputati, sulla base di n.2 motivi.

Con il primo motivo lamentavano violazione degli artt. 599 e 59 c.p. e correlato vizio di motivazione, mancante e contraddittoria, con riferimento alla valutazione della causa di non punibilità di cui all'art. 599 c.p., questo perché la Corte avrebbe negato la sussistenza dei presupposti di fatto della provocazione.

Secondo la difesa, l'origine dello stato d'ira sarebbe stata ricondotta (erroneamente) secondo la difesa nel fatto che la persona offesa, ciclista professionista appartenente al team del C.F. non avesse partecipato alla gara del "Giro degli Appennini", giustificando lo stato di impossibilità con certificazione medica.

Quest'ultima ovvero l'ira degli imputati o, comunque, l'errore percettivo circa il fatto ingiusto altrui (599 c.p.) sussisterebbe, invece, per i ricorrenti, in un insieme di comportamenti "sleali" dell'atleta, sia sul piano umano che sportivo, come risultati dalla prova dichiarativa non valutata però dal giudice di merito.

Con il secondo motivo denunciavano l'errata valutazione della scriminante del diritto di critica, di cui agli artt. 51 e 59 c.p., attenzionando il fatto che le parole incriminate erano state pronunciate entro il limite della continenza.

Con requisitoria scritta del 27.12.2020 il P.G. presso la Corte di Cassazione, P.F., concludeva per l'inammissibilità del ricorso.

La Corte di Cassazione riteneva i ricorsi non fondati con condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

In particolare, rispetto al primo motivo, gli Ermellini rilevano come il Giudice di prime cure si sia attenuto *“al condiviso orientamento di legittimità secondo cui il comportamento provocatorio, costituente il fatto ingiusto, che causa lo stato di ira e la reazione diffamatoria dell'offensore, anche quando non integrante gli estremi di un illecito codificato, deve comunque potersi ritenere contrario alla civile convivenza secondo una valutazione oggettiva e non in forza della mera percezione negativa che del medesimo abbia avuto l'agente. Non è dunque sufficiente che questi si sia sentito provocato, ma è necessario che egli sia stato oggettivamente provocato[1]”*.

Nel caso di specie, i ricorrenti hanno assunto in maniera oltremodo generica che la reazione diffamatoria fosse stata una diretta conseguenza di molteplici atteggiamenti professionalmente scorretti, laddove, è certo, *a contrario*, che il giorno di cui si discute, il giovane ciclista fosse effettivamente ammalato, tanto da ricorrere alle cure di un Ospedale: proprio dalle fonti di prova dichiarative si ricava, infatti, che l'L.P. *“fu effettivamente ricoverato e sottoposto a cure ospedaliere, come da certificazione rilasciata e acquisita in atti, in quanto affetto da una severa infezione in corso, e che, pertanto, alcun bluff era stato messo in pratica per evitare di partecipare alla gara ciclistica in Italia”*. Insomma, secondo la Suprema Corte, *“si tratta di allegazioni a sostegno di una provocazione solo soggettivamente ritenuta, in mancanza di un comportamento univocamente valutabile come violazione di una regola della civile convivenza e, quindi, del tutto inidonee a costituire una valida piattaforma su cui fondare la valutazione della condotta degli imputati in termini di reazione giustificabile ai sensi dell'art. 599 c.p. Correttamente, dunque, il giudice di merito hanno escluso l'attenuante di cui all'art. 599 cod. pen., non prospettabile neppure in forma putativa, non ravvisandosi, nella stessa prospettiva, fatti capaci di fondare la ragionevole, anche se erronea, opinione dell'illiceità del fatto altrui; l'errore, infatti, in tali casi, deve essere plausibile, ragionevole e logicamente apprezzabile[2].”*

In ordine al secondo motivo, in ordine al diritto di critica e alla sua applicazione come scriminante, ai sensi dell'art. 51 c.p., rispetto al reato di diffamazione, la Corte osserva: *“Il diritto di critica, rappresentando l'esternazione di un'opinione relativamente a una condotta ovvero a un'affermazione altrui, si inserisce nell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21 della Carta costituzionale e dall'art. 10 della Convenzione EDU. Proprio in ragione della sua natura di diritto di libertà, esso può essere evocato quale scriminante, ai sensi dell'art. 51 cod. pen., rispetto al reato di diffamazione, purché venga esercitato nel rispetto dei limiti della veridicità dei fatti, della pertinenza degli argomenti e della continenza espressiva”*.

Proprio in merito a questo ultimo aspetto, ovvero il concetto di continenza, la Corte si sofferma, delineando, approfonditamente, la cornice entro cui essa possa dirsi rispettata.

Preliminarmente, la continenza concerne un aspetto sostanziale e un profilo formale: *“La continenza sostanziale, o "materiale", attiene alla natura e alla latitudine dei fatti riferiti e delle opinioni espresse, in relazione all'interesse pubblico alla comunicazione o al diritto-dovere di denuncia: essa si riferisce, dunque, alla quantità e alla selezione dell'informazione in funzione del tipo di resoconto e dell'utilità/bisogno sociale di esso. La continenza formale attiene, invece, al modo con cui il racconto sul fatto è reso o il giudizio critico esternato, e cioè alla qualità della manifestazione: essa postula, quindi, una forma espositiva proporzionata, "corretta" in quanto non ingiustificatamente sovrabbondante al fine del concetto da esprimere”*. Peraltro, in linea generale, la Corte ritiene che essa non sia astrattamente incompatibile con l'uso di termini che, pure oggettivamente offensivi, siano insostituibili nella manifestazione del pensiero critico, per non esservi adeguati equivalenti.

In realtà, in ottemperanza al *“consolidato canone ermeneutico”* della Corte, *“al fine di valutare il rispetto del criterio della continenza, occorre contestualizzare le espressioni intrinsecamente ingiuriose, ossia valutarle in relazione al contesto (...) e verificare se i toni utilizzati dall'agente, pur forti e sferzanti, non risultino meramente gratuiti, ma siano invece pertinenti al tema in discussione, proporzionati al fatto narrato e funzionali al concetto da esprimere[3]”*. Tuttavia, precisa la Corte, *“il contesto dialettico nel quale si realizza la condotta (...) non può mai scriminare l'uso di espressioni che si risolvono nella denigrazione della persona in quanto tale[4]”*.

Rispetto alla situazione in esame, il Collegio ha ritenuto sussistente, nelle parole incriminate quali “uomo di merda”, “briaco in bicicletta”, “suonato”, espressioni che, lungi dal rappresentare una consentita critica all’operato professionale dell’atleta, “*possono valere - oggettivamente e con i connotati del dolo di chi le scrive - a ledere la reputazione e quindi la considerazione sociale del soggetto passivo. In quanto dirette alla persona, piuttosto che al comportamento del professionista, e idonee a esporre allo scherno e al ludibrio pubblico il destinatario, siffatte parole si risolvono in un gratuito argumentum ad hominem, che la giurisprudenza di questa Corte, richiamandosi a quella costituzionale ed europea, considera, infatti, condotta non consentita dal diritto di critica*[5], in quanto, piuttosto che esprimere un dissenso motivato, manifestato in termini misurati e necessari[6], è diretta a screditare l’avversario mediante la evocazione di una sua presunta indegnità o inadeguatezza personale, piuttosto che a criticarne i programmi e le azioni[7]”.

Secondo gli Ermellini, sarebbe potuta riconoscersi una condotta scriminabile ex art. 51 c.p. alla condotta dei due odierni imputati laddove essi, “*piuttosto che dare sfogo a pulsioni soggettive su una virtuale “pubblica piazza” (bacheca di Facebook), avessero inoltrato, al fine di far emergere l’eventuale violazione di regole deontologiche da parte dell’atleta, una missiva, un esposto, una segnalazione alle autorità sportive competenti, (...) che sono i soggetti istituzionalmente preposti a raccogliere le eventuali lamentele sull’operato di uno sportivo professionista*”.

La Suprema Corte, conclude, affermando che “*ai fini del riconoscimento dell’esimente prevista dall’art. 51 cod. pen., qualora le frasi diffamatorie siano formulate a mezzo social network, il giudice, nell’apprizzare il requisito della continenza, deve tener conto non solo del tenore del linguaggio utilizzato ma anche dell’eccentricità delle modalità di esercizio della critica, restando fermo il limite del rispetto dei valori fondamentali, che devono ritenersi sempre superati quando la persona offesa, oltre che al ludibrio della sua immagine, sia esposta al pubblico disprezzo*”.

[1] Sez. 5, n. 25421 del 18/03/2014, Rv. 259882 ; Sez. 5, n. 21133 del 09/03/2018 Rv. 273131 - 01

[2] Sez. 5, n. 13942 del 16/10/1986, Rv. 174568; Sez. 5, n. 37950 del 20/06/2017, Rv. 270789

[3] Sez. 5 n. 32027 del 23/03/2018, Rv. 273573

[4] Sez. 5 n. 37397 del 24/06/2016, Rv. 267866

[5] Ex multis, Sez. 5, n. 3477 del 8/02/2000, Rv. 215577; Sez. 5 n. 38448 del 26/10/2001, Rv. 219998; Sez. 5, sent. n. 10135 del 12/03/2002, Rv. 221684; Sez. 5, n. 13264 del 2005; Sez. 5, n. 4938 del 28/10/2010, Rv. 249239

[6] Sez. 5, n. 35992 del 05/06/2013, Bosco, Rv. 256532; Sez. 5, n. 8824 del 01/12/2010 - dep. 07/03/2011, Morelli e altri, Rv. 250218

[7] Sez. 5, n. 4938 del 28/10/2010, P.M. in proc. Simeone e altri, Rv. 249239; Sez. 5, n. 38448 del 25/09/2001, Uccellobruno, Rv. 219998

# Accedere al sistema di informazioni di polizia per dare notizie ad amico indagato costituisce accesso abusivo ad un sistema informatico qualificato e violazione del segreto d'ufficio

Argomento: Dei delitti contro l'inviolabilità del domicilio

(Cass. Pen., Sez. V, 4 marzo 2021, n. 8911)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2.1. Le coordinate ermeneutiche delineate da questa Corte in riferimento al reato di accesso abusivo a sistema informatico protetto hanno, in linea di continuità e di progressiva specificazione, precisato tanto gli elementi costitutivi del reato, che i rapporti tra il primo ed il secondo comma dell'art. 615-ter cod. pen..

2.1.1. Come noto, già con la sentenza (...) Sez. U, n. 4694 del 27/10/2011 (...), le Sezioni unite hanno puntualizzato come integri il delitto previsto dall'art. 615-ter cod. pen. la condotta di colui che, pur essendo abilitato, acceda o si mantenga in un sistema informatico o telematico protetto violando le condizioni ed 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.

2.1.2. Muovendo nella prospettiva del principio già affermato, Sez. U, n. 41210 del 18/05/2017, (...) ha precisato come integri il delitto previsto dall'art. 615-ter, secondo comma, n. 1, cod. pen. la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso, acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee rispetto a quelle per le quali la facoltà di accesso gli è attribuita. Con la citata decisione, le Sezioni unite (...) hanno privilegiato l'interpretazione più estensiva (...) secondo la quale è penalmente rilevante anche la condotta del soggetto che, pur essendo abilitato ad accedere al sistema informatico o telematico, vi si introduca con la password di servizio per raccogliere dati protetti per finalità estranee alle ragioni di istituto ed agli scopi sottostanti alla protezione dell'archivio informatico, utilizzando sostanzialmente il sistema per finalità diverse da quelle consentite.

A tal fine, il Supremo Consesso ha valorizzato il fondamento di ragione della norma incriminatrice, precisando che la fattispecie in esame punisce non soltanto l'abusiva introduzione nel sistema (da escludersi nel caso di possesso del titolo di legittimazione), ma anche l'abusiva permanenza in esso contro la volontà del titolare dello ius excludendi e che, nel caso in cui il titolo di legittimazione all'accesso venga utilizzato dall'agente per finalità diverse da quelle consentite, deve ritenersi che la permanenza nel sistema informatico avvenga contro la volontà del titolare del diritto di esclusione (...).

2.2. Il tema dei rapporti tra il primo ed il secondo comma della norma in disamina è stato, ulteriormente e coerentemente, approfondito negli arresti successivi.

2.2.1. Si è, così, precisato come la fattispecie di cui l'art. 615-ter, comma primo, cod. pen., che punisce la condotta del soggetto che, abilitato all'accesso, violi le condizioni ed i limiti dell'autorizzazione, non

è integralmente sovrapponibile all'ipotesi aggravata di cui al comma secondo, n. 1) del medesimo articolo, che richiede che tale violazione sia commessa da un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio (...), e che, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante predetta, non è sufficiente la mera qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio del soggetto attivo, ma è necessario che il fatto sia commesso con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla funzione, di modo che la qualità soggettiva dell'agente abbia quanto meno agevolato la realizzazione del reato (...).

3. 2.1. Muovendo nel solco tracciato da Sez. U, n. 4694 del 27/10/2011 (...), l'elaborazione giurisprudenziale di questa Corte ha costantemente ribadito come, ai fini della configurabilità della fattispecie di cui all'art. 326 cod. pen. con riferimento alla rivelazione di notizie d'ufficio attinenti a procedimenti in fase di indagini, non sia necessaria la prova dell'esistenza di un effettivo pregiudizio per le investigazioni, posto che il delitto in questione è reato di pericolo concreto che tutela il buon andamento della amministrazione, il quale si intende lesa allorché la divulgazione della notizia sia anche soltanto suscettibile di arrecare pregiudizio a quest'ultima o ad un terzo (...).

3.3. Nel quadro così delineato, la notizia rivelata nella vicenda in esame - e cioè, il contenuto delle risultanze della banca dati SDI consultabili dall'ufficio della Guardia di finanza presso cui l'imputato prestava servizio - ha investito un duplice profilo: da un lato, essa si è risolta nella conferma della esistenza di una iscrizione già nota al destinatario (la "cosa" di Chioggia); dall'altro, l'informazione si è estesa alla insussistenza di elementi ulteriori risultanti dallo SDI.

La propalazione ha, dunque, avuto ad oggetto anche informazioni ulteriori rispetto a quelle già note, e per le quali il divieto di comunicazione è - come correttamente rilevato dalla Corte territoriale - imposto dalla legge.

Quanto all'assenza di ulteriori iscrizioni, si è già rilevato come l'informazione assuma un qualificato profilo di offensività (V. § 3.2), poiché, laddove eventuali annotazioni avessero avuto ad oggetto fatti suscettibili di iscrizione nel registro delle notizie di reato, ai sensi dell'art. 110-bis disp. att. cod. proc. pen., l'addetto avrebbe dovuto rispondere alla richiesta dell'interessato, avanzata secondo le procedure prescritte dalla legge, soltanto con la formula "Non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione", formula quest'ultima che lascia impregiudicato il potere del pubblico ministero di secretazione.

Né può dirsi che l'informazione fornita riguardasse una notizia insignificante avendo riguardo sia al buon andamento sia all'imparzialità dell'amministrazione, in quanto il dato era relativo alla complessiva posizione del richiedente, evidentemente coinvolto in indagini penali, e non solo al contenuto dell'iscrizione già nota, fornendo un'indicazione logistica tale da esporre, in concreto, al pericolo di pregiudizio per la segretezza gli ulteriori sviluppi investigativi.

Deve essere, pertanto, affermato il principio per cui la rivelazione di notizie acquisite dalla banca dati S.D.I. e comunicate, in assenza delle prescritte formalità, integra il reato di cui all'art. 326 cod. pen. anche quando consistano nella propalazione dell'assenza di annotazioni. (...)"

---

Nota di Stefania Barone

Nel caso in esame, i Giudici di merito hanno affermato la responsabilità penale di un pubblico ufficiale, in ordine ai reati di accesso abusivo aggravato alla banca dati SDI e rivelazione del segreto d'ufficio, in riferimento alle informazioni rese in merito alla (in)esistenza di pregiudizi a carico di un privato interessato, diversi ed ulteriori di quelli già al medesimo noti, risultanti dalla medesima banca dati.

Viene proposto ricorso per Cassazione, affidando le censure difensive a tre motivi: violazione di legge in riferimento al reato di cui all'art. 615-bis c.p.; vizio di motivazione, in quanto illogica e contraddittoria; violazione di legge e correlato vizio di motivazione in relazione al reato di violazione di segreto d'ufficio.

La vicenda ha dato l'occasione agli Ermellini di approfondire la fattispecie di cui all'art. 615-bis c.p. alla luce degli approdi giurisprudenziali più recenti, nonché la fattispecie di cui all'art. 326 c.p. con un interessante approfondimento dei sistemi informatici interforze CED, nello specifico banca dati S.D.I..

Al fine di esaminare detti aspetti, appare opportuno procedere secondo il medesimo ordine seguito nella motivazione della sentenza in commento.

Ebbene, gli Ermellini analizzano innanzitutto la fattispecie di cui all'art. 615-bis c.p., alla luce degli insegnamenti resi dalle Sezioni Unite con la sentenza Casani (S.U. n. 4694 del 27/10/2011) e con la sentenza Savarese (S.U. n. 41210 del 18/05/2017), che ne hanno definito, in linea di continuità e progressiva specificazione, tanto gli elementi costitutivi del reato, quanto i rapporti tra il primo ed il secondo comma della norma.

Il monito che ne discende può essere così sintetizzato: ogni accesso ad un sistema informatico non strettamente collegato alle condizioni ed ai limiti dall'autorizzazione concessa integra violazione dell'art. 615-ter c.p.; detta violazione non è immediatamente sovrapponibile alla circostanza aggravante indicata dal comma 2, n.1, che richiede, oltre alle qualifiche soggettive, che l'agente commetta il fatto con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla funzione, di talché la qualifica soggettiva dell'agente deve quanto meno agevolare la realizzazione del reato.

Da questi approdi, la sentenza in commento non si discosta e, conseguentemente, ne applica le risultanze alla fattispecie concreta, confermando la responsabilità penale dell'imputato, posto che l'accesso al sistema informatico (nello specifico, banca dati CED-SDI), ovvero la permanenza in esso, era stata effettuata per finalità consentita (verifica dell'esistenza di annotazioni a carico di un soggetto), ma travalicando i limiti propri dell'autorizzazione concessa all'operatore per l'utilizzo del sistema stesso, per come si avrà modo di esplicitare da qui a breve.

Proseguendo, dunque, con l'analisi della censura difensiva relativa alla sussistenza nel caso di specie degli estremi di cui all'art. 326 c.p., gli Ermellini si sono chiesti, in primo luogo, se la comunicazione di quanto risulti dallo SDI - sistema informatico interforze CED, che contiene la banca dati di tutte le informazioni acquisite dalle forze di polizia nel corso di attività amministrative e di prevenzione o repressione dei reati - al di fuori di qualunque autorizzazione, e per soddisfare la richiesta informale di un privato cittadino interessato, costituisca o meno rivelazione di "notizia di ufficio che debba rimanere segreta", rinvenendo subito, nell'art. 8 della L. 1 aprile 1981 n. 121, il fondamento del vincolo di segretezza sui dati contenuti nel citato sistema informatico.

L'esclusiva destinazione della banca dati alle forze di polizia, sostiene quindi la Corte, rende il sistema "chiuso", in quanto accessibile soltanto da postazioni di lavoro certificate, che consentono l'acquisizione delle informazioni in sede locale utilizzando una rete intranet, esclusivamente da parte di persone autorizzate dal Responsabile, e previa abilitazione di un apposito profilo, diversificato a seconda delle informazioni che il personale deve conoscere, in ragione delle mansioni da svolgere, avuto riguardo anche all'incarico ricoperto.

Conclude, dunque, la Corte che la comunicazione informale di quanto risulta dalla banca dati, anche laddove la richiesta pervenga dal diretto interessato, che non è titolare di un diritto incondizionato a ricevere informazioni, se non nei limiti e con le forme previste dalla legge, non è consentita dalla legge.



Inoltre, sotto altro e collegato profilo, la Corte ha ribadito come la nozione di "notizie di ufficio che devono rimanere segrete" non sia limitata alle informazioni sottratte alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque, ma si estenda anche a quelle la cui diffusione sia vietata dalle norme sul diritto di accesso, perché effettuate senza il rispetto delle modalità previste.

Gli Ermellini precisano, quindi, che la legge non si limita a porre l'obbligo per l'impiegato pubblico di "mantenere il segreto d'ufficio", ma ne definisce l'ambito e l'estensione, specificando che l'impiegato *"non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso"*. Da tanto si evince che il divieto di divulgazione (e di utilizzo) comprende non solo informazioni sottratte all'accesso, ma anche, nell'ambito delle notizie accessibili, quelle informazioni che non possono essere date alle persone che non hanno il diritto di riceverle, in quanto non titolari dei prescritti requisiti, o rese senza il rispetto delle modalità previste.

Nella delineata prospettiva, oggetto materiale del delitto di rivelazione di segreti d'ufficio sono sia le notizie d'ufficio coperte dal segreto, sia quelle indebitamente svelate a chi non è titolare del diritto di accesso agli atti amministrativi o senza il rispetto delle modalità previste.

Tanto chiarito, la domanda a cui i Giudici hanno poi dovuto rispondere investe, allora, se siffatti principi debbano essere ribaditi anche laddove la comunicazione riguardi - come nel caso in esame - l'inesistenza di iscrizioni ulteriori e diverse rispetto a quelle già note al soggetto interessato, ovvero se anche per queste restano impregiudicati i vincoli di segretezza e gli oneri di accesso posti dal legislatore a salvaguardia del bene interesse del buon andamento e dell'imparzialità della P.A..

La Corte ha quindi ribadito che il delitto in commento è reato di pericolo concreto che tutela il buon andamento dell'amministrazione, il quale si intende leso allorché la divulgazione della notizia sia anche soltanto suscettibile di arrecare pregiudizio a quest'ultima o ad un terzo.

Nel quadro così delineato, il Supremo Collegio ha affermato che il reato in questione sia integrato anche se l'informazione fornita sia quella della non rinvenibilità di iscrizione a carico del richiedente, in relazione ad uno specifico procedimento, secondo quanto emerge dalla visione degli atti e delle annotazioni accessibili all'ufficio di cui fa parte il funzionario proponente, in quanto ciò che assume rilievo è la rivelazione di quanto è desumibile dai registri consultabili, mentre *"non appare neutra la notizia che non risultano iscrizioni, perché a norma di legge - art. 110 bis disp. att. c.p.p. - l'addetto può rispondere alla richiesta dell'interessato, avanzata secondo le procedure prescritte dalla legge, soltanto con la formula "Non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione", formula quest'ultima che lascia impregiudicato il potere del pubblico ministero di segretazione"*.

Il principio richiamato non può che trovare applicazione in riferimento alle iscrizioni nella banca dati SDI, in quanto anche in tal caso possono residuare margini di segretazione quando le iscrizioni a carico di un soggetto abbiano dato luogo ad un procedimento penale.

D'altra parte, la fattispecie incriminatrice in esame è funzionale anche ad evitare che un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio procuri un indebito trattamento di favore ad una persona, fornendole notizie che alla stessa, come alla generalità dei cittadini, sono precluse o, eventualmente, potrebbero essere fornite solo nel rispetto di formali procedure ed all'esito di una valutazione dell'Autorità competente, poiché viene lesa in questo modo anche l'imparzialità della P.A..

In conclusione, dunque, la Suprema Corte ha affermato il principio per cui la rivelazione di notizie acquisite dalla banca dati S.D.I. e comunicate, in assenza delle prescritte formalità, integra il reato di cui all'art. 326 c.p., anche quando consistano nella propalazione dell'assenza di annotazioni e, conseguentemente, rigettato il ricorso, confermando la ricostruzione operata dai Giudici di merito in ordine alla accertata responsabilità penale del ricorrente.



# Diffamazione e pena detentiva: c'è incompatibilità convenzionale

Argomento: Diffamazione e social media

(Cass. Pen., Sez. V, 14 aprile 2021, n. 13993)  
Stralcio a cura di Pamela D'Oria

“3.1. (...) la giurisprudenza della Corte EDU (...) ha da tempo affermato (...) che l'irrogazione di una pena detentiva, ancorché sospesa, per un reato connesso ai mezzi di comunicazione, può essere compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza; al di fuori di tali ipotesi, infatti, la stessa previsione di una pena detentiva ha un effetto dissuasivo ("chilling effect") nei confronti del giornalista nell'esercizio della libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU (...)

3.2. In tale quadro interpretativo la Corte di Cassazione (...) aveva inizialmente affermato la legittimità "convenzionale"(...) dell'inflizione della pena detentiva in ipotesi di condanna per il delitto di diffamazione a mezzo stampa commesso mediante pubblicazione di una notizia falsa, configurandosi in tal caso una delle "ipotesi eccezionali" individuate dalla(...) Corte EDU (...).

3.3. (...) con la recente decisione del 2019, la Corte di Strasburgo ha ribadito che l'irrogazione di una pena detentiva, ancorché sospesa o commutata, per un reato connesso ai mezzi di comunicazione, possa essere compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza(...).

3.4. In seguito all'ennesima pronuncia della Corte EDU, nella giurisprudenza di merito è stata sollevata (...) questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 595 c.p., comma 3 e L. n. 47 del 1948, art. 13, in relazione al parametro interposto di cui all'art. 117 Cost., ed all'art. 10 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Europea.

Con l'ordinanza n. 131 del 26 giugno 2020 la Corte Costituzionale (...) ha rinviato di un anno la decisione, demandando al legislatore "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" (...)

3.5. Proprio richiamando la decisione costituzionale, la Corte di Cassazione ha recentemente affermato che, in tema di diffamazione a mezzo stampa, spetta al giudice di merito accertare la ricorrenza dell'eccezionale gravità della condotta diffamatoria attribuita di un fatto determinato (...) che, secondo un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, sola giustifica l'applicazione della pena detentiva (...).

3.6. Ciò posto, va dunque affrontata la questione se la pena detentiva debba ritenersi sproporzionata anche nei casi di condanna per diffamazione commessa non con il mezzo della stampa, o comunque non nell'esercizio dell'attività giornalistica e del connesso diritto di cronaca e di critica.

3.6.1. Invero, la giurisprudenza della Corte EDU è stata elaborata con precipuo riferimento alla proporzione della pena detentiva nell'ambito dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica giornalistica (...).

Tuttavia, (...) ha attribuito rilievo al rischio di effetto dissuasivo (...) anche in relazione all'esercizio del diritto di critica nei confronti degli organi giudiziari (...).

3.6.2. (...) anche l'ordinanza n. 131 del 2020 della Corte Costituzionale ha evidenziato la necessità di una rimeditazione del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione che tenga conto anche "della rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione (...)" (...)

3.6.3. Questo Collegio ritiene, dunque, che l'irrogazione di una pena detentiva, ancorché sospesa, per il reato di diffamazione connesso ai mezzi di comunicazione (nella specie, Internet), anche se non commesso nell'ambito dell'attività giornalistica, possa essere compatibile con la libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali, qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza. (...) Sotto il profilo costituzionale, invece, va rilevato che escludere la pena detentiva - riservandola (...) alle sole ipotesi di diffamazione commessa nell'esercizio dell'attività giornalistica, rischia, da un lato, di compromettere il principio di uguaglianza (art. 3 Cost., comma 1) nei confronti di tutti i cittadini (in particolare, coloro che commettano il fatto non nell'esercizio dell'attività giornalistica), e, dall'altro, il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost., comma 2), prevedendo un trattamento sanzionatorio sfavorevole (...) per fatti di solito connotati da minore gravità e/o diffusività, e dunque complessiva offensività, rispetto a quelli commessi nell'esercizio dell'attività giornalistica. (...)"

---

Nota di Maria Elena Orlandini

La sentenza in epigrafe ha ad oggetto il procedimento penale nel quale l'imputato, accusato di aver commesso il reato di diffamazione mediante la pubblicazione di post denigratori su Facebook, ai danni del vicesindaco di un comune italiano, nonostante fosse stato assolto in primo grado, veniva condannato in secondo grado alla pena di quattro mesi di reclusione.

Nello specifico nella sentenza ivi richiamata la Quinta Sezione della Corte di Cassazione si è pronunciata con riguardo alla compatibilità tra Convenzione EDU, ossia con l'art. 10 CEDU, il quale tutela la libertà di espressione, e la pena detentiva per condotte riferite al reato di diffamazione.

Il ricorrente censurava la sentenza della Corte d'Appello in ordine a tre motivi: i primi due relativi ad un presunto vizio di motivazione in relazione all'art. 603 c.p.p. (stante la mancanza della rinnovazione della prova dichiarativa decisiva) e la mancanza della c.d. motivazione rafforzata richiesta in caso di riforma in peius della decisione di primo grado; e il terzo – sul quale si esprimeranno gli Ermellini ritenendolo quale unico motivo fondato del ricorso in Cassazione – riferito alla violazione di legge dell'art. 595 c.p. letto in combinato disposto con l'art. 10 CEDU relativo al trattamento sanzionatorio all'uopo ritenuto sproporzionato.

Sul punto, in via principale, la Suprema Corte di Cassazione chiariva che i post pubblicati sul social network dell'imputato provenissero unicamente da lui, stante l'assenza di denunce di furto d'identità digitale, e che quanto pronunciato, o meglio descritto nella didascalia dei plurimi post pubblicati sulla bacheca personale, consentissero ai giudici di individuare un rapporto diretto tra l'autore dei post ed il soggetto denigrato (difatti, tra i post incriminati si leggeva che il soggetto leso fosse "colui che ha sporto nei suoi confronti – dell'imputato – "tante querele e che è prossimo per essere chiamato in giudizio").

Ritenendo, quindi, infondati i primi due motivi del ricorso in Cassazione, gli Ermellini si sono concentrati sul tema della diffamazione online riferendo che: "la giurisprudenza della Corte EDU (...) riconoscendo la libertà di espressione come presupposto e chiave di volta di una società democratica, nonché garanzia contro le ingerenze dell'autorità pubblica, nel valutare la proporzione delle misure restrittive, con particolare riferimento alle sanzioni penali, e pur riconoscendone l'astratta compatibilità con la libertà di espressione, ha da tempo affermato (...) che l'irrogazione di una pena

detentiva, ancorché sospesa, per un reato connesso ai mezzi di comunicazione, può essere compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi o di istigazione alla violenza; al di fuori di tale ipotesi, infatti, la stessa previsione di una pena detentiva ha un effetto dissuasivo (“chilling effect”) nei confronti del giornalista nell'esercizio della libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU”.

E ancora.

Proprio il Collegio, ribadiva che in tema di diffamazione a mezzo stampa è sempre il giudice di merito ad accertare la ricorrenza dell'eccezionale gravità della condotta diffamatoria e che solo nel caso in cui implichi una istigazione alla violenza oppure convogli messaggi di odio, da sola giustifica l'applicazione della pena detentiva.

Consecutivamente, la Corte affrontava la questione relativa al se la pena detentiva dovesse ritenersi sproporzionata anche nei casi di condanna per diffamazione commessa non con il mezzo della stampa, o, ad ogni modo, nell'esercizio dell'attività giornalistica e del connesso diritto di cronaca e di critica.

Inoltre, fondamentale è stato per gli Ermellini, il confronto con la giurisprudenza europea che aveva, proprio di recente, con la sentenza *Morice c. Francia*, relativo al rischio di effetto dissuasivo sia dell'esercizio del diritto dovere di cronaca, ma anche in relazione all'esercizio del diritto di critica nei confronti degli organi giudiziari: difatti, nel caso summenzionato, la Grande Chambre è intervenuta sul tema dei limiti del diritto di critica di un avvocato nei confronti dell'operato di un magistrato, affermando che “se da un lato l'esercizio legittimo del diritto di critica non può estendersi fino a minare l'immagine di imparzialità del sistema giudiziario e dunque la fiducia in esso dei consociati, dall'altro lato la magistratura rappresenta un'istituzione fondamentale dello Stato, sicché il diritto di critica nei confronti dell'operato dei suoi espone corrisponde ad un interesse pubblico, e gode di limiti più ampi di quello esercitabile nei confronti dei normali cittadini, purché la critica non si traduca in attacchi gravemente lesivi ed infondati”.

A tal proposito, difatti, la Corte ha evidenziato anche la necessità di una rimeditazione del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione, che deve necessariamente tener conto del *mutatis mutandis* della tecnologia e dei *social network*, affinché possa essere commisurata una sanzione – detentiva e non – che possa attuare la sua funzione rieducativa nei confronti di quel soggetto che ha commesso il reato.

Poste tali considerazioni, e stante la necessità di dover punire con una pena congrua tale reato, la Corte ha ritenuto che l'irrogazione di una pena detentiva – anche sospesa – per il reato di diffamazione connesso ai mezzi di comunicazione, come i social networks – anche quando non connessa all'attività giornalistica, deve essere comparabile con la libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali, quando siano stati lesi gravemente anche altri diritti fondamentali, in particolare in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza.

# Induzione indebita a dare o promettere utilità: il tentativo si configura anche quando il soggetto passivo manifesti la volontà di resistere all'induzione prima ancora di promettere la prestazione

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 20 aprile 2021, n. 14856)  
Stralcio a cura di Ilaria Romano

“3. (...) La Corte di appello ha richiamato l'orientamento secondo il quale, ai fini della consumazione del delitto di induzione indebita di cui all'art. 319 quater cod. pen., è sufficiente la promessa di denaro o altra utilità fatta dall'indotto al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio, senza che abbia rilevanza alcuna né la riserva mentale di non adempiere né l'intendimento di sollecitare l'intervento della polizia giudiziaria affinché la dazione avvenga sotto il suo controllo (...).

Tuttavia, tale indirizzo giurisprudenziale - che presuppone che l'indotto abbia formulato una effettiva promessa al soggetto inducente e che, perciò, il delitto si sia perfezionato con la definizione di un reale accordo tra l'agente pubblico autore della induzione alla prestazione indebita e il privato determinatosi alla promessa perché interessato al conseguimento di un vantaggio ingiusto - non sembra pertinente al caso di specie nel quale i fatti sono stati ricostruiti in maniera diversa dai giudici di merito.

Nella sentenza gravata, infatti, la Corte di appello ha chiarito che i fatti potevano considerarsi accertati nel senso che, alla ripetuta ed insistente richiesta di (...) di quella somma di denaro, (...) non aveva dato alcun seguito, resistendo alla pretesa e manifestando reiteratamente di non avere la materiale indisponibilità dell'importo preteso; che, dopo l'ennesima richiesta che il pubblico agente gli aveva rivolto, (...) il privato si era determinato a denunciare l'accaduto ai militari della guardia di finanza; che il giorno successivo, ben consapevole di essere intercettato dai finanziari, (...) aveva comunicato a (...) che il lunedì successivo gli avrebbe consegnato i soldi ("i documenti"); e che la materiale dazione dei 5.000 euro era poi avvenuta (...) allorquando (...), d'intesa con gli inquirenti, si era presentato nel luogo convenuto con (...).

E', dunque, possibile escludere che, nel caso di specie, una effettiva intesa tra l'agente pubblico e il privato fosse stata raggiunta, in quanto (...), lungi dal voler assumere un reale impegno (sia pur con riserva mentale) nei confronti del (...), tenne sostanzialmente ferma la sua volontà di resistere all'induzione: come inequivocabilmente si evince dal fatto che egli, prima ancora di formulare la promessa della prestazione richiestagli, denunciò il suo interlocutore ai finanziari ed effettuò poi la comunicazione telefonica di quella promessa d'accordo con gli ufficiali di polizia giudiziaria, che avrebbero così provveduto a registrarne il contenuto.

Va, perciò, affermato che nella fattispecie il reato non si perfezionò, in quanto il privato non agì per conseguire un indebito vantaggio, non vi fu una sua reale acquiescenza alle pretese avanzate dall'agente pubblico, né tanto meno una sua effettiva volontà di dare o promettere il denaro che era stato reiteratamente indotto a consegnare: promessa prima e dazione (parziale) dopo che avvennero

solo perché vi era stata quella intesa investigativa con il personale della polizia giudiziaria, che aveva proceduto ad intercettare la conversazione 'preparatoria' ed aveva successivamente concordato i dettagli di quella consegna solamente per poter procedere all'arresto dell'incaricato di pubblico servizio.

L'interesse giuridico protetto dalla norma incriminatrice de qua venne posto in pericolo dalla condotta posta in essere da (...), rimasta allo stadio del tentativo, mentre non venne concretamente leso dal successivo comportamento di (...), tenuto con una evidente esclusiva finalizzazione investigativa. Tale comportamento non è, perciò, sanzionabile: diversamente ragionando, cioè ritenendo che il delitto in argomento si fosse perfezionato, si arriverebbe alla incongrua conclusione di ritenere l'indotto concorrente e, dunque, soggetto punibile per la consumazione di un illecito che, per quanto innanzi indicato, non può sostenersi abbia determinato una effettiva lesione del bene giuridico protetto.

In questa ottica, va qui ribadito il principio di diritto già enunciato da questa Corte di cassazione, secondo il quale il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all'art. 319-quater cod. pen., si configura in forma tentata nel caso in cui l'evento non si verifichi per la resistenza opposta dal privato alle illecite pressioni del pubblico agente: situazione riconoscibile anche quando il soggetto passivo, prima ancora di promettere la prestazione richiestagli, abbia concretamente manifestato la volontà di resistere all'induzione, registrando i colloqui avuti con un intermediario del pubblico ufficiale e presentando denuncia ai carabinieri (...).

Il fatto così come accertato dai giudici di merito va, dunque, qualificato come induzione indebita tentata ai sensi degli artt. 56, 319- quater cod. pen., e la sentenza gravata va annullata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di (...) per nuovo giudizio in ordine al conseguente trattamento sanzionatorio (...).”

# Scriminante della legittima difesa domiciliare: occorre che l'arma sia detenuta legittimamente

Argomento: Del reato consumato e tentato

(Cass. Pen., Sez. I, 27 aprile 2021, n. 15851)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2.1. Va premesso che la legge 26 aprile 2019, n. 36, ha introdotto delle ulteriori modifiche nella struttura della scriminante della legittima difesa, dopo quelle già apportate all'art. 52 cod. pen. dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59 (cd.legittima difesa “domiciliare”), ampliandone l'area applicativa in modo da determinare, a date condizioni, il venir meno dell'antigiuridicità del fatto.

Sull'argomento è utile dar conto di alcune recenti e condivisibili pronunce emesse da questa Corte di legittimità che, con riguardo alla prima modifica - costituita dall'inserimento dell'avverbio "sempre" nel testo del comma secondo, precedentemente aggiunto (insieme al terzo) dalla I. n. 59/2006 ("Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere": cd. legittima difesa "domiciliare") -, ha precisato trattarsi di una parola semplicemente rafforzativa della "presunzione di proporzione" già prevista dalla norma, e ne ha chiarito il significato complessivo nel senso che l'uso di un'arma, legittimamente detenuta, rappresenta sempre reazione proporzionata nei confronti di chi si sia illecitamente introdotto, o illecitamente si trattenga, all'interno del domicilio o dei luoghi a questo equiparati, solo «a patto che il pericolo dell'offesa ad un diritto personale o patrimoniale sia attuale e che l'impiego dell'arma sia concretamente necessario a difendere l'incolumità propria o altrui, ovvero anche soltanto i beni, ma, in tale ultima ipotesi, deve ricorrere un pericolo di aggressione personale e non deve esservi desistenza da parte dell'intruso» (...).

Quanto all'innovazione costituita dall'inserimento ex novo di un quarto comma dell'art. 52 cod. pen., a proposito del quale si è parlato di legittima difesa "presunta" ("Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone"), è stato affermato che essa «non consente un'indiscriminata reazione contro colui che si introduca fraudolentemente nella dimora altrui, ma postula che l'intrusione sia avvenuta con violenza o con minaccia dell'uso di armi o di altri strumenti di coazione fisica, così da essere percepita dall'agente come un'aggressione, anche solo potenziale, alla propria o altrui incolumità, atteso che solo quando l'azione sia connotata da tali note modali può presumersi il rapporto di proporzione con la reazione» (...).

Il principio è stato ribadito da Sez. 1, n. 13191/2020 cit., in cui si è statuito che, “in tema di legittima difesa cd. domiciliare, l'uso di un'arma, legittimamente detenuta, costituisce sempre una reazione proporzionata nei confronti di chi si sia illecitamente introdotto, o illecitamente si trattenga, all'interno del domicilio o dei luoghi a questo equiparati, a condizione che il pericolo di offesa sia attuale; che l'impiego dell'arma sia in concreto, necessario a difendere l'incolumità propria o altrui, ovvero i beni presenti in tali luoghi; che non siano praticabili condotte alternative lecite o meno lesive e che, con riferimento, in particolare, alle aggressioni ai beni, ricorra altresì un pericolo di aggressione personale”.



2.1.1. Le prime interpretazioni dell'art. 52 cod. per. novellato collegano, quindi, le due presunzioni, quella di proporzione dell'uso di arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo, e quella inerente alle stesse condizioni di sussistenza della causa di giustificazione, di cui al comma quarto, alla presenza di un'offesa ingiusta che rechi pericolo attuale all'incolumità di colui che reagisce e/o di altri, oppure anche a beni patrimoniali, ma, in quest'ultimo caso, solo allorché vi sia contestualmente un pericolo di aggressione alle persone che renda necessaria l'immediata reazione difensiva.

Infatti, allo stesso concetto di difesa dell'incolumità delle persone rimandano le parole adoperate nel quarto comma, che definiscono legittima la reazione dell'offeso nei confronti di chi s'introduca nell'abitazione con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica. In proposito, è utile ed opportuno sottolineare che, anche in tale ultima ipotesi, il pericolo derivante dall'intrusione con violenza o realizzata da persone in senso lato armate, deve presentare il carattere dell'attualità, essendo tale requisito sempre ritenuto necessario dalla giurisprudenza di questa Corte al fine dell'integrazione della causa di giustificazione ed essendo, del resto, essenzialmente correlata la reazione legittima ad una condotta aggressiva e/o minacciosa o in essere o concretamente imminente (...).

In definitiva, anche nel testo novellato, la "facoltà eccezionale di autodifesa" consentita al privato nell'ambito del proprio domicilio o in luoghi ad esso equiparati, secondo un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, "presuppone la sussistenza delle precondizioni della necessità ed inevitabilità della difesa e dell'attualità del pericolo dell'offesa non altrimenti contenibile, il cui rigoroso accertamento è rimesso all'apprezzamento del giudice e non può essere preventivamente ritenuto" (...).

---

Nota di Vittorio Marcello Chindamo

L'arresto giurisprudenziale in esame nasce dal ricorso proposto avverso la sentenza con cui la Corte d'Assise d'Appello ha confermato la condanna ai danni dell'imputato per omicidio volontario, già inflitta dal Giudice di prime cure, escludendo l'applicabilità, al caso di specie, dell'art. 52 c.p., che consente la c.d. legittima difesa "domiciliare".

Tale scriminante, introdotta con legge 13 febbraio 2006 n. 59 e recentemente novellata ad opera della legge 26 aprile 2019 n. 36, si colloca ai confini tra la legittima difesa e l'uso legittimo delle armi.

I due interventi legislativi, hanno modificato gli artt. 52 e 55 c.p., introducendo nuove disposizioni fondate sul diritto dei privati all'autodifesa nel proprio domicilio o, comunque, in un luogo ad esso equiparabile.

In particolare, stando all'attuale formulazione dell'art. 52, II comma c.p., in caso di violazione di domicilio, sia che il soggetto si introduca nell'abitazione altrui o in un altro luogo di privata dimora (art. 614, co. 1, c.p.) sia che vi si trattenga contro la volontà di chi ha diritto di escluderlo (art. 614, co. 2, c.p.), sussiste sempre il rapporto di proporzione tra offesa e difesa se taluno, legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati, usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo "*al fine di difendere la propria o altrui incolumità, o i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione*".

In sostanza, al ricorrere dei requisiti suddetti, il giudice non avrà ragione di apprezzare la proporzionalità nella reazione.

Il nuovo lemma "sempre", dopo la parola "sussiste", ha dato origine, a seguito della novella del 2019 che lo ha introdotto, a non poche divergenze interpretative, dal momento che, nel suo significato più strettamente letterale, pare che, fermi gli altri presupposti della scriminante, il rapporto di proporzionalità tra difesa e offesa sia presunto in ogni caso.

La presunzione diventa ancora più ampia - perché relativa non solo ad uno (la proporzionalità) ma a tutti i requisiti della scriminante (attualità del pericolo, inevitabilità e proporzionalità della reazione) - in riferimento al nuovo art. 52, IV comma, c.p. che ha introdotto un'ipotesi ulteriore, relativa ai casi di violazione di domicilio aggravata (art. 614, co. 4, c.p.) posta in essere con violenza, minaccia o uso di armi da parte di una o più persone.

La I Sezione della Corte di Cassazione, relativamente al caso esaminato, si è espressa nel modo seguente: *“Quanto all'innovazione costituita dall'inserimento ex novo di un comma 4 dell'art. 52 c.p., a proposito del quale si è parlato di legittima difesa "presunta" ("Nei casi di cui ai commi 2 e 3 agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone"), è stato affermato che essa "non consente un'indiscriminata reazione contro colui che si introduca fraudolentemente nella dimora altrui, ma postula che l'intrusione sia avvenuta con violenza o con minaccia dell'uso di armi o di altri strumenti di coazione fisica, così da essere percepita dall'agente come un'aggressione, anche solo potenziale, alla propria o altrui incolumità, atteso che solo quando l'azione sia connotata da tali note modali può presumersi il rapporto di proporzione con la reazione"*

Di tal che, è stata presa in considerazione, innanzitutto, la violazione di domicilio ai danni dell'imputato.

A tal riguardo, la Suprema Corte ha avallato la tesi difensiva in forza della quale il delitto in questione si sarebbe sì consumato, ma nella forma di cui al comma 2 dell'art. 614: la persona offesa infatti, invitata ad entrare, si sarebbe poi trattenuta all'interno del domicilio dell'imputato contro l'espressa volontà di quest'ultimo.

In secondo luogo, all'esito della colluttazione sorta tra i due, l'imputato ha estratto una pistola ed esplosivo tre colpi, uno dei quali aveva colpito mortalmente la vittima.

È stato accertato, però, che l'arma in questione non era legittimamente detenuta: per tale ragione, i Giudici hanno escluso la sussistenza dei requisiti della c.d. legittima difesa "domiciliare".

Tale requisito, in effetti, si pone in rapporto di coerenza con una legislazione nazionale molto severa in materia di armi.

Occorre ricordare che la stessa definizione strutturale della fattispecie scriminante di cui all'art. 52 c.p., comma 2, richiede che la condotta difensiva sia compiuta da persona "legittimamente presente" nei luoghi oggetto dell'illecita intrusione o dell'illecito trattenimento e che, eventualmente, faccia uso di un'arma "legittimamente detenuta". Secondo gli Ermellini: *“Il doppio ricorso all'avverbio "legittimamente" nella stessa disposizione esprime un'evidente esigenza di coerenza interna della norma, che sarebbe vanificata da un'insanabile contraddizione qualora si ammettesse che una "legittima" presenza all'interno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p. potesse accompagnarsi all'uso di un'arma "illegittimamente" detenuta”*.

Il legislatore, dunque, proprio perché la legittima difesa, anche e soprattutto nella sua versione "domiciliare", è e resta una facoltà di autotutela riconosciuta al consociato dall'ordinamento, ha inteso vincolare il rapporto di "proporzione" di cui al comma 1 alla presenza di due parametri di stretta legalità: la presenza "legittima" all'interno dei luoghi previsti dall'art. 614 c.p. e l'uso di un'arma "legittimamente" detenuta.

La pronuncia della Suprema Corte è da accogliere con favore, avuto riguardo alla corretta interpretazione letterale della norma nonché ad una sua lettura costituzionalmente orientata e, pertanto, improntata ai principi cardini dell'ordinamento penale italiano.

Il fondamento politico-criminale della legittima difesa, infatti, va rinvenuto in un bilanciamento di interessi contrapposti, rispetto al quale il legislatore privilegia l'interesse dell'agredito a difendersi a quello dell'aggressore, purché la difesa avvenga nei limiti stabiliti dall'art. 52 c.p.: in presenza di un'aggressione ingiusta, deve esservi una reazione legittima e proporzionata.

D'altronde, riconoscere una facoltà di autotutela in capo ai singoli consociati senza "preoccuparsi" dei relativi presupposti applicativi, non sarebbe coerente con la natura dell'autotutela stessa nella forma della legittima difesa, che deve considerarsi un'alternativa del tutto eccezionale rispetto all'intervento della forza pubblica al fine di reprimere eventuali reati: solo in presenza di stringenti requisiti legali, infatti, una condotta illecita può ritenersi "scusata", per quanto potenzialmente lesiva del bene vita, tutelato dall'art. 2 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

In conclusione, l'obbligo di rispettare il diritto alla vita - come già osservato nel 2020 dalla Suprema Corte con sent. n. 13191 - *"non solo non tollera presunzioni di necessità"* ma impone *"una puntuale e concreta verifica della necessità della condotta realizzata per la quale è invocata la scriminante della legittima difesa"*.

# Lo sfregio permanente e l'irrilevanza della attenuazione del danno fisionomico con interventi chirurgici

Argomento: Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale

(Cass. Pen., Sez. V, 7 maggio 2021, n. 23692)

Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“(…) 1.2. (...) Premesso che, in tema di attenuanti generiche, il giudice del merito esprime un giudizio di fatto, la cui motivazione è insindacabile in sede di legittimità, purché sia non contraddittoria e dia conto, anche richiamandoli, degli elementi, tra quelli indicati nell'art. 133 c.p., considerati preponderanti ai fini della concessione o dell'esclusione (...), va ribadito che il mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche può essere legittimamente motivato dal giudice con l'assenza di elementi o circostanze di segno positivo, a maggior ragione dopo la riforma dell'art. 62-bis, disposta con il D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modifiche nella L. 24 luglio 2008, n. 125, per effetto della quale, ai fini della concessione della diminuzione, non è più sufficiente il solo stato di incensuratezza dell'imputato (...).

Nel caso in esame, la sentenza impugnata ha evidenziato l'assenza di elementi favorevoli valutabili ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, e la gravità della condotta dell'imputato, per le allarmanti modalità di esecuzione del fatto, consistito in una vera e propria spedizione punitiva, in un'aggressione deliberata con l'utilizzo di un'arma portata in auto a scopo offensivo, nei confronti di un giovane indifeso, abbandonato a terra sanguinante.

Sicché la mancata concessione delle circostanze attenuanti generiche è giustificata da motivazione esente da manifesta illogicità, che, pertanto, è insindacabile in cassazione (...), anche considerato il principio affermato da questa Corte secondo cui non è necessario che il giudice di merito, nel motivare il diniego della concessione delle attenuanti generiche, prenda in considerazione tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti, ma è sufficiente che egli faccia riferimento a quelli ritenuti decisivi o comunque rilevanti, rimanendo disattesi o superati tutti gli altri da tale valutazione (...).

2. (...) Premesso che, in tema di lesioni gravissime, la valutazione circa la sussistenza dell'aggravante dello sfregio permanente, inteso come turbamento irreversibile dell'armonia e dell'euritmia delle linee del viso, compete al giudice di merito, chiamato ad esprimere un giudizio che non richiede speciali competenze tecniche, perché ancorato al punto di vista di un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità, e pertanto tale giudizio non risulta sindacabile in sede di legittimità (...), va ribadito che integra lo sfregio permanente qualsiasi nocimento che, senza determinare la più grave conseguenza della deformazione, importi un turbamento irreversibile dell'armonia e dell'euritmia delle linee del viso, con effetto sgradevole o d'ilarità, anche se non di ripugnanza, secondo un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità (...), qualsiasi segno idoneo ad alterare la fisionomia della persona, ancorché di dimensioni contenute, rispetto ai tratti naturali dei lineamenti, escludendone l'armonia con effetto sgradevole o di ilarità, anche se non di ripugnanza, e compromettendone l'immagine in senso estetico, in rapporto ad un osservatore comune, di gusto

normale e di media sensibilità. Né, a tal fine, rileva la possibilità di eliminazione o di attenuazione del danno fisionomico mediante speciali trattamenti di chirurgia facciale (...).

La deduzione del ricorrente, secondo cui la circostanza aggravante dello sfregio permanente - ora divenuta fattispecie autonoma, avendo L. n. 69 del 2019, art. 12, trasfuso la norma nell'art. 583 quinquies c.p. - sarebbe insussistente in ragione dell'eccellente esito dell'intervento maxillo-facciale, oltre ad essere sfornita di qualsivoglia fondamento probatorio, non risultandone menzione neppure nella sentenza impugnata, è manifestamente infondata, in quanto l'eventuale limitazione degli effetti estetici del danno non influisce sul perfezionamento della circostanza aggravante, trattandosi di un post factum non collegato alla condotta di aggressione dell'agente.

Nel caso in esame, al contrario, risulta che la persona offesa abbia riportato una deformazione del viso estremamente evidente, secondo quanto chiarito dal perito medico-legale, essendo la parte destra del volto rimasta asimmetrica. (...)"

---

Nota di Cristina Monteleone

Avverso la sentenza di condanna resa dalla Corte territoriale, hanno proposto ricorso per Cassazione gli imputati per i reati di lesioni personali gravissime (aggravate dallo sfregio permanente del viso) e di lesioni personali aggravate. Nel 2014, in particolare, all'esito di due aggressioni particolarmente violente ai danni di due soggetti maschili, i ricorrenti procuravano lesioni personali gravissime ad entrambe le persone offese e causavano uno sfregio permanente del viso ad una di esse.

Con i gravami proposti, uno dei condannati ha contestato, tra l'altro, l'insussistenza dell'aggravante dello sfregio permanente del viso in ragione dell'esito favorevole dell'intervento di chirurgia maxillo-facciale al quale sarebbe stato sottoposto la persona offesa. In altri termini, ad avviso del ricorrente, l'attenuazione del danno fisionomico riportato dalla vittima avrebbe avuto l'effetto di rendere inapplicabile l'aggravante in parola al reo.

Investita della questione, pertanto, la Suprema Corte ha preliminarmente richiamato la nozione di sfregio permanente al viso delineata dalla giurisprudenza di legittimità. Quest'ultima, infatti, ritiene si tratti di un'alterazione dei normali tratti del viso dell'individuo offeso, la quale non rientra nella più grave deformazione, ma si limita a provocare una sensazione di ilarità o ripugnanza nell'osservatore medio (Cass. pen. n. 32984/2014).

Ai fini della sussistenza dell'aggravante in parola, peraltro, la Corte di legittimità ha rammentato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale è irrilevante l'eventuale attenuazione del danno fisionomico riportato dalla persona offesa (Cass. pen. n. 26155/2010).

In altri termini, la Suprema Corte ha ritenuto che l'eventuale miglioramento estetico ottenuto dalla persona offesa non abbia alcun effetto sulla sussistenza dell'aggravante dello sfregio permanente.

Per la corretta contestazione e applicazione dell'anzidetta aggravante, pertanto, è necessario e sufficiente escludere il momento successivo alla condotta del reo dalla valutazione richiesta al giudice di merito.

La Suprema Corte, ancora, ha rilevato che l'attenuazione del danno fisionomico dedotta dal ricorrente è sfornita di ogni fondamento probatorio e, pertanto, da rigettare.

Ad avviso dei giudici di legittimità, peraltro, la mancata comparizione della persona offesa in dibattimento lamentata dall'imputato non incide sulla valutazione della lesione da ella riportata e richiesta al giudice di merito: dalla perizia medico-legale svolta in dibattimento, invero, è possibile desumere "l'estrema evidenza" dello sfregio in quanto la parte destra del volto è rimasta asimmetrica.

Ne consegue, quindi, che non sia richiesta una valutazione diretta della persona offesa ma sia consentito al giudice esprimere le sue determinazioni anche mediante l'utilizzazione di accertamenti svolti da terzi nominati d'ufficio.

In ragione delle superiori motivazioni, pertanto, la Corte di legittimità ha dichiarato inammissibile il gravame proposto dai ricorrenti e, per l'effetto, li ha condannati alle spese legali.

# Commette accesso abusivo a un sistema informatico il funzionario di cancelleria che acceda al Re.Ge. per prendere visione di un procedimento per ragioni estranee alle proprie funzioni

Argomento: Dei delitti contro l'inviolabilità del domicilio

(Cass. Pen., Sez. V, 12 luglio 2021, n. 26530)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2. (...) Grazie all'intervento delle Sezioni Unite, si è chiarito, con due distinte pronunce, che «integra il delitto previsto dall'art. 615-ter cod. pen. colui che, pur essendo abilitato, acceda o si mantenga in un sistema informatico o telematico protetto violando le condizioni ed 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» (...). Il principio ha ricevuto una integrazione dalla successiva sentenza "Savarese" che, pronunciandosi sull'ipotesi aggravata prevista dal secondo comma della disposizione in esame, in relazione al fatto commesso da un funzionario di cancelleria, il quale, sebbene legittimato ad accedere al Registro informatizzato delle notizie di reato - c.d. Re.Ge. - conformemente alle disposizioni organizzative della Procura della Repubblica presso cui prestava servizio, aveva preso visione dei dati relativi ad un procedimento penale per ragioni estranee allo svolgimento delle proprie funzioni, ha ritenuto che, in tal modo, fosse stata realizzata un'ipotesi di sviamento di potere, ed ha affermato che il delitto previsto dall'art. 615-ter cod. pen. risulta configurato dalla condotta di «colui il quale, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso, acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee rispetto a quelle per le quali la facoltà di accesso gli è attribuita» (...).

2.1. Alla luce di un orientamento che ormai può definirsi in termini di "diritto vivente", integra, quindi, la fattispecie criminosa di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico protetto, prevista dall'art. 615-ter c.p., la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto che, pure essendo abilitato, violi le condizioni ed i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso, ovvero ponga in essere operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle per le quali l'accesso è consentito. Non hanno rilievo, invece, per la configurazione del reato, gli scopi e le finalità che soggettivamente hanno motivato l'ingresso al sistema (...).

2.2. In punto di diritto, si deve, altresì, premettere, perché qui rileva, che, ai fini della configurabilità del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico, nel caso di soggetto dotato delle credenziali per accedere ad una banca dati riservata (come nel caso di specie), è necessario accertare il superamento, su un piano oggettivo, dei limiti e, pertanto, la violazione delle prescrizioni relative all'accesso ed al trattenimento nel sistema informatico, contenute in disposizioni organizzative impartite dal titolare dello stesso. Occorre verificare, cioè, se la condotta addebitata all'imputato rientri o meno nel perimetro dei suoi poteri, in relazione alle funzioni svolte all'interno della struttura cui fa capo il sistema informatico, vale a dire se l'attività posta in essere esuli o meno dalle competenze

dell'operatore, ponendosi in contrasto con le prescrizioni relative all'accesso e al trattenimento nel sistema informatico, contenute in disposizioni organizzative impartite dal titolare dello stesso, indipendentemente dalle finalità soggettivamente perseguite (...). Nella ricostruzione della fattispecie sottoposta al suo esame, dunque, il giudice di merito deve porsi nella prospettiva di verificare se l'introduzione o il mantenimento nel sistema informatico, anche da parte di chi aveva titolo per accedervi, sia avvenuto in contrasto o meno con la volontà del titolare del sistema stesso, che può manifestarsi, sia in forma esplicita, che tacita (...), dal momento che nel delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, la violazione dei dispositivi di protezione non assume rilevanza per sé, ma solo come eventuale manifestazione di una volontà contraria a quella di chi dispone legittimamente del sistema (...).

2.3. Le Sezioni Unite, invero, già con la sentenza Casani hanno optato per l'interpretazione più estensiva già oggetto di numerose pronunce, secondo la quale è penalmente rilevante anche la condotta del soggetto che, pur essendo abilitato ad accedere al sistema informatico o telematico, vi si introduca con la password di servizio per raccogliere dati protetti per finalità estranee alle ragioni di istituto ed agli scopi sottostanti alla protezione dell'archivio informatico, utilizzando sostanzialmente il sistema per finalità diverse da quelle consentite. L'autorevole precedente è giunto a questa conclusione considerando che la norma in esame punisce non soltanto l'abusiva introduzione nel sistema (da escludersi nel caso di possesso del titolo di legittimazione), ma anche l'abusiva permanenza in esso contro la volontà di chi ha il diritto di escluderla e che, se il titolo di legittimazione all'accesso viene utilizzato dall'agente per finalità diverse da quelle consentite, dovrebbe ritenersi che la permanenza nel sistema informatico avvenga contro la volontà del titolare del diritto di esclusione. La successiva sentenza delle Sezioni Unite "Savarese", ha precisato, rispetto ad alcune incertezze interpretative, la direzione esegetica di Sezioni Unite "Casani" quanto, in particolare, alla rilevanza o meno della violazione di norme specifiche che disciplinassero l'accesso al sistema. (...)

2.5. Nel dirimere, quindi, il contrasto circa la possibilità di ravvisare l'abusività dell'accesso nella violazione dei principi che presiedono allo svolgimento dell'attività amministrativa, quali sinteticamente enunciate dall'art. 1 legge 7 agosto 1990, n. 241, Sezioni Unite Savarese hanno affrontato il non infrequente caso del soggetto, in specie pubblico ufficiale o equiparato, che, abilitato e senza precisazione di limiti espressi alle possibilità di accesso e trattenimento nel sistema pubblico, acquisisca da questo notizie e dati, in violazione dei doveri insiti nello statuto del pubblico dipendente, nel complesso degli obblighi e dei doveri di lealtà a lui incombenti. Hanno così affermato che non esce dall'area di applicazione della norma la situazione nella quale l'accesso o il mantenimento nel sistema informatico dell'ufficio a cui è addetto il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, seppur avvenuto a seguito di utilizzo di credenziali proprie dell'agente ed in assenza di ulteriori espressi divieti in ordine all'accesso ai dati, si connoti, tuttavia, dall'abuso delle proprie funzioni da parte dell'agente, rappresenti cioè uno sviamento di potere, un uso del potere in violazione dei doveri di fedeltà che ne devono indirizzare l'azione nell'assolvimento degli specifici compiti di natura pubblicistica a lui demandati. La sentenza ha condiviso, con autorevole dottrina, l'affermazione che «sotto lo schema dell'eccesso di potere si raggruppano tutte le violazioni di quei limiti interni alla discrezionalità amministrativa, che, pur non essendo consacrati in norme positive, sono inerenti alla natura stessa del potere esercitato». Lo sviamento di potere è una delle tipiche manifestazioni di un tale vizio dell'azione amministrativa e ricorre quando l'atto non persegue un interesse pubblico, ma un interesse diverso (di un privato, del funzionario responsabile, ecc.). Si ha quindi "sviamento di potere" quando nella sua attività concreta il pubblico funzionario persegue una finalità diversa da quella che gli assegna in astratto la legge sul procedimento amministrativo (art. 1, legge n. 241 del 1990) (...)"



La Corte di Cassazione, con sentenza del 12.7.2021 n. 26530 ha delimitato l'ambito di adozione della fattispecie penale di accesso abusivo aggravato *ex art. 615-ter*, secondo comma, n. 1, c.p., che ricorre qualora il fatto sia commesso da un pubblico ufficiale, da un soggetto incaricato dello svolgimento di una pubblica funzione, da un investigatore privato o un operatore di sistema i quali si introducano in maniera abusiva in un dispositivo informatico protetto da misure di sicurezza o ivi permangano in assenza del consenso del titolare del diritto.

Nel caso di specie, la Corte di appello di Lecce aveva parzialmente confermato la sentenza di condanna emessa dal Tribunale di Brindisi nei riguardi di un dipendente pubblico, assegnato ad uno specifico Ufficio, che si era introdotto mediante le proprie credenziali presso una differente sezione informatica, ove aveva visionato una serie di documenti per motivazioni ontologicamente estranee a quelle di servizio.

Sul punto, i giudici di merito avevano ravvisato la responsabilità penale dell'agente che, pur essendo in possesso di idonea abilitazione, si era introdotto in un sistema digitale per finalità o scopi diversi rispetto a quelli desunti dalla sua funzione.

A tal riguardo, una parte della dottrina ha affermato che l'interesse protetto dalla disposizione penale coinciderebbe con la violazione del domicilio informatico, mentre una distinta posizione ha precisato che acquisirebbe rilievo la salvaguardia della riservatezza e della sicurezza informatica.

L'elemento oggettivo del reato è integrato dall'attività di introduzione, che consiste nel superamento dei dispositivi di protezione del sistema informatico e nella contestuale acquisizione e conoscenza dei dati da parte del soggetto attivo, mentre il concetto di mantenimento è raffigurabile quale attività di permanenza contro la volontà, diretta o indiretta, del titolare dello *ius excludendi alios*.

Quanto all'avverbio "abusivamente", tale clausola di illiceità speciale delimita e valorizza le predette condotte criminose che debbono collidere con la possibilità del titolare di escludere l'accesso di terzi dal sistema informatico o nel caso in cui l'autore, nonostante sia stato precedentemente autorizzato, persegua finalità estranee e non coincidenti rispetto a quelle che gli siano state attribuite.

In proposito, il c.d. sviamento di potere rientra nell'alveo dell'eccesso di potere, ovvero quel vizio di legittimità dell'atto amministrativo che si esplica nella deviazione da parte del dipendente pubblico della funzione e dei compiti attribuitigli dall'amministrazione e nel contestuale soddisfacimento di interessi di natura privata, distinti dalla sfera pubblica.

Com'è noto, lo scopo della circostanza aggravante descritta dall'art. 615-ter, secondo comma, n. 1, c.p. è quello di fornire piena attuazione ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa svolta da soggetti aventi una data qualifica soggettiva che possono accedere in maniera più agevole ai sistemi informatici e telematici contenenti dati sensibili.

Sulla base delle suddette argomentazioni, i giudici di merito avevano rilevato la responsabilità dell'agente che, nonostante il rilascio di un titolo abilitativo, si era introdotto e permaneva nello spazio digitale, così determinando una deviazione dai poteri conferiti dalla legge e perseguendo fini non istituzionali.

Ai fini della configurabilità del reato, occorre che il soggetto attivo oltrepassi i limiti derivanti dall'autorizzazione concessa dal titolare dello *ius excludendi alios*, e tale eventualità può verificarsi non soltanto nell'ipotesi dell'attività di introduzione abusiva ma anche nel caso di illecita permanenza nell'area informatica, la cui sussistenza potrebbe ravvisarsi anche qualora il reo possieda un titolo di accesso legittimo ma lo sfrutti per scopi estranei rispetto a quelli per cui era stato incaricato. (Cass. S.U., 27.10.2011 n. 4694; Cass. S.U. 18.5.2017 n. 41210).

Quest'ultimo orientamento ermeneutico è stato criticato dalla sentenza annotata, poiché l'inosservanza dello statuto della pubblica amministrazione inciderebbe soltanto su questioni di stampo etico-teleologico e determinerebbe, in concreto, l'attuazione in *malam partem* della norma incriminatrice.

Nel caso de quo, la condotta del prevenuto si è articolata nell'accesso legittimo e nel contestuale inserimento di dati pacificamente acquisiti dallo stesso che non risulterebbero qualificabili come atti riservati, in quanto l'attività di introduzione e di mantenimento nel contesto informatico non sarebbe abusiva e quindi non soggiacerebbe a scopi alieni rispetto al conferimento dell'incarico.

Nemmeno l'offesa al bene protetto risulterebbe integrabile giacché quest'ultima situazione si verificerebbe nel caso in cui i comportamenti criminosi dell'agente siano incompatibili con il titolo di accesso, potendo al massimo rilevare sotto il profilo deontologico.

Sotto tale profilo, i giudici di legittimità hanno dichiarato l'annullamento della decisione impugnata per carenza di motivazione con rinvio al giudice di merito giacché la Corte di appello di Lecce non ha precedentemente chiarito per quali motivi il ricorrente aveva utilizzato il dispositivo informatico per fini differenti da quelli consentiti dalla legge e quindi nel nuovo esame del caso bisognerà approfondire portata e limiti dello sviamento di potere, previa sussistenza di due requisiti fondamentali ai fini dell'integrazione della fattispecie penale di cui all'art. 615-*ter*, secondo comma, n. 1, c.p.: l'oggettiva inosservanza delle prescrizioni delineate dal titolare dello *ius excludendi alios* e la natura chiaramente abusiva delle condotte che devono essere funzionalmente estranee all'incarico attribuito al dipendente.

# Corruzione per l'esercizio della funzione: la Cassazione specifica l'ampiezza del perimetro applicativo dell'art. 318 c.p.

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 8 settembre 2021, n. 33251)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“RITENUTO IN FATTO (...) 2. Il ricorso consta di due motivi. (...)

2.2. La seconda doglianza attiene all'erronea applicazione dell'art. 318, cod. pen., poiché la fattispecie ivi tipizzata non presuppone necessariamente un impegno permanente dell'agente pubblico alla prestazione di una serie indeterminata di atti d'ufficio o di servizio in favore del terzo interessato, essendo invece sufficiente anche una dazione causalmente ricollegata al compimento di un singolo atto, in quanto la norma mira a sanzionare la violazione del dovere di fedeltà del pubblico funzionario.

Peraltro, nel caso specifico, il perfezionamento della pratica avrebbe comunque richiesto il compimento di una pluralità di atti d'ufficio, alla cui sollecita evasione doveva ritenersi strumentale quella elargizione.

CONSIDERATO IN DIRITTO (...)

2. La decisione impugnata muove da un evidente fraintendimento della giurisprudenza di legittimità in tema di corruzione per l'esercizio delle funzioni, secondo cui lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, realizzato attraverso l'impegno permanente del primo a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, e remunerato con la promessa o la dazione di danaro o di altre utilità da parte degli altri, sinallagmaticamente connessa all'esercizio della funzione, è sufficiente ad integrare il reato, pur in mancanza del compimento di uno specifico atto e della contrarietà o meno di quest'ultimo ai doveri del pubblico agente (...).

La legge n. 190 del 2012, facendosi carico delle tensioni interpretative manifestatesi durante la vigenza del precedente testo dell'art. 318, cod. pen., che ricollegava la sanzione esclusivamente al compimento di uno specifico atto dell'ufficio, ha inteso infatti estendere la tutela penale alle ipotesi di corruzione sistemica, quelle, cioè, non legate ad una specifica prestazione da parte del pubblico agente, ma, piuttosto, alla messa a disposizione della propria funzione per gli interessi di terzi (il c.d. "pubblico ufficiale a libro paga"), avendo il legislatore preso atto che già solo tale distorsione potenziale del concreto esercizio della funzione è sufficiente a ledere il prestigio ed il buon andamento della pubblica amministrazione.

In alcun modo, però, la novella ha inteso escludere dal perimetro della norma le ipotesi, già sanzionate in precedenza, in cui il patto corruttivo fosse diretto ad un specifico atto del pubblico agente o ne costituisse la remunerazione successiva: infatti, la formula testuale utilizzata («per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri») è volutamente ampia, nell'esplicito intento di ricomprendervi la vendita sia del singolo atto che, più in generale, della funzione, come pure tanto

la corruzione antecedente quanto quella susseguente (nel precedente testo, invece, tenute distinte e diversamente sanzionate, ma oggi condivisibilmente ritenute espressive di un identico disvalore, poiché entrambe idonee a minare la fiducia dei cittadini nella pubblica amministrazione).

Interpretare, allora, la disposizione dell'attuale art. 318 - come invece fa la Corte d'appello - nel senso che, per la configurabilità del reato, l'elemento decisivo sia costituito dalla protrazione nel tempo del rapporto corruttivo e non, invece, dal mercimonio della funzione, ancorché legato al compimento di un unico e specifico atto, significa rovesciare l'intentio legis, peraltro senza il benché minimo conforto della lettera della norma, nella quale non si rinviene alcun riferimento al carattere reiterato del rapporto tra pubblico agente corrotto e privato corruttore. (...)"

# Se e quando il fatto commesso “in tempo di notte” possa integrare l’aggravante della “minorata difesa”

Argomento: Del reato consumato e tentato

(Cass. Pen., Sez. Un., 8 novembre 2021, n. 40275)  
stralcio a cura di Giulio Baffa

“La questione rimessa alle Sezioni unite è stata così formulata: “se la commissione del fatto in tempo di notte configuri, di per sé solamente, la circostanza aggravante della minorata difesa di cui all’art. 61, c.p. comma 1, n. 5”. (...)

Il primo degli orientamenti in contrasto ritiene che la commissione del reato “in tempo di notte” integri di per sé gli estremi della circostanza aggravante della minorata difesa. (...)

2.1. (...) numerose decisioni precisano che la commissione del reato “in tempo di notte” integra la circostanza aggravante in esame soltanto se sia verificato in concreto che ne sia conseguita una effettiva minorazione delle capacità di difesa pubblica o privata (...) La commissione del reato in tempo di notte è idonea ad integrare la circostanza aggravante de qua(...), ma resta ferma la necessità di verificare in concreto il ricorrere degli ordinari attributi del tempo di notte (ad es., accidentalmente il soggetto passivo poteva essere sveglio, oppure la sua abitazione poteva trovarsi in zona particolarmente frequentata anche di notte) o di circostanze fattuali ulteriori, atte a ripristinare le ordinarie possibilità di difesa (ad es., l’esistenza di sistemi di allarme). (...)

Il secondo degli orientamenti in contrasto ritiene che la commissione del reato “in tempo di notte” non costituisca, di per sé, un elemento determinante ai fini dell’integrazione della circostanza aggravante in oggetto, che risulta configurabile soltanto quando con essa concorrano altre circostanze di fatto idonee a menomare, in concreto, le capacità di pubblica o privata difesa. In tale prospettiva, la commissione del reato “in tempo di notte” costituirebbe, quindi, elemento di per sé “neutro”, suscettibile di essere valorizzato ai fini dell’integrazione della circostanza aggravante in oggetto solo se, ed in quanto, con esso concorrano ulteriori circostanze fattuali, anche di natura diversa (...).

4.1. Tali ultimi rilievi vanno certamente condivisi (...)

Appare opportuno evidenziare che risulta recentemente emerso, in senso alla giurisprudenza di questa Corte, un contrasto, concettualmente analogo a quello devoluto, riguardante la possibilità che la commissione del fatto in danno di persone di età avanzata configuri, di per sé solamente, la circostanza aggravante della minorata difesa di cui all’art. 61 c.p., comma 1, n. 5. (...)

Da ultimo, Sez. 2, n. 37865 del 23/09/2020 (...) ha osservato che “l’età avanzata che - sulla base di massime di esperienza - risulta associata ad una minore reattività fisica e cognitiva e rileva dunque nei reati che richiedono una interazione diretta con la vittima, è un indice “relativo” di vulnerabilità che deve essere sottoposto ad un vaglio giudiziale che ne confermi o svaluti la rilevanza. (...)

7.2. Un contrario orientamento (inaugurato da Sez. 5, n. 12796 del 21/02/2019 [...]), ritiene, con riferimento ai soli reati che presuppongono l’interazione tra l’autore del fatto e la vittima (nella specie, furto con strappo), che, ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all’art. 61 c.p., comma 1, n. 5, l’agevolazione all’agire illecito derivante dall’età avanzata della persona offesa è in re

ipsa, senza che gravi in capo al giudice di merito uno specifico e ulteriore onere motivazionale rispetto al riscontro obiettivo dell'età della persona offesa (...)

Queste Sezioni Unite ritengono che la commissione del reato "in tempo di notte" possa integrare, anche in difetto di ulteriori circostanze di tempo, di luogo, di persona, la circostanza aggravante della c.d. "minorata difesa" (art. 61 c.p., comma 1, n. 5), sempre che sia stata raggiunta la prova che la possibilità di pubblica o privata difesa ne sia rimasta in concreto ostacolata e che non ricorrano circostanze ulteriori, di qualunque natura, idonee a neutralizzare il predetto effetto. (...).

Nel codice penale vigente, (...) le condizioni di "minorata difesa" previste dall'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, sono richiamate anche: - dall'art. 55 c.p., comma 2 (...); - dall'art. 131 bis c.p., comma 2, (...); - dall'art. 613 bis c.p., comma 1, (...). La commissione del fatto-reato in tempo di notte è, inoltre, richiamata direttamente dall'art. 699 c.p., comma 3, (...), ed indirettamente dall'art. 187 C.d.S., comma 1 quater, (a norma del quale, in tema di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, "L'ammenda prevista dal comma 1 è aumentata da un terzo alla metà quanto il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7 (...))." (...)

Secondo il pacifico orientamento di questa Corte, che si intende qui ribadire, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, occorre che qualsiasi tipo di circostanza fattuale valorizzabile (di tempo, di luogo, di persona, anche in riferimento all'età) agevoli la commissione del reato, rendendo la pubblica o privata difesa, ancorché non impossibile, concretamente ostacolata (...).

11.2. La giurisprudenza di questa Corte, condivisa dal collegio, ritiene che la circostanza aggravante in questione abbia natura oggettiva, e sia, pertanto, integrata per il solo fatto, obiettivamente considerato, del ricorrere di condizioni utili a facilitare il compimento dell'azione criminosa, a nulla rilevando che dette condizioni siano maturate occasionalmente o indipendentemente dalla volontà dell'agente (...).

Il fondamento della circostanza aggravante della c.d. minorata difesa, in riferimento a ciascuna delle tipologie di elementi fattuali che possono integrarla, è stato generalmente ravvisato nel maggior disvalore che la condotta assume nei casi in cui l'agente approfitti delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui quest'ultima viene a svolgersi (...).

12.1. (...) E solo un accertamento in concreto, caso per caso, delle condizioni che consentono, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere effettivamente realizzata una diminuita capacità di difesa, sia pubblica che privata, è idoneo ad assicurare la coerenza dell'applicazione della circostanza aggravante con il suo fondamento giustificativo, ossia, come si è visto, con il maggior disvalore della condotta derivante dall'approfittamento delle "possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui l'azione verrà a svolgersi"; maggior disvalore, a sua volta, necessario a dar conto della concreta, maggiore offensività che giustifica, nel singolo caso, l'aggravamento sanzionatorio comminato dall'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, (...).

Per altro verso, deve precisarsi che, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della c.d. "minorata difesa", è pacificamente sufficiente anche il ricorrere di una sola circostanza di tempo, di luogo o di persona, se astrattamente idonea ad ostacolare le possibilità di pubblica o privata difesa, e sempre che in concreto tale effetto ne sia effettivamente conseguito: è pur vero che l'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, adopera il plurale ("circostanze"), ma all'evidenza in riferimento alle tre distinte tipologie di circostanze cui attribuisce rilievo.

13.1. Peraltro, numerose decisioni che aderiscono al secondo orientamento, premesso il principio, hanno poi valorizzato, ai fini della decisione, non il concorrere di circostanze fattuali ulteriori, bensì il fatto che la commissione del reato in "tempo di notte" avesse in concreto favorito la commissione del reato.

Ai fini della configurazione della circostanza aggravante de qua è stato, ad esempio, valorizzato il fatto che le vie erano deserte per l'ora inoltrata ed il sonno profondo dei cittadini (...).

Ne consegue (...) che l'interprete, al fine di configurare la circostanza aggravante de qua, è chiamato ad operare tre verifiche, riguardanti, nell'ordine: a) l'esistenza di una circostanza di tempo, di luogo o di persona in astratto idonea ad ingenerare una situazione di "ostacolo alla pubblica o privata difesa"; b) la produzione in concreto dell'effetto di "ostacolo alla pubblica o privata difesa" che ne sia effettivamente derivato; c) il fatto che l'agente ne abbia concretamente "profittato" (avendone, quindi, consapevolezza).

14.1. Con riferimento specifico al "tempo di notte", (...) a parere del collegio, di norma, il "tempo di notte" costituisce di per sé circostanza di tempo astrattamente idonea ad ingenerare una situazione di "ostacolo alla pubblica o privata difesa", perché di notte, secondo consolidate massime di esperienza, riconosciute come tali e generalmente accettate, più volte accreditate dal legislatore (cfr. p.p. 10 s.): - cala l'oscurità e le strade sono poco illuminate (il che favorisce la commissione di azioni delittuose, meno agevolmente visibili ab externo); - le persone (vittime che potrebbero meglio difendersi se sveglie; terzi, che potrebbero prestare soccorso alle prime) sono dedite al riposo; - la maggior parte delle attività (lavorative e ricreative) cessa, e di conseguenza le strade e gli uffici sono molto meno frequentati; - la vigilanza pubblica è meno intensa ed è quindi più difficile ricevere soccorso. (...)

14.2. Ai fini della sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, non è, tuttavia, sufficiente ritenere l'astratta idoneità di una situazione, quale il tempo di notte, ad incidere sulle capacità di difesa, riducendole, ma occorre "individuare ed indicare in motivazione tutte quelle ragioni che consentano di ritenere che in una determinata situazione si sia in concreto realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata" (...), ed, in particolare, che la commissione del reato in tempo di notte abbia in concreto agevolato il soggetto agente nell'esecuzione del reato stesso, ostacolando (pur senza annullarle del tutto) le possibilità di difesa pubblica o privata. (...).

14.3. Occorre, infine, verificare che il soggetto agente abbia profittato di quella obiettiva situazione di vulnerabilità in cui versava il soggetto passivo (...):] "la contingenza favorevole deve non solo oggettivamente sussistere, ma essere conosciuta dall'agente, che solo così ne può "profittare"" (...)

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

Vanno conclusivamente enunciati i seguenti principi di diritto:

"ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della c.d. "minorata difesa", prevista dall'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, le circostanze di tempo, di luogo o di persona, di cui l'agente ha profittato in modo tale da ostacolare la predetta difesa, devono essere accertate alla stregua di concreti e concludenti elementi di fatto atti a dimostrare la particolare situazione di vulnerabilità - oggetto di profittamento - in cui versava il soggetto passivo, essendo necessaria, ma non sufficiente, l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione del reato";

"la commissione del reato "in tempo di notte" può configurare la circostanza aggravante in esame, sempre che sia raggiunta la prova che la pubblica o privata difesa ne siano rimaste in concreto ostacolate e che non ricorrano circostanze ulteriori, di natura diversa, idonee a neutralizzare il predetto effetto".

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

---

Nota di Jessica Bianchin

La pronuncia trae origine dalla Sentenza della Cassazione Penale, a Sezioni Unite, del 8 novembre 2021 n. 40275, che si è trovata a risolvere il quesito se la commissione del fatto in tempo di notte configuri, di per sé, la circostanza aggravante della minorata difesa di cui all'art 61 comma 1 n. 5 del c.p.. I fatti oggetto della pronuncia riguardavano la commissione di un furto pluriaggravato, di cui all'art. 625 c 1 n. 5 e 7, avvenuto durante le ore notturne, avente ad oggetto 17 bancali di legno, i quali giacevano nel piazzale videosorvegliato di una ditta di dolci. Il motivo di ricorso è rappresentato dalla circostanza per cui il “fatto avvenuto di notte” non è stato tenuto in considerazione dai giudici di merito, e non ritenuto una circostanza aggravante. Secondo un primo orientamento giurisprudenziale la commissione del reato “in tempo di notte” integrava gli estremi solo della circostanza aggravante della minorata difesa (Cass. Pen. n. 2916/ 2019). Altre pronunce, invece, sancivano che la commissione del reato durante le ore notturne non costituisca di per sé elemento determinante ai fini dell'integrazione della circostanza di cui all'art 61 c. 1 n. 5 c.p., la quale si configurerebbe soltanto quando con essa concorrano altre circostanze idonee a menomare, in concreto, la capacità pubblica e la minorata difesa della vittima. Dunque, in tale prospettiva, la commissione del reato durante la notte andrebbe a determinare un aggravamento della pena soltanto quando, insieme con essa, concorrano ulteriori circostanze fattuali anche di natura diversa (Cass. Pen. n. 9569/ 2021 e 20327/ 2021). Secondo un pacifico orientamento, però, ai fini dell'integrazione della circostanza oggetto d'esame, occorre che la commissione del reato “in tempo di notte” vada concretamente ad agevolarne la sua realizzazione, rendendo la pubblica o privata difesa concretamente ostacolata. Dunque, l'elemento richiesto per l'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art 61 c. 1 n. 5 c.p., il quale deve essere valutato ex ante tenendo conto delle circostanze fattuali, è che vi sia un reale disvalore tra la condotta dell'agente e quella della vittima, e che la commissione dell'illecito penale vada ad agevolare ulteriormente il reo ai fini di perfezionare il reato. Sulla base di questo orientamento le Sezioni Unite hanno sancito che ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della c.d. “minorata difesa”, di cui all'art 61 comma 1 n. 5 del c.p., “le circostanza di tempo”, luogo o persona, di cui l'agente ha profittato in modo tale da ostacolarne la difesa, *“devono essere accertate alla stregua di concreti e concludenti elementi di fatti atti a dimostrare la particolare situazione di vulnerabilità, oggetto di profitto, in cui versava il soggetto passivo, essendo necessaria, ma non sufficiente, l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione del reato”*. Pertanto, la Corte ha stabilito che del reato “in tempo di notte” può configurare la circostanza aggravata di cui all'art 61 c. 1 n. 5 c.p. *“sempre che sia raggiunta la prova che la pubblica o privata difesa ne siano rimaste in concreto ostacolate e che non ricorrano circostanze ulteriori, di natura diverse, idonee a neutralizzare il precitato effetto”*.



# Traffico di influenze illecite: definizione di mediazione

Argomento: Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 9 novembre 2021, n. 40518)  
stralcio a cura di Ilaria Romano

“3.1. (...) Nel riqualificare i fatti in esame ai sensi dell'art. 346-bis cod. pen., la sentenza della Corte di cassazione n. 18125 del 2020 ha precisato che il limite all'applicazione della suddetta disposizione, in base alla espressa clausola, è che non vi sia un'effettiva corruzione dei soggetti pubblici con i quali il mediatore ha i rapporti effettivi e che nel caso in oggetto, non era stata prospettata “alcuna ipotesi di corruzione” dei soggetti rispetto ai quali era stata offerta la attività di mediazione illecita.

La clausola di esclusione contenuta nell'art. 346-bis cod. pen. esige infatti che in concreto non sia ravvisabile il delitto di corruzione e neppure un'ipotesi di concorso. (...)

4.1. Il legislatore ha inteso punire con l'art. 346-bis cod. pen. in via preventiva e anticipata il fenomeno della corruzione, sottoponendo a sanzione penale tutte quelle condotte, in precedenza irrilevanti, prodromiche rispetto ai reati di corruzione, consistenti in accordi aventi ad oggetto le illecite influenze su un pubblico agente che uno dei contraenti (il trafficante) promette di esercitare in favore dell'altro (il privato interessato all'atto) dietro compenso (per sé o altri o per remunerare il pubblico agente).

La lettura della norma consente di individuare il nucleo dell'antigiuridicità della condotta penalmente sanzionata non nel mero sfruttamento (vero o vantato) di relazioni con il pubblico agente (che costituisce piuttosto il mezzo attraverso il quale il soggetto agente riesce ad ottenere dal privato la dazione indebita, anche solo come promessa), bensì in tutte quelle forme di intermediazione che abbiano come finalità "l'influenza illecita" sulla attività della pubblica amministrazione.

Infatti, la norma pone sullo stesso piano (anche sanzionatorio) la intermediazione finalizzata alla corruzione del pubblico agente e la mediazione "illecita", così chiarendo che anche per questa ultima forma di traffico l'antigiuridicità della condotta debba postarsi necessariamente sull'elemento finalistico.

In definitiva, le parti devono avere di mira un'interferenza illecita, resa possibile grazie allo sfruttamento di relazioni con il pubblico agente. La norma peraltro non chiarisce quale sia la influenza illecita che deve tipizzare la mediazione e non è possibile, allo stato della normativa vigente, far riferimento ai presupposti e alle procedure di una mediazione legittima con la pubblica amministrazione (la c.d. lobbying), attualmente non ancora regolamentata. Il contenuto indeterminato della norma rischia di attrarre nella sfera penale, a discapito del principio di legalità, le più svariate forme di relazioni con la pubblica amministrazione, connotate anche solo da opacità o scarsa trasparenza, ovvero quel "sottobosco" di contatti informali o di aderenze difficilmente catalogabili in termini oggettivi e spesso neppure patologici, quanto all'interesse perseguito.

È necessario quindi ancorare la fattispecie ad un elemento certo che connoti tipizzandola la mediazione illecita e che costituisca una guida sicura per gli operatori e per l'interprete della norma. A tal fine il Collegio ritiene che l'unica lettura della norma che soddisfi il principio di legalità sia quella che fa leva sulla particolare finalità perseguita attraverso la mediazione: la mediazione è illecita quando

è finalizzata alla commissione di un "fatto di reato" idoneo a produrre vantaggi per il privato committente. (...)”

---

Nota di Francesco Martin

Il delitto di traffico di influenze illecite è disciplinato dall'art. 346-*bis* c.p., il cui fine è la tutela anticipata dell'interesse alla legalità, al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione, punendo, prima che possa perfezionarsi l'accordo corruttivo, colui che fa da tramite tra corrotto e corruttore mediante la propria influenza.

Si tratta di un reato comune, necessariamente plurisoggettivo, in quanto sia il committente sia il mediatore non debbono possedere una qualifica soggettiva particolare; tuttavia nel caso in cui il mediatore assuma la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio è previsto un aggravamento di pena.

L'art. 346-*bis* c.p. prevede due diverse ipotesi: la prima è rappresentata dal c.d. traffico di influenze gratuito, nel quale il committente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale al mediatore affinché quest'ultimo remunererà il pubblico agente in relazione all'esercizio delle sue funzioni o poteri.

La seconda è costituita dal c.d. traffico di influenze oneroso, laddove il committente remunera il mediatore affinché quest'ultimo realizzi una illecita influenza sul pubblico agente[1].

Il delitto in esame è punito a titolo di dolo specifico, in quanto il committente e il mediatore debbono stipulare un patto allo scopo specifico di remunerare il pubblico agente per il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o ritardo di un atto di ufficio, nell'ipotesi di influenze gratuite, oppure di esercitare una influenza illecita nei confronti del pubblico agente, nel caso di influenze onerose.

L'art. 346-*bis* c.p. integra una fattispecie necessariamente plurisoggettiva propria a carattere bilaterale, riconducibile alla categoria dogmatica dei c.d. reati-contratto.

Il delitto di traffico di influenze illecite si consuma nel momento in cui si perfeziona il patto tra il committente ed il mediatore rimanendo irrilevante il concreto esercizio dell'influenza illecita da parte del mediatore o il comportamento del pubblico agente.

Le disposizioni di cui all'art. 1, comma 1, lett. s) e t), L. 9 gennaio 2019, n. 3 hanno dettato alcune modifiche anche con riferimento al delitto in esame.

Tale normativa ha provveduto all'abrogazione del reato di millantato credito sulla scia delle previsioni sovranazionali che sollecitavano la punizione della compravendita di influenza e ha eliminato l'inciso contenuto nel precedente testo dell'art. 346-*bis* c.p. in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.

È inoltre venuta meno la natura necessariamente patrimoniale del vantaggio dato o promesso al mediatore, per cui ora la disposizione individua il corrispettivo ricevuto dal venditore di influenza con il generico termine utilità e, contemporaneamente, il raggio operativo dell'incriminazione è stato ampliato agli accordi finalizzati ad influenzare un pubblico ufficiale straniero o altro soggetto menzionato nell'art. 322-*bis* c.p.-

Attualmente, quindi, l'art. 346-*bis* c.p. incrimina condotte prodromiche a più gravi fatti, secondo la tecnica dell'anticipazione della tutela; una tutela avanzata dei beni della legalità e dell'imparzialità della pubblica amministrazione rispetto ad una tipo criminoso obiettivamente non omogeneo.

L'ampliamento della clausola di sussidiarietà dell'art. 346-*bis* c.p., oltre ad escludere il concorso tra il traffico di influenze e le più gravi ipotesi di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio e di corruzione in atti giudiziari, assume rilievo anche in ordine ai delitti di cui agli artt. 318 e 322-*bis* c.p.

Si sono fugate le incertezze, riguardanti il rapporto tra il traffico di influenze e la corruzione per l'esercizio della funzione, laddove il pubblico ufficiale (o l'incaricato di pubblico servizio) accetti la promessa o la dazione del denaro o dell'utilità offertagli dall'intermediario per il compimento di un atto conforme ai suoi doveri d'ufficio ovvero per la vendita della sua funzione, di sé stesso, del suo essere pubblico agente.

Nell'eventualità in cui la mediazione illecita vada a buon fine e si concluda l'accordo con il pubblico agente, le condotte descritte nell'art. 346-*bis* c.p. degraderanno a mero *ante-factum* non punibile, il cui disvalore risulterà assorbito in quello degli altri e più gravi delitti richiamati dalla clausola[2].

Il trattamento sanzionatorio prevede, per entrambi i concorrenti nel reato, la pena della reclusione da un minimo di uno ad un massimo di 4 anni e sei mesi.

Il contenimento della pena entro il limite dei cinque anni autorizza inoltre il singolo giudice, in presenza dei requisiti enumerati dall'art. 131-*bis* c.p., ad escludere la punibilità per particolare tenuità del fatto.

Sono state inasprite anche le pene accessorie: il traffico di influenze viene inserito nel catalogo dell'art. 32-*quater* c.p., dove sono elencati i delitti per i quali alla condanna alla pena principale segue la sanzione dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione

Tale reato è stato poi ricompreso nell'elenco dei delitti dell'art. 9, L. 16 marzo 2006, n. 146 che disciplina le operazioni sotto copertura ad opera della Polizia giudiziaria[3].

Delineate in tal modo le caratteristiche del traffico di influenze illecite è ora opportuno esaminare la sentenza in commento (Cass. Pen., Sez. VI, 09.11.2021, n.40518).

La pronuncia origina dal ricorso per cassazione presentato dal difensore dell'imputato contro la decisione della Corte d'Appello la quale aveva confermato quella del Tribunale.

Al capo 1) venivano contestati i reati di cui agli artt. 81, 110, 318, 319, 321 c.p., mentre al 2) il reato di cui all'art. 7, commi 2 e 3, L. 195/1974 e art. 4, comma 1, L. 659/1981 e art. 110 c.p.-

Il giudice di *prime cure* tuttavia, in merito ai reati di cui al capo 1), aveva riqualificato tutti i fatti di ai sensi dell'art. 319 c.p.; in sede di appello, la Corte territoriale, nel confermare il giudizio di condanna effettuato dal Tribunale per entrambi i reati, si è confrontata con la sentenza della Corte di cassazione n. 18125/2020, nel frattempo intervenuta per le posizioni di alcuni imputanti concorrenti nel reato di cui al capo 1).

All'esito del giudizio di cassazione era stata confermata la condanna di costoro per tale capo, previa riqualificazione dei fatti da corruzione propria in traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis* c.p.

Il gravame si basava sulla violazione di legge e vizio di motivazione in relazione agli artt. 81,110,318 e 319 c.p., artt. 191 e 192 c.p.p., e alla ritenuta responsabilità del ricorrente per il reato di corruzione propria.

L'inquadramento della vicenda doveva essere ricondotto nell'ambito dell'art. 346-*bis* c.p. e, per la clausola di sussidiarietà in essa contenuta, era da escludersi l'ipotesi corruttiva.

Il legislatore ha inteso punire con l'art. 346-*bis* c.p., in via preventiva e anticipata il fenomeno della corruzione, sottoponendo a sanzione penale tutte quelle condotte, in precedenza irrilevanti, prodromiche rispetto ai reati di corruzione, consistenti in accordi aventi ad oggetto le illecite influenze su un pubblico agente che uno dei contraenti (il trafficante) promette di esercitare in favore dell'altro (il privato interessato all'atto) dietro compenso (per sé o altri o per remunerare il pubblico agente).

La lettura della norma consente di individuare il nucleo dell'antigiuridicità della condotta penalmente sanzionata non nel mero sfruttamento (vero o vantato) di relazioni con il pubblico agente (che costituisce piuttosto il mezzo attraverso il quale il soggetto agente riesce ad ottenere dal privato la dazione indebita, anche solo come promessa), bensì in tutte quelle forme di intermediazione che abbiano come finalità l'influenza illecita sulla attività della pubblica amministrazione.

Infatti, la norma pone sullo stesso piano (anche sanzionatorio) l'intermediazione finalizzata alla corruzione del pubblico agente e la mediazione illecita, così chiarendo che anche per quest'ultima forma di traffico l'antigiuridicità della condotta debba postarsi necessariamente sull'elemento finalistico.

In definitiva, le parti devono avere di mira un'interferenza illecita, resa possibile grazie allo sfruttamento di relazioni con il pubblico agente.

La Corte di Cassazione, sulla definizione di mediazione stabilisce che: *“La norma peraltro non chiarisce quale sia la influenza illecita che deve tipizzare la mediazione e non è possibile, allo stato della normativa vigente, far riferimento ai presupposti e alle procedure di una mediazione legittima con la pubblica amministrazione (la c.d. lobbying), attualmente non ancora regolamentata. A tal fine il Collegio ritiene che l'unica lettura della norma che soddisfi il principio di legalità sia quella che fa leva sulla particolare finalità perseguita attraverso la mediazione: la mediazione è illecita quando è finalizzata alla commissione di un "fatto di reato" idoneo a produrre vantaggi per il privato committente”*.

Per l'integrazione del reato in parola occorre quindi che la mediazione siano quantomeno idonea a portare benefici al soggetto privato che la richiede e che la stessa abbia come fine un atto *contra legem*.

La Corte, in conclusione, ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata con riferimento al reato di corruzione per non aver commesso il fatto e ha qualificato le rimanenti condotte contestate al capo 1) nel diverso reato di traffico di influenze illecite, *ex art. 346-bis*, comma 3, c.p., annullando la medesima sentenza, senza rinvio.

[1] S. Marani, *Traffico di influenze illecite*, in *Altalex*, 31.05.2018.

[2] L. Roccatagliata, *Traffico di influenze illecite: la Cassazione si pronuncia sulla illiceità della mediazione onerosa in assenza di una disciplina organica del lobbismo*, in *Giur. Pen.*, 18.01.2021.

[3] G. Pontepirino, *La nuova "versione" del traffico di influenze illecite: luci e ombre della riforma "spazzacorrotti"*, in *Sist. Pen.*, 10.12.2019.

# Colpa medica: la Cassazione sullo specifico obbligo di garanzia in capo al medico di Pronto Soccorso

Argomento: Del reato consumato e tentato

(Cass. Pen., Sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45602)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1.1. Occorre premettere, in linea di principio, che per l'esistenza del nesso causale, in base al disposto degli artt. 40 e 41 cod. pen., occorrono due elementi: il primo, positivo, secondo il quale la condotta umana deve aver posto una condizione dell'evento; il secondo, negativo, per cui il risultato non deve essere conseguenza dell'intervento di fattori eccezionali. In particolare, quando si tratta di condotte omissive colpose, il primo elemento si rivela nella regola cautelare violata, se l'evento rappresenta la concretizzazione del rischio creato con un non fare da colui che riveste la posizione di garanzia. Il nesso causale viene, dunque, negato qualora l'evento non concretizzi il rischio che la regola cautelare violata mirava a prevenire oppure quando sia intervenuto un fattore eccezionale che, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico, costituisce causa certa o altamente probabile dell'evento (...). Guardando alla condotta omissiva sotto il preciso angolo visuale del rischio del quale il sanitario è garante, ossia della regola cautelare appropriata, l'interprete è tenuto a delimitare l'ambito della posizione di garanzia in modo da imputare al garante i soli eventi che egli sia in grado di dominare. (...) [L]a giurisprudenza di legittimità, sin dagli anni novanta del secolo scorso, ha infatti elaborato la «teoria del garante», muovendo dall'osservazione -

e dalla valorizzazione - del significato profondo che deve riconoscersi agli «obblighi di garanzia», discendenti dallo speciale vincolo di tutela che lega il soggetto garante, rispetto ad un determinato bene giuridico, per il caso in cui il titolare dello stesso bene sia incapace di proteggerlo autonomamente (...). I titolari della posizione di garanzia devono, poi, essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi (...). In conclusione: l'agente non può rispondere del verificarsi dell'evento se, pur titolare di una posizione di garanzia, non disponga della possibilità di influenzare il corso degli eventi. Per converso, chi ha questa possibilità non risponde se non ha un obbligo giuridico di intervenire per operare la modifica del decorso degli avvenimenti (...).

1.2. L'ambito dell'obbligo di garanzia gravante sul medico di Pronto Soccorso può in generale ritenersi definito dalle specifiche competenze che sono proprie di quella branca della medicina che si definisce medicina d'emergenza o d'urgenza. In tale ambito rientrano l'esecuzione di taluni accertamenti clinici, la decisione circa le cure da prestare e l'individuazione delle prestazioni specialistiche eventualmente necessarie. Correlata a tali doveri può ritenersi la decisione inerente al ricovero del paziente e alla scelta del reparto a ciò idoneo, mentre l'attribuzione della priorità d'intervento, detta triage ospedaliero, è procedura infermieristica. Delineata entro tale ambito la posizione di garanzia del medico di pronto soccorso, è agevole riscontrare nella giurisprudenza di legittimità casi nei quali il medico di pronto soccorso è stato ritenuto responsabile del decesso del paziente per non aver disposto gli idonei accertamenti clinici (...) o per non aver posto una corretta diagnosi in modo da indirizzare il paziente in reparto o luogo di cura specialistico (...). Accanto a queste ipotesi, si rinvencono pronunce nelle quali la responsabilità è stata esclusa in ragione della singolarità dei sintomi, dunque della difficoltà di porre una diagnosi corretta (...); ciò si spiega in quanto non è esigibile da tale sanitario una competenza diagnostica di livello pari a quella di tutte le altre

specializzazioni medico-chirurgiche delle quali si deve occupare trasversalmente nell'intervenire su casi acuti.

1.3. Ulteriore premessa concerne la considerazione per cui, a fronte della possibilità di una diagnosi differenziale non ancora risolta, costituisce obbligo del medico al quale sia stato sottoposto il caso compiere gli approfondimenti diagnostici necessari per accertare quale sia l'effettiva patologia che affligge il paziente e adeguare le terapie in corso a queste plurime possibilità. L'esclusione di ulteriori accertamenti può, infatti, essere giustificata esclusivamente dalla raggiunta certezza che una di queste patologie possa essere esclusa ovvero, nel caso in cui i trattamenti terapeutici siano incompatibili, che possa essere sospeso quello riferito alla patologia che, in base all'apprezzamento di tutti gli elementi conosciuti o conoscibili, se condotto secondo le regole dell'arte medica, possa essere ritenuto meno probabile, sempre che la patologia meno probabile non abbia caratteristiche di maggiore gravità e possa quindi essere ragionevolmente adottata la scelta di correre il rischio di non curarne una che, se esistente, potrebbe però provocare danni minori rispetto alla mancata cura di quella più grave. Ma, fino a quando il dubbio diagnostico non sia stato risolto e non vi sia alcuna incompatibilità tra accertamenti diagnostici e trattamenti medico-chirurgici, il medico che si trovi di fronte alla possibilità di diagnosi differenziale non deve accontentarsi del raggiunto convincimento di aver individuato la patologia esistente quando non sia in grado, in base alle conoscenze dell'arte medica da lui esigibili (anche nel senso di chiedere pareri specialistici), di escludere patologie alternative, proseguendo gli accertamenti diagnostici e i trattamenti medico-chirurgici necessari.

1.4. Vale la pena, inoltre, di rammentare che la giurisprudenza della Corte di legittimità ha ripetutamente affermato che, in punto di nesso di causa, occorre distinguere il ragionamento esplicativo dal ragionamento controfattuale. Il ragionamento esplicativo tenta di spiegare le cause di un accadimento e di individuare i fattori che lo hanno generato sulla base di giudizi causali retti da leggi scientifiche che esprimano una certa correlazione causale tra una categoria di condizioni e una categoria di eventi realmente verificatisi; nell'ambito del ragionamento esplicativo, il sapere scientifico può fornire con ragionevole approssimazione la spiegazione di un determinato evento effettivamente verificatosi quale effetto di un determinato fattore eziologico. Il giudice, con riguardo al ragionamento esplicativo, valuta con rigore le prove per stabilire se esse corroborino l'ipotesi accusatoria circa la relazione tra una determinata condotta umana e l'evento verificatosi alla luce di una legge naturale, ove disponibile, o alla luce di regolarità statistiche o di generalizzazioni probabilistiche, secondo un significato frequentista, fornite dagli studi del settore di riferimento. Il giudizio controfattuale (giudizio implicativo) trova il suo terreno di elezione nel ragionamento causale in tema di reato omissivo, ma non si tratta di un ambito esclusivo in quanto tale iter logico viene seguito anche in caso di reati commissivi ancorché non si renda necessario esprimerlo nella motivazione. Si tratta di un ragionamento che implica un ulteriore tipo di indagine, avente ad oggetto la prognosi postuma di cosa sarebbe accaduto ove la condotta omessa fosse stata posta in essere. (...).

Alla luce dei principi esposti, il percorso logico-giuridico che si richiedeva al giudice di merito concerneva, in primo luogo, la necessità di stabilire quali fossero gli obblighi di attivarsi del medico di pronto soccorso che, per la natura della sua specializzazione, può non essere dotato di tutti i poteri impeditivi dell'evento, essendo spesso deputato all'effettuazione dei primi controlli e all'indirizzamento del paziente verso altri specialisti, altri reparti specificamente deputati alla cura. Occorre, in particolare, chiedersi se, in base ai dati tecnici a disposizione, il medico di pronto soccorso avesse la possibilità di influenzare il corso degli eventi. Il secondo passaggio logico che si sarebbe dovuto affrontare, sulla base delle risultanze dei dati tecnico-scientifici forniti ai giudici, riguardava la diagnosi differenziale che, date le condizioni del paziente e tenuto conto delle competenze dello specialista di medicina d'urgenza, il sanitario avrebbe dovuto porre, considerato che costituisce obbligo del medico valutare tutte le possibili ipotesi diagnostiche connesse ad una determinata sintomatologia, soprattutto nel caso in cui i sintomi possano essere indicativi di diagnosi di maggiore gravità rispetto a quella più evidente. Ulteriore passaggio logico riguardava il giudizio

esplicativo in merito al rapporto tra condizione patologica del paziente ed evento morte secondo le valutazioni tecnico-scientifiche fornite dagli esperti in merito al reale accadimento dei fatti; a seguire, nell'ambito del giudizio inerente alla causalità omissiva, i giudici avrebbero dovuto sviluppare un giudizio ipotetico volto a stabilire se un comportamento alternativo corretto avrebbe salvato, esaminando le caratteristiche proprie del caso concreto alla luce di eventuali falsificazioni, con elevata credibilità logica la vita del paziente. (...)"

---

Nota di Letizia Barbero

Con la sentenza in commento la Sezione IV della Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla configurabilità della responsabilità per omicidio colposo in capo al medico di Pronto Soccorso e, segnatamente, circa il contenuto della posizione di garanzia gravante in capo allo stesso nonché sulle regole del giudizio controfattuale che il Giudice è chiamato a svolgere al fine di accertare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta colposa omissiva del sanitario e l'evento morte. In particolare, sebbene il medico operante presso l'unità di Pronto Soccorso disponga di poteri impeditivi limitati, lo stesso è titolare dell'onere di far intervenire altri specialisti quando non vi sia certezza sulla diagnosi e sull'opportunità delle dimissioni del paziente.

Nel caso di specie un medico, in qualità di sanitario addetto all'unità di pronto soccorso, è stato condannato in primo grado per il delitto previsto dall'art. 589 c.p. poiché, con condotta omissiva e per colpa, ha cagionato la morte di un paziente per non aver effettuato gli accertamenti diagnostici necessari ad una diagnosi differenziale: all'imputato viene contestata l'errata valutazione dello stato patologico in atto in quanto lo stesso ha omissivo di effettuare una completa anamnesi del paziente limitandosi ad un esame superficiale, privo degli accertamenti diagnostici richiesti dal caso concreto, così impedendo un corretto inquadramento delle condizioni cliniche del paziente. Secondo il Giudice di primo grado, l'omessa diagnosi differenziale ha rappresentato il mancato compimento dell'azione doverosa che il medico ha la possibilità materiale di realizzare, generando un rischio per l'integrità fisica del paziente al quale sono conseguiti il ritardato intervento chirurgico, l'aggravamento ed infine il decesso.

La Corte d'Appello ha riformato in senso assolutorio la pronuncia di primo grado affermando, fra l'altro, che non vi fosse alcuna certezza circa la possibilità di effettuare una diagnosi differenziale e che, alla luce del basso tasso di mortalità rilevato dai consulenti dell'imputato nei casi analoghi a quello di specie, l'intervento chirurgico non sarebbe stato risolutivo escludendo, così, il nesso di causa.

L'esame delle questioni oggetto della pronuncia in commento richiede una breve disamina in materia di responsabilità colposa omissiva del medico nonché di accertamento del relativo nesso di causa. Nel caso di specie, la responsabilità omissiva del sanitario nasce dal combinato disposto degli artt. 589 e 40 cpv. c.p.: trattasi di un reato omissivo improprio sicché, ai fini della sua configurabilità, non è sufficiente il mancato compimento dell'azione doverosa, bensì è altresì necessario il realizzarsi di un evento-conseguenza della condotta omissiva che il soggetto agente aveva l'obbligo giuridico di impedire.

Il presupposto di tale responsabilità è, infatti, la sussistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento; l'accertamento del predetto obbligo deve essere accompagnato dall'accertamento in concreto dell'esistenza, in capo al titolare della posizione di garanzia, di poteri impeditivi fattuali dell'evento dannoso che possono concretizzarsi in obblighi diversi, anche di minore importanza rispetto a quelli direttamente e specificatamente volti ad impedire il verificarsi dell'evento.

Nel caso di specie, la Corte individua l'obbligo di garanzia gravante in capo al medico di Pronto Soccorso nella cd. diagnosi differenziale ovvero nell'aver omissivo di disporre gli idonei accertamenti

clinici o, comunque, nell'aver errato la diagnosi. In particolare, la Suprema Corte dispone che a fronte di una diagnosi differenziale non ancora risolta, come nel caso de quo, rientra nei poteri impeditivi del medico compiere tutti gli accertamenti diagnostici necessari al fine di appurare la patologia che ha colpito il paziente ed escludere le ulteriori ed eventuali patologie alternative; l'omissione di tali ulteriori esami può essere giustificata esclusivamente dalla raggiunta certezza che una determinata patologia possa essere esclusa.

Una volta accertata la sussistenza della posizione di garanzia in capo al medico, l'ulteriore passaggio logico operato dalla Corte attiene l'accertamento del nesso di causa tra la condotta omissiva del medico e l'evento morte; la Corte procede, pertanto, alla disamina del combinato disposto degli artt. 40 e 41 c.p. rammentando che per l'esistenza del nesso di causa occorrono due elementi: il primo positivo, che si rivela nella regola cautelare violata quale condicio sine qua non dell'evento e, il secondo, negativo, per cui l'evento lesivo non deve essere conseguenza dell'intervento di fattori eccezionali. L'evento, dunque, rappresenta la concretizzazione del rischio che la stessa regola cautelare violata tendeva ad evitare ed è causalmente riconducibile all'omissione qualora sia la conseguenza certa o altamente probabile del mancato rispetto della regola.

La Corte, richiamandosi alla giurisprudenza di legittimità in materia, rammenta inoltre la necessaria distinzione tra il ragionamento esplicativo ed il ragionamento controfattuale: mediante il primo il Giudice, alla luce delle leggi naturali e di eventuali leggi scientifiche o statistiche, valuta la relazione tra la condotta umana e l'evento verificatosi fornendone la relativa spiegazione eziologica, mentre, con il secondo il Giudice è tenuto ad operare, specialmente nell'accertamento del nesso di causa nei reati omissivi, un ulteriore tipo di indagine ovvero un giudizio "doppiamente ipotetico" caratterizzato dalla supposizione sia di un fatto che non si è verificato, ovvero la condotta che il soggetto avrebbe dovuto tenere, sia delle conseguenze che vi sarebbero derivate se la condotta doverosa fosse stata posta in essere al fine di vagliare, alla luce delle circostanze del caso concreto, la capacità salvifica del comportamento lecito alternativo. In altri termini, mediante la prognosi postuma suddetta, l'omissione è causa dell'evento quando sostituendola con l'azione doverosa che il garante avrebbe dovuto porre in essere, l'evento lesivo non si sarebbe verificato.

Nel caso di specie, pertanto, il Giudice era tenuto a verificare se le ulteriori indagini diagnostiche, omesse dal sanitario, avrebbero impedito l'exitus nonché se il comportamento alternativo corretto, ovvero l'effettuazione di una diagnosi differenziale, considerate le condizioni nelle quali versava il paziente ed i poteri impeditivi di cui disponeva il medico di pronto soccorso, avrebbe avuto un effetto salvifico della condotta omessa.

Orbene, in via preliminare, la Suprema Corte precisa che la diagnosi differenziale è definita quale percorso logico di eliminazione mentale al fine di individuare una malattia in via residuale; tale procedimento non è ancorato esclusivamente a dati di tipo tecnico-scientifico, bensì alle caratteristiche logiche e alla valutazione delle peculiarità del caso clinico sottoposto al sanitario. L'omissione di una tale diagnosi è giustificata esclusivamente quando è raggiunta l'elevata probabilità di correttezza della diagnosi svolta.

Secondo la Cassazione, il Giudice di primo grado aveva correttamente individuato nell'omessa diagnosi differenziale il fattore determinante la condizione di rischio per l'integrità fisica del paziente, i cui sintomi imponevano al medico di effettuare ulteriori accertamenti diagnostici per escludere la patologia più grave. La doverosa e omessa diagnosi differenziale avrebbe, infatti, portato il medico ad effettuare alcuni esami diagnostici che avrebbero determinato, con elevata certezza, l'effetto salvifico della sua condotta. Diversamente, i Giudici di secondo grado, con una pronuncia in senso assolutorio, avevano ritenuto insussistente il nesso di causa sulla base delle considerazioni tecnico-scientifiche dei consulenti, avulse dalle circostanze del caso concreto, che non avevano dimostrato la raggiunta certezza dell'effetto salvifico della diagnosi differenziale.



La Corte di Cassazione ha rilevato, pertanto, un'erronea applicazione delle regole espresse dall'art. 40 c.p. in quanto i Giudici di secondo grado hanno escluso il nesso di causa sulla base di un giudizio controfattuale privo di riferimenti alle concrete condizioni del paziente, restando erroneamente ancorati al dato tecnico-scientifico ed escludendo di esaminare le risultanze processuali anche alla luce del dato logico. Un corretto giudizio controfattuale richiede, infatti, di non limitarsi alle leggi statistiche, bensì di elaborare il dato tecnico-scientifico anche alla luce dei criteri logico-giuridico e degli elementi indiziari del caso concreto. Alla luce della disamina effettuata, la Corte di Cassazione ha statuito che in tema di responsabilità medica, risponde di omicidio colposo il medico di pronto soccorso che ha cagionato la morte di un paziente per non aver disposto indagini diagnostiche atte ad effettuare la diagnosi differenziale limitandosi ad un esame superficiale; sebbene i poteri impeditivi in capo al medico di medicina d'urgenza siano limitati, incombe su tale figura l'onere di far intervenire altri specialisti, quando non vi sia certezza sulla diagnosi e sulla opportunità delle dimissioni.

# Si sostituisce all'amica sui *social* facendo credere che questa sia disponibile ad approcci sessuali: per la Cassazione è *stalking*

Argomento: Dei delitti contro la libertà morale

(Cass. Pen., Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 323)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“3. (...) Il Collegio evidenzia come già in un'altra recente occasione si sia chiarito, in via generale, che, in tema di atti persecutori, l'evento, consistente nell'alterazione delle abitudini di vita o nel grave stato di ansia o paura indotto nella persona offesa, deve essere il risultato della condotta illecita valutata nel suo complesso, nell'ambito della quale possono assumere rilievo anche comportamenti solo indirettamente rivolti contro la persona offesa e anche di tipo subdolo (...). Non rileva, quindi, ai fini della configurabilità del delitto di stalking, la presenza della persona offesa alle minacce o molestie (...), né la direzione immediata della condotta persecutoria nei suoi riguardi, ove vi sia consapevolezza, da parte dell'agente, del fatto che delle minacce e/o delle molestie la vittima venga informata e, d'altra parte, vi sia consapevolezza della idoneità del proprio comportamento abituale a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice (...).

Allo stesso modo deve ragionarsi nel caso oggi all'esame del Collegio, in cui le condotte "indirettamente" proiettate nella sfera personale della vittima, sostitutive della sua identità e attraverso le quali si presentava a terzi sconosciuti costei come soggetto di proposte e desideri sessuali, facevano sì che questi la avvicinasero frequentemente durante la giornata per ottenere quanto avevano immaginato dalle conversazioni tenute con l'imputato. Tali condotte hanno avuto certamente, per la loro reiterazione e contenuto, un effetto complessivamente persecutorio, risoltosi nella determinazione di stati d'ansia e timore gravi nella persona offesa, al centro di una campagna intrusiva ed abusiva della sua identità, realizzata ai suoi danni dall'imputato, ben consapevole che il proprio comportamento reiterato ed abituale stava da tempo producendo tali conseguenze ai danni della vittima, la quale più volte lo aveva pregato di smettere prima di denunciare quanto stava accadendo.

In conclusione, può affermarsi che integrano il delitto di atti persecutori le condotte di reiterate molestie, anche se arrecate non direttamente alla persona offesa, attuate sostituendosi alla vittima tramite profili social e account internet falsamente a lei riconducibili, mediante i quali l'agente faccia credere a terzi sconosciuti che costei sia disponibile ad approcci sessuali, tanto da far sì che costoro la avvicinino ripetutamente nei luoghi da lei frequentati, allo scopo di realizzare aspettative di tal genere, ove l'autore delle condotte agisca nella consapevolezza della idoneità del proprio comportamento abituale a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice. Ovvero, secondo un'altra prospettiva, l'evento, consistente nell'alterazione delle abitudini di vita o nel grave stato di ansia o paura indotto nella persona offesa, deve essere il risultato della condotta illecita valutata nel suo complesso, nell'ambito della quale possono assumere rilievo anche comportamenti solo indirettamente rivolti contro la persona offesa e anche di tipo subdolo, quali la sostituzione di persona volta a far credere che la vittima sia disponibile ad offerte sessuali presso un'indiscriminata platea di soggetti contattati via internet con falsi account o profili social.

Non è inutile rammentare, peraltro, che il delitto di atti persecutori si configura, come noto, anche nel caso in cui la persona offesa sia vittima di condotte reiterate che costituiscono solo molestie ai suoi danni e, in ragione di queste e della loro morbosità, manifesti un perdurante e grave stato d'ansia e sia costretta a modificare le proprie abitudini di vita (...).

La consapevolezza dell'idoneità lesiva del proprio comportamento è, infine, quanto al profilo del coefficiente soggettivo, condizione necessaria e sufficiente ad integrare il reato, poiché il delitto di atti persecutori è fattispecie a dolo generico, il cui contenuto richiede la volontà di porre in essere più condotte di minaccia e molestia, nella consapevolezza della loro idoneità a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice e dell'abitudine del proprio agire, ma non postula la preordinazione di tali condotte - elemento non previsto sul fronte della tipicità normativa - potendo queste ultime, invece, essere in tutto o in parte anche meramente casuali e realizzate qualora se ne presenti l'occasione (...).

E, nel caso del ricorrente, tale consapevolezza emerge chiaramente dalla circostanza che ripetutamente la vittima lo aveva anche implorato di far cessare il suo comportamento morboso e molesto, purtroppo rimanendo inascoltata, mentre non hanno rilievo le spinte criminogene personali e le connotazioni caratteriali dell'autore del reato, che lo hanno determinato ad agire, rimanendo tali elementi sullo sfondo, confinati, al più, sul piano del movente del delitto. (...)"

---

Nota di Antonio Di Santo

Negli ultimi anni, la fattispecie illecita degli atti persecutori, prevista e punita dall'art. 612-*bis* c.p., continua ad essere oggetto di ampia denuncia, con un forte interessamento da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità rispetto alle svariate sfaccettature che tale norma incriminatrice è riuscita e continua ad assumere, altresì in virtù di un sempre più elevato coinvolgimento degli strumenti tecnologici nel nostro quotidiano.

Proprio all'inizio del nuovo anno, è stata depositata un'interessante sentenza, pronunciata dagli Ermellini, in tema di stalking calato nell'ambito dei *social network*.

Con sentenza del 29/10/2020, il Tribunale di Napoli, parzialmente riformando la pronuncia emessa l'11/10/2017 dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, riconosce le circostanze attenuanti generiche, rideterminava favorevolmente la pena nei confronti dell'imputato, per il reato di atti persecutori, in continuazione con quelli di diffamazione e sostituzione di persona.

L'imputato, legato alla vittima da un rapporto di amicizia ormai da svariati anni, veniva condannato alla pena di mesi 10 (dieci) di reclusione, per averle arrecato uno stato d'ansia e di timore, per averla portata ad un mutamento delle proprie abitudini di vita ed amicizie, tramite l'apertura di falsi profili sul *social network Facebook* e su diversi *account* Internet, a nome della persona offesa, sostituendosi alla sua persona, ove si proponeva, a suo nome, sessualmente disponibile, impiegando notizie sulle abitudini quotidiane dell'amica, con una diffamazione alla sua onorabilità e facendo sì che la predetta fosse contattata da soggetti sconosciuti, morbosamente interessati a quanto riportato sul *web* e desiderosi di ricevere il comportamento apparentemente manifestato dalla vittima.

Il condannato in secondo grado di giudizio, tramite il proprio difensore, ricorreva dinanzi la Suprema Corte, sollevando sei motivi di censura e lamentando, in relazione al terzo motivo, la carenza di evidenza probatoria circa l'elemento psicologico del reato e l'evanescenza di quello oggettivo. In sostanza, il ricorrente sosteneva come non avesse mai direttamente perseguitato la vittima, quanto piuttosto ingannato soggetti sconosciuti che, in un successivo momento, si avvicinavano alla ragazza.

Parimenti agli altri cinque motivi, ritenuti manifestamente infondati e, come tali, rigettati dalla Corte di Cassazione, questa dichiarava la terza censura da respingere.

Segnatamente, rispetto all'asserita insussistenza dell'elemento oggettivo del reato di atti persecutori, gli Ermellini inquadravano, nell'ambito di un evidente errore interpretativo, la tesi sostenuta dal difensore del ricorrente.

Orbene, come chiarito dal Collegio, in tema di *stalking*, l'evento, estrinsecatosi in un cambiamento delle abitudini di vita quotidiana ovvero nel grave stato di ansia o paura indotto nella vittima, deve essere il prodotto della condotta illecita complessivamente valutata, potendo rientrare, altresì, comportamenti anche solo indirettamente e subdolamente rivolti alla persona offesa (sul punto, veniva richiamata Cass. pen., sez. VI, n. 8050 del 12/01/2021, G., Rv. 281081, ove la Corte riteneva legittimamente valutate, altresì, le denunce di natura calunniosa avanzate avverso il marito ed il padre della vittima, nell'ambito di una globale condotta persecutoria).

Non veniva, pertanto, ritenuta rilevante, ai fini della configurabilità del reato di atti persecutori, la presenza della persona offesa alle minacce o molestie (in conformità di quanto precedentemente affermato dalla Suprema Corte, Cass. pen., sez. III, n. 1629 del 06/10/2015, dep. 2016, V., Rv. 265809, ove veniva ritenuto integrato il delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p., in virtù della sussistenza, da parte dell'agente, di un preciso atto del sorvegliare o del farsi notare nei luoghi abitualmente frequentati dalla vittima, a prescindere dal fatto che questa sia presente o assista a tali comportamenti, ovvero dell'attuazione di una condotta minacciosa o molesta nei riguardi di terzi soggetti, connessi alla vittima da un rapporto qualificato, con la finalità di arrecare un indiretto condizionamento delle sue abitudini di vita), tantomeno l'immediata direzione della condotta illecita nei riguardi della già menzionata, allorquando sussista la consapevolezza, da parte del soggetto agente, che la vittima venga informata delle minacce e/o delle molestie e, soprattutto, la consapevolezza della capacità che da tale abituale condotta possa derivare uno degli eventi alternativamente contemplati dall'art. 612-*bis* c.p. (in tal senso, Cass. pen., sez. V, n. 8919 del 16/02/2021, F., Rv. 280497, ove veniva ritenuto integrato il delitto di atti persecutori, in virtù della ripetuta e morbosa comunicazione di messaggi persecutori, ingiuriosi o minatori, indirizzata a più destinatari connessi alla vittima da un rapporto qualificato di vicinanza, con una convinzione, da parte dell'agente, che la vittima ne venga informata e con la consapevolezza dell'idoneità della propria abituale condotta a produrre uno degli eventi alternativamente disposti dalla fattispecie incriminatrice).

Nel caso in esame, le condotte che, in via indiretta, si proiettavano sulla sfera personale della persona offesa, facevano sì che la stessa venisse, quotidianamente, avvicinata da sconosciuti che pretendevano, da parte sua, il comportamento apparentemente manifestato sui *social*, con un palese effetto persecutorio, estrinsecatosi in stati d'ansia e di timore.

Ad avviso degli Ermellini, l'imputato, tramite una vera e propria "*campagna intrusiva ed abusiva*" dell'identità della ragazza, risultava essere ben consapevole delle conseguenze dannose derivanti dal proprio comportamento reiterato ed abituale, soprattutto alla luce delle insistenti richieste, precedenti la denuncia, da parte dell'amica di cessare tale condotta.

La Suprema Corte concludeva, pertanto, affermando come "*integrano il delitto di atti persecutori le condotte di reiterate molestie, anche se arretrate non direttamente alla persona offesa, attuate sostituendosi alla vittima tramite profili social e account internet falsamente a lei riconducibili, mediante i quali l'agente faccia credere a terzi sconosciuti che costei sia disponibile ad approcci sessuali, tanto da far sì che costoro la avvicinino ripetutamente nei luoghi da lei frequentati, allo scopo di realizzare aspettative di tal genere, ove l'autore delle condotte agisca nella consapevolezza della idoneità del proprio comportamento abituale a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice*".

In altre parole, l'evento, consistente nel mutamento delle consuete abitudini di vita ovvero in un grave stato di ansia o di paura indotto nella vittima, deve rappresentare il risultato della condotta illecita

complessivamente valutata; condotta, questa, ricorrente, altresì nell'ambito di comportamenti indirettamente rivolti avverso la persona offesa ovvero di natura subdola come, nel caso di specie, la sostituzione di persona finalizzata a palesare una disponibilità della vittima ad offerte sessuali verso un'indeterminata pluralità di soggetti terzi contattati, sul *web*, tramite falsi *account* o profili *social*.

Circa, poi, la lamentata insussistenza dell'elemento psicologico del reato, il Collegio affermava come la consapevolezza dell'idoneità lesiva della condotta tenuta dal soggetto agente fosse da ricercare nelle ripetute richieste – prive di riscontro - della vittima di cessazione del comportamento morboso e molesto.

Dall'analisi di tale pronuncia di legittimità emerge come il reato di atti persecutori, originariamente configurandosi in comportamenti molesti e/o morbosi direttamente rivolti avverso la vittima ovvero in pedinamenti, appostamenti, telefonate o visite sgradite presso il proprio domicilio o i luoghi abitualmente frequentati dalla già menzionata, abbia subito una vera e propria evoluzione, con un innalzamento del livello di tutela offerto dall'ordinamento giuridico e di adattamento, non assolutamente scontato da parte della stessa giurisprudenza di merito e di legittimità, rispetto agli strumenti e, pertanto, alle insidie offerte dalla tecnologia, ovvero, in particolar modo, dai *social network*, "teatro" di svariate fattispecie illecite, con una severa punizione anche di condotte solo indirettamente incidenti sulla sfera personale della persona offesa.

# La violazione dell'art. 97 Cost. continua a integrare la condotta di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. I, 18 gennaio 2022, n. 2080)  
Stralcio a cura di Fabio Coppola

“L'effetto abrogativo ha riguardato condotte poste in essere con violazione di mere norme regolamentari o di norme di legge prive del connotato dell'immediata percettività.

**Nel caso in esame la condotta per la quale è intervenuta condanna è stata qualificata in via principale dalla violazione dell'art. 97 Cost., specificamente dal principio di imparzialità. Sul punto è stato opportunamente osservato che, nella misura in cui vieta condotte di attuazione di intenti discriminatori o ritorsivi, il principio costituzionale ha immediata portata precettiva**

Per le ragioni appena esposte **deve ritenersi che l'art. 97 Cost., se riguardato dalla prospettiva delle condotte ritorsive o discriminatorie, e quindi dalle condotte assunte in spregio al contenuto minimo del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, esprime una specifica regola di condotta, qual è appunto quella di astenersi dal tenere quel tipo di comportamenti. La conseguenza è che l'intervento di novella dell'art. 323 cod. pen. non può essere evocato per affermare la sopravvenuta parziale abrogazione della norma incriminatrice**

# Abbandono e maltrattamento di animali: la Cassazione chiarisce i limiti tra le due fattispecie

Argomento: Dei delitti contro il sentimento per gli animali

(Cass. Pen., Sez. III, 24 gennaio 2022, n. 2511)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

## “RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di (...) ha confermato la decisione del Giudice del Tribunale di (...) che aveva condannato (...) alla pena di euro 5.000,00 di multa per il reato di cui all'art. 544 ter cod. pen. per avere, per crudeltà o senza necessità, cagionato una lesione ad un animale ovvero sottoposto a comportamento e fatiche insopportabili per le sue caratteristiche etologiche; in particolare per aver costretto, per un lungo periodo di tempo, una gallina all'interno di una piccola gabbia tale da impedire all'animale ogni ben minimo movimento e da rendergli impossibile anche la semplice apertura alare esponendola in tali condizioni al frastuono causato sulla pavimentazione in lamiera di numerosi visitatori della mostra cui l'animale era stato esposto. (...)

## CONSIDERATO IN DIRITTO

(...)

3. È fondato il motivo del ricorso sulla derubricazione in contravvenzione, art. 727 del cod. pen. e dichiarazione di prescrizione.

La differenza tra i due reati è evidente perché con il delitto di cui all'art. 544 ter del cod. pen. si punisce chi con dolo, "con crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale o lo sottopone a sevizie o comportamenti o fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche", con la contravvenzione dell'art. 727 cod. pen. si punisce, invece, chiunque "detiene animali in condizioni incompatibili con la loro natura, e produttive di gravi sofferenze".

In tema di maltrattamento di animali, il reato permanente di cui all'art. 727 cod. pen. è integrato dalla detenzione degli animali con modalità tali da arrecare gravi sofferenze, incompatibili con la loro natura, avuto riguardo, per le specie più note (quali, ad esempio, gli animali domestici), al patrimonio di comune esperienza e conoscenza e, per le altre, alle acquisizioni delle scienze naturali. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto legittimo il sequestro preventivo di un canile in cui gli animali erano ospitati in misura superiore ai limiti consentiti dalla legislazione regionale). (...).

Nel nostro caso non può certamente riconoscersi una crudeltà o lesioni alla gallina, ma solo sofferenze, per altro limitate all'esposizione della gallina in una gabbia, in una manifestazione artistica.

Infatti, "Non integra il reato di maltrattamento di animali, in relazione alla sottoposizione degli stessi a comportamenti insopportabili per le loro caratteristiche etologiche, la detenzione di volatili all'interno di gabbie di ampiezza insufficiente" (...)"

Con la sentenza n. 2511, resa il 9 novembre 2021 e depositata in Cancelleria il 24 gennaio 2022, la Terza Sezione penale della Cassazione è intervenuta in merito alla individuazione dei criteri discretivi sussistenti fra il reato previsto e punito dall'art. 544-ter c.p. e quello di cui all'art. 727 della medesima codificazione.

La vicenda giudiziaria, sottoposta allo scrutinio degli *Ermellini*, trae scaturigine dalla presunta perpetrazione di maltrattamenti a detrimento di un animale (nella fattispecie, una gallina), ricondotti, da parte della Corte di Appello di Lecce, nel paradigma normativo dell'art. 544-ter c.p.

La citata Corte territoriale, in particolare – confermando le statuizioni contenute nella pronuncia di primo grado, emanata dal Tribunale di Lecce – condannava alla pena di euro 5.000,00 di multa il proprietario dell'animale, imputato *«per avere, per crudeltà o senza necessità, cagionato una lesione ad un animale ovvero sottoposto a comportamento e fatiche insopportabili per le sue caratteristiche etologiche»*; all'agente, in particolare, veniva contestato di avere *«costretto, per un lungo periodo di tempo, una gallina all'interno di una piccola gabbia tale da impedire all'animale ogni ben minimo movimento e da rendergli impossibile anche la semplice apertura alare esponendola in tali condizioni al frastuono causato sulla pavimentazione in lamiera di numerosi visitatori della mostra cui l'animale era stato esposto»*.

Avverso la sentenza di appello veniva proposto ricorso per cassazione, mediante il quale l'imputato censurava la violazione della legge penale (artt. 544-ter e 727 c.p.), l'insussistenza del delitto di cui all'art. 544-ter c.p., nonché l'omessa derubricazione del fatto contestato nella fattispecie contravvenzionale contemplata dall'art. 727 c.p., invocando, per l'effetto, l'annullamento, con o senza rinvio, dell'avversato provvedimento giurisdizionale.

Il ricorrente, segnatamente, sottolineava come le sofferenze, patite dalla gallina, non potessero ricondursi sotto l'egida normativa dell'art. 544-ter c.p., atteso che la Corte territoriale aveva escluso comportamenti di *«crudeltà, sevizie, fatiche o lavori insopportabili»*. I giudici di secondo grado, nello specifico, tralasciando le valutazioni espresse dal consulente tecnico di parte in punto d'idoneità e adeguatezza della gabbia ove la gallina era ospitata, enucleavano la penale responsabilità dell'imputato dalle mere *«impressioni»* di alcuni avventori della manifestazione artistica – luogo del commesso reato – omettendo, inoltre, qualsivoglia motivazione in ordine alla sussistenza del *dolo* del delitto, anche con riguardo al disposto dell'art. 19-ter delle disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale, stante l'impiego dell'animale nell'ambito di un evento di carattere culturale.

Sulla scorta delle censure defensionali sinteticamente riportate, veniva sollecitata una diversa e meno grave qualificazione giuridica del fatto ascritto al soggetto agente, sussumibile nello schema legale delineato dall'art. 727 c.p., con la conseguente richiesta di declaratoria di estinzione del reato per decorso del termine prescrizione massimo, pari a cinque anni.

La Corte di legittimità, dal canto proprio, riteneva fondato il motivo d'impugnazione afferente alla derubricazione del fatto nella fattispecie contravvenzionale dell'art. 727 c.p., con conseguente declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Il percorso motivazionale divisato in sentenza – succinto, ma oltremodo intellegibile – focalizza l'attenzione sui *discrimina* intercorrenti fra gli artt. 544-ter e 727 c.p.: la differenza fra le citate fattispecie, infatti, ad avviso dei giudici di legittimità, può rintracciarsi nel fatto che, mentre *«con il delitto di cui all'art. 544 ter c.p. si punisce chi con dolo, "con crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale o lo sottopone a sevizie o comportamenti o fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche"», con la contravvenzione dell'art. 727 c.p., si punisce, invece, chiunque detiene animali in condizioni incompatibili con la loro natura, e produttive di gravi sofferenze»*.



La Cassazione, dunque, sembra rimarcare e puntualizzare le differenze sussistenti in punto di *tipicità* del fatto normativamente incriminato, con l'ulteriore precisazione che, mentre la condotta stigmatizzata dal *delitto* di cui all'art. 544-ter c.p. può essere rimproverata al soggetto attivo soltanto a titolo di *dolo*, quella perpetrata dall'autore della *contravvenzione* ex art. 727 c.p. può essere imputata a questi, indifferentemente, a titolo di *dolo* o *colpa*. La natura colposa di quest'ultimo illecito penale determina, quale logico corollario, che il vaglio delle modalità di detenzione dell'animale debba prescindere da quello relativo alla *coscienza* e *volontà* di maltrattare lo stesso (Cass. pen., Sez. III, 28 ottobre 2021, n. 780).

Sempre nel tentativo di sussumere correttamente la condotta materiale posta in essere dal proprietario della gallina, i giudici di legittimità sottolineavano come la figura delittuosa rubricata «*Maltrattamento di animali*» potesse considerarsi integrata soltanto «*dalla detenzione degli animali con modalità tali da integrare gravi sofferenze, incompatibili con la loro natura, avuto riguardo, per le specie più note (quali, ad esempio, gli animali domestici), al patrimonio di comune esperienza e conoscenza e, per le altre, alle acquisizioni delle scienze naturali [...]*» (Cass. pen., Sez. III, 4 giugno 2014, n. 37859, Rv. 260184).

In una cornice argomentativa così delineata, occorre osservare come le *sofferenze*, penalmente rilevanti ex art. 544-ter c.p., possano ricomprendere non soltanto i processi di carattere patologico, ma anche i «*meri patimenti*» (Cass. pen., Sez. III, 8 febbraio 2019, n. 14734).

I richiamati arresti nomofilattici sembrano essere in linea con quanto prescritto dall'art. 544-ter c.p. – contestato, *ab origine*, all'imputato – in forza del quale la condotta dell'agente deve cagionare all'animale, «*per crudeltà o senza necessità*», «*una lesione*», ovvero la sottoposizione dello stesso «*a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche*».

Tale fattispecie delittuosa, alla luce della *littera legis*, viene in rilievo quale *reato di durata*, *sub specie* di reato a condotta permanente, nell'ambito del quale il bene giuridico *ex lege* preservato – identificato non già nella tutela della vita e della salute degli animali, bensì nel sentimento dell'uomo verso gli animali – subisce un'offesa entro un apprezzabile lasso temporale, continuato e ininterrotto, con una conseguente scissione fra il momento perfezionativo e quello consumativo del reato.

La suprema Corte, dunque, operando una trasposizione dei richiamati principi di diritto al caso sottoposto alla propria cognizione giudiziale, osservava come la gallina, rinchiusa in una gabbia durante l'espletamento di un evento culturale, giammai fosse stata trattata con *crudeltà* – mediante, cioè, un contegno «*eccedente rispetto alla normalità causale, che determina sofferenze aggiuntive ed esprime un atteggiamento interiore specialmente riprovevole*» (Cass. pen., SS. UU., 23 giugno 2016, n. 40516) – ovvero avesse subito lesioni, di talché la condotta del proprietario avrebbe potuto e dovuto integrare gli estremi non già di quella prevista e punita dall'art. 544-ter c.p., bensì di quella sanzionata ex art. 727 c.p., anche in base a quell'orientamento pretorio secondo il quale non può integrare la fattispecie di maltrattamento di animali, «*in relazione alla sottoposizione degli stessi a comportamenti insopportabili per le loro caratteristiche etologiche, la detenzione di volatili all'interno di gabbie di ampiezza insufficiente*» (Cass. pen., Sez. III, n. 6656, del 12 gennaio 2010, depositata il 18 febbraio 2010, Rv. 246185; Cass. pen., Sez.

V, n. 15471, del 19 gennaio 2018, depositata il 6 aprile 2018, Rv. 272851).

L'integrata fattispecie contravvenzionale, inoltre, si considerava attinta dalla maturata prescrizione a cagione dello spirare del termine quinquennale, decorrente dal momento di consumazione del fatto-reato.

Sempre i giudici di legittimità, nella parte conclusiva del referto motivazionale, escludevano la possibile applicazione delle *cause di non punibilità* contemplate dall'art. 129, comma II, c.p.p. Queste ultime, infatti, concorrendo una causa di estinzione del reato (ossia, la prescrizione), si sarebbero dovute evincere «*dagli atti in modo assolutamente non contestabile, così che la valutazione che il giudice deve compiere al riguardo appartenga più al concetto di constatazione, ossia di percezione ictu oculi, che a quello di*

*apprezzamento e sia quindi incompatibile con qualsiasi necessità di accertamento o di approfondimento»* (Cass. pen., SS. UU., 28 maggio 2009, n. 35490, Rv. 244274).

Nel caso di specie, invece, veniva acclarata la circostanza per la quale la gallina fosse stata rinchiusa *«in una gabbia per canarini»* ed ivi esposta al frastuono prodotto dal calpestio di una lamiera posta sulla pavimentazione, da parte degli ospiti del raduno artistico.

Conclusivamente, la gravata sentenza veniva annullata senza rinvio, previa riqualificazione del fatto-reato nella fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 727 c.p. e l'imputato, nondimeno, veniva condannato alla rifusione delle spese legali sostenute dalla costituita parte civile, ammessa al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, per la cui determinazione veniva ritenuta competente la Corte di Appello di Lecce.

# Riduzione in schiavitù: per la Cassazione è sufficiente una compromissione della libertà di autodeterminazione della vittima

Argomento: Dei delitti contro la personalità individuale

(Cass. Pen., Sez. V, 24 gennaio 2022, n. 2674)

Stralcio a cura di Pamela D'Oria

2.2. [La] giurisprudenza di legittimità (...) ai fini della configurabilità dello stato di soggezione rilevante per l'integrazione del reato di riduzione in schiavitù richiede una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa, anche indipendentemente da una totale privazione della libertà personale (...); è, dunque, sufficiente una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa, idonea a configurare lo stato di soggezione rilevante ai fini dell'integrazione della norma incriminatrice, sicché lo stato di soggezione continuativa - richiesto dall'art. 600 c.p. - deve essere rapportato all'intensità del vulnus arrecato all'altrui libertà di autodeterminazione, nel senso che esso non può essere escluso qualora si verifichi una qualche limitata autonomia della vittima, tale da non intaccare il contenuto essenziale della posizione di supremazia del soggetto attivo del reato (...); sicché risponde del delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù anche colui che sfrutta la prostituzione della persona offesa eccedendo il normale rapporto di meretricio (...).

Ai sensi dell'art. 600 c.p., il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù è integrato alternativamente dalla condotta di chi esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli spettanti al proprietario o dalla condotta (...) di colui che riduce o mantiene una persona in stato di soggezione continuativa costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o, comunque, a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento (comma 1). Quest'ultima fattispecie configura un reato di evento a forma vincolata in cui l'evento, consistente nello stato di soggezione continuativa in cui la vittima è costretta a svolgere date prestazioni, e deve essere ottenuto dall'agente alternativamente, tra l'altro, mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità ovvero approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità (comma 2). Da tale combinato disposto deriva che, perchè sussista la costrizione a prestazioni (...) tale da integrare il reato di riduzione in schiavitù è sufficiente l'approfittamento di una situazione di inferiorità della vittima da parte dell'autore. A tal proposito, è stato precisato (...) che la situazione di necessità della vittima "deve essere intesa come situazione di debolezza idonea a condizionarne la volontà personale, analoga a quella considerata dall'art. 644 c.p., comma 5, n. 3, o allo stato di bisogno rilevante ai fini della rescissione del contratto (art. 1418 c.c.) e sostanzialmente coincidente con il concetto normativo di "posizione di vulnerabilità", indicata nella decisione quadro dell'Unione Europea del 19/7/2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, attuata dalla L. 11 agosto 2003, n. 228 (...) e non va quindi confusa con la scriminante dello "stato di necessità" di cui all'art. 54 c.p. (...)"

2.4. (...) Quanto all'assorbimento del reato di sfruttamento della prostituzione di cui alla L. n. 75 del 1958, art. 3, comma 1, n. 8, nel reato di riduzione in schiavitù, in caso di contestazione dell'aggravante di cui all'art. 602-ter c.p., comma 1, lett. b), è (...) il caso di osservare che nella giurisprudenza di questa Corte (...) [a]ccanto all'orientamento secondo cui il reato di riduzione in

schiavitù, in caso di contestazione dell'aggravante di cui all'art. 602-ter c.p., comma 1, lett. b), assorbe quello di cui alla L. n. 75 del 1958, art. 3, comma 1, n. 8, quando i fatti siano diretti allo sfruttamento della prostituzione (...) vi è quello che ritiene - con riferimento al reato di prostituzione (minorile) - che questo non possa ritenersi assorbito in quello di cui all'art. 600 c.p. (riduzione in schiavitù), in quanto essi sono destinati a concorrere, in ragione dei diverso atteggiarsi delle condotte materiali, integrate, nel secondo caso, dal fatto che lo sfruttamento che deve connotare la riduzione o il mantenimento di una persona in stato di soggezione continuativa, si presenta come mera finalità della condotta, mentre, nel primo caso, dalla circostanza che l'induzione o lo sfruttamento della prostituzione minorile assumono i connotati della concretezza ed effettività (...).”

# Lo *screenshot*, per mezzo di *malware*, dei prospetti contabili in *file Excel* non costituisce perquisizione informatica ai sensi dell'art. 274, comma 1-*bis*, c.p.p.

Argomento: Misure cautelari personali

(Cass. Pen., Sez. I, 1 febbraio 2022, n. 3591)  
Stralcio a cura di Giulio Baffa

1. Le censure di inutilizzabilità del prospetto contabile per essere stato assunto all'esito di una sostanziale perquisizione informatica, al di fuori della previsione dell'art. 247 c.p.p., comma 1-*bis*, sono prive di fondamento. Sul punto, il Tribunale del riesame ha rilevato che il file excel è stato "fotografato" sul personal computer in uso al OMISSIS dal malware ivi inoculato: tale attività investigativa non ha riguardato l'estrapolazione dal supporto digitale di documenti informatici preesistenti all'attività intercettiva, bensì esclusivamente la captazione di flussi di dati in fieri, cristallizzati nel momento stesso della loro formazione. Una tale attività di mera "constatazione" dei dati informatici in corso di realizzazione, pur non costituendo una "comunicazione" in senso stretto, costituisce certamente, invece, un comportamento cd. comunicativo, del quale è ammessa la captazione – previo provvedimento autorizzativo dell'AG – nonché la videoregistrazione, dunque anche la fotografia, nel caso di specie mediante screen shot della schermata. Pertanto, non è stata ravvisata alcuna perquisizione, essendo mancata qualsiasi ricerca e successiva estrapolazione di materiale preesistente dal supporto informatico, e – deve aggiungersi – non rileva che in tale prospetto in fieri figurino dati preesistenti alla sua formazione, ciò risultando necessitato dalla natura del medesimo, riportante poste di contabilità, ex se riepilogative di operazioni economiche già effettuate ovvero in corso di realizzazione, delle quali si aggiorna annotazione e memoria. Come è stato affermato in arresti giurisprudenziali di questa Corte, "sono legittime le intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche, di cui all'art. 266-*bis* c.p.p., effettuate mediante l'installazione di un captatore informatico (c.d. "trojan horse") all'interno di un computer collocato in un luogo di privata dimora" (Sez. 5, n. 48370 del 30/05/2017, Rv. 271412).

2. Trattasi di impostazione giuridicamente corretta e aderente ai dati indiziari raccolti con il captatore informatico, così da escludere che si sia trattato nella specie di una surrettizia perquisizione non garantita dal percorso indicato dall'art. 247 c.p.p."

# Social e post di discriminazione razziale: quando un *like* è grave indizio di colpevolezza

Argomento: Dei delitti contro l'uguaglianza

(Cass. Pen., Sez. I, 9 febbraio 2022, n. 4534)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“RITENUTO IN FATTO (...) Il monitoraggio delle interazioni di tre distinte piattaforme social, non aventi natura privata, operanti su Facebook, VKontakte e Whatsapp, eseguito fino alle perquisizioni del 2019, aveva disvelato non solo la creazione di una comunità virtuale internet (...) caratterizzata da una vocazione ideologica di estrema destra neonazista, avente tra gli scopi la propaganda e l'incitamento alla discriminazione per motivi razziali, etnici e religiosi, ma anche la commissione di plurimi delitti di propaganda di idee on line fondate sull'antisemitismo, il negazionismo, l'affermazione della superiorità della razza bianca nonché incitamenti alla violenza per le medesime ragioni.

Dalla medesima attività investigativa nonché da alcune conversazioni telefoniche era emerso che il (...) aveva aderito al gruppo (...), anche incontrando di persona alcuni dei principali esponenti (...), e si era posto ripetutamente in contatto con le piattaforme social della comunità virtuale, attraverso l'uso di account a lui riconducibili, consentendo, con l'inserimento dei "like", il rilancio di "post" e dei correlati commenti dal contenuto negazionista ed antisemita. (...)

CONSIDERATO IN DIRITTO (...)

1. Il primo motivo, relativo alla gravità indiziaria, non si confronta criticamente con il reale apparato argomentativo del provvedimento impugnato che, pertanto, risulta essere attinto da censure generiche o comunque tali da sollecitare apprezzamenti di merito, estranei al giudizio di legittimità.

Il Tribunale del riesame ha logicamente desunto l'appartenenza del (...) alla comunità virtuale, avente gli scopi previsti dalla norma incriminatrice, non solo dai rapporti di frequentazione, fisici e ripetuti, con altri utenti, ma anche dalle sue plurime manifestazioni di adesione e condivisione dei messaggi confluiti sulle bacheche presenti nelle piattaforme Facebook, VKontakte e Whatsapp dal chiaro contenuto negazionista, antisemita e discriminatorio per ragioni di razza (si pensi all'identificazione degli ebrei come 'il vero nemico' o al riferimento alla Shoà come 'la menzogna più madornale che possano aver inculcato' o all'irrisione delle vittime dei campi di sterminio) e, ai fini tanto dell'integrazione delle condotte di propaganda quanto della individuazione nell'incitamento all'odio quale scopo illecito perseguito del gruppo, ha considerato concreto il pericolo di diffusione dei messaggi tra un numero indeterminato di persone, opportunamente valorizzando la pluralità di social network utilizzati e le modalità di funzionamento di uno di questi, Facebook, incentrate su un algoritmo che attribuisce rilievo anche alle forme di gradimento, i "like", espressi dall'odierno ricorrente.

A quest'ultimo proposito, i giudici della cautela hanno precisato che la diffusione dei messaggi inseriti nelle bacheche "Facebook", già potenzialmente idonei a raggiungere un numero indeterminato di persone, dipende dalla maggiore interazione con le pagine interessate da parte degli utenti. La funzionalità "newsfeed" ossia il continuo aggiornamento delle notizie e delle attività

sviluppatate dai contatti di ogni singolo utente è, infatti, condizionata dal maggior numero di interazioni che riceve ogni singolo messaggio. Sono le interazioni che consentono la visibilità del messaggio ad un numero maggiore di utenti i quali, a loro volta, hanno la possibilità di rilanciarne il contenuto. L'algoritmo scelto dal social network per regolare tale sistema assegna, infatti, un valore maggiore ai post che ricevono più commenti o che sono contrassegnati dal "mi piace" o "like".

Completano, infine, la piattaforma accusatoria le conversazioni telefoniche che delineano la figura del (...) quale appartenente alla comunità virtuale.

In tale qualità, infatti, egli non solo ha ricevuto consigli per evitare l'acquisizione di prove compromettenti a suo carico (conversazione con (...) il quale, già destinatario di attività di perquisizione e sequestri, lo esortava ad adottare specifiche misure cautelative per evitare di essere scoperto cancellando chat, rubriche ed altri interventi sul telefonino), ma è stato anche destinatario di specifici commenti da parte di un altro esponente, il (...), il quale aveva manifestato il suo personale compiacimento per la convinta adesione al gruppo da parte del (...).”

---

Nota di Adriana Arcari

La pronuncia trae le sue origini dalla decisione del Tribunale di Roma confermativa dell'ordinanza con la quale il Gip aveva applicato all'imputato la misura cautelare dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria in ordine al reato di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa di cui agli artt. 604-*bis*, comma 2 c.p. e 604-*ter* c.p., escludendo tale aggravante.

Nel caso esaminato il ricorrente era ritenuto responsabile di avere messo dei “likes” su alcuni post antisemiti e di averli rilanciati dai propri account social.

Il monitoraggio delle interazioni di tre distinte piattaforme operanti su facebook, vkontakte e whatsapp, aveva disvelato la creazione di una comunità virtuale Internet, caratterizzata da una vocazione ideologica di estrema destra neonazista, avente tra gli scopi la propaganda e l'incitamento alla discriminazione per motivi razziali, etnici e religiosi, ma anche la commissione di plurimi delitti di propaganda di idee *online* fondate sull'antisemitismo, sul negazionismo, sull'affermazione della superiorità della razza bianca nonché sugli incitamenti alla violenza per le medesime ragioni. Risultava, a seguito di attività investigative, che l'imputato, oltre ad incontrare di persona alcuni dei principali esponenti, si era posto ripetutamente in contatto con le piattaforme social della comunità virtuale, attraverso l'uso di account a lui riconducibili, consentendo, con l'inserimento dei likes, il rilancio di post e dei correlati commenti dal contenuto negazionista ed antisemita.

Avverso l'ordinanza del Tribunale, l'imputato proponeva ricorso per Cassazione adducendo due motivi: violazione di legge in relazione all'art. 604-*bis* c.p. e vizio di motivazione in merito alla ricorrenza della fattispecie delittuosa.

Secondo il ricorrente, il provvedimento non solo non aveva fornito una adeguata analisi alle valutazioni difensive sul carattere lacunoso e scarno del compendio indiziario, ma aveva continuato a valorizzare in chiave accusatoria i contatti fisici fra i presunti aderenti all'organizzazione.

Tali contatti, a dire del ricorrente, erano irrilevanti in riferimento ai reati contestati e l'inserimento di soli tre likes risultava essere costitutivo esclusivamente di una espressione di gradimento.

Pertanto, non erano dimostrativi né dell'appartenenza al gruppo né della condivisione degli scopi illeciti.

Tra l'altro, il contenuto dei post ai quali l'imputato aveva inserito il "mi piace" non sfociava né nell'antisemitismo né travalicava i confini della libera manifestazione del pensiero.

L'imputato lamentava, inoltre, l'assenza di messaggi idonei nonché finalizzati a raccogliere adesione o ad influenzare il comportamento ed il pensiero di un ampio pubblico.

Gli Ermellini hanno giudicato inammissibile il ricorso ritenendo rilevante e significativo il così detto "*like*" ai fini della valutazione circa la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in materia cautelare.

Secondo la Corte, l'ordinanza impugnata ha correttamente ravvisato gli estremi del reato di cui all'art. 604-*bis* c.p.; i giudici di legittimità, infatti, ritengono che scrivere un post razzista su un social network e mettere "mi piace" sotto quel contenuto abbiano pressappoco lo stesso effetto: quello di contribuire alla diffusione di un messaggio dal contenuto perseguito dalla legge perché istiga all'odio razziale.

Il Tribunale del riesame ha logicamente desunto l'appartenenza dell'imputato alla comunità virtuale non solo dai rapporti di frequentazione, fisici e ripetuti, con altri utenti, ma anche dalle sue plurime manifestazioni di adesione e condivisione dei messaggi confluiti sulle bacheche presenti nelle diverse piattaforme social dal chiaro contenuto negazionista, antisemita e discriminatorio per ragioni di razza, e ha considerato concreto il pericolo di diffusione dei messaggi tra un numero indeterminato di persone, opportunamente valorizzando la pluralità di social network utilizzati e le modalità di funzionamento dei social, incentrati sull'utilizzazione di un algoritmo che attribuisce rilievo anche alle forme di gradimento, i likes.

Pertanto, commette reato di istigazione all'odio razziale, non solo chi scrive un post sui social incitando alla violenza o disprezzando qualcuno per motivi etnici, religiosi o razziali ma anche chi sostiene e amplifica, volontariamente o involontariamente, la diffusione di questi messaggi.

La diffusione dei messaggi dipende dalla maggiore interazione con le pagine interessate da parte degli utenti; la funzionalità news-feed, ossia il continuo aggiornamento delle notizie e delle attività sviluppate dai contatti di ogni singolo utente, è condizionata dal maggior numero di interazioni che riceve ogni singolo messaggio.

Le interazioni sui messaggi consentono la visibilità ad un vasto numero di utenti che, a loro volta, hanno la possibilità di rilanciarne il contenuto: l'algoritmo utilizzato dai social assegna visibilità maggiore ai post con più commenti o, comunque, contrassegnati da più likes.

La Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4534, 9 febbraio 2022, ha, dunque, affrontato un tema che, sebbene ancora poco trattato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità<sup>[1]</sup>, risulta essere molto diffuso e di particolare interesse in riferimento alla valutazione in termini di responsabilità penale di coloro che, non essendo autori di un post sui social, ne mostrano apprezzamento mediante il tasto "mi piace".

Pertanto, la condotta istigatrice o apologetica, posta in essere attraverso l'uso di strumenti informatici o telematici è caratterizzata da maggiore offensività poiché, così sviluppata, ha potuto raggiungere un numero di destinatari indeterminabile.



[1] In riferimento al reato di apologia inerente ai delitti di terrorismo, (art. 414, comma 4 c.p.), la Corte di Cassazione, ad esempio, ha affermato che integra il reato la condotta di chi condivide su social network (nella specie twitter e whatsapp) links a materiale "jihadista" di propaganda, senza pubblicarli in via autonoma, in quanto, potenziando la diffusione di detto materiale, accresce il pericolo, non solo di emulazione di atti di violenza, ma anche di adesione, in forme aperte e fluide, all'associazione terroristica che li propugna :*"Poco importa, ai fini dell'integrazione del reato, che il ricorrente abbia condiviso link a materiale già esistente sulle piattaforme in cui ha pubblicato e non già abbia postato e cioè pubblicato in via autonoma i link medesimi. In ogni caso ha potenziato la diffusione del materiale propagandistico, accrescendo il pericolo che altri potesse non solo emulare atti di violenza, il martirio e l'adesione alla jihad, ma anche solo che potesse aderire, in quelle forme aperte e fluide di cui si è detto, all'associazione terroristica"*( Cass. pen., sez. I, n. 51654/2018).

# La responsabilità del contribuente in caso di delega di funzioni a un professionista di fiducia

Argomento: Dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto

(Cass. Pen., Sez. III, 11 febbraio 2022, n. 4973)  
Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“4. Ed invero, quanto al primo motivo, i giudici di appello, nel rispondere all'argomentazione difensiva (secondo cui il ricorrente, conferendo l'incarico al proprio commercialista, tale, non avrebbe potuto essere chiamato a rispondere sotto il profilo soggettivo del reato di omessa dichiarazione), si conformano correttamente alla giurisprudenza di questa Corte che ha, infatti, a più riprese affermato che in tema di reati tributari, la prova del dolo specifico di evasione, nel delitto di omessa dichiarazione (art. 5, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74), può essere desunta dall'entità del superamento della soglia di punibilità vigente, unitamente alla piena consapevolezza, da parte del soggetto obbligato, dell'esatto ammontare dell'imposta dovuta (...).

4.1. Deve, a tal proposito, essere evidenziato come l'obbligo della presentazione della dichiarazione dei redditi incombe direttamente sul contribuente e, in caso di persone giuridiche, su chi ne abbia la legale rappresentanza, tenuto a sottoscrivere la dichiarazione a pena di nullità (art. 1, comma 4, d.P.R. 22 luglio 1998, n. 322). Il fatto che il contribuente possa avvalersi di persone incaricate della materiale predisposizione e trasmissione della dichiarazione (art. 3, commi 3 e 3-bis, d.P.R. n. 322 del 1998, cit.) non vale a trasferire su queste ultime l'obbligo dichiarativo che fa carico direttamente al contribuente il quale, in caso di trasmissione telematica della dichiarazione, è comunque obbligato alla conservazione della copia sottoscritta della dichiarazione (art. 1, comma 6, d.P.R. n. 322 del 1998). L'adempimento formale, dunque, fa carico al contribuente il quale deve essere a conoscenza delle relative scadenze e può anche giovare, a fini penali, del termine di 90 giorni concesso dalla legge in caso di infruttuoso superamento del termine (artt. 2, comma 7, d.P.R. n. 322 del 1998 e 5, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000). Ne consegue che il solo fatto di aver affidato ad un professionista, già incaricato della tenuta della contabilità, il compito di predisporre e trasmettere la dichiarazione dei redditi, non è circostanza che giustifichi di per sé la violazione dell'obbligo o possa escludere la consapevolezza della inutile scadenza del termine. Questa Corte di legittimità ha avuto modo di rilevare come solo la forza maggiore può giustificare tale omissione (...), ma nella valutazione della sua sussistenza non si può prescindere dal fatto che il contribuente ha, come detto, 90 giorni di tempo dalla scadenza del termine per adempiere all'obbligo. L'affidamento ad un professionista dell'incarico di predisporre e presentare la dichiarazione annuale dei redditi non esonera infatti il soggetto obbligato dalla responsabilità penale per il delitto di omessa dichiarazione (art. 5, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74), in quanto, trattandosi di reato omissivo proprio, la norma tributaria considera come personale ed indelegabile il relativo dovere; tuttavia, la prova del dolo specifico di evasione non deriva dalla semplice violazione dell'obbligo dichiarativo né da una "culpa in vigilando" sull'operato del professionista che trasformerebbe il rimprovero per l'atteggiamento antidoveroso da doloso in colposo, ma dalla ricorrenza di elementi fattuali dimostrativi che il soggetto obbligato ha consapevolmente preordinato l'omessa dichiarazione all'evasione dell'imposta per quantità superiori alla soglia di rilevanza penale (...). (...)

4.2. Nel caso di specie, i giudici di appello, richiamando correttamente quanto già espresso nella sentenza di prime cure, hanno evidenziato come il OMISSIS non fosse stato vittima di un errore professionale da parte del proprio commercialista, per una serie di concrete ragioni (...).

In particolare, a rafforzare il convincimento dei giudici di appello circa la responsabilità del ricorrente, nonché della sua volontà di non presentare la dichiarazione al fine di evadere le imposte, milita, come si legge in sentenza, la circostanza, desunta dal comportamento successivo del reo, desumibile dal mancato pagamento delle imposte dovute e non dichiarate non solo per l'anno in contestazione, ma anche per l'anno 2015. (...).”

---

Nota di Adriana Arcari

La vicenda, da cui la pronuncia della Corte di Cassazione trae origine, riguarda un caso di omessa dichiarazione, con conseguente evasione di imposta per oltre € 100.000,00, dunque, ben al di sopra della soglia di punibilità prevista dall'art. 5 d. lgs. 74/2000, fissata in € 50.000,00.

Il ricorrente in Cassazione, condannato in primo grado, con sentenza confermata dalla Corte di Appello di Torino, alla pena di un anno e sei mesi di reclusione, oltre alle pene accessorie e alla confisca della somma costituente profitto del reato, adiva il Supremo Collegio lamentando, tra i motivi di doglianza, il vizio di violazione di legge circa l'erronea valutazione sulla sussistenza del dolo generico.

Nel caso di specie, a dire del ricorrente, non era stato integrato l'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie incriminatrice, in virtù del fatto che, per la presentazione della dichiarazione, era stata conferita delega ad un professionista di fiducia.

Tale circostanza, già sottolineata nei precedenti gradi dinanzi ai Giudici di merito, era risultata non adeguatamente valutata.

Gli Ermellini, esaminata la questione postagli al vaglio, hanno rigettato il ricorso ritenuto inammissibile per genericità, nonché manifestamente infondato.

In particolare, la Suprema Corte, richiamando la costante giurisprudenza[1], ha affermato che: *“La prova del dolo specifico di evasione, nel delitto di omessa dichiarazione (art. 5, D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74), può essere desunta dall'entità del superamento della soglia di punibilità vigente, unitamente alla piena consapevolezza, da parte del soggetto obbligato, dell'esatto ammontare dell'imposta dovuta”*.

In riferimento alle possibili implicazioni, in termini di responsabilità penale del contribuente conseguenti al conferimento di una delega per la presentazione della dichiarazione ad un professionista, i giudici di legittimità, aderendo al consolidato indirizzo giurisprudenziale[2], hanno evidenziato come l'obbligo dichiarativo avrebbe natura personale, in quanto incombente direttamente sul contribuente e, in caso di persone giuridiche, su chi ne abbia la legale rappresentanza, tenuto a sottoscrivere la dichiarazione a pena di nullità (art. 1, co. 4, d.P.R. 322/1998).

La facoltà, riconosciuta al contribuente dall'art. 3, co. 3 e 3-bis, d.P.R. 322/1998, di avvalersi di persone incaricate della materiale predisposizione e trasmissione della dichiarazione, non è circostanza idonea a trasferire in capo a tali soggetti l'obbligo dichiarativo, il quale, infatti, permane a carico del contribuente.

Dal principio della personalità dell'obbligo tributario, argomenta la Corte, *“consegue che il solo fatto di aver affidato ad un professionista, già incaricato della tenuta della contabilità, il compito di predisporre e trasmettere*

*la dichiarazione dei redditi, non è circostanza che giustifichi di per sé la violazione dell'obbligo o possa escludere la consapevolezza della inutile scadenza del termine”.*

Solo la forza maggiore potrebbe giustificare tale omissione, tenuto conto, ai fini della valutazione della sua sussistenza, che il reato di omessa dichiarazione si consuma, ai sensi dell'art. 5, co. 2, d. lgs. 74/2000, decorsi novanta giorni dalla scadenza del termine per l'adempimento dell'obbligo.

In tema di omessa dichiarazione, l'obbligo dichiarativo non è delegabile, infatti, trattasi di reato omissivo proprio, essendo soggetti attivi solo coloro che sono obbligati alla presentazione della dichiarazione individuata dalla norma penale.

Qualora si ammetta il trasferimento del contenuto dell'obbligo in capo al delegato, si *“finirebbe per modificare l'obbligo originariamente previsto per il delegante in mera attività di controllo sull'adempimento da parte del soggetto delegato”.*

La Corte, inoltre, chiarisce come la natura personale dell'obbligo dichiarativo non ammetta *“sostituti ed equipollenti”*, essendo lo stesso imposto per rispondere a una speciale finalità di diritto tributario, quale quella di colpire il complesso dei redditi tassabili.

Il conferimento dell'incarico a un professionista non è, dunque, circostanza idonea ad adempiere l'obbligo fiscale, in quanto ne deriverebbe una estrema facilità di evasione.

La personalità dell'obbligo dichiarativo non esime dall'indagare la natura del coefficiente psichico di cui l'agente risulta investito.

Infatti, ha precisato la Corte, attesa la struttura dolosa del reato di omessa dichiarazione, va esclusa la responsabilità penale del contribuente laddove l'inadempimento del dovere tributario derivi da mera negligente inerzia, da semplice imperizia o, come può tipicamente avvenire in caso di delega a un professionista, da *culpa in vigilando*.

Richiamando precedenti pronunce, gli Ermellini affermano che *“la prova del dolo specifico di evasione non deriva dalla semplice violazione dell'obbligo dichiarativo né da una “culpa in vigilando” sull'operato del professionista che trasformerebbe il rimprovero per l'atteggiamento antidoveroso da doloso in colposo, ma dalla ricorrenza di elementi fattuali dimostrativi che il soggetto obbligato ha consapevolmente preordinato l'omessa dichiarazione all'evasione dell'imposta per quantità superiori alla soglia di rilevanza penale”.*

Concludendo, nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha ritenuto che i giudici di merito abbiano correttamente individuato delle circostanze concrete ed idonee a provare la sussistenza del dolo in capo al ricorrente.

In particolare, in sede di appello, era stato evidenziato come il ricorrente *“non fosse stato vittima di un errore professionale da parte del proprio commercialista, per una serie di concrete ragioni (il commercialista presentava la denuncia di sinistro all'assicurazione professionale due anni dopo rispetto alla scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione e in coincidenza con l'esecuzione del sequestro preventivo disposto dal GIP; il ometteva di presentare anche la propria dichiarazione dei redditi per l'anno 2014; il tentativo di dedurre costi non più inerenti all'attività esercitata, con riferimento ai punti vendita oggetto di cessione di ramo di azienda cui, tuttavia, non seguiva la dichiarazione di cessazione di attività; l'omissione della dichiarazione IVA ed IRAP anche per l'anno 2015, successivo a quello in contestazione)”.*

Pertanto, secondo il giudizio della Suprema Corte, *“a rafforzare il convincimento dei giudici di appello circa la responsabilità del ricorrente, nonché della sua volontà di non presentare la dichiarazione al fine di evadere le imposte, milita, come si legge in sentenza, la circostanza, desunta dal comportamento successivo del reo, desumibile dal mancato pagamento delle imposte dovute e non dichiarate non solo per l'anno in contestazione, ma anche per l'anno 2015”.*

[1] Ex multis Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2016, n. 18936

[2] Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 2020, n. 9417

# Strage di Viareggio: l'aggravante della violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni opera solo se l'evento lesivo rappresenta la concretizzazione del rischio lavorativo

Argomento: Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale

(Cass. Pen., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899)  
Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“4.1. (...) Il principio che si intravede in queste e simili pronunce è quello della rilevanza che assume l'autonoma decisione del lavoratore di esporsi al pericolo di lesioni o morte.

Autoesposizione che, se non trova la propria causa in un difetto di formazione o di vigilanza del garante prevenzionistico, introduce un rischio che prende il luogo di quello lavorativo e annette l'evento alla sfera di rischio del quale è gestore lo stesso soggetto passivo; evenienza che può realizzarsi persino quando l'evento si è prodotto nel corso dell'attività lavorativa, in danno di lavoratore e nella concomitante inosservanza di una regola prevenzionistica da parte del datore di lavoro. (...)

4.2. Ricapitolando, la formula legale impone di domandarsi quale sia il rischio concretizzatosi nell'evento e tanto significa verificare quale sia il rischio fronteggiato dalla regola cautelare la cui violazione ha spiegato efficienza causale.

Come si è già osservato, nel caso di regole positivizzate soccorrono i consueti criteri interpretativi. Nel caso di regole sociali occorrerà indagare il contesto di provenienza, che potrà essere settoriale, tecnico oppure indeterminato. In tal ultimo caso assumerà rilievo la contestualizzazione della regola, cioè lo specifico scenario entro il quale questa doveva trovare applicazione.

A ben vedere le regole cautelari, e segnatamente quelle che si stanno esaminando, presuppongono un preciso "ambientamento", che è poi il contesto entro il quale insorge il rischio lavorativo: esse impongono comportamenti ad un soggetto costituito competente per la gestione del rischio lavorativo e per questo vedono quale beneficiario ordinariamente solo la persona del lavoratore e ordinariamente questi ne è beneficiario solo mentre svolge l'attività di lavoro.

E' però un dato che la giurisprudenza di legittimità ha non di rado sostenuto che le norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro tutelano anche i terzi; che in quanto tali sarebbero estranei all'area del rischio lavorativo. Il principio merita di essere ribadito anche in questa sede; ma ne va definita con miglior precisione la premessa. (...)

In conclusione, ad avviso di questa Corte, dalla giurisprudenza che si è rammentata si trae che è ben possibile che nell'evento si sia concretizzato il rischio lavorativo anche se avvenuto in danno del terzo, ma ciò richiede che questi si sia trovato esposto a tale rischio alla stessa stregua del lavoratore. Per tale motivo, in positivo, vengono richieste condizioni quali la presenza non occasionale sul luogo di lavoro o un contatto più o meno diretto e ravvicinato con la fonte del pericolo; e, in negativo, che non deve aver esplicato i suoi effetti un rischio diverso.

Il principio che va formulato all'esito della ricostruzione operata è quindi il seguente:

"Ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 589 c.p., comma 2 (e all'art. 590 c.p., comma 3), la locuzione "se il fatto è commesso... con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" va interpretata come riferita ad eventi nei quali risulta concretizzato il rischio lavorativo, per essere quelli causati dalla violazione di doveri cautelari correlati a tale tipo di rischio. Per rischio lavorativo deve intendersi quello derivante dallo svolgimento di attività lavorativa e che ha ordinariamente ad oggetto la sicurezza e la salute dei lavoratori ma può concernere anche la sicurezza e la salute di terzi, ove questi vengano a trovarsi nella medesima situazione di esposizione del lavoratore".

4.3. Tirando le somme di quanto si è sin qui osservato, l'integrazione dell'aggravante in esame richiede:

- che sia stata violata una norma a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori;
- che l'evento, anche quello occorso in danno di un terzo, sia concretizzazione del rischio lavorativo, ovvero del rischio di infortunio del lavoratore in conseguenza dell'attività espletata o del terzo che si trova in analoga situazione di esposizione. (...)"

# Il peculato dell'albergatore: cambia la qualifica soggettiva alla luce della L. n. 215 del 2021, di conversione del d.l. 21 ottobre 2021 n. 146

Argomento: Misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili

(Cass. Pen., Sez. VI, 15 febbraio 2022, n. 9213)  
Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“(…) 2.2. Richiamato il criterio basato sul cd. "confronto strutturale" tra fattispecie legali astratte, alla luce dei principi progressivamente stabiliti nei più recenti arresti delle Sezioni Unite per chiarire, in tema di effetti della successione di leggi extra-penali, quali siano le norme extra-penali integratrici della fattispecie penale la cui modificazione può determinare una situazione di abolitio criminis (...), la Corte, con le menzionate decisioni, ha esaminato l'incidenza del novum apportato dalla disposizione di cui all'art. 180 cit., affermando che la stessa non ha modificato la fattispecie astratta del peculato, ma ha fatto venir meno "in concreto" la qualifica soggettiva pubblicistica del gestore, senza alterare la definizione stessa di incaricato di pubblico servizio.

Sulla base del raffronto operato tra le due fattispecie questa Corte ha ritenuto che il legislatore non ha inteso incidere su un "elemento strutturale" del delitto di peculato, ma è intervenuto modificando lo status del gestore rispetto all'imposta di soggiorno: da un ruolo ausiliario di custode del denaro pubblico incassato per conto del comune e di responsabile del versamento, strumentale all'esecuzione dell'obbligazione tributaria intercorrente tra l'ente impositore e il cliente della struttura, a quello di soggetto solidalmente obbligato al versamento dell'imposta. (...)

La modifica intervenuta sulla disciplina extrapenale, dunque, non ha inciso sulla fattispecie del peculato, poiché le norme che regolamentano l'imposta di soggiorno ed il rapporto instaurato fra il gestore della struttura ricettiva e l'ente comunale non ne integrano il precetto.

Norme integratrici della legge penale - come chiarito nella sentenza Magera sono quelle richiamate da fattispecie penali in bianco (e tale non è il peculato) e le norme definitorie: a tal riguardo, però, il cd. "decreto-rilancio" non ha modificato la definizione di incaricato di un pubblico servizio, limitandosi semplicemente ad incidere su norme "presupposte" dalla definizione legale contenuta nell'art. 358 c.p.. (...)

Entro tale prospettiva si è parimenti rilevato, sotto altro ma connesso profilo, come la disciplina extrapenale non avesse natura integratrice della legge penale (art. 314 c.p.), ma fungesse, secondo il meccanismo proprio delle norme richiamate attraverso gli elementi normativi della fattispecie (presenti, nel caso di specie, nella definizione legale di cui all'art. 358 c.p.), da mero presupposto giuridico di applicazione della qualifica soggettiva di incaricato di pubblico servizio: presupposto, questo, la cui ricorrenza deve essere necessariamente valutata al momento della commissione del fatto, sicché se, per un verso, l'ambito di applicazione della fattispecie del peculato ricomprende in sé i fatti commessi dall'albergatore allorquando, sulla base della disciplina extrapenale vigente al tempo del fatto, egli poteva definirsi un incaricato di pubblico servizio, per altro verso la sfera applicativa del nuovo illecito amministrativo copre e sanziona i fatti commessi, nel corso della sua



vigenza, dal gestore di una struttura alberghiera, in quanto non più incaricato di pubblico servizio, bensì titolare di un obbligo tributario. (...)

3.1. Ora, la modifica da ultimo operata dal legislatore investe sia la componente precettiva della disciplina relativa all'imposta di soggiorno, sia quella propriamente sanzionatoria, rendendo applicabili anche ai fatti pregressi, ossia anche ai casi verificatisi prima del 19 maggio 2020, gli effetti della richiamata disciplina a suo tempo introdotta per l'illecito amministrativo-tributario, in deroga al principio di irretroattività di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 1.

La disposizione di cui all'art. 5-quinquies cit., che il legislatore ha formalmente qualificato "di interpretazione autentica", contiene dunque una norma innovativa di quella a suo tempo introdotta con il D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23, art. 4, comma 1-ter, per come modificato a seguito dell'interpolazione operata con il D.L. 19 maggio 2020, n. 34, art. 180, comma 3, inserendo nel testo del D.L. n. 23 del 2011 la connotazione di retroattività della norma attributiva della qualifica soggettiva di responsabile d'imposta in capo al gestore della struttura ricettiva.

A ben vedere, nonostante l'apparente stato formale, la formulazione lessicale della norma sopravvenuta induce a non ritenerla, propriamente, di interpretazione autentica di un elemento normativo o di un profilo descrittivo della precedente disposizione, ma ne disvela, piuttosto, la natura di norma dal contenuto innovativo con effetto retroattivo sia riguardo all'estensione temporale dell'attribuzione di una qualifica soggettiva (già individuata dal legislatore) che alla dimensione applicativa della relativa disciplina sanzionatoria in sede tributaria (qui contemplata in deroga al principio di irretroattività).

Si è dianzi osservato come il nuovo illecito amministrativo tributario previsto dall'ultima parte dell'art. 180, comma 3, cit. per l'omesso, parziale o ritardato versamento dell'imposta di soggiorno non potesse essere applicato retroattivamente, in ragione del limite posto dalla L. n. 689 del 1981, art. 1 e della mancanza di una norma transitoria ad hoc.

Il legislatore ha significativamente innovato tali profili della disciplina normativa dell'imposta di soggiorno stabilendone l'efficacia retroattiva, senza introdurre contenuti ricognitivi del significato di termini o concetti il cui alveo semantico fosse stato erroneamente delimitato o frainteso da una errata "lettura" della pregressa disposizione secondo gli ordinari, e nel caso in esame ampiamente consolidati, meccanismi evolutivi del diritto "vivente".

Sotto altro, ma connesso profilo, vi ha inserito una nuova regola di diritto intertemporale, prima non prevista dal legislatore, in deroga alla regola generale della irretroattività sancita dalla L. n. 689 del 1981, art. 1. (...)

4. Ora, a seguito della entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 5-quinquies cit., deve ritenersi che la qualifica soggettiva di responsabile d'imposta vada riconosciuta al gestore della struttura ricettiva anche per i fatti relativi all'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno verificatisi in epoca antecedente all'entrata in vigore del D.L. n. 34 del 2020, ossia alla data del 19 maggio 2020.

Conseguenza immediata della novella legislativa è, sul piano penale, quella secondo cui il mancato, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno, anche per i fatti antecedenti al 19 maggio 2020, non è più sussumibile nel delitto di peculato, postulando tale fattispecie incriminatrice come presupposto necessario della condotta del soggetto attivo la veste giuridica del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio (...).

Ne consegue che il fatto oggetto di contestazione non è più previsto dalla legge come reato, in ragione dell'intervento operato dal legislatore con l'aggiunta dell'art. 5-quinquies in fase di conversione del D.L. 21 ottobre 2021, n. 146, sì come incidente su una normativa extra-penale con

effetti riflessi su quella penale in virtù di una modifica solo mediata dei presupposti applicativi della su indicata figura criminosa.

Si tratta di una soluzione esegetica imposta dal *ius superveniens*, e in sé non irragionevole, nonostante si diriga verso una determinata categoria di attività imprenditoriali e un determinato settore economico-commerciale: lo scopo dell'intervento normativo è infatti quello di porre riparo, secondo una scelta discrezionale compiuta dal legislatore, ad una complessiva situazione di incoerenza obiettivamente determinatasi nell'ordinamento a seguito della precedente riforma legislativa del 2020, per la quale il gestore di una struttura ricettiva (eventualmente identificabile anche nella stessa persona fisica) che abbia omesso, ritardato o versato solo in parte le somme relative all'imposta di soggiorno dopo il 19 maggio 2020 ne risponde solo in sede amministrativo-tributaria ai sensi del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 13, mentre prima di quella data poteva rispondere di tali fatti a titolo di peculato. (...)

L'intervento da ultimo operato costituisce dunque il frutto di una scelta discrezionale del legislatore, compiuta all'esito di un bilanciamento di principi ed interessi costituzionalmente protetti, la cui cristallizzazione in sede normativa, pur interferendo sull'area delle attribuzioni riservate al potere giudiziario, là dove incide sulla definizione di attività processuali in corso di trattazione ovvero già esaurite, trova una sua giustificazione sul piano della ragionevolezza e della complessiva coerenza dell'ordinamento giuridico nella prospettiva di evitare il rischio di ingiustificate disparità di trattamento nei confronti di persone che svolgono il medesimo tipo di attività. (...)"

# Sulla configurabilità della c.d. aggravante del “metodo mafioso”

Argomento: Dei delitti contro l'ordine pubblico

(Cass. Pen., Sez. I, 21 febbraio 2022, n. 6035)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“(…) Deve, invece, ritenersi infondato il motivo di ricorso, con cui si deducevano violazione di legge e vizio di motivazione della sentenza impugnata, in riferimento all'art. 416-bis.1 c.p., conseguenti al fatto che la decisione in esame risultava sprovvista di un percorso argomentativo che desse esaustivamente conto delle ragioni che imponevano l'applicazione della circostanza aggravante oggetto di contestazione [c.d. aggravante del metodo mafioso. NdA], il cui riconoscimento derivava dal travisamento delle emergenze probatorie, che non consentivano di ricondurre la scorreria armata, né direttamente né indirettamente, alla sfera di operatività del clan OMISSIS e alle modalità tipiche di una consorteria camorristica (…)

Non può, invero, non rilevarsi che avvalersi del metodo mafioso ovvero delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. significa utilizzare la forza intimidatrice del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva. Questa aggravante, infatti, è stata inserita nell'ordinamento per contrastare le forme di criminalità promananti da soggetti in grado di intimidire e coartare le vittime, che sono forzate ad accontentare spontaneamente i loro aggressori, non tanto per la loro fama criminale, ma soprattutto per la caratura che gli proviene dal milieu consortile in cui si muovono, ritenuto idoneo a suscitare paura di rappresaglie tramite complici, affiliati e soggetti contigui.

La struttura della circostanza aggravante dell'utilizzo del metodo mafioso, dunque, non presuppone necessariamente l'esistenza di un'associazione ex art. 416-bis c.p., né che l'agente ne faccia parte, essendo sufficiente, ai fini della sua configurazione, il ricorso a modalità della condotta che evocano la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso, certamente riscontrabile nel caso in esame. Ne consegue che, come affermato da questa Corte fin da epoca risalente, la ratio della disposizione “di cui al D.L. n. 152 del 1991, art. 7 non è soltanto quella di punire con pena più grave coloro che commettono reati utilizzando metodi mafiosi o con il fine di agevolare le associazioni mafiose, ma essenzialmente quella di contrastare in maniera più decisa, stante la loro maggiore pericolosità e determinazione criminosa, l'atteggiamento di coloro che, siano essi partecipi o meno in reati associativi, si comportino da mafiosi, oppure ostentino in maniera evidente e provocatoria una condotta idonea ad esercitare sui soggetti passivi, quella particolare coartazione o quella conseguente intimidazione, propria delle organizzazioni della specie considerata” (Sez. 6, n. 49090 del 19/02/1998, Rv 210405-01).

Non sussistono, infine, questioni ermeneutiche riguardanti la compatibilità dell'aggravante prevista dal D.L. n. 152 del 1991, art. 7 con la formulazione dell'art. 416-bis.1 c.p., così come introdotto dal D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21, art. 5, che ha lasciato immutati gli elementi costitutivi della circostanza in esame, essendo in proposito sufficiente richiamare la giurisprudenza di questa Corte, secondo cui sussiste “continuità normativa tra la circostanza aggravante prevista dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152, art. 7, convertito in L. 12 luglio 1991, n. 203, abrogata dal D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21, e la

disposizione contenuta nell'art. 416-bis.1 c.p., comma 1" (Sez. 1, n. 39542 del 10/04/2018, Rv. 273863-01).(...)

Non si può, in ogni caso, non ribadire, in linea con la giurisprudenza di legittimità richiamata nei paragrafi 2.4 e 3.2 (Sez.2, n. 36431 del 02/07/2019, cit.; Sez. 2, n. 27548 del 17/05/2019, cit.; Sez. 5, n. 21350 dell'08/02/2018, cit.), cui occorre rinviare ulteriormente, che la circostanza aggravante prevista dall'art. 416-bis.1 c.p. "non presuppone necessariamente l'esistenza di un'associazione ex art. 416-bis c.p., essendo sufficiente, ai fini della sua configurazione, il ricorso a modalità della condotta che evocano la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso; essa è pertanto configurabile con riferimento ai reati-fine commessi nell'ambito di un'associazione criminale comune, nonché nel caso di reati posti in essere da soggetti estranei al reato associativo" (Sez. 1, n. 41722 del 13/06/2017, Rv. 271103-01)" (...)"

---

Nota di Chiara Mattei

La Suprema Corte, I sezione penale, con sentenza n.6053 del 21 febbraio 2022 ha statuito che, onde applicare l'aggravante di cui all'articolo 416-bis c.p., non è necessario che sussista un'associazione e il reo ne sia parte, ma è sufficiente che le modalità in cui la condotta criminosa si manifesta siano proprie del metodo mafioso. È decisivo, dunque, che nella commissione dei reati l'agente si avvalga della forza di intimidazione tipica dell'agire mafioso e dello stato di assoggettamento e di omertà che ne deriva.

Il giudizio di legittimità, nella specie, trae origine da tre distinti gravami proposti da A.F., Ap.Ra. e P.C., condannati in primo grado con sentenza del G.U.P. di Napoli, confermata in grado di appello, per tre capi di imputazione unificati sotto il vincolo della continuazione.

Dalle emergenze probatorie, derivanti in via principale da intercettazioni ambientali e telefoniche raccolte nel corso delle indagini preliminari, poteva evincersi che i ricorrenti avevano partecipato in concorso ad una scorreria armata perpetrata da due individui con danneggiamento di alcuni esercizi commerciali, a titolo di rappresaglia nei confronti di un terzo soggetto che in precedenza aveva commesso atti intimidatori a danno di uno dei due esecutori materiali, quest'ultimo identificato nel corso delle indagini in B.A., esponente di un clan camorrista.

I reati contestati ai ricorrenti, sulla base del tessuto probatorio e fattuale, consistevano nel concorso aggravato in danneggiamento, detenzione e trasporto di armi, e accensioni ed esplosioni pericolose, realizzati con metodo mafioso.

I ricorsi proposti dai tre imputati, in estrema sintesi, censuravano, sotto diversi profili, l'illegittimità della sentenza della Corte di Appello di Napoli del 27 ottobre 2020 per vizi di motivazione e violazioni di legge. I ricorrenti lamentavano l'assenza di un percorso argomentativo che desse conto delle ragioni che imponevano di ritenere la colpevolezza, la sussistenza di responsabilità, nonché la causalità delle condotte assunte dai ricorrenti rispetto alla scorreria armata posta in essere dai due esecutori materiali.

I difensori delle parti, sostenevano, nello specifico, che gli apporti materiali forniti dai loro assistiti avessero natura del tutto marginale rispetto all'azione principale, essendo consistiti in atteggiamenti passivi ed estranei alla condotta assunta dagli esecutori, stante il fatto che in origine, l'atto criminoso avrebbe dovuto interessare la sola abitazione della vittima prescelta.

La Corte ha, tuttavia, ritenuto inammissibili tutti i suddetti motivi di ricorso.

In particolare, nella più parte dei motivi dedotti negli atti di ricorso, variamente argomentando, le parti lamentavano il vizio del travisamento dell'atto ex art.606 c.p.p., co 1, lett.e), riferendosi nello specifico agli esiti probatori delle intercettazioni acquisite nel giudizio di primo grado.

Per tal motivo, il Supremo consesso, prima di procedere ad esaminare separatamente i singoli ricorsi, ha ritenuto di operare una precisazione di carattere ermeneutico, riportando tra l'altro un noto principio di diritto ai sensi del quale se è possibile dedurre con ricorso per Cassazione il vizio di travisamento della prova, non lo è contestare il travisamento del fatto, in caso contrario il giudice di legittimità sarebbe chiamato ad operare una rivalutazione delle emergenze probatorie, dunque a compiere una valutazione di merito, finendo per travalicare i limiti del giudizio di legittimità.

Il Collegio ha ricordato che *“il controllo di legittimità operato dalla Corte di Cassazione non è funzionale a stabilire se la decisione di merito proponga effettivamente la migliore ricostruzione dei fatti, né deve dividerne la giustificazione, ma deve limitarsi a verificare se tale giustificazione sia compatibile con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento giurisdizionale”*.

La sentenza prosegue aggiungendo che gli indizi raccolti attraverso le captazioni telefoniche e ambientali sono idonei a costituire fonte diretta della prova della colpevolezza dell'imputato, senza necessità di ulteriori elementi a sostegno, purché abbiano carattere di gravità, precisione e siano tra loro concordanti. Ne consegue che la rivalutazione e reinterpretazione dell'intero contenuto delle intercettazioni, nel caso di specie richiesta in sede di legittimità dai difensori dei ricorrenti, è inammissibile.

Gli Ermellini, ancora in via preliminare, operano una considerazione ermeneutica in ordine al rapporto tra la motivazione della sentenza di primo grado e della sentenza in grado di appello, laddove come nel caso di specie siano coincidenti, richiamando il principio di diritto per cui: *“Le sentenze di primo e secondo grado si saldano tra loro e formano un unico complesso motivazionale, qualora i giudici di appello abbiano esaminato le censure proposte dall'appellante con criteri omogenei a quelli usati dal primo giudice e con frequenti riferimenti alle determinazioni ivi prese ed ai fondamentali passaggi logico-giuridici della decisione e, a maggior ragione, quando i motivi di gravame non abbiano ancora riguardato elementi nuovi”*.

Dunque, in risposta alle censure avanzate dai ricorrenti, il Collegio chiarisce che il percorso argomentativo seguito nella sentenza impugnata è in sintonia con quanto emerso nel corso del procedimento e conforme ai criteri ermeneutici consolidati espressi dalla Corte stessa.

Da ultimo, motivo comune agli atti di gravame, e di prevalente interesse, è il vizio di motivazione e violazione di legge in riferimento all'articolo 416-bis.

Le censure in questione tacciavano la sentenza impugnata di essere priva di un percorso argomentativo che esplicitasse le motivazioni che imponevano di applicare l'aggravante in questione, atteso che, secondo la prospettazione dei ricorrenti, sulla base delle emergenze probatorie non era in alcun modo possibile ricondurre le condotte da loro assunte all'operatività e al *modus operandi* della consorteria camorristica.

La Corte, diversamente, ha ritenuto che le circostanze ricostruite attraverso le emergenze probatorie imponessero di ascrivere la rappresaglia armata nel più ampio raggio di azione criminale del clan camorrista nel quale gravitava B., principale esecutore del fatto coadiuvato dai ricorrenti, dichiarando dunque pienamente condivisibili le conclusioni cui erano giunti i giudici della Corte di Appello di Napoli.

L'atto criminoso cui i ricorrenti hanno concorso, avente chiare finalità intimidatorie, avveniva in una zona urbana con l'intento di ivi riaffermare il controllo criminale di B, quale esponente di un clan della zona, e si poneva come tentativo plateale di rispondere ad un torto subito, ingenerando anche attraverso l'esplosione di diversi colpi di arma da fuoco, uno stato di terrore nei cittadini

della zona, spinti in tal modo a rifuggire la denuncia del fatto, come dimostrato, dall'assenza di testimonianze ricavate nel corso delle indagini.

Ebbene, dalla descrizione del fatto appare incontrovertibile la sussistenza delle modalità di condotta descritte dall'aggravante di cui all'articolo 416-bis c.p. Il cui scopo è di contrastare quelle forme di criminalità poste in essere da individui in grado di intimidire e coartare la volontà delle vittime, loro assoggettate, proprio a causa del *“milieu consortile in cui si muovono, ritenuto idoneo a suscitare paura di rappresaglie tramite complici, affiliati e soggetti contigui”*.

Il metodo mafioso è riscontrabile laddove, come nel caso in questione, la fattispecie criminosa sia realizzata dall'agente valendosi della forza di intimidazione tipica del vincolo associativo e *“della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva”*.

Dichiarando infondati i motivi di ricorso attinenti l'applicazione dell'art.416-bis c.p. al caso di specie, la Corte di Cassazione ha, infine, aggiunto che la struttura dell'aggravante in parola *“non presuppone necessariamente l'esistenza di un'associazione ex art. 416-bis c.p., nè che l'agente ne faccia parte, essendo sufficiente, ai fini della sua configurazione, il ricorso a modalità della condotta che evocano la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso, certamente riscontrabile nel caso in esame”*.

La motivazione si conclude con la precisazione che: *“come affermato da questa Corte fin da epoca risalente, la ratio della disposizione “di cui al D.L. n. 152 del 1991, art. 7 non è soltanto quella di punire con pena più grave coloro che commettono reati utilizzando metodi mafiosi o con il fine di agevolare le associazioni mafiose, ma essenzialmente quella di contrastare in maniera più decisa, stante la loro maggiore pericolosità e determinazione criminosa, l'atteggiamento di coloro che, siano essi partecipi o meno in reati associativi, si comportino da mafiosi, oppure ostentino in maniera evidente e provocatoria una condotta idonea ad esercitare sui soggetti passivi, quella particolare coartazione o quella conseguente intimidazione, propria delle organizzazioni della specie considerata” (Sez. 6, n. 49090 del 19/02/1998, Rv 210405-01)”*.

# Impiego di minori nell'accattonaggio: la connotazione culturale della pratica non decriminalizza la condotta

Argomento: Dei delitti contro la personalità individuale

(Cass. Pen., Sez. I, 1 marzo 2022, n. 7140)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“1. (...) la Corte di appello di (...) confermava la pronuncia del Tribunale (...), con la quale (...) era stato ritenuto responsabile del reato di cui all'art. 600 octies c.p. (...).

2. Avverso detta sentenza, (...), ha proposto ricorso per cassazione, formulando tre distinti motivi di impugnazione.

2.1. Con il primo motivo, (...) la sentenza impugnata si fonderebbe su "una erronea ricostruzione dei fatti e, in ogni caso, su una erronea applicazione delle norme di diritto"; (...) l'accattonaggio è usualmente praticato dagli zingari e (...) in diverse comunità etniche, per le quali la richiesta di elemosina costituisce una condizione di vita tradizionale molto radicata nella mentalità delle stesse; sarebbe stato (...) "necessario riflettere sulle situazioni di fatto, (...) e non criminalizzare condotte che rientrano nella tradizione culturale di un popolo", tenuto anche conto della previsione di cui all'art. 2 Cost., che valorizza il pluralismo sociale.

2.2. Con il secondo motivo, il ricorrente ha dedotto (...) mancata applicazione dell'esimente dello stato di necessità ex art. 54 c.p."(...) l'imputato avrebbe commesso il reato in stato di necessità in ragione della profonda situazione di indigenza in cui versava (...).

2.3. Con il terzo motivo, il ricorrente ha dedotto (...) mancata applicazione dell'art. 131-bis c.p., (...).

1. Il ricorso non merita accoglimento per le ragioni di seguito esplicitate.

(...) La dedotta connotazione culturale della pratica di chiedere l'elemosina (...) non può certamente condurre (...) a "decriminalizzare" la condotta posta in essere dall'imputato; (...) i "valori" della cultura rom non rilevano quando (...) contrastino con i beni fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale, quali il rispetto dei diritti umani e la tutela dei minori. (...).

2. (...) La prospettazione difensiva, secondo cui l'imputato avrebbe commesso il fatto per esservi stato costretto dalla profonda situazione di indigenza in cui versava, non integra l'invocata ricorrenza della scriminante di cui all'art. 54 c.p.

(...), "L'esimente dello stato di necessità postula il pericolo attuale di un danno grave alla persona, non scongiurabile se non attraverso l'atto penalmente illecito, e non può quindi applicarsi a reati asseritamente provocati da uno stato di bisogno economico, qualora a esso possa comunque ovviarsi attraverso comportamenti non criminalmente rilevanti" (...), atteso che alle esigenze delle persone che versano in tale stato è possibile provvedere per mezzo degli istituti di assistenza sociale"(...);

3. Posto che (...) il giudizio sulla tenuità del fatto richiede una valutazione complessa, che ha a oggetto le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo valutate ai sensi dell'art. 133 c.p., cioè una equilibrata considerazione di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, la decisione adottata è esente da vizi giuridici di sorta perché ha avuto riguardo alle forme di estrinsecazione del comportamento dell'imputato al fine di valutarne complessivamente la gravità e l'entità del contrasto rispetto alla legge. ”.

---

Nota di Lorenzo Litterio

La Suprema Corte nella sentenza in commento conferma le decisioni di merito che riconoscevano l'imputato colpevole del reato di cui all'art. 600 *octies* c.p. L'istruttoria dibattimentale accertava come questi, di etnia rom, si fosse servito di una bambina ai fini di accattonaggio. La minore infatti era stata vista dagli operanti di P.G. chiedere l'elemosina sotto la pioggia battente e consegnare il denaro all'uomo.

I Giudici di legittimità, nel respingere le doglianze difensive avverso la sentenza di secondo grado, si occupano di tre questioni. Se il rigetto del terzo motivo di ricorso relativo alla mancata applicazione della particolare tenuità del fatto in riferimento unicamente al “disvalore sociale della condotta” appare ispirato a criteri di ragionevolezza, così non sembra per il secondo. Qui la difesa sollecitava l'applicazione dello stato di necessità (art. 54 c.p.). Non convince del tutto infatti l'apodittica risposta della Suprema Corte sul punto allorquando, al fine di escludere l'attualità e l'inevitabilità del pericolo di un grave danno alla persona, suggerisce come sempre percorribile – in luogo della commissione del reato - la possibilità per chi versi in condizioni di indigenza di rivolgersi ad istituti di assistenza sociale.

Tema centrale è tuttavia quello del rilievo penalistico della condotta “culturale” del reo. Nel primo motivo di ricorso infatti la difesa sosteneva come la condotta in questione andasse decriminalizzata in quanto l'imputato aveva agito seguendo le tradizioni culturali di appartenenza. Vengono in rilievo pertanto i cosiddetti reati culturalmente motivati.

In una società sempre più multi-etnica, tale tipologia di reati rappresenta un fenomeno di stretta attualità nelle Aule di Giustizia e nei dibattiti dottrinali. Accade spesso infatti che un soggetto appartenente ad un gruppo minoritario violi una norma penale dell'ordinamento di accoglienza attuando invero una condotta consentita o persino imposta nel contesto di provenienza. Come è stato osservato, oltre a causare ripercussioni sulla struttura del reato, ciò conduce ad una inevitabile crisi dell'”unità del soggetto di diritto” secondo cui tutti i destinatari delle norme penali hanno stessi diritti ed obblighi e pertanto la stessa posizione dinanzi alla Legge. In letteratura si individua solitamente un numero chiuso di tale categoria di reati.

Si evidenziano generalmente due politiche criminali contrapposte. Da un lato il modello “assimilazionista” volto a non valorizzare le differenze culturali, ponendosi lo Stato in atteggiamento di formale neutralità verso di esse; dall'altro quello “multiculturalista”, ispirato a principi di uguaglianza sostanziale, volto a tollerare tali condotte. Il primo conduce, stante l'irrilevanza del fattore culturale nella valutazione del fatto, ad un trattamento sanzionatorio non garantista, se non addirittura discriminatorio. Il secondo, invece, determina scelte politico-criminali non ostili nei confronti della differenza culturale, anche prevedendo per le minoranze specifiche norme di esenzione dalle conseguenze penali in riferimento a reati bagatellari.



Se taluni Autori ritengono che l'ordinamento italiano si accosti al modello assimilazionista, con elementi della versione c.d. discriminatoria, vi è chi lo pone in bilico tra i due. Da ciò deriva una giurisprudenza il più delle volte ancorata ai principi assimilazionisti, pur con una graduale apertura negli ultimi anni al fattore culturale. Non è così in ordinamenti quali quello inglese e statunitense, da sempre a contatto con il fenomeno migratorio. In questi Paesi, infatti, oltre alla previsione spesso di sistemi penali sostanziali e processuali specifici in relazione a siffatti reati, viene in rilievo la c.d. *cultural evidence*, cioè l'insieme di prove sulla cultura d'origine dell'imputato.

Ciò posto, la sentenza difende il convincimento dei giudici di merito sulla base di due argomenti. In primo luogo, si sostiene che *“per l'integrazione del reato contestato non è richiesto che il minore sia sottoposto a sofferenze e/o mortificazioni”, come risulta chiaramente dal tenore della norma incriminatrice, che punisce, “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici e, comunque, non imputabile”.*

Inoltre, viene enucleato il limite di tolleranza della matrice culturale di una condotta. La Suprema Corte infatti afferma che *“i “valori” della cultura rom non rilevano quando - come nel caso di specie - contrastino con i beni fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale, quali il rispetto dei diritti umani e la tutela dei minori”.*

In ogni caso, a prescindere da tale confine invalicabile, bisogna osservare come la dottrina sia generalmente propensa a considerare il fattore culturale quale elemento di decriminalizzazione della condotta. Sembra quasi che l'approccio sociologico al fenomeno possa precedere, se non addirittura sostituire, la riflessione giuridica. Ciò, come è evidente, presenta i suoi limiti. Ci si riferisce in particolare all'ipotesi *de iure condendo* di creare una speciale causa di non punibilità “culturale”. Non può sfuggire infatti come tale istituto non possa prefigurare ogni possibile condotta né sarebbe possibile una formulazione generica.

Sotto il profilo giurisdizionale, inoltre, se è vero che la tolleranza favorisce la deterrenza dei conflitti sociali tra le minoranze e i gruppi dominanti, non si può richiedere al Giudice di giustificare *tout court* – operando pericolose scelte discrezionali - la condotta culturale in forza di una sua presunta funzione di pacificazione delle tensioni sociali. Funzione questa – è utile sottolinearlo - che gli è del tutto estranea.

Più semplicemente invece sarà opportuno per il Giudice, fermo il limite invalicabile dei diritti fondamentali espressi nella Carta Fondamentale e nella più generale cornice della CEDU, attenersi alle regole di diritto sostanziale già esistenti. Il fattore culturale quindi potrà essere valorizzato analizzando le sfumature del dolo ed ogni circostanza del reato (incluse quelle *ex art. 62 bis c.p.*) e, ai fini del trattamento sanzionatorio, i criteri dell'art. 133 c.p. con particolare riguardo alle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

# Pratica rituali magici prospettando pericoli e procurandosi ingiusti profitti: è truffa e non abuso della credulità popolare

Argomento: Dei delitti contro il patrimonio mediante frode

(Cass. Pen., Sez. II, 2 marzo 2022, n. 7513)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2.1. (...) Quanto al primo motivo, secondo l'orientamento di questa Corte di cassazione, integra il delitto di cui all'art. 640 c.p., comma 2, n. 2 e non la fattispecie di abuso della credulità popolare - depenalizzata dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 -, il cui elemento costitutivo e differenziale si individua nel turbamento dell'ordine pubblico e nell'azione rivolta nei confronti di un numero indeterminato di persone, il comportamento di colui che, sfruttando la fama di mago, chiromante, occultista o guaritore, ingenera nelle persone offese la convinzione dell'esistenza di gravi pericoli gravanti su di esse o sui loro familiari e, facendo credere loro di poter scongiurare i prospettati pericoli con i rituali magici da lui praticati, le induca in errore, così procurandosi l'ingiusto profitto consistente nell'incameramento delle somme di denaro elargitegli con correlativo danno per le medesime (Sez. 2, n. 49519 del 29/11/2019, Rv. 278004 - 01). Correttamente, pertanto, nel caso in esame la corte di merito ha ritenuto di qualificare i fatti ex art. 640 c.p. avuto riguardo all'assenza di comunicazioni nei confronti di un numero indeterminato di soggetti ed ai specifici pericoli che il ricorrente aveva rappresentato alle persone offese che attenevano persino al rischio di morte, convincendo così la vittima a versare somme di denaro. (...)”

# Sfruttamento del lavoro: per l'integrazione del reato occorre l'approfittamento dello stato di bisogno

Argomento: Dei delitti contro la personalità individuale

(Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7861)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“6. (...) [O]ccorre (...) ricordare che il legislatore non definisce lo 'sfruttamento' - condizione che deve caratterizzare tanto l'attività di reclutamento [art. 603 bis, comma 1 n. 1)], quanto quella di utilizzazione, assunzione o impiego della manodopera [art. 603 bis, comma 1 n. 2)]- preferendo, in un'ottica di facilitazione della prova, indicare degli indici che lo caratterizzano e che vengono elencati al terzo comma della disposizione nelle seguenti condizioni: 1) reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; 4) sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

La stessa dizione normativa -non menzionando la necessità dell'integrazione di una pluralità di indici- chiarisce non solo che la ricorrenza di una sola delle circostanze sintomatiche è sufficiente per integrare lo sfruttamento, ma anche che in relazione alla violazione dei contratti collettivi in tema di salario e delle disposizioni relative all'orario (siano esse di natura pattizia o normativa), è necessaria la 'reiterazione' della condotta. E ciò per distinguere il mero ed isolato inadempimento, non rilevante, dallo sfruttamento, che invece integra la fattispecie. Ciò implica, altresì, che per aversi reiterazione la condotta deve essere posta in essere nei confronti del singolo lavoratore, non essendo tale l'isolata violazione nei confronti di una pluralità di lavoratori, che configura semplicemente una pluralità di singoli inadempimenti, nei confronti di una molteplicità di soggetti. Ancora, il testo normativo suggerisce, non individuando il numero minimo dei lavoratori in relazione ai quali debbono realizzarsi i comportamenti integranti sfruttamento, che la condotta sia punibile ancorché riguardi un solo lavoratore.

7. L'indicazione di condizioni che integrano lo sfruttamento, tuttavia, non chiude la strada dell'interprete e quella del giudice all'individuazione di altre condotte che integrino la condotta di abuso del lavoratore, posto che esse costituiscono appunto 'indici' del fatto tipico, cioè sintomi della sua sussistenza, che ben può risultare diversamente, purché si concreti la condizione di coartazione a condizioni di lavoro di cui si subisce l'imposizione.

8. Distinto dallo sfruttamento appare -nella dizione normativa- il concetto di approfittamento dello stato di bisogno, presupposto quest'ultimo che deve ricorrere affinché la condotta di sfruttamento sia punibile.

Anche in questo caso il legislatore non definisce la nozione, pur richiedendo che lo sfruttamento 'derivi' dallo stato di bisogno, il quale, quindi, deve essere noto ed oggetto del vantaggio che il

reclutatore o l'utilizzatore tendono a realizzare proprio attraverso l'imposizione di quelle condizioni lavorative che indicano lo sfruttamento.

Questa Sezione ha recentemente osservato che con l'art. 603 bis cod. pen. "il legislatore ha scelto di utilizzare la locuzione "stato di bisogno", già usata nel nostro ordinamento con riferimento ad istituti civilistici ed altri reati (quali, ad esempio, l'usura nell'originaria configurazione), e non quella "posizione di vulnerabilità", di matrice sovranazionale (cfr. art. 3 del Protocollo trafficking e la nota dei lavori preparatori; art. 2 direttiva 2011/36/EU), che, nell'art. 1 della decisione del Consiglio Cee 19 luglio 2002, n. 629, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, viene definita come quella situazione in cui la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima. Al contrario, nella formulazione dell'art. 600 cod.pen. (riduzione o mantenimento in schiavitù e servitù), si è fatto espressamente riferimento alla "posizione di vulnerabilità" della vittima". Si tratta di una scelta lessicale non priva di conseguenze e che comporta che - nell'individuare lo stato di bisogno- non occorra "indagare sulla sussistenza di una posizione di vulnerabilità, da intendersi, secondo le indicazioni sovranazionali, come assenza di un'altra effettiva ed accettabile scelta, diversa dall'accettazione dell'abuso - indagine che, peraltro, anche nella fattispecie di cui all'art. 600 cod.pen. è alternativa rispetto alla verifica di altre e diverse situazioni di debolezza della vittima, specificamente indicate dal legislatore". Lo stato di bisogno, infatti non si identifica "con uno stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma come un impellente assillo e, cioè una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, in grado di limitare la volontà della vittima, inducendola ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose" (...)

9. Questa lunga premessa è necessaria per dare soluzione al (...) quesito posto, perché (...) la condizione di sfruttamento che non si avvantaggi dello stato di bisogno non integra il reato di cui all'art. 603 bis cod. pen. avendo il legislatore scelto di punire non lo sfruttamento in sé ma solo l'approfittamento di una situazione di grave inferiorità del lavoratore, sia essa economica, che di altro genere, che lo induca a svilire la sua volontà contrattuale sino ad accettare condizioni proposte dal reclutatore o dall'utilizzatore, cui altrimenti non avrebbe acconsentito.

10. Non basta, dunque, che ricorrano i sintomi dello sfruttamento, come indicati dal terzo comma dell'art. 603 bis cod. pen., ma occorre l'abuso della condizione esistenziale della persona, che non coincide solo con la sua conoscenza, ma proprio con il vantaggio che da quella volontariamente si trae. (...)"

---

Nota di **Ciro Maria Ruocco**

La pronuncia in esame analizza la nota problematica attinente alla necessità della presenza dell'approfittamento dello stato di bisogno ai fini della configurazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603 bis c.p. In particolare, la Cassazione dichiara inammissibile il ricorso presentato dal Pubblico Ministero avverso l'ordinanza del Tribunale della Libertà di Cosenza, la quale annulla l'ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Castrovillari che dispone il sequestro preventivo del complesso aziendale di un'impresa individuale.

L'art. 603 bis c.p., nella sua originaria formulazione, puniva chiunque svolgesse *"un'attività organizzata di intermediazione, reclutandone manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori"*. La condotta tipica, dunque, era quella di intermediazione, che poteva essere espletata solo dal caporale; il datore di lavoro, invece, avrebbe potuto concorrere nel delitto ex art.

110 c.p. soltanto nel caso in cui lo sfruttamento del lavoro fosse posto in essere attraverso l'attività di intermediazione. Inoltre, era necessario che l'attività di intermediazione illecita fosse organizzata ed esercitata mediante violenza, minaccia o intimidazione.

Così congegnata, tuttavia, la norma aveva subito nei suoi pochi anni di vigenza una scarsa applicazione, alla quale aveva certamente contribuito, oltre alla mancata incriminazione diretta delle condotte del datore di lavoro, la difficoltà di prova della violenza, minaccia o intimidazione nonché la non agevole delimitazione dei confini rispetto alle ipotesi più gravi tipizzate dall'art. 600 c.p. L'art. 603 bis c.p., nel testo previgente, finiva per assumere, così, una funzione residuale e un ambito di operatività molto ridotto. Con la L. 29 ottobre 2016 n. 199 il legislatore riformulava la fattispecie, ampliandone indubbiamente l'ambito applicativo sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo.

In particolare, si prevedono chiaramente due distinte ipotesi di reato, equiparate sul piano sanzionatorio: al comma 1 n. 1, rimane l'ipotesi di intermediazione illecita, c.d. caporalato, che può essere integrata da parte di chi recluta lavoratori al fine di destinarli allo sfruttamento; al comma 2 n. 2 si reprime invece la condotta propria del datore di lavoro che utilizza, assume o impiega manodopera, anche, ma non solo, mediante l'attività di intermediazione. L'espletamento della condotta tipica mediante violenza o minaccia costituisce ora circostanza aggravante.

A seguito della riforma, si registra una maggiore operatività in concreto della norma, che trova applicazione non solo nel contesto del caporalato agricolo che ha ispirato l'originaria introduzione, ma anche nel settore industriale e in quello dei servizi, motivo per il quale la Corte ha ritenuto di doversi soffermare sulla peculiare tecnica di incriminazione utilizzata e sugli elementi cardine su cui ruota il disvalore della fattispecie.

L'occasione è colta dalla Suprema Corte per chiarire alcuni rilevanti profili in materia di sfruttamento del lavoro. La Corte di legittimità, dopo avere sottolineato come il Legislatore per facilitare la produzione di prove in sede processuale abbia preferito non definire il concetto di sfruttamento (qualificato dalla dottrina come condizione caratterizzante tanto l'attività di reclutamento quanto quella di impiego della manodopera), afferma che le quattro condizioni di cui al terzo comma dell'art. 603 bis c.p. sono devii semplici indici da cui dedurre la sussistenza del reato in parola.

Le quattro condizioni, inoltre, sono non necessariamente concorrenti, nel senso che, secondo la Corte, ai fini dell'integrazione del reato di sfruttamento del lavoro è sufficiente la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; ovvero la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; ovvero la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; ovvero la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti. Ovviamente, la presenza di due o più di queste condizioni, sebbene non necessaria per l'esistenza del reato, è indice maggiore di configurabilità della fattispecie.

Sottolinea, inoltre, la Corte come tali indici siano meramente indicativi dello sfruttamento e che essi non siano tassativi, ben potendo il giudice rilevare la condotta di sfruttamento del lavoro da indici diversi da quelli tipizzati, purché si concretizzi la situazione di costrizione a condizioni di lavoro inammissibili. Nella stessa pronuncia si sottolinea la necessità della reiterazione delle condotte di sfruttamento. Infatti, è proprio quest'ultimo elemento a distinguere il reato in esame da semplici ipotesi di inadempimento delle obbligazioni del datore di lavoro. A rilevare non è neppure il numero dei lavoratori offesi, poiché ben si può essere in presenza di una pluralità di inadempimenti singoli nei confronti di una molteplicità di soggetti. Invece, a rilevare è segnatamente il dato della reiterazione per cui la condotta è punibile, se reiterata, anche qualora riguardi un singolo lavoratore.

L'ulteriore condizione richiesta dalla norma è quella dello sfruttamento ed approfittamento dello stato di bisogno. Il Tribunale Supremo, continuando, si sofferma anche in questo caso sulla mancanza di definizione legislativa dello stato di bisogno, pure richiesto dalla fattispecie nel senso che lo sfruttamento debba derivare proprio da tale condizione.

In ordine, poi, proprio alla definizione di tale stato, gli Ermellini distinguono dallo "stato di bisogno", espressione usata altrove dal Legislatore, sia all'interno del codice civile che del codice penale (era ad esempio utilizzata per il reato di usura nella sua formulazione originaria), l'altra espressione "posizione di vulnerabilità" di cui all'art. 600 c.p. Infatti, non è necessario ai fini dell'art. 603 bis c.p. *"indagare sulla sussistenza di una posizione di vulnerabilità, da intendersi, secondo le indicazioni sovranazionali, come assenza di un'altra effettiva ed accettabile scelta, diversa dall'accettazione dell'abuso - indagine che, peraltro, anche nella fattispecie di cui all'art. 600 cod.pen. è alternativa rispetto alla verifica di altre e diverse situazioni di debolezza della vittima, specificamente indicate dal legislatore"*. Lo stato di bisogno, infatti, continua la Corte, non si identifica *"con uno stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma come un impellente assillo e, cioè una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, in grado di limitare la volontà della vittima, inducendola ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose"*.

A seguito di tale premessa la Corte di Cassazione giunge alla conclusione che il reato di sfruttamento del lavoro non è punibile in quanto tale, ma solo qualora ricorra l'approfittamento della situazione di grave inferiorità del lavoratore, sia essa economica o di altro genere. Pertanto, si conclude, non è punibile ex art. 603 bis c.p. la situazione di sfruttamento che non di vantaggi dello stato di bisogno, sebbene nei fatti ricorrano gli indici di cui al terzo comma della norma.

Ad avviso di chi scrive, è condivisibile la decisione adottata dalla Suprema Corte in quanto tale pronuncia restringe nuovamente l'ambito del penalmente rilevante sanzionando soltanto le condotte avvinte dall'abuso della condizione di bisogno della persona. Sembra, così, perfettamente bilanciata l'esigenza avvertita con la riforma del 2016 n. 199 di ampliare l'ambito oggettivo e soggettivo di incriminazione e di facilitare la produzione probatoria con la contrapposta esigenza di evitare sovrapposizioni normative con l'art. 600 c.p. che, come sottolineato dalla Cassazione, richiede il requisito della posizione di vulnerabilità, ben diverso dallo stato di bisogno.



# Concorso esterno: ne risponde il professionista che instaura con la consorteria un rapporto di reciproci vantaggi

Argomento: Dei delitti contro l'ordine pubblico

(Cass. Pen., Sez. I, 7 marzo 2022, n. 8123)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

"2.1.2. (...) [Per] giurisprudenza di legittimità consolidata (...) il concorrente esterno di un'associazione di tipo mafioso è «il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa e privo dell'affectio societatis (...), fornisce tuttavia un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione [...] e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima» (Sez. U, n. 33478 del 12/07/2005, Mannino).

Non può, in proposito, non rilevarsi che, con tale arresto, la giurisprudenza di legittimità ha definitivamente ribadito la legittimità della figura del concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso, ma l'ha vincolata allo statuto della causalità, rendendosi conto delle difficoltà di accertamento «dell'effettivo nesso condizionalistico tra la condotta stessa e la realizzazione del fatto di reato, come storicamente verificatosi, hic et nunc, con tutte le sue caratteristiche essenziali, soprattutto laddove questo rivesta dimensione plurisoggettiva e natura associativa». Naturalmente, trattandosi di un accertamento processuale che svolge una funzione di carattere selettivo delle condotte penalmente rilevanti, è necessario che il contributo atipico sia considerato effettivamente idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, escludendone la rilevanza laddove si riveli «ininfluente o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo» (...).

Quello che, pertanto, assume rilievo, ai fini della valutazione dell'atteggiamento di contiguità dell'esponente del mondo delle professioni con cui il sodalizio criminale, di volta in volta, si rapporta, è la valutazione della sua adesione al progetto di controllo illecito del territorio - certamente riscontrabile nel ruolo di intermediazione criminale svolto da (...) nei confronti della cosca (...) e della cosca (...), nel settore della grande distribuzione alimentare -, per il quale è indispensabile che il dolo del concorrente esterno «investa sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice, sia il contributo causale recato dalla condotta dell'agente alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione, agendo l'interessato nella consapevolezza e volontà di recare un contributo alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio» (...).

Veniva, pertanto, compiuta una verifica congrua sulla rilevanza causale del contributo fornito da (...) al perseguimento degli obiettivi strategici della cosca (...) e della cosca (...) nel settore dei trasporti della grande distribuzione alimentare (...) eseguita attraverso una valutazione del collegamento funzionale esistente tra l'indagato e le consorterie 'ndranghetistiche oggetto di vaglio e dei vantaggi che il ricorrente ricavava dal suo apporto concorsuale; vantaggi riconducibili sia all'attività imprenditoriale del gruppo (...), sia agli interessi economici dei sodalizi rosarnesi, sia alla sua attività professionale. (...) [L]e emergenze indiziarie imponevano di evidenziare che il



collegamento concorsuale di (...) con la cosca (...) e con la cosca (...), comportava notevoli benefici professionali per il ricorrente, che operava professionalmente a (...), attestati dal fatto che era lo stesso indagato, in una delle intercettazioni registrate nel corso delle indagini preliminari, ad «affermare di occuparsi di tutta la contabilità delle attività riferibili alle cosche, peraltro in modo stabile e continuativo, rappresentando pertanto un vero e proprio punto di riferimento»; il che confermava che lo «svolgimento della sua attività professionale a tali livelli comportasse un ritorno di carattere economico(...)».

Si accertava, in questo modo, l'esistenza di un rapporto di contiguità fondato non sulla generica disponibilità di (...) verso le cosche (...), ma connotato da specifici e reciproci vantaggi, riconducibili a un'ottica criminale sinallagmatica, alla luce della quale venivano inquadrati i collegamenti concorsuali controversi. Tale rapporto sinallagmatico discendeva dal fatto che (...) svolgeva la sua attività di intermediazione criminale in favore delle cosche (...), in un ampio arco temporale, compreso tra il 2012 e il 2018, sfruttando la capacità di controllo illecito del territorio da parte dei sodalizi 'ndranghetistici, proteggendo sul territorio il gruppo (...) e ottenendo, in cambio di questo supporto, consistenti vantaggi, economici e professionali.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che l'accertamento di una condotta di collusione professionale (...) - che svolgeva la professione di commercialista - postula la verifica della sussistenza di un rapporto di cointeressenza fondato sulla reciprocità dei vantaggi, come costantemente affermato da questa Corte, secondo cui, in questi casi, ci si trova di fronte a un soggetto «che, senza essere inserito nella struttura organizzativa del sodalizio criminale e privo della "affectio societatis", instauri con la cosca un rapporto di reciproci vantaggi [...]» (...), che possono riguardare sia l'organizzazione mafiosa con cui si perfeziona l'intesa sinallagmatica sia gruppi alleati o federati.

Non si può, pertanto, non ribadire conclusivamente che il concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso è configurabile nelle ipotesi in cui il concorrente è un libero professionista, che, pur non essendo inserito nella struttura organizzativa della consorteria, instaura con la stessa un rapporto sinallagmatico, incentrato su un sistema di reciproci vantaggi, economici e professionali, che non viene meno laddove, nell'ambito dell'intesa intervenuta tra i due soggetti, è consentito al soggetto attivo del reato lo svolgimento di un'attività di intermediazione criminale a favore di cosche alleate o federate con quella con cui si è instaurato il sinallagma mafioso."

---

Nota di Ludovica Cerino

La sentenza in commento trae origine dal ricorso proposto avverso un'ordinanza, emessa dal Tribunale del riesame di Reggio Calabria, di conferma dell'ordinanza di disposizione di custodia cautelare in carcere emanata dal GIP della medesima circoscrizione, nei confronti di T.S. indagato della fattispecie di cui agli artt. 110 e 416 bis, commi primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto c.p.p.

Il provvedimento cautelare genetico veniva disposto in seguito ad una attività di indagine riguardante la sfera di operatività di una cosca *'ndranghetistica*. La stessa, storicamente presente nell'area rosarnese, era una delle cellule maggiormente rappresentative in Calabria ed operava sul territorio servendosi del metodo mafioso, avvalendosi della forza intimidatrice e del vincolo di omertà, configurando, così, il reato associativo di cui all'art. 416 bis c.p.

In tale contesto, sulla scorta delle indagini esperite, emergeva la figura del ricorrente, libero professionista, al quale veniva riconosciuto il ruolo di concorrente esterno della predetta associazione di stampo mafioso. Difatti, il Tribunale del riesame di Reggio Calabria aveva evidenziato come la consorte si era infiltrata nel settore del trasporto di prodotti alimentari, arrivando ad ottenere un ruolo monopolistico nell'area calabrese, attraverso l'attività di intermediazione criminale agevolatrice del soggetto indagato.

Indi, l'indagato impugnava l'ordinanza dinanzi la Cassazione, fondando il proprio ricorso su due motivi. Il primo atteneva principalmente al compendio indiziario, ritenuto insufficiente, e censurava il mancato rispetto dei parametri ermeneutici affermati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Con il secondo motivo veniva sottolineata la contraddittorietà del compendio indiziario acquisito in fase di indagini preliminari. La Suprema Corte dichiarava il ricorso infondato per i motivi di cui di seguito.

In primo luogo, la Corte osservava come dall'ordinanza impugnata si desumesse che il coinvolgimento concorsuale dell'indagato nella fattispecie contestatagli in rubrica fosse corroborato da una serie di intercettazioni acquisite in fase di indagine, come già evidenziato dal Tribunale del riesame. Il contenuto di tali captazioni confermava, in modo inequivoco, l'assunto accusatorio; infatti si evinceva che il ricorrente aveva assunto un ruolo nella gestione del settore del trasporto di merci alimentari riconducibile all'associazione mafiosa summenzionata. Inoltre, gli esiti delle intercettazioni trovavano riscontro in ulteriore documentazione acquisita in fase preliminare, la quale confermava il ruolo di intermediazione svolto dall'indagato. Infine, quanto dedotto dalle captazioni, veniva corroborato da dichiarazioni di alcuni collaboratori di giustizia.

Orbene, ritenuto esaustivo ed incontrovertito il compendio indiziario, i giudici di legittimità richiamavano un principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, secondo cui: *“In tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, l'interpretazione del linguaggio adoperato dai soggetti intercettati, anche quando sia criptico o cifrato, costituisce questione di fatto, rimessa alla valutazione del giudice di merito, la quale, se risulta logica in relazione alle massime di esperienza utilizzate, si sottrae al sindacato di legittimità[1]”*. L'obiettivo era, dunque, circoscrivere l'ambito di intervento del giudice di legittimità in materia di ermeneutica processuale, in particolare in relazione alle operazioni già compiute dai giudici cautelari.

Il tema più rilevante su cui si pronunciavano i giudici attiene alla figura del concorrente esterno e all'accertamento della sussistenza della prova del rapporto di contiguità concorsuale.

In via preliminare, si ritiene opportuno effettuare una breve disamina diacronica degli arresti giurisprudenziali più rilevanti in materia di concorso esterno[2].

Con la sentenza Demitry del 1994, le Sezioni Unite affermavano, per la prima volta, la configurabilità della fattispecie *de qua*, individuando il concorrente esterno ovvero il c.d. *extraneus*, quale soggetto non affiliato organicamente alla struttura del sodalizio ma che fornisce un contributo tale da consentire all'associazione di mantenersi in vita nei momenti di “fibrillazione”. Secondo tale impostazione, è sufficiente ad integrare il concorso esterno anche una mera disponibilità manifestata *ex ante*.

Successivamente, le Sezioni Unite si pronunciavano con la sentenza Carnevale nel 2002, anch'essa di pregevole rilevanza, con la quale “spezzavano” il legame fra il concorso esterno e la fase patologica della vita dell'associazione, collegando la condotta dell'*extraneus* ad una gamma di eventi più ampia, comprensiva altresì della conservazione e del rafforzamento dell'associazione.

A distanza di pochi anni, la Corte riunita - con la sentenza Mannino - tornava sul tema della configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, delineando nuovi parametri di riferimento, innanzitutto in materia di casualità. Sanciva, infatti, che il combinato disposto di cui

agli artt. 110 – 416 bis c.p. poteva applicarsi solo quando veniva accertato mediante un giudizio *ex post*, avente alla base “massime di esperienza di empirica plausibilità”, che la condotta del concorrente aveva inciso significativamente ed effettivamente sulla capacità operativa dell’organizzazione criminale, essendone derivati vantaggi o utilità per la stessa. In questo modo, i giudici supremi plasmavano in via definitiva il concorso esterno come reato di evento e fattispecie casualmente orientata, affermando la configurabilità del concorso eventuale in fattispecie plurisoggettiva necessaria.

Pertanto, può definirsi concorrente esterno : «il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell’associazione mafiosa e privo dell’*affectio societatis* (...), fornisce tuttavia un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo abbia un’effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell’associazione [...] e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima».

Con la pronuncia in commento, la Corte metteva in rilievo come il compendio probatorio posto alla base dell’ordinanza impugnata fosse pienamente rispettoso dell’orientamento consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità. Infatti, l’accertamento compiuto dal Tribunale della libertà di Reggio Calabria aveva consentito di individuare il contributo funzionale dell’indagato all’associazione mafiosa, sulla base di una congrua verifica probatoria, effettuata *ex post* sull’efficienza causale. L’oggetto della valutazione dell’atteggiamento di contiguità e del collegamento funzionale tra l’indagato libero professionista ed il sodalizio criminale consisteva nella verifica dell’adesione al progetto di controllo illecito del territorio - per il quale è indispensabile sussista il dolo specifico dell’*extraneus* - e dei vantaggi ed interessi economici riconducibili ad entrambi.

Secondo l’iter argomentativo seguito dalla Corte, la prova dell’esistenza del rapporto sinallagmatico tra l’indagato e la cosca *‘ndranghetistica* emergeva chiaramente dalla solida cornice indiziaria, da cui si desumeva che il predetto, nella veste di libero professionista, aveva tratto notevoli benefici sia di carattere lavorativo, sia economico. L’attività di intermediazione, difatti, contribuiva certamente a rafforzare il sodalizio criminale ed il suo potere sul territorio, ma, al contempo, garantiva al professionista concorrente molteplici vantaggi. Questi venivano confermati dallo stesso indagato, come si evinceva dal contenuto di una delle intercettazioni registrate nel corso delle indagini preliminari, richiamato dalla pronuncia in commento.

Dunque, l’accertamento del rapporto sinallagmatico e di collusione professionale, presuppone la verifica dell’esistenza di un rapporto di cointeressi e reciprocità di vantaggi che, nel caso di specie, risultava senz’altro provata, nel rispetto dei parametri ermeneutici sanciti dalla sentenza Mannino.

I giudici di legittimità, infine, affermavano un importante principio di diritto, secondo cui: «il concorso esterno nell’associazione di tipo mafioso è configurabile nelle ipotesi in cui il concorrente è un libero professionista, che, pur non essendo inserito nella struttura organizzativa della consorteria, instaura con la stessa un rapporto sinallagmatico, incentrato su un sistema di reciproci vantaggi, economici e professionali, che non viene meno laddove, nell’ambito dell’intesa intervenuta tra i due soggetti, è consentito al soggetto attivo del reato lo svolgimento di un’attività di intermediazione criminale a favore di cosche alleate o federate con quella con cui si è instaurato il sinallagma mafioso».

L’interesse di tale precisazione si apprezza poiché si inserisce perfettamente nella realtà odierna.

Deve osservarsi come il fenomeno mafioso ponga le proprie radici nella società, pertanto, i sodalizi criminali si caratterizzano per la loro attitudine a creare reti di relazioni con il mondo sociale in cui si instaurano, traendone un grande rafforzamento. Il concorrente esterno entra in rapporto con

l'associazione mafiosa in virtù del proprio ruolo sociale o economico e, strumentalizzando la propria funzione, contribuisce al suo consolidamento.

In conclusione, i giudici di legittimità, con la pronuncia in esame, hanno precisato che anche un libero professionista, mediante lo sfruttamento della propria funzione, può assumere la veste di concorrente esterno, aprendo una cornice su una realtà sempre più diffusa e radicata nel nostro territorio.

[1] Cass. Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 22741.

[2] *Cfr.* Sez. Un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry; Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale; Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino.

# Colpa medica: integra il reato di lesioni colpose il sanitario che prolunghi il tempo necessario a guarire

Argomento: Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale  
(Cass. Pen., Sez. IV, 15 marzo 2022, n. 8613)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“5. (...) Quanto (...) al collegamento etiologico tra la condotta gravemente colposa ritenuta in capo al (...) e la causazione di una malattia superiore a 40 giorni, il ragionamento della Corte territoriale, nel suo complesso, resiste alle censure difensive, pur dovendosi precisare la cornice giuridica in cui tale valutazione va inquadrata, con specifico riferimento alla individuazione del concetto di malattia penalmente rilevante.

Sul punto, pur rilevandosi che, ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali, la nozione di malattia non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica, che possono anche mancare, bensì solo quelle da cui derivi una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o l'aggravamento di esso ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa (cfr. sez. 5, n. 33492 del 14/5/2019, in fattispecie relativa ad aggressione consistita in una "tirata di capelli", nella quale la Corte ha annullato con rinvio la decisione di merito che si era limitata a dar conto del referto medico che riportava, quale conseguenza a carico della vittima, "dolore in regione occipitale guaribile in giorni due"), il concetto di "malattia" penalmente rilevante merita tuttavia di essere ulteriormente definito.

Il giudice di legittimità ha già chiarito che il legislatore, misurando la durata della malattia in termini di tempo necessario alla guarigione o al consolidamento definitivo degli esiti della lesione dalla quale è derivata, ha assegnato al tempo un "peso" che incide sulla "quantità della sanzione", ponendo all'interno della risposta dell'ordinamento penale l'intervallo necessario per il raggiungimento di un nuovo stato di stabile benessere della persona offesa, ancorché degradato.

Tale premessa giustifica la condivisibile conclusione, di recente espressa da questa stessa sezione con decisione cui anche la Corte territoriale ha fatto opportuno rinvio nella sentenza impugnata: ogni condotta colposa che intervenga sul tempo necessario alla guarigione, pur se non produca ex se un aggravamento della lesione e della perturbazione funzionale, assume rilievo penale ove generi una dilatazione del periodo necessario al raggiungimento della guarigione o della stabilizzazione dello stato di salute (...).

Pertanto, va ribadito anche in questa sede il principio secondo cui, in tema di responsabilità medica, integra il reato di lesioni colpose la condotta anti doverosa del sanitario che determini l'aumento del periodo di tempo necessario alla guarigione o alla stabilizzazione dello stato di salute del paziente (...).

Alla stregua di tale principio, pertanto, deve ritenersi che, nella specie, il ragionamento svolto dalla Corte territoriale è corretto limitatamente all'intervallo temporale tra i primi due interventi e il terzo, periodo durante il quale il conclamato stato patologico riscontrato sin dalla diagnosi che ha portato alla prima operazione ha continuato a permanere senza alcun intervento inteso ad avviarne la

regressione e successiva risoluzione, ciò che avverrà solo all'esito del terzo intervento. Pertanto, se è errato affermare, come ha fatto la Corte di merito, che la malattia ha coperto tutti gli interventi effettuati sulla (...), atteso che le terapie successive al terzo avrebbero dovuto comunque essere somministrate all'esito del primo, ove correttamente condotto, è tuttavia sicuro che, nella specie, vi è stato un prolungamento della condizione patologica della paziente direttamente collegato alla grave imperizia del primo chirurgo che l'ha avuta in cura.

A tal fine, pare dirimente osservare come il terzo intervento sia stato effettuato nel (...), ben oltre quaranta giorni dall'inutile intervento effettuato a dieci giorni di distanza dal primo (...) e il prolungamento di tale stato patologico, causalmente collegato alla grave imperizia del (...), deve ritenersi cessato il giorno del terzo intervento (...)"

# Delitto di tortura: è sufficiente anche un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima

Argomento: Dei delitti contro la libertà morale

(Cass. Pen., Sez. V, 16 marzo 2022, n. 8973)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2.3. (...) [S]econdo la ricostruzione dei fatti accertata dai giudici del merito cautelare, una serie di significativi elementi (...) hanno confermato la piena e consapevole partecipazione del (...) alle operazioni di 'perquisizione straordinaria' del (...), sfociate in vere e proprie torture, alle successive vessazioni riservate, anche nei giorni successivi, in particolare ai detenuti trasferiti nel reparto (...), ed alle operazioni di falsificazione di atti pubblici, calunnia e depistaggio.

(...) Tali elementi sono stati qualificati dal Tribunale in termini di concorso omissivo, ai sensi dell'art. 40, comma 2, cod. pen., sul rilievo che il Comandante della Polizia penitenziaria del carcere di (...) avesse il dovere di garantire il rispetto della legalità, e l'obbligo giuridico di impedire gli eventi poi verificatisi. Tale ricostruzione, pur essendo in parte corretta, appare tuttavia parziale, essendo basata sull'elemento (...) dell'assenza del (...) nel reparto (...), e della sua mancata partecipazione 'fisica', esecutiva, alle torture inflitte ai detenuti. Al riguardo, va infatti rammentato che il concorso di persone nel reato, proprio in ragione del modello unitario di tipizzazione del fatto di partecipazione adottato dall'art. 110 cod. pen., è fondato sul modello c.d. di tipizzazione causale, alla stregua del quale tutte le condotte dotate di efficacia eziologica nei confronti dell'evento lesivo sono riconducibili alla fattispecie concorsuale; nell'ambito di tale quadro normativo, dunque, il concorso materiale non può essere limitato (...) al solo autore, cioè a colui che compie gli atti esecutivi del reato (nella fattispecie, gli atti di vessazione fisica e psicologica), ma è, evidentemente, esteso anche al c.d. ausiliatore (o complice), cioè colui che si limita ad apportare un qualsiasi aiuto materiale nella preparazione o nella esecuzione del reato; ulteriore rilievo assume, peraltro, il determinatore - che fa sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente -, e l'istigatore - che si limita a rafforzare o eccitare in altri un proposito criminoso già esistente -, che integrano la fattispecie del concorso morale.

Tanto premesso, va evidenziato che la mera assenza del (...) dal reparto (...), e la sua mancata partecipazione agli atti esecutivi di tortura, non priva di rilevanza, sotto il profilo materiale, ma anche morale (di istigazione), il contributo fornito prima (e anche dopo, per occultare il reato) dell'inizio delle operazioni di pestaggio, allorquando: ha chiesto l'intervento del Gruppo di supporto comandato dal (...); ha autorizzato l'ingresso nel carcere di oltre 200 agenti provenienti da altri istituti penitenziari armati di scudi e manganelli; ha comunicato l'uso di scudi e manganelli al (...); ha partecipato e diretto la riunione preliminare organizzativa che ha preceduto l'inizio della 'perquisizione straordinaria', impartendo indicazioni ai propri subordinati, rassicurandoli che gli 'uomini' di (...) "sanno cosa fare", lasciando il comando dei 'suoi uomini' (...) all'ispettrice (...), e consentendo al personale del gruppo di supporto guidato dal (...) di operare senza freni; già nel corso della riunione preliminare ha individuato i 14 detenuti da portare via, e che successivamente

saranno trasferiti nel reparto (...), dove saranno abbandonati per giorni, in stato di degrado fisico ed umano, senza cibo, vestiti e coperte.

La versione della inconsapevolezza delle modalità con cui sarebbe stata eseguita la (formalmente legittima) 'perquisizione straordinaria' - che avrebbe altresì privato l'indagato della concreta posizione di garanzia - è stata correttamente ritenuta inverosimile dal Tribunale, che (...) ha evidenziato che (...) era ben consapevole della delicatezza e della eccezionalità dell'operazione, avendo contezza dell'arrivo di oltre 200 colleghi provenienti da (...) armati con scudi e manganelli, e manteneva il potere di farli accedere o meno alla struttura carceraria, tant'è che il giorno precedente non aveva consentito l'accesso, e che la fitta trama di messaggi con (...) e con altri dirigenti e/o subordinati consente di escludere che egli fosse ignaro di quanto stava per accadere; del resto, la smentita della versione dell'ormai proverbiale 'a sua insaputa' è plasticamente fornita dal messaggio con cui (...) rispondeva ad un messaggio, con l'icastica espressione "oggi perquisizione e forza".

2.4. (...) Al riguardo, è sufficiente rammentare che il delitto di tortura è stato configurato dal legislatore come reato eventualmente abituale, potendo essere integrato da più condotte violente, gravemente minatorie o crudeli, reiterate nel tempo, oppure da un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima, che però comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona (...); ai fini dell'integrazione del delitto di tortura di cui all'art. 613-bis, comma primo, cod. pen., la locuzione "mediante più condotte" va riferita non solo ad una pluralità di episodi reiterate nel tempo, ma anche ad una pluralità di congegni violenti tenuti nel medesimo contesto cronologico (...).

Peraltro, le condotte di tortura risultano non essersi fermate a quelle inflitte (...), essendo proseguite, con ulteriori vessazioni (...), anche nei giorni successivi.

Quanto al dolo, premesso che, in tema di tortura, anche quando il reato assuma forma abituale, per l'integrazione dell'elemento soggettivo non è richiesto un dolo unitario, consistente nella rappresentazione e deliberazione iniziali del complesso delle condotte da realizzare, ma è sufficiente la coscienza e volontà, di volta in volta, delle singole condotte (...), gli elementi già evidenziati (...) sono esaustivi della piena consapevolezza, da parte del (...), della finalità e dei metodi dell'operazione di pestaggio e vessazione che era stata programmata, ed eseguita mentre lui si tratteneva nel proprio ufficio. (...)"

---

Nota di Stefano Solidoro

Con la sentenza in commento la Cassazione ha modo di pronunciarsi per la prima volta, pur in sede di giudizio cautelare, sui noti fatti di cronaca avvenuti nell'aprile 2020 presso il carcere di Santa Maria Capua Vetere, teatro delle violenze perpetrate da un nutrito numero di agenti della Polizia Penitenziaria ai danni dei detenuti, che protestavano per la mancanza di presidi anti-Covid.

Chiamata a stabilire la legittimità di un'ordinanza applicativa degli arresti domiciliari nei confronti del Comandante della Polizia Penitenziaria della predetta casa circondariale, innanzitutto la Corte riassume il compendio istruttorio dal quale emerge la "*violenza cieca*" esercitata durante la "perquisizione speciale", in realtà una vera e propria spedizione punitiva, nel corso della quale oltre trecento reclusi subivano trattamenti vessatori ed umilianti di tale intensità da cagionare in molti di loro "*reazioni emotive particolarmente intense, come il pianto, il tremore, lo svenimento, l'incontinenza urinaria*": l'amministrazione penitenziaria cercava quindi di occultare l'accaduto producendo atti e documenti falsi tesi a simulare inesistenti condotte delittuose dei detenuti, ragion per cui la locale Procura



ipotizzava in capo a diversi pubblici ufficiali i reati di falso, calunnia, e depistaggio, oltre a quelli di lesioni aggravate e tortura.

La S.C. passa poi ad esaminare il primo motivo di ricorso, con il quale l'indagato contesta la mancanza di gravi indizi di colpevolezza a suo carico per tutte le ipotesi di reato, sollevando inoltre dubbi sulla stessa configurabilità del delitto ex art. 613 bis c.p.

Confermata la solidità delle accuse circa le condotte di falso e depistaggio, stante le inequivoche direttive del Comandante risultanti in atti, la Corte si sofferma sulla lamentata insussistenza, sul piano materiale e soggettivo, di una responsabilità ai sensi dell'art. 40 co. 2 c.p. per i delitti di lesione e tortura, non avendo il ricorrente partecipato personalmente all'operazione, delegata ad altri soggetti per ordine dei superiori: tale addotta *"interruzione della catena di comando"* avrebbe precluso al Comandante di prendere contezza delle condotte illecite poste in essere dagli agenti, da lui non prevedibili, privandolo al contempo di qualunque concreto potere impeditivo degli eventi verificatisi.

La tesi difensiva non viene tuttavia avallata dalla Suprema Corte che, tuttavia, si discosta dalla ricostruzione in termini di concorso omissivo formulata dal Tribunale del Riesame, affermando che la mancata presenza dell'indagato sul luogo dei fatti non consente affatto di escludere la sussistenza di una sua responsabilità concorsuale di tipo commissivo, non solo morale ma anche materiale, per i reati contestati.

Ciò sul presupposto secondo cui il concorso materiale *"non può essere limitato (...) al solo autore, cioè a colui che compie gli atti esecutivi del reato (...) ma è, evidentemente, esteso anche al c.d. ausiliatore (o complice), cioè colui che si limita ad apportare un qualsiasi aiuto materiale nella preparazione o nella esecuzione del reato (...) e l'istigatore - che si limita a rafforzare o eccitare in altri un proposito criminoso già esistente - che integrano la fattispecie del concorso morale"*.

A questo proposito, la S.C. sottolinea i molteplici elementi dai quali è possibile evincere il contributo di istigazione ed ausilio del Comandante, che dalle conversazioni intercettate risultava aver attivamente promosso la richiesta di perquisizione speciale suggerita dal superiore, adoperandosi per ottenere l'intervento di agenti armati di scudi e manganelli, oltre ad aver diretto la riunione preliminare durante la quale si raccomandava con i propri uomini di agire senza alcuna remora nei confronti dei detenuti, complimentandosi poi con loro per la riuscita dell'operazione: non solo, era lo stesso indagato che individuava in seguito 14 detenuti da punire con maggior rigore, in quanto ritenuti gli ideatori della rivolta, e ciò secondo la Corte certifica una volta di più *"la piena e consapevole partecipazione"* del Comandante alle perquisizioni *"sfociate in vere e proprie torture, alle successive vessazioni riservate, anche nei giorni successivi, in particolare ai detenuti trasferiti nel reparto Danubio"*.

Venendo alla contestata qualificazione dei fatti nel reato di tortura, la critica della difesa si incentra sulla mancanza del requisito della abitualità della condotta illecita, circoscritta ad un singolo evento, per quanto di rilevante caratura.

Tuttavia, la Cassazione supera tale doglianza offrendo una lettura del delitto ex art. 613 bis c.p. quale fattispecie *"eventualmente abituale, potendo essere integrato da più condotte violente, gravemente minatorie o crudeli, reiterate nel tempo, oppure da un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima, che però comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona"*.

Secondo l'interpretazione del Giudice nomofilattico, la locuzione *"mediante più condotte"* ben può essere ascritta *"ad una pluralità di contegni violenti tenuti nel medesimo contesto cronologico"*, senza contare come nella vicenda in esame le condotte *"risultano proseguite, con ulteriori vessazioni, anche nei giorni successivi"*, soprattutto nei confronti dei quattordici detenuti indicati quali promotori della protesta.

Così risolto il piano materiale del reato, in relazione all'elemento soggettivo la Corte si limita ad osservare come la fattispecie di tortura non richieda *"un dolo unitario consistente nella rappresentazione e*

*deliberazione iniziali del complesso delle condotte da realizzare*”, nemmeno quando assume forma di reato abituale vero e proprio, ragione per la quale, indiscussa la piena consapevolezza dell’indagato circa le reali finalità dell’operazione messa in essere, questa deve ritenersi sufficiente ad integrare il dolo richiesto dal delitto ex art. 613 bis c.p.

I restanti motivi di ricorso contestano la sussistenza del pericolo di reiterazione di reati della stessa specie e l’adeguatezza della misura cautelare irrogata, stante la sospensione dal servizio del Comandante disposta nelle more.

Sul punto, la Cassazione ricorda che il pericolo di reiterazione di reati della stessa specie non va inteso come pericolo di reiterazione dello stesso fatto reato, quanto piuttosto di *“astratti reati della stessa specie”*, sottolineando che nella vicenda in esame il pericolo di recidiva è desumibile dall’esistenza di una *“organizzazione, non improvvisata, ma ben roduta”*, battezzata nelle chat degli agenti *“Sistema Poggioreale”*, attraverso la quale perpetrare *“violenti pestaggi e degradanti umiliazioni nei confronti di circa 350 detenuti, “passati e ripassati” con ‘divertimento’ dagli agenti di Polizia penitenziaria, e con cinica soddisfazione per il lavoro “di altissimo livello” fatto”*.

L’esistenza di una tale prassi comportamentale, ben nota ed approvata dal ricorrente, priva i fatti contestati del carattere di *“episodicità ed eccezionalità”* adombrati dalla difesa, fondando invece una ragionevole prognosi di possibile commissione di ulteriori reati ai danni della incolumità personale dei detenuti, che neppure la sospensione disciplinare irrogata all’indagato potrebbe dirsi sufficiente ad elidere in concreto, stante la natura interinale del provvedimento e la sua inidoneità a impedire reati comuni violenti, come quelli in contestazione.

La decisione è ineccepibile nel valorizzare la teoria unitaria del concorso di persone, secondo cui ogni contributo causale alla realizzazione della fattispecie criminale, ancorché parziale o atipico, consente l’imputazione ex art. 110 c.p.: in tale prospettiva, anche la mancata presenza sul luogo del delitto può rappresentare un’attiva agevolazione dell’altrui condotta illecita, consentendo l’attribuzione di responsabilità a prescindere dalla individuazione di una posizione di garanzia e di un non facere penalmente rilevante ex art. 40 co. 2 c.p.

Non si discostano dalla giurisprudenza sul punto le considerazioni in tema di elemento materiale del delitto di tortura, che la Corte descrive quale reato solo eventualmente abituale, ritenendo sufficiente ad integrare il reato de quo anche un’unica, rilevante condotta che pregiudichi l’incolumità o la libertà della vittima, comportandone un trattamento inumano e degradante.

L’interpretazione del sintagma *“mediante più condotte”*, contenuto nell’art. 613 bis c.p., come riferibile *“non solo ad una pluralità di episodi reiterati nel tempo, ma anche ad una pluralità di conegni violenti tenuti nel medesimo contesto cronologico”*, presta certamente il fianco a obiezioni quanto al rispetto del principio di legalità, ma è al contempo quella maggiormente fedele alla linea seguita dalla Corte EDU, che si preoccupa di offrire adeguata tutela proprio a fronte di condotte efferate sviluppatasi in un breve arco di tempo, specie ove perpetrate da esponenti dei pubblici poteri.

Qualche dubbio suscita soltanto la ritenuta adeguatezza della misura cautelare, pur a fronte della contestuale sospensione dal servizio, vista la natura di reati comuni violenti di cui ai capi di incolpazione, reiterabili a prescindere dalla qualifica soggettiva pubblicistica: il ragionamento non sembra tener conto della vicenda concreta, caratterizzata da un abuso dei poteri connessi all’incarico, di talché venuto meno quest’ultimo risulta difficile sostenere l’attualità del pericolo di commissione di fatti *“della stessa specie”* di quelli per cui si procede, offensivi dei medesimi beni giuridici ivi tutelati.

# Cambia il *microchip* al cane smarrito: è riciclaggio

Argomento: Dei delitti contro il patrimonio mediante frode

(Cass. Pen., Sez. II, 21 marzo 2022, n. 9533)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“3.1. (...) I giudici di merito hanno chiarito le ragioni per cui doveva ritenersi dimostrato che l'imputato, al fine di ostacolare la individuazione della provenienza delittuosa del cane di razza pastore tedesco a pelo lungo chiamato (...) contraddistinto con il microchip (...) sottratto al proprietario (...), aveva sostituito il microchip apponendovi quello con il numero (...) corrispondente ad un pastore tedesco a pelo corto già di proprietà dell'imputato di nome (...), così risultando integrato il reato di riciclaggio.

La corte territoriale ha evidenziato come numerosi dati istruttori deponevano nel senso della sostituzione del microchip del cane di proprietà della parte civile, valutando unitariamente una serie di elementi indiziari quali: la condotta dell' animale che aveva manifestato di riconoscere i padroni signori (...), estrinsecando chiari segni di affetto; il fatto che si era avvicinato al recinto allorquando era stato chiamato con il suo nome “(...)”; i comportamenti anomali dell' imputato allorquando il (...) aveva mostrato di avere riconosciuto il cane suddetto culminati con l' affermazione [che] tale cane era in vendita per un prezzo esorbitante; il fatto che il veterinario, in un primo momento, dopo accurate indagini non aveva rinvenuto alcun microchip sull' animale trovato presso il canile dell' imputato; la ricomparsa di un microchip poche ore dopo detta visita la sparizione dell' animale dopo che l'imputato era stato edotto dalle forze dell'ordine della necessità di ulteriori accertamenti, cane asseritamente fuggito nonostante si trovasse in un canile con muri alti almeno due metri; gli esiti dell'esame del DNA sul pelo dell'animale nella disponibilità dell' imputato effettuati tramite comparazione con il sangue dei genitori del cane (...) che avevano confermato trattarsi del pastore tedesco di proprietà del (...).

In ordine alla configurabilità del reato contestato deve essere ricordato che il delitto di riciclaggio di cui all'art. 648 bis cod. pen. è integrato non soltanto dalle condotte tipiche di sostituzione o trasformazione del bene di origine illecita ma, altresì, secondo la testuale dizione contenuta nella norma, "da ogni altra operazione diretta ad ostacolare l'identificazione" dell'origine delittuosa del bene.

Nell'interpretare detta seconda parte del primo comma dell'art. 648 bis cod. pen. la Corte di Cassazione ha già avuto modo di precisare che la disposizione di cui all'art. 648 bis cod. pen. pur configurando un reato a forma libera, richiede che le attività poste in essere sul denaro, bene od utilità di provenienza delittuosa siano specificamente dirette alla sua trasformazione parziale o totale, ovvero siano dirette ad ostacolare l'accertamento sull'origine delittuosa della res, anche senza incidere direttamente, mediante alterazione dei dati esteriori, sulla cosa in quanto tale (...).

Appare, allora, evidente, trattandosi di reato a forma libera, che correttamente è stato riconosciuto a carico del ricorrente il delitto di riciclaggio, dopo che i giudici di merito hanno debitamente ricostruito le modalità di sostituzione da parte del medesimo del microchip - che è indubbiamente elemento identificativo dell'animale e del suo proprietario - al fine di non rendere individuabile la provenienza delittuosa dell'animale.

Quanto al reato presupposto pur ipotizzando che il cane si fosse allontanato da solo, nella specie sarebbe comunque ravvisabile la fattispecie di furto, essendo il cane del (...), secondo quanto incontroverso, dotato di segni che ne rendevano individuabile il proprietario in ogni caso (...) ed anche a voler ricondurre il fatto alla fattispecie ex art. 647 c.p., come sottolineato dai giudici di merito, resta il reato presupposto, risultando del tutto ininfluenza in tal senso la depenalizzazione, solo sopravvenuta (...).

Nè può ritenersi fondata la censura di mancato coordinamento con la normativa specifica di cui all' art. 925 c.c. che prevede che l'animale diventi di appartenenza di chi se ne è impossessato se non reclamato entro venti giorni dal momento in cui il proprietario ha conoscenza del luogo in cui l'animale si trova.

(...) Deve, comunque, rilevarsi che la tesi appare, in ogni caso, priva di fondamento alcuno. Questo Collegio non ignora il precedente orientamento secondo cui l'acquisizione del possesso di un cane che si sia "smarrito" può essere fatta rientrare fra le ipotesi di "caso fortuito" di cui all'art. 647 cod. pen., dovendo tale ultima disposizione essere coordinata con l'art. 925 cod. civ. che prevede l'acquisto della "proprietà" dell'animale mansuefatto da parte di chi se ne sia impossessato qualora l'animale non sia stato reclamato entro venti giorni da quando il proprietario ha avuto conoscenza del luogo ove esso si trova. (...) Purtuttavia (...) gli animali "mansuefatti" cui fa riferimento la norma codicistica sono quelli che hanno acquisito una consuetudo revertendi mentre sono esclusi da tale fattispecie gli animali domestici (fra i quali rientra certamente il cane), la cui proprietà non può acquistarsi per occupazione; a quest'ultimo proposito va segnalato che, in passato, con riferimento ai cavalli, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che tali animali non appartengono alla categoria degli animali mansuefatti, per la rivendicazione dei quali, da chi li abbia presi, è fissato il termine utile di venti giorni dall'art. 925 cod. civ. (...).

Deve aggiungersi la considerazione che, come segnalato dalla P.G., in ogni caso la norma concerne la diversa ipotesi di allontanamento spontaneo di animali che, senza interventi di terzi, si inseriscano in fondi altrui permanendovi non reclamati laddove i giudici di merito hanno ampiamente argomentano sui plurimi ed insistenti comportamenti posti in essere, nella immediatezza, dal (...), per il ritrovamento e recupero dell'animale, anche con l'ausilio della forza pubblica, recupero non riuscito solo per effetto delle condotte ostruzionistiche e fraudolente del (...).”

# Colpa stradale: la responsabilità penale è esclusa se non viene accertato che l'evento realizzato sia la concretizzazione del rischio che la regola cautelare voleva prevenire

Argomento: Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale

(Cass. Pen., Sez. IV, 22 marzo 2022, n. 9709)

Stralcio a cura di Fabio Coppola

“[L]a P., alla guida di una Opel Agila, transitando su una stretta strada pedemontana e avvistando il sopraggiungere dalla direzione opposta dell'autocarro condotto dal C., operò una brusca frenata del veicolo da lei condotto; ciò determinò (anche a causa dell'asfalto bagnato e dell'assenza nella Opel del sistema frenante di sicurezza ABS) lo sbandamento della vettura verso la corsia opposta di marcia percorsa dall'autocarro. La Opel stava percorrendo una semicurva abbastanza ampia e quindi aveva visibilità sufficiente per avvistare tempestivamente l'autocarro. La frenata fu causa del moto rettilineo del veicolo verso la corsia di marcia percorsa dall'autocarro. Il conducente dell'autocarro tentò una manovra elusiva dell'impatto, frenando e stringendosi a destra per consentire alla conducente della Opel di riprendere il controllo, ma l'accostamento dell'autocarro in pendenza verso la banchina erbosa ed il terrapieno causarono il ribaltamento del mezzo, sotto la cui cabina, nello stesso momento, andò ad incunearsi la parte anteriore dell'autovettura.

I giudici di appello hanno ritenuto sussistente la colpa della P. nella causazione del sinistro, per la mancata costante ispezione del tratto stradale percorso e la omessa regolazione della velocità alle caratteristiche della strada. Tuttavia, hanno confermato il giudizio di colpa concorrente (in pari percentuale) del C., per essersi posto alla guida di un autocarro senza essere munito della relativa patente di guida e per avere messo in circolazione il mezzo senza che lo stesso avesse superato la revisione periodica.

(...) Le condotte ascritte al prevenuto non costituiscono violazione di regole cautelari dirette ad impedire l'evento dannoso verificatosi. A ben vedere, non si tratta neanche di vere e proprie regole cautelari, in quanto non hanno carattere modale: avere la patente di guida e/o circolare con un veicolo in regola con la revisione sono generali prescrizioni imposte dalla legge per assicurare la sicurezza della circolazione, ma nulla specificano in merito a come comportarsi per evitare lo specifico evento dannoso oggetto di giudizio. (...)

In definitiva, i giudici di merito non si sono attenuti al costante insegnamento di questa Corte di legittimità, secondo cui **la responsabilità colposa implica che la violazione della regola cautelare deve aver determinato la concretizzazione del rischio che detta regola mirava a prevenire, poichè alla colpa dell'agente va ricondotto non qualsiasi evento realizzatosi, ma solo quello causalmente riconducibile alla condotta posta in essere in violazione della regola cautelare.** (...)

Nel caso di specie, è evidente che **i giudici (...) hanno omesso di individuare la specifica regola cautelare che ha determinato la concretizzazione del rischio, vale a dire il decesso della persona offesa. Non basta affermare che l'autocarro quel giorno non avrebbe dovuto**

**circolare (per difetto di patente o per assenza di regolare revisione del mezzo): in tal modo, per assurdo, qualsiasi incidente verificatosi sarebbe ascrivibile al prevenuto, indipendentemente dall'esame delle circostanze del fatto, con particolare riguardo alle modalità della condotta (eventualmente colposa) ascrivibile al medesimo.** Di contro, va qui ribadito che il principio di colpevolezza impone la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso. Alla colpa del soggetto agente deve essere, dunque, ricondotto non qualsiasi evento realizzatosi, ma solo quello causalmente riconducibile alla condotta posta in essere in violazione della regola cautelare.”

# Estradizione verso Paese non UE: l'Autorità Giudiziaria italiana deve verificare il rispetto degli standard convenzionali

Argomento: Rapporti giurisdizionali con autorità straniere

(Cass. Pen., Sez. VI, 30 marzo 2022, n. 18044)

Stralcio a cura di Raffaele Vitolo

“3. (...) [D]eve ritenersi assorbente la decisiva considerazione che le decisioni al riguardo emesse dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea (...) hanno stabilito il principio secondo cui, quando ad uno Stato membro dell'Unione Europea nel quale si sia recato un cittadino avente la cittadinanza di un altro Stato membro viene presentata una domanda di estradizione da parte di uno Stato terzo, esso è tenuto ad informare lo Stato membro del quale la persona reclamata ha la cittadinanza, al fine di consentire alle competenti autorità di quest'ultimo la possibilità di emettere un mandato d'arresto Europeo per la sua consegna ai fini dell'esercizio dell'azione penale. (...). Inoltre, incombe egualmente sullo Stato membro richiesto dell'extradizione l'obbligo di tenere informate dette autorità di ogni cambiamento della situazione in cui si trova la persona reclamata, che risulti rilevante ai fini dell'eventuale emissione nei suoi confronti di un mandato d'arresto Europeo (...).

4. (...) [Q]uesta Suprema Corte si è in linea generale pronunciata, stabilendo il principio secondo cui, ai fini dell'accertamento della condizione ostativa prevista dall'art. 698 c.p.p., comma 1, è necessario valutare se sussiste un generale rischio di trattamento disumano o degradante nel Paese richiedente, utilizzando, a tal fine, elementi oggettivi, attendibili, precisi ed opportunamente aggiornati in merito alle condizioni di detenzione colà vigenti e, verificata la sussistenza di tale rischio, deve svolgere un'indagine mirata, anche attraverso la richiesta di informazioni complementari, al fine di accertare se, nel caso concreto, l'interessato alla consegna sarà sottoposto, o meno, ad un trattamento inumano o degradante (...).

4.2 (...) Nella medesima prospettiva devono altresì richiamarsi i principi stabiliti dalla Corte di giustizia (...), secondo cui lo Stato membro richiesto dell'extradizione, conformemente all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali, che vieta le pene o i trattamenti inumani e degradanti, non può limitarsi a prendere in considerazione le sole dichiarazioni dello Stato terzo richiedente o l'accettazione, da parte di quest'ultimo, di trattati internazionali che garantiscono, in via di principio, il rispetto dei diritti fondamentali. L'autorità competente dello Stato membro richiesto "deve fondarsi, ai fini di tale verifica, su elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati, elementi che possono risultare, in particolare, da decisioni giudiziarie internazionali, quali sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo, da decisioni giudiziarie dello Stato terzo richiedente nonché da decisioni, relazioni e altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite (...). (...) V'è altresì da considerare che, alla luce dei principi stabiliti da questa Suprema Corte in ordine ai criteri di verifica del denunciato pericolo di trattamenti crudeli, disumani o degradanti (...), per l'accertamento della condizione ostativa prevista dall'art. 698 c.p.p., comma 1, la Corte d'appello può fondare la propria decisione in ordine all'esistenza di violazioni dei diritti umani nel Paese richiedente anche sulla base di documenti e rapporti elaborati da organizzazioni non governative - quali, ad es., Amnesty

International e Human Rights Watch -, in quanto si tratta di organizzazioni ritenute affidabili sul piano internazionale, secondo quanto affermato anche dalla giurisprudenza della Corte EDU nella sentenza Saadi c. Italia del 28 febbraio 2008. (...)

4.3 (...) Evenienze fattuali e procedimentali, quelle or ora indicate, che la Corte distrettuale dovrà esaminare unitamente al complesso dei su esposti profili di criticità che hanno costituito oggetto delle (...) ragioni di doglianza enucleate nel secondo motivo di ricorso, apprezzandone in concreto l'incidenza alla luce del fatto che nella domanda di estradizione le Autorità dello Stato richiedente hanno richiamato espressamente le disposizioni di cui agli artt. 3 e 6 CEDU quali parametri di riferimento da rispettare al fine di garantire l'estradando dal pericolo di torture o trattamenti inumani, degradanti e lesivi della dignità umana: disposizioni convenzionali, queste, che racchiudono l'affermazione di principi fondamentali, solennemente sanciti in una Convenzione internazionale della quale lo Stato richiedente, tuttavia, cesserà di far parte dal 16 settembre 2022, in conseguenza del suo recesso dal Consiglio d'Europa e della sua intenzione di denunciare proprio quella Convenzione Europea. (...)"



# Pretesa arbitraria di un credito verso terzi: è estorsione

Argomento: Dei delitti contro il patrimonio

(Cass. Pen., Sez. II, 4 aprile 2022, n. 12481)  
Stralcio a cura di Giulio Baffa

“2.1 (...) [I]otalmente sfornita di fondatezza appare la richiesta di riqualificazione dei fatti nei termini dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni solo che si valuti correttamente il comportamento dello (...), soggetto del tutto estraneo al presunto rapporto obbligatorio e che, a sua volta, rivolgeva le richieste accompagnate dalla condotta intimidatoria non nei confronti del soggetto che si assume essere debitore e cioè (...) bensì della sorella di questi, la titolare della farmacia (...).

Questa Corte di Cassazione ha già affermato come è **configurabile il delitto di estorsione, e non quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, quando ad un'iniziale pretesa di adempimento di un credito effettuata con minaccia o violenza nei riguardi del debitore seguano ulteriori violenze e minacce di terzi estranei verso il nucleo familiare del debitore, sicché l'iniziale pretesa arbitraria si trasforma in richiesta estorsiva, sia a causa delle modalità e della diversità dei soggetti autori delle violenze, che per l'estraneità dei soggetti minacciati alla pretesa azionata.** (Sez. 2, n. 5092 del 20/12/2017, Rv. 272017 - 01). E tale principio risulta ribadito dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite proprio in tema di differenza dei due reati di cui agli artt. 393 e 629 c.p. (Sez. U -, Sentenza n. 29541 del 16/07/2020 Ud. (dep. 23/10/2020) Rv. 280027 - 02) le quali hanno proprio ribadito che atteggiamenti intimidatori e violenti nei confronti di terzi fanno qualificare la condotta in termini estorsivi.

Il principio suddetto deve certamente essere ribadito anche nel caso in esame in cui le minacce venivano rivolte verso un soggetto estraneo al presunto rapporto obbligatorio, da parte di un terzo estraneo allo stesso (...) e con la richiesta di versamento di una somma di denaro (70.000 Euro) che mai neppure lontanamente è stata in alcun modo giustificata. (...)

# La configurabilità del c.d. “*stalking* occupazionale”

Argomento: Dei delitti contro la libertà morale

(Cass. Pen., Sez. V, 5 aprile 2022, n. 12827)  
Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“(…) Deve in primo luogo osservarsi che, come ricordato dal Procuratore generale nella sua memoria e come ammesso anche dal ricorrente nel suo atto introduttivo, questa Corte di cassazione ha già affermato che integra il delitto di atti persecutori la condotta di mobbing del datore di lavoro che ponga in essere una mirata reiterazione di plurimi atteggiamenti convergenti nell'esprimere ostilità verso il lavoratore dipendente e preordinati alla sua mortificazione ed isolamento nell'ambiente di lavoro - che ben possono essere rappresentati dall'abuso del potere disciplinare culminante in licenziamenti ritorsivi - tali da determinare un vulnus alla libera autodeterminazione della vittima, così realizzando uno degli eventi alternativi previsti dall'art. 612-bis c.p. (...).

Deve comunque sottolinearsi che anche nel caso di *stalking* "occupazionale" per la sussistenza del delitto art. 612-bis c.p., è sufficiente il dolo generico, con la conseguenza che è richiesta la mera volontà di attuare reiterate condotte di minaccia e molestia, nella consapevolezza della loro idoneità a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice, mentre non occorre che tali condotte siano dirette ad un fine specifico.

Nel caso di specie, come emerge dalle sentenze di merito, il V. ha reiteratamente minacciato le persone offese di "cementarle" in un pilastro, li ha invitati a confrontarsi fisicamente con lui, li ha sottoposti a pubblici rimproveri inutilmente mortificanti e ad una serie di provvedimenti disciplinari culminati anche in un licenziamento al fine di creare terrore tra i dipendenti iscritti ad una associazione sindacale.

Si tratta di comportamenti, secondo quanto accertato dai giudici del merito, voluti e reiteratamente attuati nella consapevolezza che da essi ben poteva derivare, proprio per la loro reiterazione e per le loro modalità, uno degli eventi alternativamente previsti dall'art. 612-bis c.p..

Il ricorrente sostiene che egli ha agito allo scopo di rendere più efficiente la società (omissis), controllata dal Comune di (omissis), e che le iniziative da lui assunte nei confronti dei dipendenti erano condivise dal consiglio di amministrazione della società e dal Sindaco allora in carica, l'avv. B. , ma trattasi di circostanze prive di alcun rilievo, atteso che l'efficienza della società non può essere raggiunta attraverso la persecuzione e l'umiliazione dei dipendenti ed in genere mediante la commissione di delitti ai danni della persona, dovendo la tutela della persona e, nel caso specifico, del lavoratore in ogni caso prevalere sugli interessi economici, e che la condivisione da parte degli altri componenti del consiglio di amministrazione e, in particolare, dell'avv. B. della scelta di compiere atti persecutori caratterizzati anche da gravi minacce ai danni dei dipendenti potrebbe semmai comportare una condivisione da parte di tali soggetti della penale responsabilità a tali condotte, giammai l'assoluzione dell'imputato.

Correttamente, quindi, la Corte di appello ha ritenuto assolutamente irrilevante la deposizione dell'avv. B..”

# Abuso d'ufficio: contrasto giurisprudenziale sulla rilevanza dell'art. 97 Cost. Parola alle Sezioni Unite?

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 6 aprile 2022, n. 13136)

Stralcio a cura di Fabio Coppola

“Con la sentenza sopra indicata la Corte di appello di Cagliari - in riforma della pronuncia del 18 ottobre 2018 del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Cagliari - assolveva con la formula 'perché il non è più previsto dalla legge come reato' (...) dal reato loro ascritto ai sensi degli artt. 110 e 323 cod. pen., per avere il primo quale sindaco del comune di (...), in concorso con il secondo quale suo incaricato per la predisposizione del nuovo assetto organizzativo dell'amministrazione municipale, in violazione di norme di legge, previste dagli artt. 97 Cost., 1 d.lgs. n. 165 del 2001 e 25 d.lgs. n. 150 del 2009, adottato il provvedimento sindacale del 3 marzo 2014 con il quale aveva nominato (...) (moglie del ...) e (...) responsabili di posizione organizzativa, così procurando loro un ingiusto vantaggio patrimoniale, benché nell'organigramma del comune vi fossero altri dipendenti - in particolare (...) - di pari categoria giuridica, ma con superiore posizione economica e migliori requisiti professionali.

(...) va, dunque, considerata giuridicamente corretta la decisione della Corte di appello di Cagliari di ritenere che il fatto di reato, così come addebitato nel capo d'imputazione in termini di violazione di legge, non è più previsto dalla legge come reato: avendo i giudici di merito chiarito, con motivazione adeguata, come fosse insufficiente il richiamo alle regole di condotta genericamente indicate nell'art. 97 Cost. a proposito dei principi di buona amministrazione e di imparzialità che devono governare l'operato dei pubblici agenti. **Il tenore letterale della nuova norma incriminatrice e il significato che alla stessa va attribuito alla luce dei lavori parlamentari, idonei a illustrare quale sia stata la reale *voluntas legis*, consentono di affermare che con la riforma in argomento si sia voluto escludere la possibilità di ritenere integrato il reato *de quo* sulla base della sola accertata violazione dell'art. 97 Cost. Ed infatti, «risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.» (...)**

Non è, dunque, condivisibile la diversa conclusione cui è prevenuta di recente la Cassazione (Sez. 1, n. 2028 del 06/12/2021, dep. 2022, Vezzola, non massimata) nell'esame di una situazione nella quale si era ritenuto di poter continuare a valorizzare gli indirizzi interpretativi raggiunti in materia dalla giurisprudenza di legittimità prima della entrata in vigore del decreto-legge n. 76 del 2020.

Inoltre, la specifica regola di condotta dettata dalla norma di legge contestata prevista dall'art. 25, comma 2, del d.lgs. n. 150 del 2009 (secondo cui nell'assegnazione ai propri dipendenti di incarichi e responsabilità le pubbliche amministrazioni devono tenere conto

**della «professionalità sviluppata e attestata dal sistema di misurazione (...) secondo criteri oggettivi e pubblici») comporta di certo margini di discrezionalità nell'esercizio comparativo dei profili e nel bilanciamento tra le aspettative dei singoli dipendenti e le esigenze delle amministrazioni medesime.**

D'altro canto, lo sviamento del potere, vale a dire l'esercizio della funzione pubblica orientato alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, finisce per diventare ininfluente - ai fini della configurabilità di una responsabilità penale ai sensi del 'nuovo' art. 323 cod. pen. - laddove quel potere risulti caratterizzato dalla presenza di margini di discrezionalità, perché normativamente previsto come non vincolato. Carattere discrezionale del potere che esclude, come si è visto, la possibilità di ritenere integrati gli estremi del reato per violazione di specifiche regole di condotta e che, in questa ottica, rende irrilevante la circostanza - richiamata dal Procuratore Generale nel corso della discussione nell'odierna udienza - che quel potere si fosse concretizzato nell'adozione di un provvedimento amministrativo recante una motivazione incompleta ovvero insufficiente, dunque in violazione del generico obbligo di motivazione che deve qualificare tutti gli atti amministrativi che incidono sulla sfera giuridica dei relativi destinatari.

# Oltraggio a pubblico ufficiale: le “più persone” possono essere anche altri pubblici ufficiali

Argomento: Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 6 aprile 2022, n. 13155)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2. (...) [S]i rileva che la Corte di appello ha deciso conformemente ai principi enunciati da questa Suprema Corte in ordine alla configurabilità del reato di oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341-bis cod. pen.

2.1. La relativa fattispecie è integrata dall'offesa all'onore e al prestigio del pubblico ufficiale, mentre egli compie un atto d'ufficio ed a causa o nell'esercizio delle sue funzioni, e richiede inoltre che il fatto avvenga in luogo pubblico o aperto al pubblico ed in presenza di più persone.

La norma delinea dunque un reato alla cui definizione concorrono le circostanze del luogo pubblico o aperto al pubblico e della presenza di più persone (...).

Con riferimento al primo profilo, è pacifico che la cella e gli ambienti penitenziari siano da considerarsi «luogo aperto al pubblico», in quanto non sono in possesso dei detenuti, privi di «ius excludendi alios», ma nella completa disponibilità dell'amministrazione penitenziaria, che ne può fare uso in ogni momento per qualsiasi esigenza d'istituto (...).

**Con riguardo, invece, al requisito della pluralità delle persone**, si rendono necessarie alcune precisazioni, soprattutto alla luce della nuova formulazione del reato di cui all'art. 341-bis cod. pen. e delle recenti pronunce di legittimità.

**Si è, a tal proposito, correttamente sottolineato come le «più persone» possano essere rappresentate non solo da civili, di per sé normalmente estranei alla Pubblica Amministrazione, ma anche da pubblici ufficiali, purché questi ultimi «si trovino sul posto non in quanto intenti al compimento dell'atto d'ufficio che ha generato o nel cui contesto si è realizzata la condotta oltraggiosa» (...).**

In altre parole, ai fini della configurabilità della fattispecie, è necessario che l'offesa oltraggiosa coinvolga soggetti - civili o pubblici ufficiali - estranei «alle pubbliche funzioni in corso di svolgimento, atteso che solo in tali condizioni può crearsi il pericolo alla considerazione sociale ed all'autorevolezza della Pubblica Amministrazione».

Pertanto, «allorché le espressioni oltraggiose siano rivolte verso uno, anziché verso tutti i pubblici ufficiali impegnati nel compimento dell'atto d'ufficio "scatenante" la reazione offensiva, non può dirsi prodotta la lesione o la messa in pericolo del bene tutelato dalla incriminazione, cioè che sia lesa o messo a repentaglio il «prestigio» della Pubblica Amministrazione, atteso che in tale situazione, a prescindere dall'aver investito con le offese tutti o soltanto taluno degli operanti, l'agente va in effetti a colpire "la" Pubblica Amministrazione che sta esercitando le proprie funzioni nei suoi riguardi, dunque nella sostanza un unicum, di tal che l'offesa non assume la rilevanza esterna che la "presenza di più persone" e l'offesa al "prestigio" richiedono» (...).

2.2. Proprio muovendo dal principio espresso, possono formularsi ulteriori considerazioni, per definirne la portata.

Invero, al di fuori dell'ipotesi in cui i pubblici ufficiali stiano compiendo il medesimo atto di ufficio, si deve ritenere che la sola circostanza della presenza di plurimi pubblici ufficiali non possa, di per sé, precludere sempre e comunque l'applicabilità della fattispecie in esame, ove si accerti che i soggetti presenti, pur riconducibili alla medesima articolazione della Pubblica Amministrazione, stiano svolgendo, in concreto, funzioni ed atti di natura diversa.

Il bene giuridico del prestigio e dell'onore della Pubblica Amministrazione va, infatti, salvaguardato anche in quelle occasioni in cui l'offesa oltraggiosa sia suscettibile di essere udita e percepita da altri pubblici ufficiali, che svolgono compiti o funzioni diverse da quelle della persona offesa, in quanto la condotta del soggetto agente risulta idonea a compromettere la prestazione del pubblico ufficiale, disturbata da una situazione condizionante e sfavorevole (...), dovendosi ritenere che rispetto all'atto compiuto dalla persona offesa, cui va correlata la tutela apprestata dalla fattispecie penale, altri pubblici ufficiali non direttamente coinvolti nel suo compimento assumano il ruolo di soggetti terzi, ciò che, peraltro, consente di ritenere configurabile il reato in esame anche con riguardo a condotte tenute in ambiti nei quali l'esigenza di tutela è particolarmente avvertita, anche se caratterizzati dalla ridotta e solo occasionale presenza di privati. Occorre, pertanto, precisare che l'elemento discretivo ai fini dell'integrazione della fattispecie deve essere individuato non tanto nell'astratta riconducibilità o meno dei pubblici ufficiali presenti al medesimo apparato amministrativo, ma nel loro coinvolgimento nel compimento della stessa attività in corso al momento della condotta.

Va infine chiarito che, una volta ravvisata la presenza di più persone nel senso indicato, non occorre che sia provata l'effettiva percezione da parte di tutti dell'offesa oltraggiosa, essendo sufficiente, sulla base di un consolidato orientamento interpretativo, la mera possibilità di percepirla (...)."

---

Nota di Marco Misiti

Con la sentenza ora in commento, il giudice di legittimità torna a pronunciarsi sulla controversa fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341-*bis* c.p. La problematica ha ancora una volta avuto ad oggetto la possibilità di inquadrare il pubblico ufficiale - non diretto destinatario dell'offesa - fra le più persone la cui presenza integra elemento costitutivo del reato.

Il caso concreto esaminato nella pronuncia consisteva nelle parole offensive rivolte dall'imputato nei confronti di un appartenente al Corpo di polizia penitenziaria, mentre quest'ultimo scortava il fratello del ricorrente nel locale docce, e pronunciate alla presenza di un ulteriore appartenente al medesimo Corpo.

Una chiara esposizione della predetta questione necessita di una breve premessa circa gli elementi costitutivi del reato di oltraggio a pubblico ufficiale, così come descritti nella nuova formulazione introdotta dalla legge n. 94 del 2009.

La fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale era originariamente vietata e punita dall'art. 341 c.p. La citata disposizione venne abrogata con l'art. 18 della legge n. 205 del 1999, in quanto ritenuta una manifestazione del regime autoritario che diede vita al Codice Rocco[1].

Esigenze di sicurezza e di tutela del buon andamento della Pubblica Amministrazione hanno spinto il legislatore, a una decina d'anni dalla abrogazione e con la legge n. 94 del 2009, a conferire nuovamente rilevanza penale alla condotta di oltraggio a pubblico ufficiale. Tuttavia, le criticità

sperimentate nella vigenza della vecchia formulazione hanno indotto il legislatore a fissare ulteriori condizioni per l'integrazione del reato.

La finalità perseguita dal legislatore con la citata modifica normativa è stata quella di elevare la condotta di oltraggio di cui all'art. 341-*bis* c.p. da un rapporto privato-pubblico ufficiale a quello privato-Pubblica Amministrazione[2].

Innanzitutto, è stato previsto che la condotta debba essere lesiva dell'onore e del prestigio in via cumulativa, e non in via alternativa. Inoltre, l'offesa deve presentare il carattere della pubblicità, ossia la condotta deve avvenire «in luogo pubblico o aperto al pubblico» e «in presenza di più persone».

Le più recenti pronunce[3] della Corte di Cassazione si sono focalizzate su quest'ultimo requisito e, in particolare, in merito al quando e a quali condizioni un pubblico ufficiale possa risultare una delle citate «più persone».

Nel caso in esame, il giudice di legittimità ha innanzitutto evidenziato il linguaggio prescelto dal legislatore: il termine ««persona» utilizzato nell'art. 341-*bis* c.p. ha una portata più ampia del termine civile» e, perciò, può ricomprendere anche un pubblico ufficiale.

Il Collegio giudicante precisa immediatamente che tale pubblico ufficiale, per poter essere effettivamente considerato estraneo alla offesa alla «considerazione sociale e alla autorevolezza della Pubblica Amministrazione», non deve compiere l'atto d'ufficio che ha scatenato la condotta oltraggiosa, né eseguire le «pubbliche funzioni in corso di svolgimento» al momento del fatto.

La citata interpretazione, secondo il giudice di legittimità, è quella più in linea con la portata testuale della disposizione e con l'esigenza di tutela del buon andamento della Pubblica Amministrazione, poiché solo i pubblici ufficiali non direttamente coinvolti nell'atto compiuto possono essere considerati soggetti «terzi» la cui presenza integra il requisito della pubblicità.

Nel caso concreto, il giudice di legittimità ha rilevato che dalla relazione di servizio non risultava che l'agente non destinatario della condotta offensiva fosse intervenuto a supporto della guardia carceraria. Di conseguenza, tale agente poteva essere considerato estraneo alla attività pubblica svolta e, perciò, una delle «più persone» previste dall'art. 341-*bis* c.p.

I principi elaborati nella sentenza annotata sono sicuramente apprezzabili, anche se risultano opportune alcune osservazioni circa i termini impiegati.

Infatti, la pronuncia in esame non chiarisce con esattezza quale sia il criterio da adottare ai fini del giudizio di estraneità. In particolare, in tale sentenza il giudice di legittimità richiama a volte le funzioni svolte dal pubblico ufficiale, a volte l'atto d'ufficio che viene compiuto dal pubblico ufficiale.

In alcune parti della sentenza questi concetti sono anche affiancati. Infatti, il giudice di legittimità afferma che «la presenza di plurimi pubblici ufficiali» non preclude la rilevanza penale del fatto ai sensi dell'art. 341-*bis* c.p., laddove «i soggetti presenti, pur riconducibili alla medesima articolazione della Pubblica Amministrazione, stiano svolgendo, in concreto, funzioni ed atti di natura diversa».

Per quanto la questione possa apparire meramente terminologica, la focalizzazione sul compimento del singolo atto d'ufficio o sulla funzione concretamente svolta può influenzare l'ampiezza del concetto di pubblico ufficiale estraneo all'offesa e, di conseguenza, dell'area del penalmente rilevante.

È innegabile che i termini «funzione» e «atto» acquistano un proprio e diverso significato all'interno della fattispecie descritta nell'art. 341-*bis* c.p.

Infatti, l'atto consiste nel singolo e concreto comportamento realizzato dal pubblico ufficiale o, come si è detto, «l'applicazione puntuale di un potere ad una realtà».

Diversamente, il concetto di funzione consiste, a seconda della definizione che gli si vuole attribuire, nei compiti attribuiti alla Pubblica Amministrazione, nel «rapporto tra una serie [...] di atti e il risultato pratico che essi ottengono» o ancora nella «concretizzazione del potere in un atto[4]».

Banalizzando la distinzione, si può affermare che mentre la funzione indica i poteri attribuiti al pubblico ufficiale, l'atto consiste nella concretizzazione di quel potere in uno specifico comportamento.

Un esempio può meglio sintetizzare i concetti e le problematiche finora elencate. Si pensi al caso in cui tre pubblici ufficiali stiano svolgendo la medesima funzione - per esempio, l'accertamento di infrazioni del Codice della strada su via Belsito - ma solamente uno di essi rediga l'atto di accertamento dell'infrazione che dà adito alla condotta oltraggiosa del privato.

In tale esempio, se si fa riferimento alla funzione svolta, il pubblico ufficiale non può essere considerato estraneo. Se invece si fa riferimento all'atto compiuto, il pubblico ufficiale risulta una delle «più persone» presenti al momento del fatto.

È opportuno precisare che, in via astratta, entrambe le ricostruzioni sono argomentabili e sostenibili.

La prima ricostruzione interpretativa può trovare fondamento nella valorizzazione della fattispecie alla luce del bene giuridico tutelato. Infatti, se si guarda al buon andamento *ex* art. 97 Cost. sotto forma del prestigio della Pubblica Amministrazione, tale bene giuridico subisce una lesione solo se ad assistere alla condotta offensiva sia un pubblico ufficiale che non svolge le funzioni della Pubblica Amministrazione oltraggiata. Non a caso la norma incriminatrice richiede che la condotta sia stata rivolta al pubblico ufficiale «a causa o nell'esercizio delle sue funzioni».

La seconda lettura alternativa, la quale indica l'atto compiuto come criterio di individuazione della estraneità del pubblico ufficiale, mette in evidenza il contesto spazio-temporale in cui si verifica la condotta oltraggiosa. Quest'ultima, infatti, deve avvenire mentre il pubblico ufficiale «compie un atto d'ufficio».

In conclusione, è orientamento ormai in via di cristallizzazione quello per cui il pubblico ufficiale può essere considerato una delle più persone presenti alla condotta oltraggiosa *ex* art. 341-*bis* c.p. Tuttavia, sarebbe più che opportuno un intervento chiarificatore circa il criterio di riferimento da adottare al fine dell'accertamento della sussistenza del requisito della pubblicità.



[1] Sul punto, si rinvia per un approfondimento a S. Prandi, *Il delitto di oltraggio tra evoluzione normativa e pronunce della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, n. 9/2020, 999 ss.

[2] Così S. Braschi, *L'evoluzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale tra offensività e ragionevolezza della tutela penale*, in *Diritto penale e processo*, 1/2022, 89 ss.

[3] In particolare, si segnalano le sentt. Sez. VI, 2 agosto 2021, n. 30136; Sez. VI, 30 marzo 2022, n. 11820; Sez. VI, 02 maggio 2022, n. 17131.

[4] Le affermazioni sono riprese da F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, 118 ss., riedito in *Diritto & Conti*, 1/2021, 244 ss.

# Sulla “erronea qualificazione del fatto” in tema di ricorso per Cassazione contro la sentenza di patteggiamento

Argomento: Applicazione della pena su richiesta delle parti

(Cass. Pen., Sez. II, 11 aprile 2022, n. 13923)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“2. Occorre considerare come la giurisprudenza di legittimità abbia ripetutamente affermato il principio secondo il quale in tema di patteggiamento, l’erronea qualificazione giuridica del fatto, prospettata dalle parti e recepita dal giudice, è materia sottratta alla disponibilità delle parti stesse, con la conseguenza che, sul punto, è ammissibile il ricorso per cassazione (Sez. 4, Sentenza n. 39526 del 17/10/2006, Rv. 235389-01).

Tuttavia, sempre in tale ambito, si è precisato, con principio costante e ribadito anche di recente, che in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti, la possibilità di ricorrere per cassazione deducendo, ai sensi dell’art. 448 c.p.p., comma 2-bis, introdotto dalla L. 23 giugno 2017, n. 103, art. 1, comma 50, l’erronea qualificazione del fatto contenuto in sentenza è limitata ai soli casi di errore manifesto, con conseguente inammissibilità della denuncia di errori valutativi in diritto che non risultino evidenti dal testo del provvedimento impugnato (Sez. 6, Sentenza n. 25617 del 25/06/2020, Rv. 279573-01; Sez. 1, Sentenza n. 15553 del 20/03/2018, Rv. 272619 - 01). La mera lettura della sentenza e del capo d’imputazione allegato, oltre che del verbale di udienza dal quale emerge la formalizzazione dell’accordo intercorso tra le parti, rendono evidente l’assenza di qualsiasi errore manifesto, la mancanza di qualsiasi errore valutativo in diritto direttamente emergente dal testo della motivazione oggetto di censura, proponendo il ricorrente un postumo mero dissenso valutativo certamente non rilevante al fine di allegare l’effettiva ricorrenza di un errore manifesto.

Deve, quindi, essere ancora una volta evidenziato che **ricorre l’erronea qualificazione del fatto contenuto in sentenza solo nei casi in cui tale qualificazione risulti, con indiscussa immediatezza, palesamente eccentrica rispetto al contenuto del capo d’imputazione**, con conseguente inammissibilità dell’impugnazione che denunci errori valutativi in diritto che non risultino evidenti dalla contestazione, anche atteso che la verifica sull’osservanza della previsione contenuta nell’art. 444 c.p.p., comma 2, deve essere condotta esclusivamente sulla base dei capi di imputazione, della succinta motivazione della sentenza e dei motivi dedotti nel ricorso (Sez. 5, n. 33145 del 08/10/2020, Rv. 279842-01)”.

# Responsabilità dell'ente: proporzionalità della misura cautelare e consenso al dissequestro parziale delle somme sottoposte a sequestro preventivo

Argomento: Misure cautelari reali

(Cass. Pen, Sez. VI, 11 aprile 2022, n. 13936)  
Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

“(…) 10.2. La società ricorrente con tale motivo, nel censurare la pronuncia impugnata, ha anche dedotto che l'impossibilità, decretata dalla pronuncia impugnata, di estinguere i debiti tributari sorti nel periodo d'imposta successivo a quello di applicazione della misura cautelare con una provvista rinvenibile dal profitto del reato determinerebbe «conseguenze ultra-sanzionatorie» e, segnatamente, un «carico sanzionatorio superiore al profitto del reato».

Nell'atto di appello formulato ai sensi dell'art. 322-bis cod. proc. pen. la (OMISSIS) S.r.l. ha, infatti, rilevato che il mancato pagamento delle imposte comporterebbe l'irrogazione di sanzioni amministrative e interessi di mora, che traducendosi nell'anticipazione degli effetti della condanna definitiva, potrebbero rivelarsi esiziali per la continuità della propria attività economica, rischiando di pregiudicare anche le ragioni creditorie dell'erario.

10.3. La giurisprudenza di legittimità si è, invero, espressa sul tema nella distinta fattispecie della responsabilità delle persone fisiche per i reati tributari e ha ritenuto che non sia consentito lo svincolo delle somme sottoposte a sequestro preventivo a fine di confisca per pagare il debito tributario, richiedendo che l'adempimento dello stesso avvenga con moneta diversa (...).

11. Nella disciplina della responsabilità da reato dell'ente, nessuna disposizione contempla espressamente la possibilità di consentire lo svincolo parziale delle somme sequestrate a fini di confisca per pagare le imposte sui redditi illecitamente lucrati a mezzo della commissione del reato presupposto.

Ritiene, tuttavia, il Collegio, che, nel silenzio del d.lgs. n. 231 del 2001, il dissequestro parziale delle somme in sequestro per pagare il debito tributario debba essere consentito, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata del principio di proporzionalità della misura cautelare, là dove si renda necessario al fine di evitare, per effetto dell'applicazione del sequestro preventivo e dell'inderogabile incidenza dell'obbligo tributario, la cessazione definitiva dell'esercizio dell'attività dell'ente prima della definizione del processo.

In tali casi, infatti, il sequestro finalizzato alla confisca assolverebbe non solo la propria lecita funzione di apprensione del prezzo o del profitto illecitamente lucrato ai fini della successiva ablazione, ma determinerebbe anche un'esasperata compressione della libertà di esercizio dell'attività d'impresa (art. 41 Cost., art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea), del diritto di proprietà (art. 42 Cost., art. 1 del Prot. n. 1 CEDU), del diritto al lavoro (art. 4 Cost., art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea), mettendo a rischio la stessa esistenza giuridica dell'ente.

Il sequestro finalizzato alla confisca si tradurrebbe, infatti, in una forma di interdizione definitiva dall'attività di cui all'art. 16, terzo comma, del d.lgs. n. 231 del 2001, operante già in sede cautelare e indipendentemente da una affermazione definitiva di responsabilità dell'ente.

In tal modo verrebbero a sovrapporsi indebitamente gli effetti di misure cautelari che, nella trama sistematica del decreto legislativo n. 231 del 2001, sono strutturalmente e funzionalmente distinte: quali il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, di cui all'art. 53, e l'interdizione dall'esercizio dell'attività di cui agli artt. 9, secondo comma, lett. a), e 45 del d. lgs. n. 231 del 2001. (...)

12. Nella sussistenza delle condizioni predette, dunque, il sequestro preventivo violerebbe il canone di proporzionalità sancito, anche in riferimento alle misure cautelari reali, dell'art. 275 cod. proc. pen. (...) e a livello sovranazionale dal diritto dell'Unione (art. 5, par. 3 e 4, TUE, art. 49, par. 3, e art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali) e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretata dalla Corte Edu, e che assolve «ad una funzione strumentale per un'adeguata tutela dei diritti individuali in ambito processuale penale, e ad una funzione finalistica, come parametro per verificare la giustizia della soluzione presa nel caso concreto» (...).

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, del resto, hanno recentemente affermato che «ogni misura cautelare, per dirsi proporzionata all'obiettivo da perseguire, dovrebbe richiedere che ogni interferenza con il pacifico godimento dei beni trovi un giusto equilibrio tra i divergenti interessi in gioco (...).

13. L'art. 46, secondo comma, del d.lgs. n. 231 del 2001, inoltre, espressamente sancisce che «ogni misura cautelare deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all'ente».

14. Con riferimento al sequestro preventivo finalizzato alla confisca, inoltre, il canone di proporzionalità non esaurisce il suo rilievo nel divieto di attingere beni di valore superiore al profitto confiscabile stimato (...), ma impone al giudice di modulare il vincolo in modo che lo stesso, pur conforme agli scopi previsti dal legislatore, non determini un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica dell'ente attinto dal vincolo reale, eccedendo quanto strettamente necessario rispetto al fine perseguito.

La legittima finalità di garantire, in attesa della definizione del processo di merito, l'esecuzione della confisca mediante il sequestro del profitto del reato non deve eccedere quanto strettamente necessario rispetto al fine perseguito e deve, dunque, essere realizzata in forme che, pur garantendone l'effettività, si rivelino adeguate alla tutela di altri diritti di rilievo costituzionale meritevoli di protezione e il cui esercizio non pregiudichi le esigenze cautelari perseguite.

15. Ritiene, dunque, il Collegio che, in attuazione del principio di proporzionalità della misura cautelare, il giudice possa autorizzare il dissequestro parziale delle somme sottoposte a sequestro preventivo finalizzato alla confisca per consentire all'ente di pagare le imposte dovute sulle medesime quale profitto di attività illecite, quando l'entità del vincolo reale disposto, pur legittimamente determinato in misura corrispondente al prezzo o al profitto del reato rischi di determinare, anche in ragione dell'incidenza dell'obbligo tributario, già prima della definizione del processo, la cessazione definitiva dell'esercizio dell'attività dell'ente.

In tali specifici casi lo svincolo parziale delle somme sequestrate deve ritenersi ammesso alla stringente condizione della dimostrazione di un sequestro finalizzato alla confisca che, nella sua concreta dimensione afflittiva, metta in pericolo la operatività corrente e, dunque, la sussistenza stessa del soggetto economico e al solo limitato fine di pagare il debito tributario, con vincolo espresso di destinazione e pagamento in forme "controllate".

16. Non paiono, del resto, sussistere preclusioni espresse o di ordine sistematico a questa evenienza, peraltro imposta dalla necessità di dare attuazione concreta al valore costituzionale del principio di proporzionalità delle misure cautelari.

Il sequestro preventivo nel sistema della responsabilità da reato dell'ente, infatti, deve essere disposto ed eseguito non solo in osservanza al canone di proporzionalità di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 231 del 2001, ma deve consentire «la continuità» nell'operatività economica dell'ente. (...)”

---

Nota di Marco Misiti

Con la sentenza n. 13936 del 2022, la Sesta Sezione penale della Corte di Cassazione ha elaborato una soluzione innovativa, volta a scongiurare la minaccia di una definitiva cessazione dell'attività economica svolta da enti destinatari della normativa di cui al d.lgs. n. 231 del 2001. Una minaccia che trova la propria fonte nella permanenza degli effetti di una misura cautelare reale.

Il caso in esame sfiora plurime e complesse tematiche, quali: il principio di proporzionalità nella materia delle misure cautelari; l'imponibilità dei proventi da fatti illeciti e, quindi, anche da reato; l'interrelazione tra oneri tributari e misure reali.

Anticipando il principio di diritto elaborato dalla Suprema Corte, il giudice di legittimità ha affermato la legittimità della revoca parziale del sequestro disposto ex art. 53 d.lgs. n. 231 del 2001 qualora, in assenza di ulteriori alternative, il richiedente il dissequestro si impegni a utilizzare tali risorse per l'assolvimento di oneri tributari.

Il caso sottoposto all'esame della Sesta Sezione atteneva ad una ipotesi di traffico di influenze illecite, presuntivamente commesse dai rappresentanti legali di una società nell'interesse della stessa. Nel corso del procedimento penale, il Giudice per le indagini preliminari aveva disposto il sequestro preventivo ai fini di confisca dei saldi attivi intestati alla società e delle polizze assicurative, per un ammontare complessivo di circa 70 milioni di euro.

Il difensore dell'ente aveva avanzato istanza di dissequestro parziale, poiché la società necessitava di risorse economiche, non altrimenti ottenibili, per l'adempimento degli oneri tributari relativi al provento del citato reato.

Così fissate le coordinate del caso concreto, è opportuno richiamare e approfondire la normativa rilevante per la risoluzione della questione. In particolare, l'attenzione deve focalizzarsi sulle condizioni per la imponibilità dei proventi illeciti e sui tratti essenziali della normativa 231.

È ormai dato consolidato in giurisprudenza il fatto che anche i proventi da reato costituiscano reddito tassabile, ai sensi dell'art. 14, comma 4, legge n. 537 del 1993. Il presupposto necessario per la imponibilità di tali ricchezze è che l'autore del reato ne abbia avuto la effettiva disponibilità.

In ragione di tale condizione, la giurisprudenza ha precisato che non si dà luogo alla tassabilità dei profitti illecitamente ottenuti nel caso in cui questi ultimi, nello stesso periodo di imposta in cui sono maturati, siano stati oggetto di sequestro o confisca[1].

Nel caso concreto, il destinatario del provvedimento ablatorio era un ente destinatario del d.lgs. n. 231 del 2001. La citata normativa effettua un continuo bilanciamento tra esigenze repressive e la finalità di assicurare la prevenzione di futuri illeciti e la continuità dell'attività economica.

Le coordinate così fissate permettono di affrontare le complesse questioni risolte nella sentenza ora in commento.

Nel caso concreto, il ricorrente lamentava la possibilità che la persistenza della misura del sequestro preventivo, privando l'ente della quasi totalità delle proprie risorse economiche, impedisse alla società l'adempimento degli oneri tributari, con tutte le conseguenze sul piano sanzionatorio per il ritardato pagamento del debito fiscale.

Al fine di escludere tale pericolo, la Corte di Cassazione ha elaborato una soluzione che garantisce un perfetto equilibrio tra tutte le esigenze in gioco. Infatti, solo in tal modo, come già precisato da una pronuncia a Sezioni unite, una misura cautelare può dirsi effettivamente «proporzionata all'obiettivo da perseguire[2]».

Invero, se da un lato bisogna garantire la «apprensione del prezzo o del profitto illecitamente lucrato ai fini della successiva ablazione» - funzione assolta dal sequestro preventivo ai fini di confisca - dall'altro lato bisogna anche assicurare la tutela «della libertà di esercizio dell'attività d'impresa (art. 41 Cost., art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea), del diritto di proprietà (art. 42 Cost., art. 1 del Prot. n. 1 CEDU), del diritto al lavoro (art. 4 Cost., art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea)» così come bisogna evitare di «[mettere] a rischio la stessa esistenza giuridica dell'ente».

D'altronde, il principio di proporzionalità «non esaurisce il suo rilievo nel divieto di attingere beni di valore superiore al profitto confiscabile stimato», ma anzi impone al giudice di vigilare che, al di là della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, la misura cautelare reale «non determini un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica dell'ente attinto dal vincolo reale, eccedendo quanto strettamente necessario rispetto al fine perseguito».

Secondo il giudice di legittimità, tale soluzione è pienamente aderente alle finalità perseguite dal legislatore nella disciplina della responsabilità amministrativa da reato dell'ente. Una affermazione pienamente condivisibile, poiché l'esigenza di garantire la continuità aziendale emerge - oltre che dall'art. 53, indicato dalla Suprema Corte - anche dagli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 231 del 2001.

Il principio di diritto elaborato nella sentenza rappresenta una novità assoluta nel panorama delle misure cautelari reali.

Difatti, la Suprema Corte ha riconosciuto la possibilità di disporre il dissequestro per questioni attinenti alla continuità dell'attività economica, profilo questo che prescinde dalle ordinarie dinamiche delle misure cautelari legate alla gravità indiziaria e alle esigenze cautelari.

La portata innovativa emerge anche mediante l'accostamento tra la soluzione ora in esame e la situazione attuale in materia di sequestro di risorse economiche provento di reati tributari.

Infatti, con riferimento a quest'ultimo ambito, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che non sussiste alcun potere in capo al giudice di disporre il dissequestro delle somme di denaro, sottoposte a vincolo per un importo pari alle imposte evase, per permettere al richiedente di adempiere ai propri oneri tributari[3].

Tra l'altro, la Suprema Corte ha dimostrato di tenere conto non solo di quanto astrattamente previsto dalle norme, ma anche di quanto concerne le concrete dinamiche dell'impresa.

Infatti, la normativa contenuta nel d.lgs. n. 231 del 2001 prevede forme di attenuazione o sospensione della efficacia delle misure cautelari solamente in riferimento a quelle interdittive.

Nulla toglie però, come precisato da più Autori[4], che anche le misure cautelari aventi natura reale possono pregiudicare l'operatività di un'attività economica, privando l'ente delle risorse necessarie per garantire la continuità aziendale.

Infatti, bisogna notare che le misure cautelari reali di cui al d.lgs. 231 del 2001 trovano applicazione rispetto a qualsiasi illecito presupposto, mentre le misure cautelari interdittive necessitano di una espressa previsione nella parte speciale del citato decreto[5].

Inoltre, come sostenuto dai ricorrenti nel caso in esame, la privazione di risorse economiche dell'ente può in alcuni casi trascendere la provvisorietà delle esigenze cautelari e causare invece la definitiva cessazione dell'impresa.

Le affermazioni appena svolte acquistano maggiore pregnanza, se solo si considera la nozione di profitto accolta dalla giurisprudenza di legittimità.

Infatti, se è vero che l'utilità conseguita dal danneggiato non può essere considerata come vantaggio e, quindi, come profitto confiscabile, tuttavia, si è anche detto che il profitto confiscabile non può essere individuato ricorrendo a criteri economici[6].

L'individuazione del profitto confiscabile, perciò, prescinde da eventuali oneri tributari che l'imputato debba adempiere in relazione agli illeciti proventi ottenuti.

L'attenzione mostrata dal giudice di legittimità per le esigenze concrete degli enti non cede però il passo a un atteggiamento eccessivamente indulgente.

Infatti, la sentenza ora in esame precisa che non basta presentare una istanza di dissequestro sostenuta da affermazioni assertive. Anzi, è necessaria la «dimostrazione» che il sequestro, «nella sua concreta dimensione afflittiva, metta in pericolo la operatività corrente e, dunque, la sussistenza stessa del soggetto economico».

Se i principi espressi nella sentenza ora in esame sono senza alcun dubbio degni di lode, tuttavia bisogna notare che la portata innovativa della pronuncia risulta smussata dal peculiare contesto del caso concreto.

Infatti, la Suprema Corte ha sottolineato il principio ispiratore della propria decisione, ossia la volontà di evitare la definitiva cessazione dell'attività economica di una società o, come è stata anche definita, «l'enticidio[7]».

Di conseguenza, non sembra che il citato principio possa essere esteso a settori diversi e ulteriori rispetto a quello della responsabilità amministrativa da reato degli enti.

[1] Per un approfondimento sul punto, si rinvia a D. Irollo, *La tassazione dei proventi dell'illecito nell'esegesi del disposto di cui all'art. 14, comma 4, legge 537/1993*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2001, 33 e ss.

[2] Così Cass. pen., Sez. U, 27 luglio 2018, n. 36072.

[3] Tra molte, si veda Cass. pen., Sez. 3, 13 maggio 2020 n. 14738.

[4] Si veda sul punto, in commento alla sentenza ora annotata, C. Santoriello, *Si allo svincolo parziale delle somme sequestrate per consentire all'ente di pagare le imposte*, in *Ilpenalista.it* e, più in generale, E. Mezzetti, *L'enticidio*, cit., 137 ss.

[5] Sul punto, si rinvia a S. Pizzotti, *Le misure cautelari previste dal d.lgs. n. 231/2001, Parte II*, in *Resp. civ. e prev.*, 2/2009, 445 s.

[6] Così è stato affermato da Cass. pen., Sez. U, 2 luglio 2008, n. 26654.

[7] Così si esprime E. Mezzetti, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una categoria per l'azienda da evitare*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2018, 133 ss.

# HIV: il nesso di causalità al vaglio della Cassazione, quando la vittima sia indotta a rifiutare le terapie antiretrovirali

Argomento: Del reato consumato e tentato

(Cass. Pen., Sez. I, 14 aprile 2022, n. 14560)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2.1. (...) “L’AIDS non è una malattia, è una sindrome da immunodeficienza acquisita. È l’immunodeficienza causata dal virus HIV che fa sì che si sviluppino le infezioni opportunistiche”. L’infezione da HIV determina un progressivo deterioramento dei linfociti CD4 i quali, una volta raggiunti valori inferiori a 200 cellule/microlitro, portano allo sviluppo di patologie AIDS definenti. Ciò porta a concludere che l’assunzione retrovirale sia l’unico metodo scientificamente riconosciuto per invertire questa tendenza.

Se, quindi, la trasmissione del virus HIV da un soggetto ad un altro integra - se volontaria - il delitto di lesioni personali gravissime, in quanto cagiona alla vittima una malattia certamente o probabilmente insanabile (non è possibile, infatti, guarire dall’infezione HIV, ma solo operare sugli effetti che tale infezione produce), tale trasmissione non determina sicuramente la morte del soggetto infettato, in quanto la medicina ha sviluppato le terapie che impediscono o ritardano il deterioramento dei linfociti e, quindi, la comparsa di patologie AIDS definenti; a loro volta, tali patologie possono essere combattute con altre terapie (...). In altre parole, a seguito della trasmissione del virus, la (...) sarebbe rimasta certamente (alla luce delle conoscenze attuali) infetta per tutta la vita ma non era affatto certo che tale malattia l’avrebbe portata a morte. (...)

2.2. Tenendo conto di questo quadro, si deve prendere atto che nel capo B dell’imputazione, relativo all’omicidio volontario di (...), vengono menzionate due diverse condotte dell’imputato: quella di avere intrattenuto rapporti sessuali non protetti con la vittima senza comunicarle il proprio stato di sieropositività, così provocandone la infezione da HIV, e quella di avere indotto la (...) a non sottoporsi ad alcun tipo di cura per l’infezione contratta, così facilitando la comparsa di una patologia oncologica AIDS definente e il suo sviluppo fino all’esito letale.

Si tratta di condotte che hanno natura differente, anche sotto il profilo giuridico: la trasmissione del virus a seguito di rapporti sessuali non protetti è una condotta istantanea, che si consuma in un momento determinato (anche se può essere impossibile individuarlo con precisione), mentre l’induzione a non sottoporsi alle terapie è una condotta tendenzialmente permanente, che era proseguita, secondo la ricostruzione adottata dai giudici del merito, per diversi anni. (...)

2.3. A ben vedere, le due condotte non possono essere ritenute equivalenti e concorrenti nel produrre la morte della (...), vale a dire ai fini della verifica del nesso di causalità con la morte. (...).

L’infezione HIV, inguaribile e potenzialmente letale se non trattata, conseguì ai rapporti sessuali non protetti; la morte della (...) fu, quindi, conseguenza di tali rapporti sessuali che produssero l’infezione che, a sua volta, determinò l’insorgere di una patologia AIDS definente, risultata letale (art. 40 c.p., comma 1). Il nesso di causalità tra i rapporti sessuali non protetti e la morte della (...)



è oggettivo e, per affermarne la sussistenza, non è necessario utilizzare l'art. 40 c.p., comma 2, richiamando un obbligo per (...) di impedire l'evento, informando il partner della propria sieropositività: quei rapporti sessuali, secondo le conoscenze scientifiche, produssero la trasmissione del virus dell'HIV da (...) alla (...) (non essendo stata ipotizzata una causa differente di infezione) e, quindi, furono condicio sine qua non della sua morte perché la (...), se non fosse stata infetta dal virus dell'HIV, non avrebbe contratto il linfoma che ne provocò la morte.

La conoscenza da parte di (...) della propria sieropositività e la mancata informazione alla (...) della stessa non riguardano, quindi, il tema del nesso di causalità tra condotta ed evento letale ma attengono all'ambito dell'elemento soggettivo del reato. Si deve ricordare che l'accertamento del nesso di causalità tra condotta ed evento deve essere condotto su base totalmente oggettiva, con un giudizio ex post, mediante il procedimento cd. di eliminazione mentale, e va tenuto ben distinto rispetto alla diversa e successiva indagine sull'elemento soggettivo del reato che deve essere valutato, invece, con giudizio ex ante, alla stregua delle conoscenze del soggetto agente (...).

2.4. (...) [Q]uanto avvenuto successivamente al prodursi dell'infezione può rilevare soltanto se fa emergere cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento e tali da escludere il nesso di causalità (art. 41 c.p., comma 2).

La questione del rifiuto delle terapie antiretrovirali e, successivamente, della chemioterapia da parte della (...) riguarda questo ambito. (...)

Come sottolinea correttamente il ricorrente, mentre il Giudice di primo grado aveva fatto riferimento ad una condizione di costrizione della (...) da parte di (...) ("L'imputato ha contribuito al meccanismo causale produttivo dell'evento lesivo attraverso un prolungato comportamento volto ad indurre e, nella sostanza, a costringere la compagna ad interrompere la terapia antiretrovirale"), in tale punto è stato corretto dalla Corte territoriale che, al contrario, menziona un "condizionamento decisivo" integrante la "induzione" contestata nel capo di imputazione. (...)

La distinzione tra "coercizione" e "induzione" (o, per usare l'espressione della Corte territoriale, "condizionamento decisivo") non è affatto irrilevante: se, infatti, vi è stata coercizione si può affermare che il consenso o il rifiuto delle terapie sono apparenti ma in realtà inefficaci, perché non espressive della volontà del paziente; se, invece, esiste un mero condizionamento del paziente da parte di un terzo, non può essere elusa la questione dell'interruzione del nesso causale tra condotta e decesso conseguente al rifiuto delle terapie salvavita da parte del paziente.

2.5. D'altro canto, la condotta dell'imputato negli anni successivi all'infezione della (...) non può nemmeno essere valutata secondo la previsione dell'art. 40 c.p., comma 2: (...) non aveva un obbligo giuridico o, comunque, giuridicamente rilevante, di impedire la morte della (...) costringendola a curarsi; tale obbligo sarebbe potuto derivare soltanto da una incapacità legale della donna e dalla nomina di (...) come tutore o amministratore di sostegno: ma, come osserva la Corte territoriale, l'imputato non aveva alcuna posizione di garanzia della compagna che era pienamente capace di intendere e di volere.

2.6. Resta da risolvere, quindi, il tema della possibilità di attribuire al rifiuto di terapie salvavita da parte della paziente la portata giuridica di serie causale autonoma da sola sufficiente a determinare l'evento morte. (...)

In una recente sentenza, la Corte ha affermato che costituisce causa sopravvenuta sufficiente a determinare l'evento e ad interrompere il nesso causale, la volontaria e consapevole esposizione al pericolo da parte della vittima, pienamente capace di intendere e di volere, allorché l'agente non possa influire su tale scelta (...). Benchè si tratti di fattispecie del tutto estranea al tema del rifiuto di terapia (...), essa pone con decisione il tema della volontà della vittima e della sua capacità di intendere e di volere. (...)

In tale pronuncia viene sancito il principio di "libera autodeterminazione della vittima" che "impone di considerare l'evento come effetto della scelta da parte di un soggetto, che esclude la riferibilità anche ad altro agente" in quanto "la decisione di autoesporre al pericolo... oltrepassa la condotta del primo agente esonerandolo in linea di principio dall'accollo dell'evento".

La Corte chiarisce che "non si può imputare ad un individuo le conseguenze di un gesto assunto da un terzo in piena coscienza e volontà e sul quale non si può influire", arrivando a stabilire che "quando si postula una governabilità della scelta della vittima si fa riferimento alla libera determinazione della stessa nelle condizioni date".

2.7. Si deve, tuttavia, escludere che il rifiuto di terapie salvavita da parte della paziente - avevano tale natura sia le terapie antiretrovirali, sia la chemioterapia integri una causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare la morte.

In effetti, tale rifiuto potrebbe inquadrarsi nell'ipotesi di un processo causale non completamente avulso dall'antecedente, ma caratterizzato da un percorso causale completamente atipico, di carattere assolutamente anomalo ed eccezionale: ma risulta mancante proprio la natura anomala ed eccezionale. (...)

3.5. In definitiva, il motivo è infondato: è indubbio che fu (...) a trasmettere alla (...) il virus HIV in conseguenza dei rapporti sessuali non protetti ripetutamente intrattenuti con lei nel 2009; all'epoca (...) era consapevole di essere sieropositivo e di essere in grado di trasmettere il virus, avendo saputo di averlo già fatto pochi mesi prima con la (...) e la (...), tacque tale circostanza alla (...) che, quindi, si rese disponibile ai rapporti sessuali non protetti.

Il nesso di causalità tra la condotta del 2009 e la morte della (...) non venne interrotto dal rifiuto della donna di assumere terapie antiretrovirali e di sottoporsi alla chemioterapia; scelta che, comunque, (...) sollecitò. (...)"

---

Nota di Giorgia Fucito

Con la sentenza in commento, i giudici della I Sezione penale della Corte di Cassazione hanno affermato un importante principio di diritto nell'ambito della responsabilità penale da contagio per HIV, aggiungendo un ulteriore tassello al dibattuto tema relativo al rapporto di causalità tra condotta ed evento.

Più precisamente, la Suprema Corte è stata chiamata a chiarire se il rifiuto della vittima, contagiata dal *virus* HIV, di sottoporsi alle terapie salvavita, perché indotta dal *partner*, sia idoneo ad interrompere il nesso di causalità tra la condotta dell'agente, che trasmette l'infezione, e l'evento morte della persona offesa, ai sensi dell'art. 41, cpv., c.p.

La vicenda da cui origina la pronuncia in esame vedeva come imputato un uomo affetto da HIV che, consapevole del suo stato di sieropositività, aveva intrattenuto diversi rapporti sessuali con l'allora compagna, senza renderla edotta circa la propria contagiosità, e senza adottare alcuna protezione.

In tal modo infettava la donna e ne cagionava il decesso, *intervenuto per complicazioni infettive di un linfoma non Hodgkin B a grandi cellule, patologia oncologica AIDS definente*, riferibile all'immunodepressione determinata dall'infezione contratta e non trattata. Infatti, la vittima, anche su induzione dell'imputato, aveva deciso di non sottoporsi alle terapie antiretrovirali, facilitando il decorso della malattia.

L'imputato, condannato dalla sentenza di appello per omicidio volontario, proponeva ricorso per Cassazione, adducendo che la decisione della vittima di non seguire la profilassi consigliata dai sanitari costituisse causa sopravvenuta idonea ad interrompere il nesso di causalità, ai sensi dell'art. 41, co. 2, c.p., tra la condotta dell'agente e la morte della vittima.

Prima di affrontare la specifica questione sollevata dalla difesa, il Collegio evidenzia come il capo di imputazione relativo all'omicidio volontario contenga due distinte condotte. Infatti, veniva contestato al prevenuto, da un lato, il fatto di aver consumato rapporti sessuali non protetti con l'allora compagna, tacendo sul proprio stato di salute e, dall'altro, quello di averla indotta a non sottoporsi alle cure per l'infezione contratta, *così facilitando la comparsa di una patologia oncologica AIDS definente ed il suo sviluppo fino all'esito letale*.

La prima, precisa la Corte, è una condotta istantanea, che si consuma in un momento determinato. Al contrario, l'induzione a rifiutare le terapie salvavita è un comportamento permanente protrattosi, secondo la ricostruzione accolta dai giudici del merito, per diversi anni.

Pertanto, le due condotte non possono essere ritenute equivalenti e concorrenti, sotto un profilo causale, nella produzione dell'evento nefasto.

Invero, lo stesso capo di imputazione riconduce la morte della vittima ai rapporti sessuali non protetti, mentre descrive l'ulteriore condotta induttiva dell'imputato senza riferirla causalmente all'evento letale[1].

Tale impostazione viene condivisa dai giudici di legittimità, i quali chiariscono che *l'infezione da HIV, inguaribile e potenzialmente letale se non trattata, conseguì ai rapporti sessuali non protetti; la morte [della vittima] fu, quindi, conseguenza di tali rapporti sessuali che produssero l'infezione che, a sua volta, determinò l'insorgere di una patologia AIDS definente, risultata letale*.

Dopo aver accertato, attraverso il c.d. procedimento di eliminazione mentale, che i rapporti sessuali furono *condicio sine qua non* della morte della vittima, il Collegio ritiene che le circostanze intervenute in seguito al contagio possano assumere rilevanza solo nel caso in cui abbiano integrato cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento *ex art. 41, co. 2, c.p.*

Appare allora evidente come la questione sollevata dalla difesa, relativa al rifiuto delle terapie salvavita da parte della donna, debba essere analizzata in tale prospettiva.

Al riguardo, nel contestare l'esistenza del rapporto di causalità tra la condotta dell'imputato e la morte della vittima, il ricorrente valorizza la libera determinazione della donna nelle proprie scelte terapeutiche; scelte, queste, che avrebbero integrato un contributo causale autonomo da solo sufficiente a determinare l'evento.

Sul punto, occorre precisare che la Corte territoriale aveva ritenuto che il condizionamento esercitato dall'imputato nei confronti della donna avesse integrato, non una forma di costrizione – come invece sostenuto dal giudice di primo grado –, bensì una mera induzione.

In merito, il Collegio chiarisce che la distinzione tra i due concetti non risulta affatto secondaria. Invero, nella costrizione, le pressioni esercitate dall'agente si caratterizzano per privare il soggetto passivo della propria libertà di autodeterminazione, tanto da rendere inefficaci le sue manifestazioni di volontà.

Al contrario, l'induzione presuppone forme di insistenza meno pregnanti, tali cioè *da lasciare un margine di scelta al destinatario della pretesa*.

Tanto premesso, sussistendo nel caso di specie *un mero condizionamento del paziente da parte del terzo*, la Corte ritiene ineludibile la questione relativa all'interruzione del nesso eziologico tra condotta e decesso conseguente al rifiuto delle cure salvavita da parte della donna.

Preliminarmente, occorre evidenziare come la questione relativa all'interpretazione dell'art. 41, cpv., c.p. rappresenti uno degli argomenti più discussi della causalità penale.

La formulazione letterale della norma citata, nello stabilire che le cause sopravvenute sufficienti a produrre l'evento escludono il rapporto di causalità, sembra riferirsi ad una serie causale del tutto autonoma rispetto alla precedente azione del soggetto agente.

Tuttavia, una simile lettura finisce per ridurre la disposizione in esame ad un mero duplicato di quanto già desumibile dall'applicazione del principio condizionalistico recepito dall'art. 40, co. 1, c.p.

Per tale ragione, l'orientamento attualmente dominante, in ossequio al principio di conservazione delle norme, ritiene che l'art. 41, cpv., c.p., rappresenti un correttivo alla teoria della *condicio sine qua non*, diretto a scongiurare l'eccessiva dilatazione dell'area di punibilità che deriverebbe da una sua rigida applicazione.

Più in particolare, come precisa anche la sentenza in commento, la giurisprudenza di legittimità è ormai sufficientemente consolidata nel ritenere che la disposizione in esame si riferisca *non solo al caso di un processo causale del tutto autonomo, ma anche a quello di un processo non completamente avulso dall'antecedente, ma caratterizzato da un percorso completamente atipico, di carattere assolutamente anomalo ed eccezionale, ossia di un evento che non si verifica se non in casi del tutto imprevedibili a seguito della causa presupposta.*

Il Collegio, nel ripercorrere gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza sull'art. 41, cpv., c.p., rammenta alcuni recenti arresti della Suprema Corte in cui i giudici hanno affermato che la volontaria e consapevole autoesposizione della vittima al pericolo, quando l'agente non possa influire su tale decisione, rappresenti un fattore autonomo e determinante dell'evento[2].

Implicitamente, la Corte sembra escludere l'applicabilità di una simile soluzione al caso di specie, tenuto conto del fatto che tale prospettiva presuppone una decisione della vittima libera e scevra da condizionamenti, che impedisce di *imputare ad un individuo le conseguenze di un gesto assunto da un terzo in piena coscienza e volontà e sul quale non si può influire*[3].

Pertanto, la Corte si interroga sulla possibilità di ricondurre, ai fini dell'art. 41, co. 2, c.p., il rifiuto della donna di sottoporsi alle cure salvavita all'ipotesi di un fattore sopravvenuto che, inserendosi nella serie causale attivata dalla condotta dell'agente, ne determini uno sviluppo atipico ed eccezionale.

Al riguardo, i giudici di legittimità ritengono che, nel caso di specie, manchi proprio il carattere dell'eccezionalità.

Invero, sebbene possa apparire anomala la decisione del soggetto, affetto da una malattia incurabile, di non seguire le terapie prescritte dai sanitari per impedire la degenerazione della patologia sino all'esito mortale, tale valutazione di eccezionalità non avrebbe, secondo la Corte, *natura giuridica.*

Ciò in quanto il diritto del paziente di rifiutare le terapie, anche quelle salvavita, trova attualmente positivo riconoscimento nella L. 219/2017, recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento".

Infatti, l'art. 1, co. 5, della citata legge, dopo aver sancito che ogni persona capace di agire può rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia, estende espressamente la validità di un simile rifiuto anche al caso in cui i trattamenti sanitari proposti al paziente risultino indispensabili per la sua sopravvivenza.

In altri termini, alla luce del quadro normativo di riferimento, la Corte esclude che il rifiuto del paziente di seguire terapie salvavita possa essere considerato una scelta anomala ed eccezionale.

Al contrario, sulla base della legislazione vigente, tale decisione rappresenta *uno dei possibili esiti ordinari della proposta di una terapia conseguente all'insorgere di una patologia potenzialmente letale*.

In definitiva, la sentenza esaminata, pur collocandosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità, se ne discosta laddove, ai fini dell'art. 41, co. 2, c.p., esclude l'eccezionalità del fattore sopravvenuto riferendosi, non già all'*id quod plerumque accidit*, bensì ad una "possibilità giuridica", ovvero ad un concetto di possibilità desunto dalla previsione normativa che legittima il rifiuto di curarsi.

[1] *"inducendola altresì a non sottoporsi ad alcun tipo di cura per l'infezione contratta"*.

[2] Cfr. *ex multis*, Cass., IV Sez. pen., n. 5898/2019.

[3] Così Cass., IV Sez. pen., n. 36920/2014.

# Ricettazione: l'abrogazione del delitto presupposto non esclude la sussistenza del reato

Argomento: Dei delitti contro il patrimonio mediante frode

(Cass. Pen., Sez. II, 21 aprile 2022, n. 15451)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1.1 E' manifestamente infondato il primo motivo, con cui il ricorrente ha dedotto che l'abrogazione del delitto presupposto, pur se successiva ai fatti, dovrebbe determinare l'insussistenza della ricettazione.

Al riguardo deve osservarsi che questa Corte (...) ha già affermato che la ricettazione di un bene, proveniente dal reato presupposto di cui all'art. 647 cod. pen., conserva rilevanza penale anche dopo la depenalizzazione, ad opera del D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, del reato di appropriazione di cosa smarrita, atteso che nella ricettazione la provenienza da delitto dell'oggetto materiale del reato è elemento definito da norma esterna alla fattispecie incriminatrice, per cui l'eventuale abrogazione di tale norma non assume rilievo ai sensi dell'art. 2 cod. pen., dovendo la rilevanza penale del fatto essere valutata con esclusivo riferimento al momento in cui ha avuto luogo la condotta tipica di ricezione della cosa.

Siffatto principio, enunciato con specifico riferimento alla ricettazione di un assegno, proveniente dal reato presupposto di cui all'art. 647 cod. pen., è stato ribadito anche da ultimo con riguardo a un diverso delitto presupposto ma con argomentazioni valedoli anche nel caso in esame. Si è affermato, infatti, che la ricettazione di un assegno bancario con clausola di non trasferibilità, oggetto di falsificazione, conserva rilevanza penale anche dopo la depenalizzazione, ad opera del D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, del presupposto reato di falso in scrittura privata, atteso che nella ricettazione la provenienza da delitto dell'oggetto materiale del reato è elemento definito da norma esterna alla fattispecie incriminatrice, per cui l'eventuale abrogazione di tale norma non assume rilievo ai sensi dell'art. 2 cod. pen., dovendo la rilevanza penale del fatto essere valutata con esclusivo riferimento al momento in cui ha avuto luogo la condotta tipica di ricezione della cosa (...).

1.2 Il secondo motivo non è consentito nella parte in cui sollecita una diversa valutazione delle prove, poste a fondamento dell'affermazione della responsabilità, ed è manifestamente infondato nel resto.

La Corte d'appello, sulla base degli elementi acquisiti "e in considerazione anche di una versione lacunosa e priva di consistenza offerta in sede di indagini dall'imputato", ha ritenuto provata la ricettazione.

Deve rilevarsi che questa Corte (...) è costante nel ritenere che, ai fini della configurabilità del reato di ricettazione, ferma la sufficienza, ai fini della prova dell'elemento materiale del reato, della disponibilità della res furtiva, la prova dell'elemento soggettivo può essere raggiunta anche sulla base dell'omessa o non attendibile indicazione della provenienza della cosa ricevuta, la quale è sicuramente rivelatrice della volontà di occultamento, logicamente spiegabile con un acquisto in mala fede.

Siffatto consolidato indirizzo ermeneutico non costituisce una deroga ai consueti principi in tema di utilizzabilità delle prove e di onere della prova ma prende atto che la fattispecie incriminatrice non può prescindere dall'accertamento delle modalità acquisitive della res al fine dell'indagine sulla consapevolezza circa la derivazione della stessa. Se, dunque, la prova del dolo può essere desunta, alla stregua degli ordinari criteri, da qualsiasi elemento anche indiretto, in detto ambito può legittimamente valutarsi la mancanza di indicazioni del soggetto agente, senza alcun vulnus alle guarentigie difensive. (...)"

---

Nota di Alessandra Mozzi

Il difensore dell'imputato, dopo che questi veniva condannato nel 2015 per il delitto di ricettazione, con condanna confermata in grado di Appello, ricorreva per la cassazione della sentenza di II grado, rilevando, quale primo motivo di ricorso il seguente: *1) inosservanza di legge e vizi della motivazione, essendo stato riconosciuto il delitto di ricettazione, pur se il delitto presupposto di cui all'art. 647 c.p. è stato abrogato e la rilevanza penale del fatto dovrebbe essere valutata con esclusivo riferimento non al momento in cui ha avuto luogo la condotta tipica della ricettazione, ma al tempo del giudizio, che prevede un trattamento più favorevole.*

Con tale motivazione, il difensore sostiene dunque l'illegittimità della conferma della condanna avvenuta in secondo grado, stante, nel frattempo, l'intervenuta abrogazione per opera del D.l. n. 7/2016, del delitto di cui all'art 647 c.p. (rubricato: "*Appropriazione di cose smarrite, del tesoro, di cose avute per errore o caso fortuito*"), formante il c.d. delitto-presupposto della ricettazione nel caso di specie. Pertanto, secondo la difesa ricorrente, la condanna di primo grado avrebbe dovuto essere riformata in senso più favorevole all'imputato, facendo applicazione dell'art. 2 del Codice Penale.

La seconda sezione penale della Corte di Cassazione adita, pronunziatasi in data 02.02.2022, ha ritenuto inammissibile il suesposto primo motivo avanzato da parte ricorrente, sulla base della seguente osservazione di diritto: "*[..] questa Corte ha già affermato che la ricettazione di un bene, proveniente dal reato-presupposto di cui all'art. 647 c.p., conserva rilevanza penale anche dopo la depenalizzazione, ad opera del D.lgs n. 7/2016, del reato di appropriazione di cosa smarrita, atteso che nella ricettazione la provenienza da delitto dell'oggetto materiale del reato è elemento definito da norma esterna alla fattispecie incriminatrice, per cui l'eventuale abrogazione di tale norma non assume rilievo ai sensi dell'art. 2 c.p., dovendo la rilevanza penale del fatto essere valutata con esclusivo riferimento al momento in cui ha avuto luogo la condotta tipica di ricezione della cosa*".

Per esplicitare le ragioni sottese al principio di diritto che fonda la decisione di rigetto del motivo avanzato occorre fare chiarezza in merito a tre punti: la particolare struttura e natura giuridica del delitto di ricettazione; la differenziazione tra c.d. norme penali in bianco ed elementi normativi della fattispecie; ed in ultimo l'applicabilità delle regole sulla successione delle norme penali nel tempo alle ipotesi di successione di norme esterne alla fattispecie delittuosa.

Il delitto di ricettazione disciplinato all'art. 648 c.p. è costruito sulla base del nesso di c.d. "presupposizione" con altri delitti: così s'intende indicare quelle fattispecie che richiedono quale condizione necessaria ai fini della loro integrazione l'avvenuta consumazione di un delitto (appunto definito "presupposto"). Il nesso è talmente forte per cui se il delitto presupposto non esiste, o non è punibile per l'esistenza di una causa oggettiva, la ricettazione non può configurarsi.

La fattispecie è inoltre interpretata quale reato plurioffensivo, poiché è volta a preservare la messa in circolazione e/o l'occultamento di valori e beni di provenienza illecita, tutelando la corretta amministrazione della giustizia.

Orbene, tornando al c.d. nesso di presupposizione, è chiaro che lo stesso introduca all'interno della norma una sorta di *relatio*, che rileva sia in via sostanziale, in quanto richiede la sussistenza del delitto presupposto; sia in via processuale, necessitandosi l'accertamento della provenienza delittuosa dei beni, dell'assenza di concorso del ricettatore, nonché del c.d. "doppio dolo (generico, sulla illiceità del bene e specifico, di profitto). Rispetto alla stessa è dunque doveroso porre la questione sulla configurazione dell'art. 648 c.p. come "norma penale in bianco" ovvero come "fattispecie integrata" da un elemento normativo esterno.

Il fenomeno della *relatio*, ovvero dell'integrazione normativa, è il tratto che accomuna quelle norme penali che necessitano, al fine di dare definizione alla fattispecie delittuosa, di ricorrere ad elementi esterni. Questi possono essere identificati a loro volta in altrettante norme penali, (come nell'ipotesi ex art. 648 c.p.); ovvero in regolamenti autonomi (ad esempio nella fattispecie ex art. 650 c.p.); o diversamente, nei casi di c.d. "illiceità speciale", essi sono attinti da un ambito extra-giuridico (valga per tutti l'esempio della "morale familiare" ex art. 570 c.p.). Per tutte le categorie s'impone un modello, quello dell'integrazione normativa, che lascia intendere una sorta d'incompletezza contenutistica della sola fattispecie delittuosa, in sé non in grado di descrivere compiutamente il delitto.

Individuate le basi in comune, è opportuno distinguere tra la norma penale in bianco, in cui il richiamo ad altre fonti serve a completare il precetto penale, dalle norme integrate da elementi esterni, in ordine alle quali invece la *relatio* serve a specificare alcuni aspetti, antecedenti o concomitanti al fatto. Se da un lato la norma in bianco attira la fonte esterna nell'ambito del precetto penale, la norma soltanto "integrata" non interiorizza allo stesso modo gli elementi che la definiscono dall'esterno, che si debbono sussistere ai fini dell'integrazione della fattispecie delittuosa, ma non valgono a qualificare il disvalore del fatto.

La differenza tra le due classi s'intravede tuttavia solo guardando alla diversa incidenza che ha la modifica della fonte esterna rispetto alla fattispecie penale in cui è richiamata, ipotesi che vanno sotto la comune definizione di successione "mediata" tra norme. Ciò che diverge è l'effetto che la modifica produce sul reato: nella norma in bianco questa comporterà una vera e propria "*Successione di leggi penali*", ex art. 2 c.p., e più precisamente potrà condurre ad un'*abolitio criminis* (art. 2 comma 2 c.p.) ovvero ad un'*abrogatio sine abolitio* (art. 2 comma 4 c.p.), a seconda che in virtù della modifica esterna il precetto penale venga meno oppure sopravviva, sebbene in forma diversa.

Ciò invece non è dato riscontare nell'ipotesi in cui la successione mediata avvenga tra elementi integrativi esterni al reato: in questi casi infatti, posta l'assenza di un potere abrogativo ovvero abolitivo sul precetto penale "interno" alla norma integrata, non si dà luogo all'applicazione dell'art. 2 c.p., stante l'immutata rilevanza penale, formale e sostanziale, del delitto commesso.

Quanto all'ipotesi di ricettazione nel caso che ha interessato la Suprema Corte nella presente decisione, appare ribadita la sua natura di norma integrata, e non già di norma penale in bianco. L'argomento tratto dalla Corte Suprema a motivo della decisione di inammissibilità in commento appare valorizzare l'aspetto del rapporto tra la ricettazione ed il reato presupposto inerente al *tempus commissi delicti*. Il delitto punito dall'art. 648 c.p. si perfeziona infatti non già nel momento in cui ha luogo il reato-presupposto, ma allorché il soggetto attivo riceve, acquista o occulta i beni provenienti da tale reato, con la consapevolezza di contribuire alla loro circolazione. In conseguenza di ciò, secondo i supremi giudici, la rilevanza penale della ricettazione è conservata nonostante l'abolizione del delitto di appropriazione di cose smarrite (art. 647 c.p.), successiva alla loro ricezione da parte dell'imputato-ricettatore. L'intervenuta *abolitio criminis* non è quindi in grado di intaccare quest'ultima condotta nella sua tipicità, determinatezza e tassatività, di qui l'assenza dei presupposti per l'invocazione dell'art. 2 c.p., avanzata dalla difesa ricorrente.



Per converso, va pure constatato che in virtù degli interventi di depenalizzazione del D.lvo 7/2016, sarà invece possibile ritenere estranee alla fattispecie di ricettazione tutte le condotte di ricezione, acquisto o occultamento avvenute dopo che anche i fatti-presupposto si siano consumati nella forma di “illeciti civili”. A tal riguardo potrà infatti concludersi per l’insussistenza dell’elemento oggettivo necessario ai fini della configurabilità dell’art. 648 c.p., ovvero della provenienza dei beni *da delitto*.

Diverse argomentazioni dovrebbero invece condursi in ordine all’ipotesi in cui, posta l’avvenuta integrazione del primo reato quando questi sia ancora qualificato come delitto, la sola azione del ricettatore si consumi successivamente all’intervento modificativo operato sul fatto presupposto. Qui, dovrà infatti distinguersi a seconda che tale intervento sia consistito in *abolitio criminis*, in virtù della quale la provenienza delittuosa dei beni ricevuti, acquistati o occultati potrà ritenersi venuta meno, anche in via retroattiva. Al contrario, nell’ipotesi in cui l’intervento modificativo abbia lasciato intatto il disvalore giuridico del primo delitto, tale modifica non avrà effetto sulle successive condotte di ricettazione, perciò sempre penalmente perseguibili.

# Caso Vos Thalassa: il naufrago che opponga resistenza necessitata agisce per legittima difesa

Argomento: Del reato consumato e tentato

(Cass. Pen., Sez. VI, 26 aprile 2022, n. 15869)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“5.1. (...) la Corte di appello (...) ha ritenuto non configurabile la causa di giustificazione, di cui all'art. 52 cod. pen.(...). In tale prospettiva, nel riformare la sentenza di assoluzione, la Corte, ha valorizzato il principio per cui "la determinazione volontaria dello stato di pericolo esclude la configurabilità della legittima difesa (...) per difetto del requisito della necessità della difesa" (...) sulla base di tale presupposto, i Giudici hanno affermato” (...) Venne dunque posta in essere una condotta da parte dell'organizzazione criminale che organizzò il viaggio, pienamente accettata dai migranti, per cui venne creata artificiosamente una situazione di necessità (...).

5.2. Quello della Corte di appello è un ragionamento (...) che viola l'obbligo di motivazione rafforzata (...) e che non fa corretta applicazione della legge penale. Ciò che rileva nel caso in esame (...) è la diversa situazione di pericolo derivante dal respingimento verso la Libia, per evitare la quale gli imputati tennero i contegni aggressivi a loro rimproverati (...).

6.1. Il principio di non respingimento (...) ha trovato compiutezza a seguito della sentenza Hirsi Jamaa e a. c. Italia pronunciata dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo il 23 febbraio 2012. Si è chiarito come (...) trovi riconoscimento nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati, secondo cui «Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche» (...).

6.2. In tale quadro di riferimento si è posta la questione relativa (...) ai respingimenti effettuati nel mare internazionale (...). Il 23 febbraio 2012 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo (...) ha ritenuto nella specie violato l'art. 3 della Convenzione (...).

6.3. Si pone l'ulteriore tema (...) se, al momento in cui i fatti si verificarono (estate 2018), la Libia continuasse a non essere un "luogo sicuro", con conseguente divieto di respingimento. Occorreva cioè accertare se il quadro di riferimento descritto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Hirsi fosse successivamente mutato. (...) In tale contesto (...) il 2 maggio 2017 l'Italia e la Libia hanno siglato un Memorandum d'intesa sulla gestione dell'immigrazione (...). E' sufficiente evidenziare come il suo contenuto (...) non consente affatto di affermare che (...) esistevano le condizioni per respingere in Libia i migranti e (...) che fossero mutate le condizioni che avevano condotto la Corte europea dei diritti dell'uomo a ritenere (...) la Libia non un luogo sicuro (...). Il respingimento dunque non poteva essere disposto ed eseguito. Esisteva una situazione di pericolo reale ed attuale di una offesa ingiusta (...) derivante da una condotta antiggiuridica (...). Né spiegato dalla Corte è perché le persone, che non avevano colluso alcunché con gli scafisti e con le organizzazioni criminali (...) non potessero rivendicare i propri diritti fondamentali, ma dovessero (...) accettare di tornare in Libia con il rischio di subire torture o comportamenti inumani. Le persone che erano sul rimorchiatore Vos Thalassa subirono un grado di costrizione elevato rispetto

al quale vi era una "necessità" della condotta. (...) Non è nemmeno esplicitato se nella specie esistesse una condotta alternativa percorribile e, posto che vi fosse, quale sarebbe stata, tenuto conto che le persone a bordo, anche se avessero deciso di gettarsi in mare, avrebbero neutralizzato il pericolo che correvano solo con l'annegamento (...). Né, ancora, è stato spiegato, diversamente da quanto aveva fatto il Tribunale, se ed in che limiti la reazione fu sproporzionata (...). [Va] ritenuta corretta la motivazione con cui il Tribunale ha ritenuto la condotta di resistenza scriminata ai sensi dell'art. 52 cod. pen. (...)"

---

Nota di Emanuele Vannata

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione interviene in tema di applicazione della scriminante della legittima difesa (art. 52 c.p.) alla condotta illecita posta in essere dal migrante che si opponga alla riconsegna verso un Paese ove sarebbe esposto al concreto pericolo di torture e trattamenti inumani o degradanti, facendo valere il suo diritto al non respingimento verso un luogo non sicuro.

La Suprema Corte si pronuncia, in particolare, sui ricorsi proposti da Tijani Ibrahim Mirghani Bichara e Amid Ibrahim, avverso la sentenza emessa dalla Corte di Appello di Palermo il 3 giugno 2020[1], la quale – riformando la sentenza di primo grado – condannava gli imputati per i reati di violenza o minaccia (art. 336 c.p.) e resistenza a pubblico ufficiale (337 c.p.), nonché per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 12, D.Lgs. 286/98), per avere in concorso tra loro e con altri, “[usato] violenza e minaccia per opporsi all'equipaggio ed al comandante del rimorchiatore battente bandiera italiana ‘Vos Thalassa’, al fine di costringer[li] al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio”[2].

Dalla ricostruzione dei fatti proposta dalle sentenze di primo e secondo grado, emerge che il rimorchiatore Vos Thalassa, soccorsi in mare 67 migranti di diversa nazionalità, riceveva dalla Guardia Costiera libica la direttiva di dirigersi verso le coste africane e di seguire le indicazioni delle autorità locali. Sopraffatti dalla tensione e dalla concitazione derivante dal rientro verso il territorio libico, i naufraghi soccorsi richiedevano di invertire la rotta, assumendo condotte violente e minacciose[3] che costringevano il comandante del rimorchiatore a fare ritorno presso il punto di soccorso[4], a richiedere l'intervento delle autorità italiane – onde evitare l'incontro con motovedette libiche e l'aggravarsi della situazione di pericolo creatasi – e, quindi, a dirigersi verso le coste italiane per ricevere i soccorsi dalla nave militare “Diciotti”. In tal modo, gli imputati avrebbero compiuto atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato italiano di un numero imprecisato di migranti clandestini di varie nazionalità, trasbordati, a causa della condotta illecita descritta, sulla nave militare “Diciotti”, che giungeva al porto di Trapani.

Con sentenza resa in data 23 maggio 2019, il Giudice dell'Udienza Preliminare (GUP) di Trapani riconosceva la sussistenza della scriminante della legittima difesa di cui all'art. 52 c.p., valutando le condotte ascritte ai due migranti non punibili, sul presupposto che avessero agito per tutelare il proprio diritto a non venire rinviiati in Libia, dove sarebbero stati esposti al concreto pericolo di violenze e trattamenti inumani o degradanti. Il GUP, infatti, riteneva che gli imputati “stavano vedendo violato il loro diritto ad essere condotti in un luogo sicuro”[5] e che il pericolo derivante dalla riconsegna alle autorità libiche “non era stato volontariamente determinato dai migranti”, trattandosi di un viaggio in mare “parte di un lungo percorso intrapreso per allontanarsi da luoghi per loro pericolosi e non più vivibili”[6].

Di diverso avviso, invece, si mostrava la Corte d'Appello di Palermo, la quale ribaltava la sentenza del giudice di prime cure sulla scorta, *inter alia*, di una (mal supposta) errata applicazione della legittima difesa nel caso di specie. Ad opinione dei giudici di secondo grado, la situazione di pericolo sarebbe stata volontariamente creata dai migranti avendo essi pianificato una traversata in condizioni pericolose ed avendo chiesto i soccorsi al fine di essere "recuperati" dalle imbarcazioni di salvataggio. Secondo il Collegio d'Appello nel caso di specie non poteva in alcun modo ritenersi applicabile la scriminante della legittima difesa "in quanto le azioni violente e minacciose attuate in danno del marinaio [...], del primo ufficiale [...] e del comandante [...] non [erano] state poste in essere per la necessità di difendere un proprio diritto dal pericolo di un'offesa ingiusta, bensì come atto finale di una condotta delittuosa, studiata in anticipo e che correva il rischio (per i migranti) di non essere portata a termine a causa dell'adempimento da parte del Vos Thalassa di un ordine impartito da uno stato sovrano che aveva la competenza sulla zona SAR ove vennero messi in atto i soccorsi"[7]. I giudici di secondo grado non si pronunciavano, invece, sulla esistenza del diritto messo in pericolo (ovvero il diritto al non respingimento), ritenendo la questione assorbita in quella del difetto del presupposto della non volontaria causazione del pericolo.

La Suprema Corte è intervenuta sulla sentenza impugnata cassando *in toto* il (mancato) ragionamento condotto, rilevando come il Collegio d'Appello "non abbia sostanzialmente affrontato e risolto nessuno dei temi e dei punti a lei devoluti, su cui il Giudice di primo grado, il Pubblico Ministero impugnante e le parti si erano a lungo impegnati; essendosi limitata a mostrare dubbi e perplessità - in realtà non esplicitati - sia sulla ricostruzione giuridica recepita dal Tribunale, sia su quella portata alla sua cognizione da parte del Pubblico ministero appellante"[8]. Nel riformare la sentenza di assoluzione in primo grado, la valorizzazione del principio per cui la determinazione volontaria dello stato di pericolo esclude la configurabilità della legittima difesa non per la mancanza del requisito dell'ingiustizia dell'offesa, ma per difetto del requisito della necessità della difesa, non convince la Suprema Corte.

La Cassazione, pur ribadendo l'involontarietà del pericolo quale requisito strutturale anche della legittima difesa[9], stigmatizza il ragionamento dei giudici di secondo grado, "sfornito di ogni evidenza probatoria"[10] circa la causazione volontaria da parte dei migranti del pericolo di naufragio. Più a monte, invero, l'elemento chiave del *reasoning* degli Ermellini risulta essere l'erronea sovrapposizione tra il pericolo di naufragio (situazione che, al momento in cui la condotta fu compiuta, aveva cessato di essere attuale per effetto dei soccorsi) e la diversa situazione di pericolo (per evitare la quale gli imputati tennero i contegni aggressivi a loro rimproverati) derivante da un respingimento in un luogo non sicuro (la Libia), con conseguente rischio per le persone di trattamenti inumani, "in relazione al quale, solo, avrebbe dovuto essere verificata la sussistenza della legittima difesa"[11].

Tre sono gli interrogativi che la Cassazione pone nelle sue argomentazioni: a) il respingimento verso la Libia causò una situazione di "pericolo di offesa ingiusta"?; b) i migranti, in particolare, erano titolari di un diritto a non essere respinti verso un Paese in cui sarebbero stati esposti al pericolo di torture e trattamenti inumani o degradanti?; e, infine, c) era legittima la loro reazione?.

Quanto al primo interrogativo, il ragionamento operato dalla Suprema Corte si fonda sull'accertamento che la Libia, all'epoca dei fatti (luglio 2018), non era un luogo sicuro e il respingimento, dunque, non poteva essere disposto ed eseguito, esistendo una situazione di pericolo "nota, documentata, accertata, fondata su dati di fatto concreti"[12], quindi, reale ed attuale di una offesa ingiusta per i diritti fondamentali delle persone coinvolte, derivante da una condotta antigiuridica.

In merito alla titolarità di un diritto al non respingimento, la Corte di Cassazione ricorda che esso trova la sua consacrazione sul piano internazionale all'art. 33 della Convenzione di Ginevra relativa

allo *status* dei rifugiati del 1951 ed ha ormai assunto carattere consuetudinario (finanche di *jus cogens*)[13] – vigente nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 10 Cost. A ciò si aggiunga che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dal caso *Soering c. Regno Unito*[14] ha, in maniera continuativa, ritenuto che il respingimento (in qualsiasi forma esso sia attuato) di una persona verso un Paese dove sussista il rischio che essa sia soggetta a tortura o trattamenti inumani o degradanti si colloca nell'ambito di operatività dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)[15].

Il principio di *non-refoulement* – ora confluito anche nell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU, oltre che codificato nell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – ha costituito l'oggetto di una progressiva evoluzione che ne ha gradualmente potenziato l'estensione applicativa, soprattutto a seguito della sentenza *Hirsi Jamaa e aa. c. Italia* del 2012[16], con cui i giudici di Strasburgo condannarono unanimemente il governo italiano per il modo in cui aveva operato il respingimento di un considerevole numero di profughi verso la Libia, non considerato un “luogo sicuro”[17].

Infine, a proposito della legittimità della reazione, v'è da assumere che, nella costruzione della scriminante di cui all'art. 52 c.p. – ritenuta, perciò, sussistente dalla Suprema Corte – le persone che erano sul rimorchiatore Vos Thalassa “subirano un grado di costrizione elevato rispetto al quale vi era una ‘necessità’ della condotta”[18], peraltro ritenuta proporzionata[19]. La Corte, nel rammentare che “la reazione lesiva deve essere l'ultima ed unica possibilità per la persona”[20], evidenzia nel caso di specie la non sostituibilità della stessa mediante condotte alternative, tenuto conto che “le persone a bordo, anche se avessero deciso di gettarsi in mare, avrebbero neutralizzato il pericolo che correavano solo con l'annegamento”[21].

Con tali condivisibili motivazioni, la Suprema Corte perviene ad un (inevitabile) annullamento senza rinvio perché i fatti non sussistono, cassando una sentenza “viziata sul piano della motivazione e nell'applicazione della legge penale in ordine ad entrambe le imputazioni, ai temi fondanti relativi alla oggettiva configurabilità dei reati contestati, alla responsabilità degli imputati”[22].

[1] Corte di Appello di Palermo, IV Sezione penale, sentenza n. 1525/2020 del 3 giugno 2020.

[2] Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza n. 15869 del 16 dicembre 2021 (dep. 26 aprile 2022), par. 1.

[3] Ivi, par. 2.

[4] Il rimorchiatore aveva proceduto al soccorso in area *Search and Rescue* (SAR) libica, dandone comunicazione al *Maritime Rescue Coordination Centre* (MRCC) di Roma, che a sua volta aveva interessato la Guardia Costiera libica.

[5] Tribunale di Trapani, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, sentenza del 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), p. 65.

[6] Tribunale di Trapani, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, sentenza del 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), pp. 66-67.

[7] Corte di Appello di Palermo, IV Sezione penale, sentenza n. 1525/2020 del 3 giugno 2020 (dep. 24 giugno 2020), p. 7.

[8] Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza n. 15869 del 16 dicembre 2021 (dep. 26 aprile 2022), par. 5.1.

[9] Espressamente previsto dal codice penale (solo) per lo stato di necessità (art. 54 c.p.), ma oggetto di orientamento ben radicato nella giurisprudenza (Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza n. 33112 dell'8 ottobre 2020; Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza n. 22040 del 21 febbraio 2020; Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza n. 15090 del 29 novembre 2019; Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza n. 32381 del 19 febbraio 2015; Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza n. 7635 del 16 novembre 2006), sebbene ampiamente criticato dalla dottrina prevalente. Si veda, fra tutti, F. Viganò, *Art. 52 c.p.*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., 2015, p. 924 ss.

[10] Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza n. 15869 del 16 dicembre 2021 (dep. 26 aprile 2022), par. 5.3.

[11] *Ibid.*

[12] Ivi, par. 7.

[13] Su questo e, più in generale, sul *non-refoulement* sul piano internazionalistico ed europeo, in dottrina, v. R. Palladino, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale (artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU; art. 4 Protocollo 4)*, 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 (2010-2015)*, CEDAM, Padova, 2016, pp. 167-203; S. Amadeo, F. Spitaleri (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015; B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013; J. Allain, *The Jus Cogens Nature of Non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, 2001, pp. 533-558.

[14] Corte eur.dir.uomo, Plenaria, sentenza del 7 luglio 1989, ric. n.14038/88, *Soering c. Regno Unito*. Più recentemente, si veda Corte eur.dir.uomo, Grande Camera, sentenza del 26 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, *Saadi c. Italia*.

[15] V. Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), *Note on International Protection*, 13 settembre 2001, A/AC.96/951, par. 16.

[16] Corte eur.dir.uomo, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e aa. c. Italia*.

[17] Circostanza, nel caso in commento, confermata al Tribunale, con dovizia di particolari, dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati. V. Tribunale di Trapani, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, sentenza del 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), pp. 46-65.

Tutto ciò nonostante il Memorandum d'intesa sulla gestione dell'immigrazione tra l'Italia e la Libia del 2 maggio 2017, sul quale ben note sono le riserve espresse dall' UNHCR, il quale continua a ritenere la Libia Paese terzo (e porto) non sicuro. V. UNHCR, *UNHCR Position on Returns to Libya (Update II)*, Settembre 2018, parr. 37-40-41-42.

[18] Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza n. 15869 del 16 dicembre 2021 (dep. 26 aprile 2022), par. 7.

[19] *Ibid.* Si veda, anche, Tribunale di Trapani, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, sentenza del 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), pp. 67-68.

[20] Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza n. 15869 del 16 dicembre 2021 (dep. 26 aprile 2022), par. 7.

[21] *Ibid.*

[22] Ivi, par. 8.

# Autenticazione differita: non integra un illecito purché il legale sia certo dell'identità del sottoscrittore

Argomento: Della falsità in atti

(Cass. pen., Sez. V, 27 aprile 2022, n. 16214)

Stralcio a cura di Pamela D Oria

“(...) Svolgimento del processo

1. (...) L'imputato è accusato di aver falsamente attestato, nell'esercizio della professione di avvocato, l'autenticità della firma di (...) apposta in calce al mandato difensivo redatto a margine di un ricorso (...).

2. Avverso la sentenza ricorre l'imputato articolando due motivi. Con il primo (...) rileva come, ai sensi dell'art. 83 c.p.p., comma 3, compito del difensore sia esclusivamente quello di certificare l'autografia della firma apposta in calce al mandato difensivo. (...)

Motivi della decisione

3. (...) è pacifico che il potere certificativo attribuito all'esercente la professione di avvocato abbia ad oggetto esclusivamente l'autografia della sottoscrizione e non anche l'apposizione in presenza della medesima. (...) [L]a Corte non ha però ritenuto integrato il reato perché l'imputato avrebbe attestato l'apposizione in sua presenza della firma risultata apocrifa, bensì ha tratto dalla incontestata falsità la prova che questa non poteva essere stata apposta in sua presenza e che, pertanto, altrettanto falsamente egli ne ha attestata l'autenticità. (...)

Deve quindi ritenersi che il fatto materiale contestato e ritenuto dai giudici di merito sia indiscutibilmente tipico, risultando conseguentemente infondate le doglianze del ricorrente sul punto.

Colgono invece nel segno le critiche formulate dal ricorrente con riguardo alla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato. Con la censura della prassi asseritamente seguita all'interno dello studio del difensore - senza peraltro precisare se abbia ritenuto la stessa effettivamente provata - il giudice dell'appello ha

sostanzialmente ritenuto assolto il suo onere motivazionale sul punto, considerando in maniera apodittica superflua ogni ulteriore indagine sull'eventuale errore in cui sarebbe incorso l'imputato al momento dell'autenticazione della firma della (...) circa il fatto che fosse stata la stessa ad apporla realmente. Invero quella dell'autenticazione "differita" è prassi tutt'altro che inusuale e comunque non illecita, come già ricordato, fermo restando per l'appunto che il legale nell'esercizio del suo potere attestativo sia certo dell'identità del sottoscrittore. Certezza che, come accennato, la Corte ha apoditticamente escluso, senza spiegare perché l'imputato non possa averla invece coltivata sulla base di un'erronea convinzione determinata dal fatto che effettivamente la (...) era sua cliente ed aveva contestualmente rilasciato altro mandato al (...) indubitabilmente sottoscritto dalla medesima. Errore che, anche qualora dovuto a negligenza, sarebbe comunque idoneo ad escludere il dolo del reato, anche nella sua forma eventuale. (...)

Con una recente sentenza del 27 aprile 2022 la Suprema Corte si è espressa in merito alla c.d. autenticazione differita della firma dell'assistito da parte del difensore.

Il ricorso innanzi alla Corte di Cassazione trae origine dalla vicenda processuale che vede imputato un avvocato, accusato di aver attestato falsamente l'autenticità della firma del proprio assistito, apposta in calce al mandato difensivo. Il capo d'imputazione, in sostanza, è quello di falso ideologico ex art. 481 c.p.

La Corte di appello di Bari aveva confermato la sentenza di primo grado in relazione agli effetti civili; quanto alla rilevanza penale della condotta, invece, interviene il termine prescrittivo, per cui il collegio dispone di non doversi procedere.

L'imputato ricorre innanzi alla Corte sollevando due motivi d'impugnazione.

Quanto al primo, egli ritiene che, in forza del comma 3 dell'art. 83 c.p.p., onere del difensore sia quello di certificare la proprietà e l'autenticità della firma apposta dal proprio assistito, non sussistendo, dunque, alcun obbligo procedurale in merito all'esigenza che tale firma sia apposta in presenza del difensore, come invece hanno ritenuto i giudici di merito, evidenziando, per tale ragione, la rilevanza penale della condotta dell'imputato.

Altresì, il ricorrente solleva un secondo motivo di gravame, ritenendo sussistente un vizio di motivazione lì dove i giudici di secondo grado, una volta rilevato che l'illecito penale *de quo* fosse prescritto, non hanno proceduto all'esame dei motivi d'appello, se non esclusivamente ai fini degli effetti civili della condotta.

I giudici della Suprema Corte hanno dichiarato manifestamente infondato il secondo motivo di gravame appena citato ritenendo che *«contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, la Corte si è puntualmente attenuta ai principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in merito all'applicazione dell'art. 578 c.p.p., esaminando i motivi d'appello proposti dall'imputato non solo alla luce della regola di giudizio posta dall'art. 129 cit. codice»*.

Quanto al primo motivo d'impugnazione, invece, la Corte dichiara la parziale fondatezza delle doglianze avanzate dal ricorrente.

In primo luogo, la Corte si esprime lapidariamente in merito alla consistenza del potere certificativo attribuito al professionista, che ha *«ad oggetto esclusivamente l'autografia della sottoscrizione e non anche l'apposizione in presenza della medesima»*.

A seguire, la Corte rivolge la propria attenzione all'operato dei giudici di secondo grado constatando che, contrariamente a quanto eccepito dal ricorrente, *«la Corte non ha [...] ritenuto integrato il reato perchè l'imputato avrebbe attestato l'apposizione in sua presenza della firma risultata apocrifa, bensì ha*



*tratto dalla incontestata falsità la prova che questa non poteva essere stata apposta in sua presenza e che, pertanto, altrettanto falsamente egli ne ha attestata l'autenticità».*

Rebus sic stantibus, il ricorrente, attraverso la condotta *de qua*, ha posto in essere materialmente un fatto tipico, oggetto di censura da parte dei giudici della Corte di Appello.

Il ricorso risulta fondato, invece, per quanto attiene alla sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito: la Corte di Cassazione, di fatto, ritiene che *«con la censura della prassi asseritamente seguita all'interno dello studio del difensore [...] il giudice dell'appello ha sostanzialmente ritenuto assolto il suo onere motivazionale sul punto, considerando in maniera apodittica superflua ogni ulteriore indagine sull'eventuale errore in cui sarebbe incorso l'imputato al momento dell'autenticazione della firma della L.o. circa il fatto che fosse stata la stessa ad apporla realmente».* I giudici, dunque, avrebbero dovuto svolgere una più accurata analisi circa l'effettiva sussistenza del dolo dell'imputato nella commissione del fatto, elemento del quale la Corte di Cassazione esclude in ogni caso la sussistenza, anche qualora l'errore del ricorrente fosse stato da ricondurre a negligenza, esplicitando che, anche in tale circostanza, *«sarebbe comunque idoneo ad escludere il dolo del reato, anche nella sua forma eventuale».*

La Suprema Corte, con lucida aderenza alla voluntas del legislatore penale, ammette che, di fatto, *«quella dell'autenticazione "differita" è prassi tutt'altro che inusuale e comunque non illecita [...] fermo restando per l'appunto che il legale nell'esercizio del suo potere attestativo sia certo dell'identità del sottoscrittore».*

Nel caso di specie, dunque, non può essere ritenuta integrata la violazione della fattispecie di cui all'art. 481 c.p. stante la provata certezza dell'identità dell'assistita da parte del difensore.

La ratio legis della norma, se applicata al caso concreto, sarebbe da ricondurre alla volontà del legislatore di tutelare quel patto di fiducia fra sottoscrittore e professionista che si instaura al momento dell'attestazione.

Nel caso in esame appare evidente che simile violazione non possa essere ritenuta sussistente per la sola messa in pratica dell'autenticazione c.d. differita della firma, stante, del resto, il duraturo rapporto professionale intercorrente fra il legale e l'assistita.

I giudici della Corte di Cassazione, per tali ragioni, hanno annullato la sentenza impugnata, disponendo il rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello.

È dunque pacifica la regolarità del ricorso all'autenticazione c.d. differita che, nell'esercizio della professione legale, in particolare a seguito dell'avvento della pandemia da covid-19, che ha, come è noto, rideterminato e limitato gli spostamenti da luogo a luogo oltreché le distanze tra gli individui, si è stabilizzata come prassi consolidata.

Appare estremamente attuale ed aderente al presente fattuale, pertanto, la lettura e l'interpretazione fornita dalla Suprema Corte che, nel rigoroso esercizio della sua funzione nomofilattica, ha fornito al giudice più prospettive di veduta sostanziali, necessarie al fine di applicare correttamente la norma penale.

# Installa telecamere nel bagno delle dipendenti ma non si procura le immagini: tentate interferenze illecite nella vita privata

Argomento: Dei delitti contro l'inviolabilità del domicilio

(Cass. Pen., Sez. V, 2 maggio 2022, n. 17065)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2. (...) La Corte, con argomentazione logica e congrua, ha sottolineato come l'installazione, nel bagno riservato alle dipendenti, di due apparecchiature funzionali, se non alla registrazione, quantomeno alla captazione delle immagini, in uno con la loro dislocazione (nel porta carta igienica e di fronte al wc), se, da un lato, stante l'assenza di riscontri in ordine all'effettivo procacciamento di immagini, escludono la configurabilità del delitto consumato, tuttavia evidenziano l'univocità e idoneità degli atti a realizzare la condotta tipizzata dall'art. 615-bis cod. pen.

La circostanza che il procacciamento indebito delle immagini e delle notizie delinea non l'evento naturalistico del reato, bensì l'intrinseco contenuto della condotta punita, non toglie che proprio l'imprecindibilità dell'utilizzo dei suddetti strumenti riveli come la condotta del delitto si frazioni in una pluralità di atti volti a garantire l'indiscrezione tecnologica, sicché, quando in concreto ciò avvenga, si configura il tentativo, integrato dal compimento di atti idonei ed univocamente diretti a procurarsi le immagini e le notizie descritte dalla norma incriminatrice (...).

Si tratta di considerazioni sulla base delle quali la Corte ha escluso, nel caso di specie, la possibilità di ricondurre la vicenda nella figura del reato impossibile per inidoneità degli atti, ai sensi dell'art. 49 cod. pen., evidenziando che l'idoneità degli atti deve essere valutata con riferimento alla possibilità che alla condotta consegua lo scopo che l'agente si propone (...).

Invero, per la configurabilità del reato impossibile, l'inidoneità degli atti deve essere assoluta per inefficienza strutturale e strumentale del mezzo usato, tale da non consentire neppure in via eccezionale l'attuazione del proposito criminoso.

In materia di reato impossibile, l'inidoneità dell'azione, che rende impossibile l'evento dannoso o pericoloso) esige che l'incapacità di produrre l'evento sia assoluta, intrinseca e originaria secondo una valutazione oggettiva da compiersi ex ante, risalendo al momento iniziale del suo compimento, indipendentemente da ogni cautela predisposta dalla persona offesa o da ogni intervento successivo che abbia impedito la realizzazione di tale evento.

Viceversa, l'idoneità degli atti, valida per l'integrazione della figura del delitto tentato, deve essere considerata nella sua potenzialità, causalmente atta a conseguire il risultato progettato, dovendosi avere riguardo alla situazione che l'agente si era prospettato al momento dell'azione criminoso, e prescinde dal contemporaneo intervento esterno che abbia impedito la realizzazione dell'evento.

I giudici della Corte territoriale hanno evidenziato, da un lato, che il ricorrente, per sua stessa ammissione alle vittime, aveva installato le telecamere nel bagno riservato alle stesse e, dall'altro, che la mancata dimostrazione dell'effettivo procacciamento delle immagini non era ragionevolmente sufficiente ad escludere l'adeguatezza delle apparecchiature alla realizzazione dello scopo prefissato.

Si tratta di argomentazioni con le quali il ricorrente non si confronta, limitandosi ad una sterile critica ai criteri di valutazione delle prove utilizzati dai giudici che, invece, con motivazione corretta, adeguata e logica, hanno spiegato in che modo sia stato accertato (e quale sia) il fatto storico (e la sua effettiva sussunzione nella fattispecie incriminatrice), attraverso la valutazione dei riscontri fattuali e dei comportamenti posti in essere dal ricorrente e riferiti dal medesimo alle vittime.

3. (...) Le considerazioni del consulente della difesa, che, per un verso, si è spinto a considerare il (...) privo di competenze tecniche sufficienti a progettare un impianto di video sorveglianza, e, per altro verso, ha dedotto come il sistema di video ripresa, incompleto, insufficiente e di scarsa potenzialità, fosse inidoneo alla acquisizione di immagini, tenuto conto del non ottimale posizionamento delle telecamere e della presenza di arredi metallici che, in ogni caso, avrebbe schermato le riprese rendendole incomprensibili, risultano valutate dalla Corte allorché ha individuato proprio nell'assenza di un effettivo procacciamento delle immagini da parte del (...), il motivo per il quale ha riqualificato la vicenda in termini di tentativo ed ha escluso la possibilità di pervenire ad una decisione assolutoria. (...)"

# Atti osceni in luoghi abitualmente frequentati da minori: la presenza occasionale del minore non fa integrare reato

Argomento: Delle offese al pudore e all'onore sessuale

(Cass. Pen., Sez. III, 3 maggio 2022, n. 17188)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“3. L'atto della masturbazione o di mostrare i genitali (...) deve ritenersi a contenuto evidentemente sessuale, ma nel caso in giudizio non risulta compiuto in un luogo abitualmente frequentato da minori o nelle immediate vicinanze dello stesso: “Ai fini della sussistenza del reato di atti osceni di cui all'art. 527 c.p., comma 2 - in precedenza costituente forma aggravata della fattispecie base, prevista al comma 1, depenalizzata dal D.Lgs. n. 8 del 2016 - per luogo abitualmente frequentato da minori non si intende un sito semplicemente aperto o esposto al pubblico dove si possa trovare un minore, bensì un luogo nel quale, sulla base di una attendibile valutazione statistica, la presenza di più soggetti minori di età ha carattere elettivo e sistematico. (In motivazione, (...) [si è] osservato che un tale requisito può essere riconosciuto, a titolo esemplificativo, alle vicinanze di un edificio scolastico, a strade o piazze notoriamente luogo di incontro di adolescenti, a quella parte di giardini pubblici specificamente attrezzata per lo svago dei bambini e dei ragazzi più piccoli, alle zone limitrofe ad istituzioni specificamente vocate alla cura ed assistenza dei minori)” (Sez. 3, n. 30798 del 18/10/2016 - dep. 21/06/2017, P., Rv. 27023101).

Nel caso in giudizio già l'imputazione è generica, limitandosi a contestare l'atto della masturbazione “all'interno della propria autovettura (...) parcheggiata sulla pubblica via”. La stessa sentenza evidenzia che la scuola era a circa 500 metri dal luogo dei fatti. La distanza di 500 metri non può ritenersi tale da far integrare l'elemento oggettivo del reato. La norma prevede l'immediata vicinanza e non può ritenersi tale una distanza di 500 metri dalla scuola: “Ai fini della configurabilità del reato cui all'art. 527 c.p., comma 2, i luoghi abitualmente frequentati da minori - al cui interno o nelle cui immediate vicinanze deve essere commesso il fatto - sono quelli riconoscibili come tali per vocazione strutturale (come le scuole, i luoghi di formazione fisica e culturale, i recinti creativi all'interno dei parchi, gli impianti sportivi, le ludoteche e simili), ovvero per elezione specifica, di volta in volta scelti dai minori come punto di abituale di incontro o di socializzazione, ove si trattengono per un termine non breve (come un muretto sulla pubblica via, i piazzali adibiti a luogo ludico, il cortile condominiale). (In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha annullato la sentenza che aveva ritenuto configurabile il reato di atti osceni in luogo pubblico alla presenza di un minore nella condotta di un automobilista che si masturbava all'interno dell'auto sulla pubblica via, per la presenza occasionale di minori al momento del fatto)” (Sez. 3, Sentenza n. 29239 del 17/02/2017 Ud., dep. 13/06/2017, Rv. 270165 - 01).

La presenza occasionale della minore nel luogo dei fatti non può, quindi, far configurare il reato.”

# Concorso di persone nell'omicidio preterintenzionale: il nesso eziologico è interrotto dalla causa sopravvenuta inedita (Caso “Cucchi”)

Argomento: Del delitto consumato e tentato

(Cass. Pen., Sez. V, 9 maggio 2022, n. 18396)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“6.5 (...) Per il costante insegnamento di questa Corte di legittimità è del tutto ammissibile la valutazione frazionata delle dichiarazioni accusatorie, quando le parti del narrato ritenute veritiere, reggano alla verifica giudiziale del riscontro, ove necessario, e non sussista interferenza fattuale e logica (...) con quelle giudicate inattendibili, tale da minare la credibilità complessiva e la plausibilità dell'intero racconto (...).

7.3 (...) [I] giudici del merito non hanno escluso (...) le negligenzi omissioni dei sanitari ed il progressivo indebolimento dell'organismo del (...). Più semplicemente hanno evidenziato come tali circostanze (...) non abbiano effettivamente deviato l'originaria serie causale, (...).

7.4 (...) [I] collegamento causale tra l'azione lesiva imputata e l'evento che ne è derivato non è interrotto dalla intermedia omissione della condotta che sarebbe stata in ipotesi idonea ad evitare la produzione dell'evento medesimo, qualora questa non costituisca un fatto imprevedibile ovvero uno sviluppo assolutamente atipico della serie causale (...)

7.5 (...) [I] nesso causale tra condotta ed evento si interrompe quando la causa sopravvenuta innesca un rischio nuovo e incommensurabile (...) incongruo rispetto al rischio (...) attivato dalla condotta originaria (...). (...) [L]a Corte non ha escluso (...) che gli accadimenti successivi alla causazione delle lesioni riportate dal Cucchi abbiano influito sul decorso causale, ma ha (...) sostenuto che il decesso di quest'ultimo ha costituito la concretizzazione proprio del pericolo determinato dalla condotta lesiva, negando che tali accadimenti abbiano generato un rischio inedito rispetto a quello originariamente determinato dagli imputati (...).

7.7 (...) [S]ulla sussistenza del nesso di causalità, le censure del ricorrente attingono (...) anche il tema dell'elemento soggettivo. (...) [L]'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale (...) è costituito (...) unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato. (...) [L]a valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento (...) è nella stessa previsione legislativa (...).

8.3 (...) [L]a volontà di concorrere (...) presuppone (...) che la coscienza del contributo fornito all'altrui condotta esista unilateralmente, con la conseguenza 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 (...). (...) [È] configurabile il concorso di persone nell'omicidio preterintenzionale quando vi è la partecipazione materiale o morale di più soggetti attivi nell'attività diretta a percuotere o ledere una persona senza la volontà di ucciderla e vi sia un evidente rapporto di causalità tra tale attività e l'evento mortale (...).

9.2(...) [A]l fine di stabilire la sussistenza del nesso di causalità, occorre invero un duplice controllo, ossia la verifica sul collegamento eziologico tra la condotta e l'evento sulla base di una legge statistica o universale di copertura sufficientemente valida e astrattamente applicabile al caso concreto, nonché la verifica, attraverso un giudizio di alta probabilità logica, dell'attendibilità, in concreto, della spiegazione causale così ipotizzata. (...).

9.3 (...) Con riguardo invece alla sindrome da inanizione, la Corte territoriale non ne ha per nulla escluso l'incidenza nella produzione dell'evento, negando solo possa individuarsi nella medesima una causa sopravvenuta idonea ai sensi dell'art. 41 c.p. ad interrompere il nesso condizionalistico con la condotta tenuta dall'imputato (...)"

# L'obbligo di motivazione sulla misura di pena: annullata la sentenza che si esprime per formule stereotipate

Argomento: Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena

(Cass. Pen., Sez. V, 10 maggio 2022, n. 18444)  
Stralcio a cura di Fabio Coppola

“[N]on vi è dubbio che sia insindacabile, in sede di legittimità, il provvedimento del giudice del merito che, avvalendosi del proprio potere discrezionale, determini, in base ai criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen., con specifica e adeguata motivazione, le pene accessorie fallimentari nella misura massima prevista dalla legge (...)

Nel caso di specie, tuttavia, la motivazione che ha confermato la misura decennale delle pene accessorie già inflitte in primo grado con il meccanismo automatico, vigente prima della dichiarazione di incostituzionalità pronunciata nel 2018, risulta svilire eccessivamente l'onere di commisurazione specifica della durata non più fissa delle pene stesse, peraltro collocate nel massimo limite previsto (...). Di talchè è **stato eluso l'obbligo motivazionale di individualizzazione delle predette pene accessorie fallimentari, ai sensi degli artt. 132 e 133 cod. pen. (....)**

**Nel giudizio di rinvio, verrà, pertanto, il seguente principio di diritto: la motivazione utile a sorreggere la valutazione della misura 'costituzionale' delle pene accessorie fallimentare non può essere solo 'formale', elusiva dell'obbligo di determinazione in concreto imposto al giudice sulla base dei criteri previsti dagli artt. 132 e 133 cod. pen., ma deve parametrarsi alla funzione preventiva ed interdittiva delle stesse, tenuto conto della gravità della condotta, nonché di tutti gli elementi fattuali indicativi della capacità a delinquere dell'agente, non potendo essere agganciata al mero richiamo aspecifico all'esistenza di precedenti penali”.**

# È facoltativa e non obbligatoria l'applicazione delle pene accessorie per i delitti di corruzione in caso di patteggiamento

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 10 maggio 2022, n. 18510)

Stralcio a cura di Fabio Coppola

**“(...) Per affrontare la questione è necessario partire dall'esame del testo della legge 9 gennaio 2019, numero 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) che ha riformulato le disposizioni oggetto di esame proprio al fine di rendere coerenti le innovazioni sostanziali con il rito del patteggiamento: l'art. 317-bis cod. pen. (interdizione dai pubblici uffici e incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione) ha inciso sulla durata delle pene accessorie dei reati contro la pubblica amministrazione; l'art. 445, comma 1-ter, cod. proc. pen., ha riguardato gli effetti su queste dell'applicazione della pena su richiesta delle parti. Proprio detta ultima disposizione stabilisce, infatti, che le pene accessorie previste dall'art. 317-bis cod. pen. per i reati contro la pubblica amministrazione ivi indicati, tra cui la corruzione contestata all'imputato, non hanno più un'applicazione automatica ed indefettibile, ma sono rimesse alla scelta del giudice ("il giudice può applicare le pene accessorie previste dall'articolo 317 bis del codice penale").**

**Il problema se detto potere discrezionale riguardi anche il patteggiamento cosiddetto "allargato", in cui l'accordo processuale si riferisce a pene detentive di entità superiore ai due anni, come nella specie, è stato risolto da questa Corte in termini affermativi (Sez. 6, n. 6614 del 12/11/2020, Farina, non massimata).**

Quindi, si può concludere che il regime introdotto dalla legge n. 3 del 2019 tempera l'originaria rigidità sanzionatoria: sotto il profilo processuale, incentivando il ricorso al rito del patteggiamento, anche allargato, nei reati contro la pubblica amministrazione; sotto il profilo sostanziale, incrementando ed incoraggiando, con strumenti premiali, la collaborazione degli autori di detti delitti per consentire l'emersione di un fenomeno criminale che mina la credibilità e la trasparenza della pubblica amministrazione. Infatti, allorché sia stata riconosciuta l'attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 323-bis, comma 2, cod. pen., proprio come avvenuto nel caso sottoposto al vaglio di questa Corte, laddove il giudice

ritenga di applicare l'interdizione dai pubblici uffici (e l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione) la durata della sanzione accessoria dovrà essere compresa tra uno e cinque anni.”



# Costringe la compagna a non lasciarlo: è violenza privata

Argomento: Dei delitti contro la libertà morale

(Cass. Pen., Sez. V, 25 maggio 2022, n. 20346)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“3.1. (...) Si osserva che il ragionamento dei giudici di merito è conforme all'indirizzo di questa Corte, nella sua più autorevole composizione, secondo il quale l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 610 c.p., è costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l'effetto di costringere taluno a fare, tollerare, od omettere una determinata cosa; la condotta violenta o minacciosa deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa. Il delitto di cui all'art. 610 c.p., non è configurabile, dunque, qualora gli atti di violenza e di natura intimidatoria integrino, essi stessi, l'evento naturalistico del reato, vale a dire il pati cui la persona offesa sia costretta: l'evento del reato, nell'ipotesi di ricorso alla violenza, non può coincidere con il mero attentato all'integrità fisica della vittima o anche solo con la compressione della sua libertà di movimento conseguente e connaturata all'aggressione fisica subita (...). (...), **la Corte territoriale ha spiegato, in linea con tale indirizzo, la sussistenza dell'elemento materiale consistito nel comportamento intimidatorio, evidenziando che la condotta dell'imputato si è sostanziata nella minaccia, anche di morte, rivolta alla persona offesa se avesse interrotto la relazione con l'imputato, nonché (...), nella minaccia, fino all'aggressione fisica, diretta a farla restare in casa con lui fino a quando la donna non era riuscita ad invocare aiuto. Sicché, è corretta ed immune da censure di ogni tipo la qualificazione della condotta come violenza privata tentata (...) in quanto condotta diretta ad imporre un comportamento determinato nei confronti della vittima, configurandosi senz'altro il requisito della specificità e determinatezza dell'imposizione (...).**

3.1. Il secondo motivo è manifestamente infondato. Decisivo, (...), si profila quanto già affermato da questa Corte, secondo cui il reato di danneggiamento commesso con violenza alla persona o con minaccia, nel testo riformulato dal D.Lgs. n.7 del 15 gennaio 2016, art. 2, lett. I, è configurabile anche nel caso in cui non sussiste un nesso di strumentalità tra la condotta violenta o minacciosa e l'azione di danneggiamento, posto che la ragione della incriminazione deve essere ravvisata nella maggiore pericolosità manifestata dall'agente nella esecuzione del reato (...). (...) il danneggiamento dei telefonini era avvenuto (...) in un medesimo contesto in cui la condotta violenta dell'imputato si era diretta prima verso la persona (colpendo la donna con schiaffi e pugni al volto e con calci alle gambe) e, poi, alle cose. (...).”

# Truffa contrattuale: il momento consumativo del delitto deve individuarsi nell'inadempimento dell'acquirente

Argomento: Dei delitti contro il patrimonio mediante frode

(Cass. Pen., Sez. II, 31 maggio 2022, n. 21250)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“2.2 Il secondo motivo del ricorso, (...) per il quale - nell'ipotesi di truffa contrattuale caratterizzata da raggiri consistito nella consegna in pagamento di assegni postdatati poi rivelatisi insoluti - la consumazione del reato si integrerebbe al momento della consegna della merce e non della scadenza degli assegni, prospetta enunciati ermeneutici non condivisibili da questo collegio (...). Ed invero, il momento consumativo del delitto si riconosce (...) quando si verificano tutti gli elementi strutturali previsti e l'offesa al bene giuridico si realizza nella completa estensione, (...). Per individuare la data di consumazione del delitto di cui all'art. 640 cod. pen., (...), bisogna verificare che gli elementi oggettivi (e, dunque, la condotta dell'agente consistente nell'induzione in errore, tramite artifici e raggiri, del soggetto passivo; l'evento del danno patrimoniale corrispondente all'ingiusto profitto ed il nesso eziologico tra gli stessi intercorrente) nonché l'elemento psicologico del dolo si siano tutti verificati e che sia stata raggiunta la piena estensione dell'offesa ad entrambi i beni giuridici tutelati, il patrimonio e la libera formazione del consenso in seno alla persona offesa. Trattandosi, (...), di truffa contrattuale, il tempus commissi delicti non può essere individuato in via preventiva ed astratta: è, (...), indispensabile muovere (...), dalla valorizzazione della specifica volontà contrattuale, dalle peculiari modalità delle condotte e dei loro tempi, al fine di individuare quale sia stato in concreto l'effettivo pregiudizio correlato al vantaggio e quale il momento del loro prodursi (...). (...) La perdurante condotta truffaldina dell'odierno ricorrente - consistita nell'aver dapprima acquisito la fiducia del venditore adempiendo ai pagamenti dei precedenti rapporti contrattuali di modico valore e nell'aver successivamente concluso un contratto di più ingente valore, consegnando in pagamento e/o a garanzia una molteplicità di assegni, di cui alcuni correttamente incassati ed altri postdatati, privi di copertura e/o con firma irregolare - è stata tale da indurre più volte la persona offesa in errore: non solo al momento della originaria conclusione del contratto, ma anche successivamente, riuscendo di volta in volta a modificare gli accordi in ordine alle modalità di consegna e pagamento. L'attività decettiva posta in essere dall'imputato anche posteriormente alla consegna della merce, non è consistita nel limitarsi ad occultare l'inadempimento, assicurando il creditore che chiedeva di ricevere la controprestazione spettante, ma si è concretizzata in ulteriori attività giuridicamente rilevanti e, in particolare, nella consegna di assegni in sostituzione di quelli non andati a buon fine, nel parziale adempimento e nella rinegoziazione del pagamento, con riduzione di importi, rateizzazione e postdatazione: anche tali condotte integrano il reato perché hanno indotto la vittima a compiere attività che altrimenti non avrebbe compiuto. Ed infatti, nei contratti ad esecuzione differita o che non si esauriscono in un'unica prestazione, è configurabile il reato di truffa nel caso in cui gli artifici e i raggiri siano posti in essere anche dopo la stipula del contratto e durante la fase di esecuzione di esso, al fine di conseguire una prestazione altrimenti non dovuta (...). La concreta individuazione degli altri elementi oggettivi del delitto in esame, (...), non può prescindere dal considerare il nesso

di reciprocità tipico del contratto ad obbligazioni corrispettive, valorizzando lo squilibrio creato nel rapporto sinallagmatico dal mancato pagamento a fronte della controprestazione già adempiuta. (...), da un lato, il profitto dell'acquirente - che ha ricevuto i beni oggetto di compravendita - diventa ingiusto se e quando non viene adempiuta l'obbligazione di pagamento e, dall'altro, il venditore - che ha anche consegnato i beni venduti - subisce un danno patrimoniale se e quando non riceve il corrispettivo pattuito. (...) la potenziale lesione del patrimonio del venditore - che, truffato, ha concluso il contratto (...) è resa effettiva e definitiva al momento del mancato pagamento: (...). (...), è questo il tempus commissi delicti del caso di specie, (...). In tal senso, questa corte ha già affermato che, nell'ipotesi di truffa contrattuale (nel caso: compravendita), il momento consumativo del reato non coincide con la consegna del bene da parte del venditore, vittima del reato, ma con il successivo inadempimento dell'agente (...), cioè con il momento in cui si verifica la definitiva perdita patrimoniale per il soggetto passivo (...).(...), il momento consumativo del delitto di truffa contrattuale, (...), deve essere individuato nel mancato pagamento degli assegni, che si è verificato quando le somme non sono state definitivamente incamerate (...)"

# Violenza sessuale: non può applicarsi l'attenuante della minore gravità se tra la persona offesa e il soggetto attivo sussista un legame di fiducia

Argomento: Dei delitti contro la libertà personale

(Cass. Pen., Sez. III, 1 giugno 2022, n. 21255)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

"2. Destituito di fondamento risulta l'unico motivo di ricorso, con cui si lamenta violazione di legge in relazione a quanto previsto dall'art. 609-bis c.p., comma 3 e vizio di motivazione per contraddittorietà in punto di denegata applicazione dell'attenuante del fatto di minore gravità, sostenendo che, riconosciuta l'insussistenza di un rapporto di parentela tra le parti, si era giustificata la mancata concessione dell'indicata attenuante ad effetto speciale con l'affidamento riposto nell'imputato dalla parte lesa per effetto della pregressa conoscenza e della comune appartenenza alla confessione dei "Testimoni di Geova", con conseguente erronea valorizzazione di un presunto "tradimento della fiducia", che difficilmente si sarebbe potuto ipotizzare con riguardo a un soggetto ultraquattordicenne, ben orientato e vittima già in passato di attenzioni moleste rivolte dallo stesso agente.

Ritiene in proposito il Collegio che, diversamente da quanto sostenuto nell'atto di gravame, la Corte di appello di Torino abbia esposto, con argomentazioni logiche e coerenti (...), le ragioni fondanti la decisione assunta, che ha indicato nell'età adolescenziale del soggetto abusato (che aveva quattordici anni allorquando fu perpetrata in suo danno la prima violenza e quindici anni da poco compiuti in occasione della seconda), nel forte vincolo che legava da tempo la famiglia della vittima e l'imputato (ascrivibile alla comune appartenenza alla confessione dei Testimoni di Geova), nella strumentalizzazione, da parte di quest'ultimo, del rapporto di fiducia instauratosi con i genitori del minore (che, in un primo momento, non a caso, non credettero al racconto dell'accaduto fatto dal figlio), nell'inganno escogitato dallo stesso per incontrare una seconda volta la vittima e sottoporla nuovamente a violenza sessuale (indicativo di callidità ed esecrabile pervicacia) e nella confessione resa nel corso dell'interrogatorio di garanzia (all'evidenza sintomatico della piena consapevolezza dell'illiceità delle condotte abusanti reiteratamente tenute).

La decisione della Corte territoriale risulta, quindi, sorretta da un impianto motivazionale congruo e del tutto scevro da contraddizioni, al cospetto del quale la dedotta doglianza non coglie nel segno, risolvendosi, oltretutto, nella mera riproposizione di lamentazioni illo tempore prospettate con il primo motivo di appello. (...).

Tanto chiarito, deve altresì evidenziarsi che la decisione gravata non presenta neanche il dedotto vizio di violazione di legge, conformandosi la denegata concessione dell'indicata attenuante ad effetto speciale all'insegnamento della Suprema Corte, secondo cui "In tema di violenza sessuale, ai fini della configurabilità della circostanza attenuante del fatto di minore gravità, prevista dall'art. 609-bis c.p., comma 3, deve farsi riferimento ad una valutazione globale del fatto, nella quale assumono rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e mentali di questa, le caratteristiche psicologiche valutate in relazione all'età, in

modo da accertare che la libertà sessuale non sia stata compressa in maniera grave e che non sia stato arrecato alla vittima un danno grave, anche in termini psichici” (...).”

# Reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: quando si consuma?

Argomento: Dei delitti contro la personalità individuale

(Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 2022, n. 24388)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“2. Il primo motivo di doglianza, riguardante l’inapplicabilità al caso in esame della fattispecie di reato di cui all’art. 603-bis c.p., come introdotta dalla L. 29 ottobre 2016, n. 199, in vigore dal 4 novembre 2016, è destituito di fondamento. La difesa reitera una questione già adeguatamente vagliata dal Tribunale del riesame, sostenendo che il reato di cui all’art. 603-bis c.p. non possa configurarsi nel presente caso, in quanto i rapporti di lavoro tra la società [...] e le dipendenti si erano instaurati in data antecedente alla introduzione della fattispecie incriminatrice. La difesa obietta che la fattispecie in esame [...] [sia Ndr] ascrivibile alla categoria dei reati istantanei con effetti permanenti.

Il rilievo è erroneo. La norma, proprio al fine di realizzare un’ampia ed efficace tutela delle concrete situazioni che possano realizzarsi in tale ambito, prevede che il reato si perfezioni attraverso modalità alternative che riguardano non solo l’assunzione, ma anche l’utilizzazione o l’impiego di manodopera. Non è esatto, pertanto, sostenere che, ai fini della individuazione del momento perfezionativo del reato, debba aversi riguardo al solo dato primigenio dell’insorgenza del rapporto di lavoro.

Si tratta, dunque, di un reato istantaneo con effetti permanenti il cui perfezionamento si realizza anche attraverso l’impiego o l’utilizzazione della manodopera in condizioni di sfruttamento e con approfittamento dello stato di bisogno. La lesione del bene giuridico protetto dalla norma permane finché perdura la condizione di sfruttamento e approfittamento; pertanto, a far data dal 4 novembre 2016 il datore di lavoro che assuma, impieghi o utilizzi manodopera nella ricorrenza dei presupposti descritti nel comma 1, n. 2) della citata norma, deve rispondere del reato di sfruttamento di manodopera.

Il richiamo all’art. 2, commi 2 e 3, c.p. è inconferente.

Nel presente caso non si pone alcuna questione di continuità normativa con il passato o di individuazione della norma più favorevole. La fattispecie incriminatrice di cui 603, comma 1, n. 2) c.p., rappresenta un “novum” nell’ordinamento, avendo il legislatore previsto un reato proprio del datore di lavoro, non contemplato in precedenza, avente connotazioni diverse da quello del reclutatore, con lo scopo di reprimere il fenomeno dello sfruttamento del lavoro, i cui indici di manifestazione sono elencati al comma 3 della norma. Pertanto, erra la difesa nel sostenere che sia stata estesa al datore di lavoro la responsabilità per l’illecito reclutamento di manodopera.

In conclusione, oltre a non rilevare il fatto che l’assunzione delle lavoratrici sia stata effettuata prima della introduzione della norma incriminatrice, è del tutto peregrino il richiamo al fenomeno della successione nel tempo di norme incriminatrici.

3. Del pari inammissibili sono le doglianze prospettate nel secondo motivo di ricorso.

[...]. Il Tribunale richiama in maniera dettagliata le circostanze dalle quali è stato desunto il fumus commissi delitti, soffermandosi sulle condizioni di sfruttamento dei lavoratori, corrispondenti agli indici richiamati nella norma incriminatrice. A tal proposito ha posto in evidenza come tutti i lavoratori, dalla loro assunzione, fossero stati resi edotti della circostanza per cui avrebbero dovuto lavorare per un numero di ore superiore a quello previsto nella contrattazione collettiva; dal giugno 2018 i dipendenti subirono una modifica unilaterale del contratto di lavoro, passando da un contratto subordinato “full-time” ad uno “part-time”. Tuttavia, nonostante la modifica del contratto, i dipendenti continuarono a lavorare per un numero di ore corrispondenti al contratto a tempo pieno, percependo la retribuzione prevista dal c.c.n.l. relativa ai contratti part-time. Inoltre, ha aggiunto il Tribunale, si è accertato che i lavoratori non usufruivano delle ferie, della riduzione dell’orario lavoro, dei giorni di assenza e permesso previsti dalla contrattazione collettiva, lavorando sostanzialmente tutti i giorni, per un numero di ore pari a 48 ore settimanali in alta stagione.

Facendo falsamente figurare i dipendenti assunti part-time, gli indagati si procurarono un ingiusto profitto [...].

Quanto al requisito dell’approfittamento dello stato di bisogno, il Tribunale, nell’analizzare le singole posizioni dei dipendenti, ha inteso condividere le argomentazioni offerte dal giudice della cautela nella ordinanza impositiva della misura, in cui si pone in evidenza come le dipendenti si siano viste costrette ad accettare le condizioni imposte per la necessità di mantenere un’occupazione, non esistendo, nel contesto in cui è maturata la vicenda, possibili reali alternative di lavoro.

In proposito, secondo consolidato orientamento di questa Corte, ai fini dell’integrazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, lo stato di bisogno non va inteso come uno stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, bensì come una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, tale da limitare la volontà della vittima e da indurla ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose (cfr. Sez. 4, n. 24441 del 16/03/2021, Rv. 281405 – 01)".

# Il momento consumativo del reato di malversazione a danno dello Stato

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 32827)

Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

"(...) 2. La questione che il ricorso pone attiene alla individuazione del momento consumativo del reato di malversazione a danno dello Stato che, come chiarito da Sez. U., n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, può essere commesso sia attraverso una mera omissione sia attraverso una destinazione dei fondi pubblici ottenuti a fini privati o, comunque, diversi da quelli da quelli perseguiti dall'ente erogante.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte il delitto di malversazione a danno dello Stato è un reato istantaneo che si consuma nel momento in cui le sovvenzioni, i finanziamenti o i contributi pubblici vengono distratti dalla destinazione per cui sono erogati (...).

Va, tuttavia, evidenziato che le pronunce che hanno affermato tale principio sono pervenute a conclusioni non pienamente simmetriche in relazione alle fattispecie concrete in cui l'atto di concessione dell'erogazione prevedeva un termine per la realizzazione delle opere o delle attività di pubblico interesse.

In termini favorevoli alla rilevanza di detto termine ai fini della consumazione del reato si è pronunciata Sez. 6, n. 40375 del 2002, Cataldi. In tale sentenza la Corte ha affermato che, poiché il reato previsto dall'art. 316-bis c.p. ha come scopo quello di reprimere le frodi successive al conseguimento di prestazioni pubbliche, attuate non destinando i fondi ottenuti alle finalità per le quali essi sono stati erogati, il reato si perfeziona non nel momento in cui il finanziamento viene erogato o in quello in cui i fondi vengono in ipotesi impiegati per altro scopo, ma nel momento in cui si attua la mancata destinazione dei fondi allo scopo per il quale erano stati ottenuti.

Ad avviso della Corte, dunque, il momento consumativo del reato si identifica nel momento in cui possa ritenersi accertato che l'agente, non avendo compiutamente realizzato l'opera o l'attività prevista nell'atto di erogazione, destina le somme ad altra attività. (...)

A diversa conclusione e', invece, pervenuta Sez. 6, n. 40830 del 03/06/2010, Marani, in cui la Corte, muovendo dal presupposto che l'art. 316-bis c.p. sanziona l'inadempimento dell'obbligazione di destinare i fondi pubblici alla realizzazione di opere o attività di pubblico interesse per cui sono stati assegnati, ha affermato che il reato si perfeziona e si consuma nel momento in cui si verifica tale inadempimento, non essendo ipotizzabile, in ragione della natura istantanea del reato, la permanenza dell'azione tipica che ne determina la consumazione. (...)

2.1 Un punto di sintesi tra le diverse soluzioni emerse in merito alla rilevanza del termine ai fini del perfezionamento del reato in esame, è segnato da una recente pronuncia di questa Corte, cui il Collegio intende dare continuità, in cui si è chiarito che, pur essendo rilevante il termine fissato con l'atto di erogazione del finanziamento, l'individuazione del tempo della "omessa destinazione" del finanziamento può, tuttavia, dipendere da una pluralità di fattori, relativi alle condizioni contrattuali e alla tipologia delle sovvenzioni/finanziamenti, che rendono imprescindibile il confronto



dell'interprete con le specifiche situazioni concrete (...). Si è, dunque, affermato che, in linea generale, qualora il contratto o la normativa prevedano un termine per la realizzazione delle opere o per lo svolgimento di specifiche attività di pubblico interesse, il delitto di malversazione a danno dello Stato non può considerarsi perfezionato prima della scadenza di detto termine. Secondo l'ermeneusi offerta dalla Corte, tale principio generale va, tuttavia, integrato dall'analisi delle specifiche condizioni previste dall'atto di erogazione del finanziamento o della sovvenzione cosicché, qualora l'erogazione sia stata subordinata a condizioni e vincoli ulteriori rispetto alla specifica destinazione pubblicistica per cui le somme sono erogate, il momento consumativo del reato potrebbe essere individuato, non alla scadenza del termine, ma in un momento antecedente, allorché il mancato rispetto delle condizioni e dei vincoli determini una irreversibile compromissione della realizzazione della finalità perseguita con l'erogazione pubblica. (...)"

# Autoriciclaggio: il trasferimento fraudolento di valori ex art. 512-bis c.p. non è reato presupposto

Argomento: Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio

(Cass. Pen., Sez. II, 12 luglio 2022, n. 26902)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1.2.1 (...) [L]’art. 512 bis cod. pen., che ha riprodotto senza modifiche l’art. 12 quinquies comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992 n. 306, convertito dalla legge n. 356 del 1992, sanziona "chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o la disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniale o di contrabbando ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648 bis e 648 ter cod. pen”.

L’art. 512 bis cod. pen., quindi, prevede una fattispecie a forma libera, che si concretizza nella dolosa determinazione di una situazione di apparenza giuridica e formale della titolarità o della disponibilità del bene, difforme dalla realtà, al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniale o di contrabbando ovvero al fine di agevolare la commissione di reati relativi alla circolazione di mezzi economici di illecita provenienza, specificamente elencati.

Come affermato costantemente da questa Corte (...), il tratto fondamentale del delitto di trasferimento fraudolento di valori è la consapevole determinazione di una situazione di difformità tra titolarità formale, meramente apparente, e titolarità di fatto di un determinato compendio patrimoniale, qualificata dalla specifica finalizzazione indicata dall’art. 512 bis cod. pen.

Tale finalizzazione, oltre all’elusione delle disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniale o di contrabbando, può avere ad oggetto l’agevolazione della commissione dei reati specificamente indicati dall’art. 512 bis cod. pen. e non anche altri. Ciò in quanto le norme sfavorevoli sono di stretta interpretazione e, nei casi in cui una disposizione ricollegghi determinati effetti giuridici sfavorevoli alla commissione di reati specificamente indicati mediante l’elenco degli articoli di legge che li prevedono, senza ulteriori precisazioni, deve affermarsi che gli effetti sfavorevoli si producono esclusivamente per le fattispecie richiamate.

Nel caso in disamina, secondo l’imputazione provvisoria, l’intestazione fittizia dei beni da parte dell’indagato e in favore dei figli (...) era diretta ad "agevolare la commissione del delitto di cui al capo seguente", ossia l’impiego, nella gestione delle imprese agricole facenti capo all’indagato, di denaro di provenienza delittuosa, ricavato dalla fittizia cessione del ramo d’azienda (...).

Il Tribunale del riesame ha qualificato come autoriciclaggio il delitto contestato al capo 2), avendo ritenuto che la concreta condotta, attribuita dal Pubblico ministero all’indagato, aveva "ad oggetto il riutilizzo da parte dello stesso, nella gestione delle società intestate ai figli, di denaro di provenienza

delittuosa, in quanto ricavato dall’indicata fittizia cessione di ramo di azienda, realizzata proprio dal predetto". In altri termini, secondo il Tribunale, “dal momento che era lo stesso Pubblico ministero ad attribuire al (...) la realizzazione, anche a titolo di concorso, del reato presupposto, è evidente

che il successivo riutilizzo del denaro, ricavato dalle ipotizzate condotte illecite, da parte del medesimo soggetto integra il delitto di autoriciclaggio e non quello di riciclaggio".

A fronte di siffatte argomentazioni coglie nel segno la censura del ricorrente, secondo cui il Tribunale del riesame, nel ritenere che la fittizia intestazione delle società da parte dell'indagato era diretta ad agevolare le condotte illecite di cui al capo n. 2), qualificate come autoriciclaggio, non si è reso conto che, conseguenzialmente, non poteva dirsi sussistente il fumus del reato di cui all'art. 512 bis cod. pen., in quanto tale reato non contempla, tra i suoi elementi costitutivi, il fine di agevolare il delitto di cui all'art. 648 ter1 cod. pen.

La ritenuta sussistenza del fumus del reato di cui all'art. 512 bis cod. pen si è risolta, quindi, nell'ampliamento dello spettro dei reati per la cui agevolazione è possibile che la fittizia intestazione di beni assuma rilevanza penale: operazione, questa, violativa del principio di tassatività dell'illecito penale.”

# Cyberlaundering e dark web: grazie all'anonimato, le criptovalute agevolano l'autoriciclaggio

Argomento: Dei delitti contro il patrimonio mediante frode

(Cass. Pen., Sez. II, 13 luglio 2022, n. 27023)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2.1 (...) [I]n tema di truffa "on line", è configurabile l'aggravante della minorata difesa, con riferimento all'appropriamento delle condizioni di luogo, quando l'autore abbia tratto, consapevolmente e in concreto, specifici vantaggi dall'utilizzazione dello strumento della rete (...), esplicitando con completezza motivazionale le ragioni dei gravi indizi di colpevolezza con riferimento anche al riconoscimento di detta aggravante (l'indagato ha sempre occultato la propria identità in modo certoso, utilizzando nei contatti via mail generalità false che riconducevano ad un sedicente avvocato (...); i rari contatti telefonici non sono mai stati affiancati da incontri in presenza; gli istituti previsti dal codice di procedura civile per la liquidazione giudiziale dei compendi immobiliari pignorati - offerta, partecipazione all'asta e vendita on line - sono stati strumentalizzati per schermare l'identità dell'agente e per consentirgli di sottrarsi alle conseguenze della propria condotta fraudolenta; la possibilità di utilizzare siti web istituzionali (...) dai quali i potenziali acquirenti potevano recuperare informazioni sui beni d'interesse e scaricare la modulistica di riferimento ha evitato di sottoporre il prodotto ad un efficace controllo preventivo; le opportunità decettive offerte dalla rete ha determinato una specifica situazione di vantaggio (...), agevolando tutta la fase delle truffe, dall'adescamento delle vittime al versamento delle somme, in un rapporto "virtuale" che si è protratto negli anni senza che mai costui venisse individuato).

A fronte di tale valutazione in fatto, immune da vizi logici, l'alternativa lettura dei dati d'indagine da parte della difesa, deve senz'altro ritenersi preclusa in sede di legittimità.

2.2 L'analisi del Tribunale circa il riscontro dei requisiti dell'autoriciclaggio è rigorosa, puntuale ed apprezzabile nell'interpretazione della normativa di riferimento, correttamente applicata al caso in esame, di acquisto di moneta virtuale (bitcoin) con il denaro provento delle truffe. (...) Ha evidenziato innanzitutto che il ricorrente ha provveduto a curare immediatamente il trasferimento di somme non appena accreditate - senza mai riscuoterle - attraverso disposizioni on line in favore di altro conto tedesco intestato alla piattaforma di scambio di bitcoin, per il successivo acquisto di valuta virtuale il cui impiego finale risulta ancora imprecisato, ponendo così in essere un investimento dei profitti illeciti in operazioni di natura finanziaria, idonee a ostacolare la tracciabilità e la ricostruzione della origine delittuosa del denaro. La moneta virtuale, secondo la condivisa prospettazione del tribunale, basata su pertinenti richiami legislativi, giurisprudenziali e dottrinari, non può essere esclusa dall'ambito degli strumenti finanziari e speculativi ai fini di una corretta lettura dell'art. 648 ter.1 cod. pen. (...) [V]anno ribaditi i seguenti punti:

l'indicazione normativa ex art. 648 ter.1 cod. pen. delle attività (economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative) in cui il denaro, profitto del reato presupposto, può essere impiegato o trasferito, lungi dal rappresentare un elenco formale delle attività suddette, appare piuttosto diretta ad individuare delle macro aree, tutte accomunate dalla caratteristica dell'impiego finalizzato al conseguimento di un utile, con conseguente inquinamento del circuito economico, nel quale,

vengono immessi denaro o altre utilità provenienti da delitto e delle quali il reo vuole rendere non più riconoscibile la loro provenienza delittuosa (...) molteplici attività e, in particolare, tutte quelle in cui il soggetto ricerca il raggiungimento di un utile, anche assumendosi il rischio di considerevoli perdite;

- le valute virtuali possono essere utilizzate per scopi diversi dal pagamento e comprendere prodotti di riserva di valore a fini di risparmio ed investimento (...);

- come sottolineato in dottrina, la configurazione del sistema di acquisto di bitcoin si presta ad agevolare condotte illecite, in quanto - a differenza di quanto rappresentato in ricorso con il richiamo alle registrazioni sulla blockchain e sul distributed ledger - è possibile garantire un alto grado di anonimato (sistema cd. permissionless), senza previsione di alcun controllo sull'ingresso di nuovi "nodi" e sulla provenienza del denaro convertito (si è anche sottolineato come sia ormai noto il vasto numero di criptovalute utilizzate nel darkweb, proprio per le loro peculiari caratteristiche, e che alcune di esse, attraverso l'uso di tecniche crittografiche avanzate, garantiscono un elevato livello di privacy sia in relazione alla persona dell'utente sia in relazione all'oggetto delle compravendite);

- indubbiamente, con il decreto legislativo n. 90/2017 attuativo della IV Direttiva Antiriciclaggio, il legislatore italiano ha apportato sostanziali modifiche al d.lgs. 231/2007, a sua volta attuativo della Direttiva 2005/60/CE, anticipando le disposizioni della V Direttiva Antiriciclaggio in materia di criptovalute, valute virtuali e destinatari degli obblighi di prevenzione, normativa di carattere preventivo che si affianca alla disciplina penalistica di contrasto a riciclaggio e autoriciclaggio di cui agli artt. 648-bis e 648-ter.1 cod. pen. senza tuttavia che nella fattispecie in esame risulti che tale nuovo meccanismo di controllo abbia consentito di evitare il reato contestato (al contrario, accertata la re-immissione del profitto delle truffe nel circuito dell'economia legale, sono risultate estremamente difficili le attività di ricostruzione dell'identità del soggetto al quale riferire le singole transazioni in criptovaluta, anche perché l'account impiegato dal (...) faceva riferimento a false generalità dell'intestatario del conto corrente bancario di provenienza). (...)"

# Reati omissivi: quando il rapporto di ospitalità è posizione di garanzia

Argomento: Del reato consumato e tentato

(Cass. Pen., Sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905)

Stralcio a cura di Pamela D'Oria

“(...) 1.1. Secondo la contestazione, alle ore 23.15 (...), simulando uno scherzo e ritenendo che la pistola Beretta semiautomatica calibro 9-380 (che aveva lasciato incustodita nella stanza da bagno) fosse priva di munizionamento, la puntò in direzione di (...), mentre questi stava facendo la doccia, scarrellò e premette il grilletto. (...) Nonostante l'avesse ferito, ritardò i soccorsi e fornì agli operatori del 118 e al personale paramedico informazioni false e fuorvianti, così cagionando (...) il decesso (...)

2. La "posizione di garanzia".

(...) la responsabilità ex art. 40 c.p., comma 2, presuppone la titolarità di una posizione di garanzia nei confronti del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata, dalla quale deriva l'obbligo di attivarsi per la salvaguardia di quel bene; obbligo che si attualizza in ragione del perfezionarsi della c.d. situazione tipica.

In presenza di tali condizioni, la semplice inerzia assume significato di violazione dell'obbligo giuridico (di attivarsi per impedire l'evento) e l'esistenza di una relazione causale tra omissione ed evento consente di ascrivere il reato secondo la previsione dell'art. 40 c.p., comma 2. (...)

3.1. Questa Corte ha avuto modo già di rilevare che "altra fonte dell'obbligo di garanzia è quello dell'assunzione volontaria ed unilaterale dei compiti di tutela, al di fuori di un preesistente obbligo giuridico, fondato sul presupposto dell'assunzione di fatto dell'onere, della presa in carico del bene che ne accresce le possibilità di salvezza. Tale ambito ricorre in presenza di un'iniziativa spontanea nell'assunzione dei compiti di tutela (...) si tratta di obbligazione giuridica connessa all'assunzione unilaterale del ruolo di garante (...).

3.2. La teoria dell'assunzione volontaria della posizione di garanzia si inserisce nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale volto a riconoscerne la validità anche quando nessuna norma o contratto preveda tale situazione (...).

(Tale) interpretazione (...) fonda le sue radici sugli obblighi solidaristici di garanzia, derivanti proprio dal graduale affermarsi dei principi tutelati dalla Carta Costituzionale.

Incontroverta, infatti, è la centralità dei diritti inviolabili che costituiscono patrimonio irretrattabile della persona; e, in un'ottica di solidarietà (...), sono previsti anche doveri inderogabili di ordine sociale, senza dubbio finalizzati a salvaguardare la vita e l'incolumità personale del prossimo.

Insomma, è proprio il rilievo costituzionale dei beni giuridici coinvolti a supportare la configurabilità della "posizione di garanzia" derivata dall'assunzione volontaria unilaterale dei compiti di tutela, ossia dalla mera "presa in carico" del bene protetto, anche solo momentanea, che è volta ad impedire che il soggetto incapace di provvedere a sé stesso possa rimanere vittima di una situazione di pericolo. (...)

3.3. (...) [V] è un contrasto in dottrina sull'individuazione delle fonti dalle quali discende l'assunzione volontaria della posizione di garante.

3.3.1. Secondo la c.d. teoria formale, la situazione fattuale tipica, da cui dipende l'obbligo di impedire l'evento, va individuata in base a una fonte formale dell'ordinamento giuridico: la legge, il contratto e la precedente attività pericolosa. (...)

3.3.2. Altro orientamento interpretativo privilegia la teoria contenutistico funzionale, che sostiene l'esigenza di tutela e la necessità di costruire la posizione di garanzia in base allo scopo di protezione della fattispecie incriminatrice.

Esistono beni giuridici meritevoli di una tutela rafforzata, in quanto i loro titolari non sono in grado di proteggerli affatto o non sono in grado di proteggerli adeguatamente. Ne deriva che il primo requisito della sussistenza della posizione di garanzia è la particolare vulnerabilità del bene, a causa dell'incapacità del titolare di proteggerlo.

L'altro fondamentale requisito è che la tutela del bene sia affidata, anteriormente alla verifica della situazione di pericolo, a un terzo, che è per l'appunto il garante.

Infine, la terza condizione necessaria è che il garante sia in grado di intervenire sullo svolgimento dei decorsi causali, in modo da impedire la verifica dell'evento tipico; proprio tale criterio finisce per circoscrivere la teoria funzionalistica, giacché è il comportamento del garante ad aver determinato un aumento del rischio per il bene da proteggere.

3.4. Oltre che in un'assunzione volontaria dell'obbligo, la fonte della posizione di garanzia può essere individuata, secondo un orientamento già tracciato dalla giurisprudenza di legittimità (anche civile), nella c.d. teoria del contatto sociale. (...)

4.2.1. In ragione della situazione fattuale creatasi, ovvero il ferimento con arma da fuoco di (...) mentre questi era "ospite" nell'abitazione della fidanzata, viene in rilievo in primo luogo la configurabilità del requisito della particolare vulnerabilità del bene "vita" da proteggere e dell'indubbia incapacità del titolare dello stesso bene a tutelarsi nella situazione di pericolo determinata, peraltro, dalla precedente condotta colposa di (...)

4.2.2. Né può negarsi che sussista anche l'ulteriore fondamentale requisito ovvero che la tutela del bene fosse affidata, anteriormente alla verifica della situazione di pericolo, ai soggetti "garanti". (...)

4.2.3. Nella specie è configurabile anche la terza condizione necessaria, ovvero che il soggetto garante sia stato in grado di intervenire sullo svolgimento dei decorsi causali in modo da impedire la verifica dell'evento tipico. (...)

4.3. E' dunque da individuarsi nell'ospitalità offerta a (...), nell'abitazione di cui avevano la disponibilità, l'assunzione di una posizione speciale di garanzia da parte dei (...).

Tale posizione non sarebbe stata surrogabile con l'intervento di estranei, che non avrebbero potuto accedere all'abitazione stessa senza il consenso della famiglia (...).

La posizione di garanzia, peraltro, è da correlarsi alla situazione che ha posto in pericolo la vita dell'ospitato, quando quest'ultimo, proprio per le sue condizioni, non era più in grado di richiedere autonomamente i soccorsi. (...)

Invero, (...) è sufficiente la considerazione della condizione di "ospite" nell'abitazione dei (...) a caratterizzare la figura del (...) come soggetto titolare del diritto di soccorso da parte dei soggetti "ospitanti" e, come si è detto, pacificamente titolari anche dello *ius excludendi alios*, nel senso che nessun altro sarebbe potuto intervenire a prestare soccorso senza il necessario consenso di questi ultimi.

Ed è proprio il qualificato rapporto tra i (...) e il (...) ad aver determinato la configurabilità in capo a tutti i ricorrenti della posizione di garanzia riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 40 cpv. c.p. (...)

4.5. (...) il rapporto di ospitalità deve ritenersi rilevante come fonte di affidamenti protettivi individualizzati, perché lo spettro dei destinatari dell'obbligo di soccorso resta oggettivamente delimitato proprio dalla condizione di presenza nella stessa abitazione.

D'altronde, nel nostro ordinamento si rinviene la particolare considerazione delle relazioni di ospitalità come generanti affidamenti specifici: basti pensare, per esempio, all'aggravante comune di cui all'art. 61 c.p., n. 11, che prevede un aumento di pena se il fatto è commesso con abuso della relazione di coabitazione od ospitalità, connesso a una condizione obiettiva ambientale e alla violazione del sentimento di fiducia che intercorre tra le parti del rapporto di ospitalità. (...)"

---

Nota di Giorgia Fucito

La sentenza in commento ha definito una delle vicende più note alla cronaca giudiziaria degli ultimi decenni, relativa alla tragica morte del giovane M.V., occorsa quando il ragazzo era ospite presso l'abitazione dei C., famiglia della propria fidanzata M.

La recente pronuncia della V Sezione della Corte di Cassazione, oltre ad offrire un interessante punto di sintesi circa il dibattuto tema relativo ai reati omissivi impropri di cui all'art. 40 cpv., c.p., conferma il consolidamento di quella concezione contenutistico-funzionale degli obblighi di garanzia invalsa in seno alla più recente giurisprudenza di legittimità.

Al fine di meglio comprendere i profili giuridici esaminati dalla Corte, occorre ripercorrere brevemente gli episodi più significativi della vicenda fattuale, secondo la ricostruzione accolta nei precedenti gradi di giudizio.

Nella tarda serata del 17 maggio 2015, A.C., simulando uno scherzo, impugnando una pistola semiautomatica, nell'erroneo convincimento che l'arma fosse priva di munizionamento, la puntò in direzione di M.V., premette inavvertitamente il grilletto ed esplose un colpo, ferendo il giovane.

Questa prima fase, connotata dalla colposa esplosione del proiettile ed addebitabile al solo A.C., viene assunta nel capo di imputazione alla stregua di un antefatto. Ad esso fanno seguito i plurimi comportamenti omissivi di A.C. e dei suoi familiari che, ritardando l'intervento dei soccorsi e fornendo al personale paramedico indicazioni fuorvianti e reticenti in ordine all'accaduto, cagionarono la morte di M.V.

Si comprende allora come uno dei principali nodi che i giudici del merito si sono trovati a dover districare, e su cui la sentenza in commento ha svolto alcune importanti puntualizzazioni, ha riguardato la qualificazione giuridica dei comportamenti tenuti dagli imputati nella seconda fase della vicenda.

Ad un inquadramento delle condotte omissive perpetrate dalla famiglia C. ai sensi dell'art. 593, co. 3, c.p. (omissione di soccorso, aggravata dalla morte della persona rinvenuta), si poneva l'alternativa di una responsabilità per omicidio mediante omissione, ai sensi dell'art. 40 cpv., c.p., previo riconoscimento, in capo a tutti gli imputati, di una specifica posizione di garanzia.

Sin dal primo grado, senza mai ricevere smentita nelle fasi successive dell'*iter* processuale – se non limitatamente all'elemento psicologico del reato –, le condotte in questione vennero ricondotte alla più gravosa ipotesi di omicidio mediante omissione.



Nella sentenza esaminata, il Collegio, ribadendo l'applicabilità al caso concreto dell'art. 40 cpv., c.p., puntualizza alcuni aspetti rimasti oscuri nelle precedenti fasi processuali, tra cui, per quanto di interesse in questa sede, la questione concernente la fonte da cui ricavare l'esistenza di una posizione di garanzia in capo ad A.C. e ai suoi familiari.

Preliminarmente, la Corte ripercorre il contrasto dottrinale e giurisprudenziale esistente in ordine ai criteri di identificazione degli obblighi giuridici di impedire l'evento penalmente rilevanti *ex art. 40, co. 2, c.p.*

Come noto, infatti, la clausola di equivalenza contenuta nella citata norma, in forza della quale non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo, non fornisce alcuna precisazione in relazione alle fonti alla cui stregua individuare tale dovere impeditivo.

Secondo una prima tesi, c.d. formale, l'obbligo di attivarsi rilevante *ex art. 40, cpv. c.p.* deve essere individuato in base ad una previsione formale dell'ordinamento giuridico, e dunque in forza di una legge, penale o extrapenale, ovvero di un contratto.

A questo binomio, la teoria in esame, per esigenze di tutela sostanziale, aggiunge l'ulteriore criterio della "precedente attività pericolosa" che, pur in assenza di un espresso fondamento normativo, viene considerata fonte della posizione di garanzia ogni volta in cui essa determini per i terzi una situazione di pericolo, che l'autore della condotta ha l'obbligo di controllare, al fine di impedire che ne derivino offese in danno altrui.

Sul versante opposto si colloca la c.d. teoria contenutistico-funzionale, accolta dalla pronuncia in esame, secondo cui la ricostruzione della posizione di garanzia deve essere condotta alla luce della *ratio* sottesa alla previsione di cui all'art. 40, co. 2, c.p., che coincide con l'esigenza di assicurare una tutela rafforzata ad interessi il cui titolare non è in grado di proteggere affatto ovvero di proteggere adeguatamente.

Al principale requisito della particolare vulnerabilità del bene tutelato, si affiancano due ulteriori condizioni. Innanzitutto, occorre che la protezione dell'interesse in questione sia affidata alle cure del terzo in un momento anteriore alla verifica della situazione di pericolo; in secondo luogo, è necessario che il garante disponga dei poteri necessari ad intervenire sul decorso causale, per scongiurare la verifica dell'evento lesivo.

In questa prospettiva sostanzialistica, la giurisprudenza ha individuato un'ulteriore fonte della posizione di garanzia nella assunzione volontaria ed unilaterale dei compiti di tutela. In questo caso, il fondamento del dovere di impedimento viene rintracciato nella spontanea "*presa in carico*" del bene protetto, in assenza di un preesistente obbligo formale.

Così ricostruiti i diversi orientamenti, il Supremo Collegio si sofferma sulla fattispecie concreta oggetto del giudizio, precisando che, nella sentenza rescindente ed in quella emessa all'esito del giudizio di rinvio, la fonte dell'obbligo di impedire l'evento, gravante in capo a tutti gli imputati, venne individuata proprio nella volontaria assunzione, da parte di questi, di un dovere di protezione nei confronti di M.V.

Tale soluzione viene arricchita da un ulteriore profilo, sino a quel momento solo accennato nei precedenti gradi di giudizio.

Invero, la Corte di Cassazione, nella pronuncia in oggetto, pur aderendo all'impostazione seguita dalla sentenza di annullamento, sposta l'attenzione sulla condizione di ospite che la vittima rivestiva all'interno della abitazione della famiglia C.

In altri termini, il Collegio ha individuato *nella ospitalità offerta al V., nell'abitazione di cui avevano la disponibilità*, l'assunzione di una specifica posizione di garanzia in capo a tutti gli imputati, non

surrogabile con l'intervento di estranei, che *non avrebbero potuto accedere all'abitazione stessa senza il consenso della famiglia C.*

Chiariscono inoltre i giudici come il rapporto di *spiccata confidenzialità* che legava la giovane vittima ai componenti della famiglia della di lui fidanzata, con i quali il primo condivideva una relazione di natura *parafamiliare*, fosse da solo sufficiente ad *attribuire al V. un affidamento socialmente tipico ad essere soccorso in una situazione di pericolo tale da mettere a repentaglio la sua vita.*

Sebbene tale dato, puntualizza la Corte, non valga a riconoscere in capo al V. i diritti sostanziali propri dei "congiunti", la sua qualità di ospite viene ritenuta sufficiente a *caratterizzare la [sua] figura [...] come soggetto titolare del diritto di soccorso da parte dei soggetti ospitanti, pacificamente titolari dello ius excludendi alios, nel senso che nessun altro sarebbe potuto intervenire a prestare soccorso senza il necessario consenso di questi ultimi.*

Sulla base del rapporto di ospitalità, precisa la sentenza, deve inoltre differenziarsi la posizione della famiglia C. da quella di V.G., fidanzata del F.C., anche lei ospite presso l'abitazione teatro della tragica morte del giovane M.V., alla quale, pertanto, era stata correttamente ascritta la diversa ipotesi di cui all'art. 593 c.p.

Quest'ultima precisazione offre alla V Sezione della Corte di Cassazione l'occasione per tracciare il confine tra la fattispecie di omissione di soccorso e quella di cui all'art. 40 cpv. c.p., generata dal rapporto di ospitalità.

Più precisamente, l'art. 593 c.p. punisce la condotta del soggetto che occasionalmente si imbatte in una persona in stato di pericolo, omettendo di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'Autorità. L'occasionalità, invero, contribuisce a definire la platea di destinatari cui l'obbligo di soccorso si riferisce, coincidente con la generalità dei consociati.

Diversamente, in una situazione come quella in esame, il soggetto gravato dall'obbligo di attivarsi per tutelare l'altrui bene giuridico non è il *quisque de populo*, ma l'unico soggetto in grado di provvedere ad allertare tempestivamente i soccorsi, *essendo preventivamente individuabile come titolare di fatto del relativo potere, in virtù della circostanza che questi si trova in un ambiente rispetto al quale [...] ha la possibilità di esercitare lo ius excludendi alios.*

La sentenza in commento desta particolare interesse perché la Corte, pur mantenendo formalmente inalterata l'impostazione accolta dalla pronuncia di annullamento, concentra la propria attenzione sul rapporto qualificato che legava la vittima alla famiglia C., individuando l'autentica fonte della posizione di garanzia ricoperta dai ricorrenti nel rapporto di ospitalità.

Occorre, tuttavia, rilevare come la soluzione di assegnare al soggetto ospitante il ruolo di garante della vita e dell'incolumità dell'ospitato[1] non abbia mancato di sollevare alcune perplessità in seno alla dottrina più attenta.

Sebbene il Collegio abbia tentato di fornire un'accurata descrizione dei presupposti da cui nasce tale posizione di garanzia, non può sottrarsi l'inesorabile contrasto tra la tesi sostanzialistica promossa dalla Corte ed il principio di legalità, che evidenzia, ancora una volta, l'esigenza di un intervento legislativo diretto a garantire, nell'ambito dei reati omissivi impropri, le istanze di prevedibilità della reazione punitiva.

[1] M. Spina, *La Cassazione-bis sul caso Vannini: l'ospitalità come fonte di obblighi protettivi in una lettura ultra-sostanzialistica del reato omissivo improprio*, in *Sistema penale*, 2021.

# Il *discrimen* tra ingiuria e diffamazione rispetto alla “presenza” virtuale della persona offesa

Argomento: Dei delitti contro l'onore

(Cass. Pen., Sez. V, 20 luglio 2022, n. 28675)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“1. La sentenza impugnata è stata emessa il 7 giugno 2021 dalla Corte di appello di (...), che (...) ha ribaltato la decisione del Tribunale di (...) che aveva assolto (...) dal reato di diffamazione ai danni di (...) perché il fatto non sussiste. Il fatto consiste nell'invio, (...), di plurimi messaggi scritti e audio in una chat di whatsapp a cui partecipavano (...) ed altre giovani ragazze, dal contenuto pesantemente offensivo nei confronti della (...).

2. (...). L'unico motivo di ricorso lamenta i vizi di cui all'art. 606, comma 1, lett. d) e e), cod. proc. pen. Dalla lettura della chat si evincerebbe che la persona offesa aveva immediatamente replicato alle offese pronunziate nei suoi confronti, il che significa che ella era presente e che, quindi, non di diffamazione si trattò, ma di ingiuria (...).

Il ricorso è infondato (...).

1.1. (...), appare preziosa la sentenza di questa sezione n. 13252 del 04/03/2021 (...). Sostiene il precedente evocato che: - l'offesa diretta a una persona presente costituisce sempre ingiuria, anche se sono presenti altre persone; - l'offesa diretta a una persona "distante" costituisce ingiuria solo quando la comunicazione offensiva avviene, esclusivamente, tra autore e destinatario; - se la comunicazione "a distanza" è indirizzata ad altre persone oltre all'offeso, si configura il reato di diffamazione; - l'offesa riguardante un assente comunicata ad almeno due persone (presenti o distanti), integra sempre la diffamazione. La decisione in discorso ha, poi, approfondito il concetto di "presenza" rispetto ai moderni sistemi di comunicazione, ritenendo che, accanto alla presenza fisica, (...), vi siano, poi, situazioni ad essa sostanzialmente equiparabili, realizzate con l'ausilio dei moderni sistemi tecnologici (cali conference, audioconferenza o videoconferenza), in cui si può ravvisare una presenza virtuale del destinatario delle affermazioni offensive. Occorrerà, dunque, valutare caso per caso: se l'offesa viene profferita nel corso di una riunione "a distanza" (o "da remoto"), tra più persone contestualmente collegate, alla quale partecipa anche l'offeso, ricorrerà l'ipotesi della ingiuria commessa alla presenza di più persone (fatto depenalizzato) (...). Di contro, laddove vengano in rilievo comunicazioni (scritte o vocali), indirizzate all'offeso e ad altre persone non contestualmente "presenti" (...), ricorreranno i presupposti della diffamazione, (...).

1.2. Orbene, (...), il Collegio osserva (...) che la chat di gruppo di whatsapp consente l'invio contestuale di messaggi a più persone, che possono riceverli immediatamente o in tempi differiti (...); i destinatari possono, poi, leggere i messaggi in tempo reale (...) e, quindi, rispondere con immediatezza ovvero, (...), possono leggerli, anche a distanza di tempo, quando non sono on line (...). (...), se ne può inferire che la percezione da parte della vittima dell'offesa può essere contestuale ovvero differita, a seconda che ella stia consultando proprio quella specifica chat di whatsapp o meno; nel primo caso, vi sarà ingiuria aggravata dalla presenza di più persone quanti sono i membri della chat perché la persona offesa dovrà ritenersi virtualmente presente; nel secondo caso si avrà diffamazione, in quanto la vittima dovrà essere considerata assente.

1.3. (...), il Giudice di merito dovrà verificare, (...), se la persona offesa fosse virtualmente presente o assente al momento della ricezione dei messaggi offensivi; (...), in particolare, (...) dovrà comprendere se la persona offesa abbia percepito in tempo reale l'offesa proveniente dall'autore del fatto, (...).

1.4. (...), la cronologia dei messaggi riportata nella sentenza impugnata e l'atteggiamento tenuto dalla persona offesa, ma anche dall'imputata, costituiscono indicatori del fatto che la (...) non fosse rimasta collegata alla chat in tempo reale e che avesse letto i messaggi successivi (...) a distanza di tempo dal momento in cui erano stati immessi sulla chat, sicché non poteva più considerarsi "presente", neanche virtualmente, quando l'imputata li aveva immessi sulla chat il che, (...), integra il reato di diffamazione e non la fattispecie depenalizzata di ingiuria (...)."

---

Nota di Giulia Nespolo

La questione prospettata dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione V Penale, 20 luglio 2022, n. 28675, richiede l'analisi del reato di ingiuria disciplinato dall'abrogato art. 594 c. p. e di quello di diffamazione previsto dall'art. 595 c. p.

Ai fini di una corretta analisi della sentenza in commento, appare opportuno procedere ad una breve disamina sulla vicenda in esame. In particolare, l'imputata aveva inviato plurimi messaggi scritti e audio in una chat di gruppo whatsapp a cui partecipavano la persona offesa, la stessa imputata ed altre ragazze, dal contenuto pesantemente offensivo nei confronti della vittima.

Orbene, chiariti i termini della vicenda, ai fini di un corretto inquadramento giuridico del caso di specie sul quale si fonda la sentenza in esame, appare opportuno eseguire un'attenta disamina in ordine alle possibili fattispecie criminose integrate dall'imputata con la propria condotta. In particolare, occorre analizzare il reato di ingiuria ex art. 594 c. p., fatto depenalizzato. Il reato di ingiuria si sostanzia nella condotta di offendere l'onore e il decoro alla presenza dell'offeso. A tal proposito, il bene giuridico tutelato dal reato consiste nell'interesse a prestare tutela all'onore e al decoro, i quali si riferiscono entrambi al valore o alla dignità della persona. Per quanto concerne l'elemento oggettivo del reato, è rappresentato dalla condotta di offendere l'onore o il decoro di una persona presente. Il reato è aggravato se l'offesa è commessa dinanzi a più persone. Tuttavia, l'art. 594 c. p. che prevedeva il reato di ingiuria è stato abrogato ad opera del D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. Ne consegue la depenalizzazione del reato in esame. Lo stesso decreto legislativo ha fatto divenire l'ingiuria un illecito civile. L'art. 4 del D. Lgs. n. 7/2016 ha disposto che soggiace alla sanzione pecuniaria civile chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente. L'ingiuria è più grave se l'offesa è commessa in presenza di più persone. Peraltro, l'ingiuria, essendo un illecito civile, è di competenza del giudice civile, dunque, si applicano le regole del processo civile. Per quanto attiene all'elemento soggettivo del reato, è richiesto il dolo, ossia la coscienza e la volontà di offendere l'onore o il decoro di una persona presente. Ciò posto, chiariti i termini in merito ai profili normativi del reato di ingiuria, ai fini di una completa analisi della sentenza in commento, appare opportuno esaminare le peculiarità del reato di diffamazione. Il reato di diffamazione si sostanzia nella condotta di offendere l'altrui reputazione, comunicando con più persone, in assenza del soggetto passivo. A tal proposito, il bene giuridico tutelato dal reato consiste nell'interesse a prestare tutela alla reputazione altrui. Quest'ultima, risulta meritevole di protezione costituzionale, atteso che la reputazione rientra nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost. Per quanto concerne l'elemento oggettivo del reato, esso è costituito dalla condotta dell'offesa della reputazione di una persona assente in comunicazione con più persone. Per quanto attiene

all'elemento soggettivo del reato, è richiesto il dolo generico, ossia la coscienza e la volontà di offendere l'altrui reputazione, comunicando con più persone, in assenza del soggetto passivo. Ciò posto, è necessario procedere alla risoluzione della questione sottesa alla vicenda sottoposta al vaglio della sentenza in esame. Occorre valutare se l'invio di plurimi messaggi scritti e vocali all'interno di una chat di gruppo whatsapp, alla quale partecipino la persona offesa ed altre persone, prendendo in considerazione la nozione di "presenza" virtuale, integri il reato di ingiuria ex art. 594 c. p., fatto depenalizzato, ovvero il delitto di diffamazione ex art. 595 c. p. Sul punto, si è ritenuto che al fine di affrontare la questione esaminata dalla Suprema Corte, appare opportuno rammentare quanto ravvisato dalla stessa sezione di codesta Corte nella sentenza n. 13252 del 04.03.2021, la quale si era già interrogata sulla natura ingiuriosa o diffamatoria dell'invio di e-mail a più destinatari tra i quali anche l'offeso. La Corte ha operato una schematizzazione delle situazioni concrete in relazione ai vari strumenti di comunicazione che possono dare luogo all'addebito di ingiuria ex art. 594 c. p., ovvero a quello ex art. 595 c. p. Difatti, il precedente giurisprudenziale pocanzi evocato, ha sostenuto che: *l'offesa diretta a una persona presente costituisce sempre ingiuria, anche se sono presenti altre persone; l'offesa diretta a una persona "distante" costituisce ingiuria solo quando la comunicazione offensiva avviene, esclusivamente, tra autore e destinatario; se la comunicazione "a distanza" è indirizzata ad altre persone oltre all'offeso, si configura il reato di diffamazione; l'offesa riguardante un assente comunicata ad almeno due persone (presenti o distanti), integra sempre la diffamazione* (Cons. in dir. 1.1., Cass. pen., Sez. V., sent. n. 28675/2022). Inoltre, la pronuncia in commento, ha approfondito il concetto di "presenza" virtuale in ordine ai moderni sistemi di comunicazione, ritenendo che *"Accanto alla presenza fisica, in unità di tempo e di luogo, di offeso, autore del fatto e spettatori, vi siano, poi, situazioni ad essa sostanzialmente equiparabili, realizzate con l'ausilio di moderni sistemi tecnologici (call conference, audioconferenza o videoconferenza), in cui si può ravvisare una presenza virtuale del destinatario delle affermazioni offensive. Occorrerà, dunque, valutare caso per caso: se l'offesa viene profferita nel corso di una riunione "a distanza" (o "da remoto"), tra più persone contestualmente collegate, alla quale partecipa anche l'offeso, ricorrerà l'ipotesi della ingiuria commessa alla presenza di più persone (fatto depenalizzato). Di contro, laddove vengano in rilievo comunicazioni (scritte o vocali), indirizzate all'offeso e ad altre persone non contestualmente "presenti" (in accezione estesa alla presenza "virtuale" o "da remoto"), ricorreranno i presupposti della diffamazione"* (Cons. in dir. 1.1., Cass. pen., Sez. V., sent. n. 28675/2022). Alla luce di tale passaggio fondamentale della decisione in commento, che consente l'invio contestuale di messaggi a più persone, queste ultime, possono riceverli immediatamente o in tempi differiti, in relazione all'efficienza del collegamento ad internet del terminale su cui l'applicazione viene da loro utilizzata. Di conseguenza, i destinatari possono leggere i messaggi in tempo reale, nell'ipotesi in cui stiano consultando in quel momento proprio quella specifica chat, ovvero possono leggerli a distanza di tempo nel caso in cui non siano on line in quel momento o, sebbene siano collegati a whatsapp, siano impegnati in un'altra conversazione virtuale e non consultino immediatamente la conversazione nell'ambito della quale il messaggio è stato inviato. Difatti, nella prima ipotesi, sarà integrata la fattispecie criminosa dell'ingiuria aggravata dalla presenza di più persone quanti sono i membri della chat, poiché la persona offesa dovrà ritenersi virtualmente presente. Invece, nel secondo caso, si tratterà di diffamazione, atteso che la vittima dovrà considerarsi assente. Dunque, alla luce delle enunciazioni giurisprudenziali e delle superiori argomentazioni si deve concludere che l'imputata, con la propria condotta, non abbia integrato il reato di ingiuria ex art. 594 c. p. depenalizzato dal D. Lgs. n. 7/2016, ma che abbia integrato il reato di diffamazione ex art. 595 c. p. Sulla base dell'attenta disamina della sentenza della Corte di Cassazione, Sezione V Penale, 20 luglio 2022, n. 28675, si è compreso cosa intenda e quale rilevanza attribuisca la giurisprudenza di legittimità alla "presenza" virtuale della persona offesa. In tal senso, è apparso evidente che alla presenza fisica sia sostanzialmente equiparabile anche quella virtuale, laddove si utilizzino moderni strumenti tecnologici, quale la messaggistica istantanea. Detto ciò, è condivisibile la soluzione a cui è addivenuta la Suprema Corte, ponendo

quale elemento distintivo quello della presenza o dell'assenza della vittima, estendibile anche alla "presenza" virtuale.

# Violazione degli obblighi ex art. 570-bis c.p.: è riconoscibile l'impossibilità assoluta anche qualora il genitore inadempiente non versi in totale indigenza

Argomento: Dei delitti contro l'assistenza familiare

(Cass. Pen., Sez. VI, 5 settembre 2022, n. 32576)  
Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2. (...) Correttamente i giudici d'appello hanno richiamato il principio costantemente affermato da questa Corte, secondo cui **l'impossibilità di adempiere agli obblighi di mantenimento verso i familiari imposti dal giudice civile debba essere assoluta, non potendo desumersi automaticamente neppure da una condizione di disoccupazione dell'obbligato** (nulla potendo escludere, in ipotesi, che questi possa godere di rendite finanziarie, dominicali o comunque di introiti diversi dai redditi di lavoro).

**Ma il predicato di “assolutezza” non può nemmeno essere calibrato al livello dell'indigenza totale, dovendo essere inteso, piuttosto, secondo un'accezione di tipo assiologico, in coerenza con il generale principio di offensività del diritto penale.**

Occorre, cioè, tenere in considerazione i beni giuridici in conflitto, assegnando certamente prevalenza alla tutela della prole e, comunque, del familiare c.d. “debole”, in ragione dei doveri di solidarietà imposti dalla legge civile (artt. 433 ss., cod. civ.), ma individuando il punto di equilibrio tra i medesimi, secondo il canone generale della proporzione e tenendo conto di tutte le peculiarità del caso specifico: importo delle prestazioni imposte, disponibilità reddituali dell'obbligato, necessità per lo stesso di provvedere a proprie esigenze di vita egualmente indispensabili (vitto, alloggio, spese inevitabili per la propria attività lavorativa), solerzia, da parte sua, nel reperimento di possibili fonti di reddito (eventualmente ulteriori, se necessario, rispetto a quelle di cui già disponga), contesto storico-economico di riferimento e quant'altro sia in condizione d'influire significativamente sulla effettiva possibilità di assolvere al proprio obbligo, se non a prezzo di non poter provvedere a quanto indispensabile per la propria sopravvivenza dignitosa.

Una siffatta disamina non è stata compiuta dal giudice di merito, al quale occorre, pertanto, rimettere gli atti affinché vi provveda, dovendo perciò annullarsi con rinvio, sul punto, la sentenza impugnata”.

# Sul rapporto tra rapina impropria e omicidio

Argomento: Dei reati contro il patrimonio mediante violenza a cose o persone

(Cass. Pen., Sez. I, 8 settembre 2022, n. 33117)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“(…) 4.1.1 La Corte di primo grado, nelle sue argomentazioni, parte da una ricognizione del contenuto espressivo della imputazione che risulta - a parere del Collegio - corretta, nel senso che la circostanza aggravante (riferita al delitto di omicidio) di cui all’art. 61 c.p., comma 1. n. 2 è stata chiaramente contestata in forma alternativa si compie con riferimento tanto all’omicidio inteso come reato-mezzo (per eseguire la posteriore rapina) che all’omicidio commesso dopo la consumazione della rapina ed al fine di assicurarsi l’impunità. Si tratta di due ipotesi distinte, ferma restando l’esistenza di un nesso funzionale tra le due condotte illecite realizzate (qui una rapina e un omicidio) (…).

Ora, la contestazione alternativa, sempre possibile ove le fonti di prova raccolte durante la fase delle indagini non consentano, per profili di ambiguità, di rappresentare con nettezza uno degli elementi tipici del reato (tra cui le aggravanti, la cui ricorrenza va parimenti dimostrata oltre ogni ragionevole dubbio) spinge l’istruttoria ad un chiarimento e deve essere “sciolta” nella decisione a cognizione piena. (…).

4.1.2 La Corte di primo grado, dunque, con diffuse argomentazioni (...) ha “sciolto il tema” con netta affermazione di una violenza scatenatasi dopo la rapina (ferma restando la mera possibilità di un inizio di minaccia o violenza antecedente) allo scopo di assicurarsi l’impunità per la condotta tenuta.

In tal modo, ad essere stata “applicata” è la porzione espressiva della aggravante che vede il delitto di omicidio (azione violenta sostenuta da dolo eventuale) commesso per assicurarsi l’impunità per la sottrazione di oggetti già avvenuta ed in ciò ha qualificato la rapina di cui al capo b) come rapina impropria (la violenza sarebbe stata essenzialmente posta in essere dopo la sottrazione e al fine al fine di assicurarsi l’impunità).

Da qui la doglianza difensiva circa il possibile “assorbimento” del disvalore dell’aggravante in parola nella fattispecie di rapina impropria, data la coincidenza parziale di elemento costitutivo (il finalismo di assicurarsi l’impunità è radice tanto della rapina impropria che della aggravante) e la comune modalità di commissione (tramite violenza alla persona). (…).

4.2 Va premesso che - in diritto - l’aggravante del nesso finalistico tra omicidio e rapina andrebbe di certo mantenuta in ipotesi di rapina “propria”, commessa immediatamente dopo l’omicidio, posto che in tal caso il delitto di omicidio si configura come reato-mezzo e viene commesso “per eseguire” la rapina ad esso posteriore. In simile evenienza, l’unico profilo di potenziale “assorbimento” riguarda una delle modalità commissive (la violenza, ricorrente nel caso concreto in modo ambivalente) ma ciò che rileva ai fini dell’aggravante è essenzialmente il profilo soggettivo (l’aver previamente deliberato l’omicidio a scopo di rapina) e la coincidenza di modalità commissive non è di tale entità da determinare un reale fenomeno di assorbimento dell’aggravante.

Ben diverso è il caso dell’omicidio commesso “immediatamente dopo” l’impossessamento (rapina impropria) ed al fine di assicurarsi l’impunità.



In detta seconda ipotesi ad essere in parte coincidenti (tra il reato concorrente e l'aggravante dell'omicidio) non sono solo le modalità commissive (la violenza) ma soprattutto il finalismo dell'azione (violenza per assicurarsi l'impunità), aspetto che finisce con essere incriminato due volte, la prima quale elemento costitutivo della rapina impropria, la seconda come elemento che caratterizza l'aggravante del delitto di omicidio.

Circa tale aspetto, pur consapevole di opinioni diverse nel cui ambito si utilizza il parametro del quantum di violenza esercitata (Sez. I n. 18116 del 21.3.2017, rv 270703; Sez. I n. 21730 del 5.2.2019, rv 276333), il Collegio - nel caso in esame intende riportarsi ai precedenti che in simile evenienza escludono che (ferma restando la ricorrenza di entrambi i delitti) il delitto di omicidio possa ritenersi aggravato dalla previsione di legge di cui all'art. 61 c.p., comma 1, n. 2 (...).

E tale indirizzo appare del tutto condivisibile là dove si articola in argomentazioni del tutto coerenti con la prevalente natura soggettiva della aggravante teleologica (posta infatti a censurare la maggior riprovevolezza etica e la più alta pericolosità sociale di chi agisca delittuosamente in rapporto finalistico con ulteriore delitto), imponendo di affermare che una volta che la volontà del soggetto (di assicurarsi con violenza sulla persona il prodotto del bene sottratto o l'impunità dalle sue conseguenze) sia stata assunta come elemento costitutivo del delitto di rapina impropria, tale volontà non può essere nuovamente valutata nella previsione sanzionatoria per il delitto di violenza contestualmente commesso (...).

Risulta, a parere del Collegio, preferibile la interpretazione che valorizza la coincidenza - tra le due disposizioni in rilievo - tanto della modalità commissiva (uso di violenza) che soprattutto del finalismo (assicurarsi l'impunità), posta la natura soggettiva dell'aggravante, che andrebbe, ove applicata, a duplicare un effetto sanzionatorio già compreso nel delitto di rapina impropria - in modo non consentito (bis in idem sostanziale).

La tesi diversa, a parere del Collegio (con mantenimento dell'aggravante finalistica dell'omicidio anche lì dove il delitto concorrente sia la rapina impropria) introduce una variabile (la esorbitanza della violenza) non espressamente prevista dalla legge, che si limita ad aggravare il delitto di omicidio in presenza del particolare nesso finalistico, nesso che nel caso in esame è elemento costitutivo di un diverso e autonomo reato contestualmente commesso”.

# Colpa medica: il principio di affidamento non opera quando non vi è attività di equipe, ma interventi distinti e svincolati di più sanitari

Argomento: Del delitto consumato e tentato

(Cass. Pen., Sez. IV, 26 settembre 2022, n. 36044)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“(…) 7.2 In relazione al (...) motivo (inerente la mancata considerazione del ragionevolmente affidamento (...) sul corretto operato dei medici che nei giorni precedenti avevano visitato il bambino e formulato la diagnosi di bronchite e dell’assenza di ragioni per le quali egli si sarebbe dovuto discostare da tale diagnosi), si osserva che il principio dell’affidamento è stato elaborato dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla attività sanitaria in equipe, ovvero alle ipotesi in cui più soggetti, medici e/o paramedici, svolgono attività di cura del paziente in maniera coordinata, congiuntamente, nello stesso contesto spazio-temporale, ovvero in maniera disgiunta, in contesti temporali diversi, realizzando un fenomeno di successione nel tempo nella posizione di garanzia. Di regola, la plurisoggettività si accompagna ad una suddivisione di compiti, essendo ciascun operante specializzato in una determinata branca medica che deve trovare sbocco nella cura del paziente. Si è, quindi, sostenuto che, nell’ambito del gruppo, ciascun medico è responsabile per l’errore proprio, avente genesi nella violazione delle regole cautelari specificamente previste per il proprio settore di specializzazione, non potendo muoversi allo stesso alcun rimprovero per non aver previsto e/o non aver posto rimedio all’errore altrui causalmente collegato all’esito infausto (...).

Nei casi in cui il garante precedente abbia posto in essere una condotta colposa che abbia avuto efficacia causale nella determinazione dell’evento, unitamente alla condotta colposa del garante successivo, persiste la responsabilità anche del primo in base al principio di equivalenza delle cause, a meno che possa affermarsi l’efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che deve avere carattere di eccezionalità ed imprevedibilità (...).

Nel caso all’esame, non vi era stata un’azione in equipe, bensì interventi distinti e svincolati l’uno dall’altro da parte di più sanitari (...).

7.3. In relazione al terzo motivo, inerente alla causalità, si osserva che per l’esistenza del nesso di causa, in base al disposto degli artt. 40 e 41 c.p., occorrono due elementi: il primo, positivo, secondo il quale la condotta umana deve aver posto una condizione dell’evento; il secondo, negativo, per cui il risultato non deve essere conseguenza dell’intervento di fattori eccezionali. In particolare, quando si tratta di condotte omissive, il primo elemento si rivela nella regola cautelare violata, se l’evento rappresenta la concretizzazione del rischio creato con un non fare da colui che riveste la posizione di garanzia. L’evento è causalmente riconducibile all’omissione qualora, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico, sia conseguenza certa o altamente probabile del mancato rispetto della regola cautelare violata. Il ricorso alle cognizioni scientifiche, nello studio degli eventi che si verificano in ambito sanitario, soddisfa i principi di tassatività e di certezza giuridica in quanto consente di imputare all’uomo un evento che può essere scientificamente considerato conseguenza della sua azione od omissione. Si è a tal fine sostenuto che in tema di reati

colposi omissivi, la condotta alternativa diligente ha funzione preventiva e non deve assicurare “ex ante” alcuna certezza di evitare l’evento, purché sia certo che una condotta appropriata abbia significative probabilità di evitarlo (...). Il giudizio controfattuale mediante il quale si riconduce l’evento a una condotta omissiva, seguendo il ragionamento logico per cui il nesso causale sussiste solo nel caso in cui il comportamento alternativo corretto avrebbe avuto efficacia salvifica, è un giudizio ipotetico che si si serve di categorie logiche, scientifiche, esperienziali.

7.3.1. I giudici di appello hanno ancorato il giudizio controfattuale alle conclusioni dei periti, evidenziando che gli esami volti a confermare il doveroso sospetto diagnostico avrebbero potuto essere effettuati in tempi brevi, nell’arco di una giornata, presso lo stesso Ospedale di (OMISSIS), e che l’intervento chirurgico di rimozione della stenosi in un centro pediatrico con esperienza nel settore (presenti in varie città italiane), sarebbe stato praticabile, tenuto conto delle condizioni del paziente, e altresì salvifico con alto grado di razionalità logica, sicché poteva dirsi che la morte, intervenuta a distanza di cinque giorni rispetto alla condotta incriminata, sarebbe stata evitata dal comportamento alternativo corretto. (...)

7.5. In relazione al quinto motivo, inerente la mancata motivazione in ordine alla gradazione della colpa ed alla mancata valorizzazione delle conclusioni dei consulenti di parte, si osserva che il percorso argomentativo adottato dai giudici di merito appare congruo e immune da censure. Sotto il primo profilo già si è osservato che la Corte, pur facendo applicazione della normativa del c.d. decreto Balduzzi più favorevole, ha indicato le ragioni per le quali [l’imputato: ndr] (...) versasse in colpa non lieve, tanto sotto il profilo della imperizia, alla luce della violazione delle buone pratiche mediche, per il notevole scollamento tra la condotta tenuta e quella esigibile, quanto sotto il profilo del grado molto elevato di negligenza nella assunzione e trattazione del caso clinico. Il giudizio sulla gradazione della colpa è stato formulato, così come imposto dalla giurisprudenza di legittimità (...), tenendo conto delle condizioni del soggetto agente e del suo grado di specializzazione, della situazione ambientale in cui il professionista si è trovato ad operare e del quadro patologico emerso nel corso della visita ed ha portato a concludere che si fosse verificata nel caso di specie quella marcata divaricazione rispetto all’agire appropriato che vale a connotare la colpa come grave. Sotto il secondo profilo, si osserva che la giurisprudenza di legittimità, nell’esaminare i rapporti tra la decisione del giudice e le determinazioni derivanti dalla perizia d’ufficio, ha affermato che il giudice ha piena libertà di apprezzamento delle risultanze della perizia ma che, al contempo, tale libertà è temperata dall’obbligo di motivazione. In presenza di tesi scientifiche contrapposte, l’adesione alle conclusioni del perito d’ufficio può ritenersi adeguatamente motivata ove il giudice ne indichi l’attendibilità, mostrando di non aver ignorato le conclusioni dei consulenti tecnici di parte (...).”

# Non prestare assistenza a seguito di incidente è reato a prescindere dall'effettivo bisogno di aiuto da parte della persona offesa

Argomento: Nuovo codice della strada

(Cass. Pen., Sez. IV, 18 ottobre 2022, n. 39128)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

“(…) 2. L'imputato, come ricordato in premessa, risponde di inottemperanza all'obbligo di fermarsi e di prestare assistenza alla persona ferita, avendo determinato con la propria condotta di guida un incidente stradale, dal quale derivavano lesioni a P.G. (con prognosi di gg. 20 s.c.), allontanandosi dal luogo del sinistro dopo aver urtato il motociclo condotto dalla parte lesa, mentre era alla guida (…).

Questa Corte ha già avuto modo di precisare che integra il reato di cui all'art. 189 C.d.S., comma 1 e 6 (cosiddetto reato di “fuga”), la condotta di colui che in occasione di un incidente ricollegabile al suo comportamento da cui sia derivato un danno alle persone - effettui sul luogo del sinistro una sosta momentanea, senza consentire la propria identificazione, né quella del veicolo. Infatti il dovere di fermarsi sul posto dell'incidente deve durare per tutto il tempo necessario all'espletamento delle prime indagini rivolte ai fini dell'identificazione del conducente stesso e del veicolo condotto, perché, ove si ritenesse che la durata della prescritta fermata possa essere anche talmente breve da non consentire né l'identificazione del conducente, né quella del veicolo, né lo svolgimento di un qualsiasi accertamento sulle modalità dell'incidente e sulle responsabilità nella causazione del medesimo, la norma stessa sarebbe priva di ratio e di una qualsiasi utilità pratica (…).

3. Quanto poi all'obbligo di prestare assistenza (art. 189 C.d.S., comma 7), è pacifico che l'elemento soggettivo del detto reato ben può essere integrato dal semplice dolo eventuale, cioè dalla consapevolezza del verificarsi di un incidente, riconducibile al proprio comportamento che sia concretamente idoneo a produrre eventi lesivi, non essendo necessario che si debba riscontrare l'esistenza di un effettivo danno alle persone. Lo stesso sussiste in caso di sinistro comunque ricollegabile al comportamento dell'imputato ed avente connotazioni tali da evidenziare, in termini di immediatezza, la probabilità, o anche solo la possibilità, che dall'incidente sia derivato danno alle persone e che queste necessitino di soccorso, non ottemperi all'obbligo di prestare assistenza ai feriti (…).

La sussistenza o meno di un effettivo bisogno di aiuto da parte della persona infortunata non è elemento costitutivo del reato che è integrato dal semplice fatto che in caso d'incidente stradale con danni alle persone non si ottemperi all'obbligo di prestare assistenza. E costituisce *ius receptum* che tale condotta, va tenuta a prescindere dall'intervento di terzi, poiché si tratta di un dovere che grava su chi si trova coinvolto nell'incidente medesimo (…).

La sentenza impugnata, pertanto, si colloca nel consolidato orientamento di questa Corte di legittimità secondo cui la fattispecie di cui ci si occupa punisce la violazione dell'obbligo di fermarsi a prestare assistenza alle persone ferite da parte dell'utente della strada, in caso di incidente con

danno alle persone “comunque ricollegabile al suo comportamento”. Detta sanzione penale trova il suo fondamento nell’obbligo giuridico di attivazione previsto dal comma 1 del citato articolo, che pone il conducente che si trovi in tale situazione in una posizione di garanzia “per proteggere altri utenti coinvolti nel medesimo incidente dal pericolo derivante da un ritardato soccorso”. Una siffatta posizione di garanzia discende dal “dato di esperienza per cui i protagonisti del sinistro sono in condizione di percepirne, nell’immediatezza, le conseguenze dannose o pericolose, e, dunque, di evitare, indipendentemente dalla propria responsabilità, che dal ritardato soccorso delle persone ferite possa derivarne un danno alla vita ‘e all’integrità fisica”. Per tale ragione la norma incriminatrice non presuppone alcuna particolare condotta dell’utente affinché sorga l’obbligo di attivarsi; dunque, “la sola condizione per l’esigibilità dell’assistenza e la punibilità della sua omissione è posta nella generalissima relazione di collegamento (a qualsiasi titolo) tra incidente e comportamento di guida dell’utente della strada” (...).

4. Quanto al profilo di doglianza (secondo motivo) relativo alla mancata applicazione della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p., lo stesso è manifestamente infondato in quanto la Corte territoriale, rispondendo alla specifica richiesta sul punto, ha argomentatamente e logicamente motivato il diniego dell’invocata causa di non punibilità rilevando il difetto del requisito dell’esiguità del danno o del pericolo, atteso non solo che, comunque, la persona bisognosa di assistenza e abbandonata in strada ha riportato lesioni per cui doveva essergli prestato soccorso, ma anche sul rilievo che non potesse dirsi particolarmente tenue il fatto se raffrontato alle modalità della condotta.

La sentenza, dunque, si colloca nell’alveo del dictum delle Sezioni Unite di questa Corte secondo cui il giudizio sulla tenuità richiede una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, che tenga conto, ai sensi dell’art. 133 c.p., comma 1, delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell’entità del danno o del pericolo (...).

# Rivelazione di segreti d'ufficio: il divieto comprende anche le notizie divulgabili in un momento successivo

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 18 ottobre 2022, n. 39312)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“2. L'esame dei motivi di ricorso rende necessario un breve inquadramento ermeneutico delle fattispecie di reato previste dall'art. 326 cod. pen. (...). Si tratta di un reato proprio e di pericolo concreto, nel senso che la rivelazione del segreto è punibile, non già in sé e per sé, ma in quanto suscettibile di produrre nocumento a mezzo della notizia da tenere segreta (...). Ne consegue che il reato non sussiste non solo nella generale ipotesi della notizia divenuta di dominio pubblico, o di notizie futili o insignificanti (...), ma anche nel caso in cui, trattandosi di notizie d'ufficio ancora segrete, le stesse siano rivelate a persone autorizzate a riceverle e cioè che debbono necessariamente esserne informate per la realizzazione dei fini istituzionali connessi al segreto di cui si tratta, ovvero a soggetti che, ancorché estranei ai meccanismi istituzionali pubblici, le abbiano già conosciute (...). (...), il contenuto dell'obbligo la cui violazione è sanzionata dall'art. 326 cod. pen., deve essere desunto dal nuovo testo dell'art. 15 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, come sostituito dall'art. 28 della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante nuove norme in tema di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. Tale norma prevede che «l'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso.» Il divieto di divulgazione (e di utilizzo) comprende, dunque, non soltanto informazioni sottratte all'accesso, ma anche, nell'ambito delle notizie accessibili, quelle informazioni che non possono essere date alle persone che non hanno il diritto di riceverle, in quanto non titolari dei prescritti requisiti. Pertanto, (...), la giurisprudenza di questa Corte, (...), ha affermato che la nozione di "notizie d'ufficio, (...)" assume non soltanto il significato di informazione sottratta alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque, ma anche quello di informazione per la quale la diffusione (pur prevista in un momento successivo) sia vietata dalle norme sul diritto di accesso, nel momento in cui viene indebitamente diffusa ovvero utilizzata, perché svelata a soggetti non titolari del diritto o senza il rispetto delle modalità previste (...). Con riferimento alle indagini penali tale disposizione va integrata con la specifica previsione contenuta all'art. 329 cod. proc. pen. che disciplina specificamente l'obbligo del segreto in relazione agli atti del procedimento penale. In questo quadro, gli atti svolti anteriormente (...), strumentali all'acquisizione della notizia di reato ed alla sua iscrizione nell'apposito registro non rientrano tra le attività di indagine di cui all'art. 329 cod. proc. pen., che presuppongono una notizia di reato sufficientemente definita e tendono alla raccolta degli elementi necessari per le valutazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Tuttavia, (...) tali attività rientrano, comunque, tra quelle rispetto alle quali gli ufficiali di polizia giudiziaria sono tenuti al segreto d'ufficio, come qualsiasi impiegato dello Stato, ai sensi dell'art. 28 della legge 7 agosto 1990 n. 241, (...).

4. (...), va premesso che la contestata rivelazione ha un contenuto piuttosto vago e generico, in quanto, da un lato, si riferisce genericamente ad un atto dell'ufficio del ricorrente (...), e, dall'altro, ad un oggetto di tali accertamenti - i trasferimenti di quote societarie all'estero - che, (...), non appartiene al patrimonio di conoscenze esclusivo dell'ufficio di appartenenza del ricorrente. (...) la sentenza impugnata, (...), ha posto esclusivamente l'accento sul fatto che le banche dati sarebbero consultabili solo da "addetti ai lavori", senza alcuna ulteriore specificazione al riguardo, e sul fatto che, in ogni caso, il (...) avrebbe appreso dei trasferimenti di quote all'estero non da un operatore finanziario ma proprio dal (...), così spostando l'attenzione sulla fonte della rivelazione piuttosto che sull'oggetto della stessa che, in forza del paradigma legale, deve necessariamente avere ad oggetto una notizia coperta da segreto. (...), sono, inoltre, fondate le ulteriori censure difensive in merito alla insussistenza dell'oggetto materiale di tale condotta. Rileva, (...), il Collegio, (...) nel processo di merito è mancato qualunque approfondimento istruttorio in merito alla sua permanenza al momento della rivelazione ascritta all'imputato. Va, infatti, considerato che anche nel procedimento penale la segretezza degli atti cessa quando l'imputato ne viene a conoscenza ovvero con la chiusura delle indagini preliminari (art. 329 cod. proc. pen.). (...), sarebbe stato necessario verificare se la notizia in questione era ancora coperta dal segreto (...)"

# Questioni di diritto transitorio alla luce della c.d. Riforma Cartabia

Argomento: Estensione dei reati procedibili a querela prevista dalla riforma Cartabia.

(Cass. Pen., Sez. V, 4 novembre 2022, n. 45104)  
Stralcio a cura di Giovanni de Bernardo

"(...) 3. Quanto all'imputazione di lesioni volontarie, la remissione di querela non esplica effetti estintivi, preclusi dalla circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., comma 1, n. 2), (...). Devono allora essere esaminate preliminarmente le questioni di diritto transitorio poste da ultimo dal ricorrente.

3.1. La disciplina dettata dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, art. 2, comma 1, lett. b), evocata dal ricorrente, escluderebbe la procedibilità d'ufficio della fattispecie in esame e consentirebbe il dispiegarsi dell'intervenuta remissione e della relativa accettazione. Il D.Lgs. n. 150 del 2022, ha visto la propria *vacatio legis* esaurirsi in data 01/11/2022, ma, prima della scadenza di tale data, è stato emanato il D.L. 31 ottobre 2022, n. 162 (pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 31 ottobre 2022 ed entrato in vigore nella medesima data), che, all'art. 6, ha introdotto, nel corpo del D.Lgs. n. 150 del 2022, l'art. 99 bis, in forza del quale lo stesso decreto legislativo entrerà in vigore il 30 dicembre 2022. Ne consegue che alla data della deliberazione della presente sentenza le disposizioni del D.Lgs. n. 150 del 2022, non sono entrate in vigore.

3.2. Al riguardo, però, è necessario esaminare l'indirizzo espresso da alcune sentenze di questa Corte richiamate dal ricorrente. Secondo tali sentenze, in tema di aboliti *crimines*, è legittima la sentenza d'appello che non confermi la condanna per un reato che, al tempo della decisione, risulti abrogato, nonostante al momento della adozione della decisione non sia ancora interamente decorso il periodo di *vacatio legis* ai sensi dell'art. 10 preleggi e dell'art. 73 Cost., comma 3, in quanto la funzione di garanzia per i consociati, che è perseguita dalla previsione del suddetto termine volto a permettere la conoscenza della nuova norma, non comporta anche il perdurante dovere del giudice di applicare una disposizione penale ormai abrogata per effetto di una successiva norma già valida (...).

3.3. Il Collegio non condivide l'indirizzo espresso dalle due citate sentenze, per plurime ragioni.

In primo luogo, il riferimento alla ratio della disciplina della *vacatio legis* non può sterilizzare la chiara formulazione dei suoi effetti, ossia la "non obbligatorietà" della legge prima del decorso del termine della *vacatio*, secondo la formula di cui all'art. 10 preleggi, comma 1, ovvero, la più puntuale dizione dell'art. 73, comma 3, Cost., in forza del quale, di regola e salvo regolamentazione da esse stesse stabilita, la legge "entra in vigore" il quindicesimo giorno successivo alla sua pubblicazione. L'univoco tenore dell'art. 10 preleggi, e quello, ancor più perspicuo, dell'art. 73 Cost., comma 3, rendono ragione dell'autorevole opinione dottrinale secondo cui il periodo di *vacatio* costituisce il riferimento essenziale per fissare il momento in cui la legge entrerà in vigore.

Del resto, non è dubbio che, durante la *vacatio legis*, il legislatore possa intervenire per modificare la legge già approvata e promulgata, ma ancora non entrata in vigore. E' la vicenda di recente verificatasi in materia di sicurezza alimentare. Il D.Lgs. 2 febbraio 2021, n. 27, art. 18, aveva stabilito l'abrogazione di una serie di reati, ma, prima della sua entrata in vigore (il 26 marzo 2021), il D.L.



22 marzo 2021, n. 42, art. 1, ha "ripristinato" alcuni dei reati previsti dall'art. 18, come destinati all'abrogazione. Si tratta di una vicenda analoga a quella in esame e, rispetto a essa, la giurisprudenza di legittimità non ha ravvisato alcun fenomeno di successione di leggi, sostenendo, infatti, che la condotta di chi pone in vendita alimenti in cattivo stato di conservazione costituisce tuttora reato, sebbene la L. 30 aprile 1962, n. 283, art. 5, lett. b), sia stata abrogata dal D.Lgs. n. 27 del 2021, art. 18, vigente a far data dal 26/03/2021, in quanto il precedente 25/03/2021 è entrato in vigore il D.L. n. 42 del 2021, che ha modificato l'art. 18 cit., ampliando il novero delle disposizioni della L. n. 282 del 1962 sottratte all'abrogazione, tra le quali il suddetto art. 5 (...).

3.4. Decisivo, comunque, è il rilievo che il caso in esame, a ben vedere, non chiama in causa la problematica della *vacatio legis*, esauritasi, per il D.Lgs. n. 150 del 2022, lo scorso 01/11/2022. L'inapplicabilità di tale D.Lgs., discende infatti, dal diverso, autonomo intervento legislativo di cui al D.L. n. 162 del 2022, art. 7: è la *voluntas legis* espressa da quest'ultimo decreto-legge ad aver determinato il differimento dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150 cit., sicché il riferimento alla *ratio* di garanzia sottesa alla previsione del termine della *vacatio* volto a permettere la conoscenza della nuova norma - *ratio* su cui si fonda l'orientamento espresso dalle citate sentenze Care' e Addis sopra richiamate - è del tutto inconferente rispetto al differimento sancito dal D.L. n. 162 del 2022. Qui è il legislatore che ha statuito un differimento temporale dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150 cit., sulla base di una norma che il giudice non può certo disapplicare.

4. Le questioni ora esaminate escludono che il ricorso, con riguardo al capo relativo alle lesioni volontarie, possa essere ritenuto inammissibile. Rileva allora il Collegio che l'insussistenza dell'inammissibilità del ricorso impone di rilevare il perfezionamento della fattispecie estintiva del reato per prescrizione (...).

# Superbonus 110%: emissione di fatture per operazioni inesistenti se si fatturano in acconto spese relative ad opere non ultimate

Argomento: Dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto

(Cass. Pen., Sez. III, 8 novembre 2022, n. 42012)

Stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“2. (...) Il provvedimento impugnato si caratterizza, (...), per la attenta e puntuale ricostruzione del meccanismo fraudolento messo in opera dagli indagati, utilizzando società a loro riferibili, che, abusando del regime di detrazioni fiscali introdotto allo scopo di favorire la ripresa economia nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia, hanno tratto profitto illecito dalla creazione e successiva cessione a terzi di crediti di imposta inesistenti. In particolare, a seguito dell'individuazione di anomale e rilevanti operazioni effettuate sulla Piattaforma Cessione crediti, l'Agenzia delle Entrate aveva individuato alcuni soggetti, società e persone fisiche, tra cui gli stessi indagati ricorrenti, che (...), attraverso un'articolata organizzazione, hanno ideato, realizzato e gestito un sistema fraudolento finalizzato alla creazione e monetizzazione di falsi crediti d'imposta per oltre un miliardo di euro. In particolare, (...), la simulazione della sussistenza dei presupposti costitutivi del beneficio fiscale - ovvero del diritto del contribuente alla detrazione dell'imposta lorda dell'intero importo delle spese sostenute per gli interventi di cui al d.l. 34 del 2020 (nonché degli ulteriori interventi previsti dalla previgente disciplina, anche in tema di ecosismabonus, nella prospettiva degli indagati) - è risultata strumentale alla creazione di crediti di imposta inesistenti, suscettibili dell'opzione di cui all'art. 121, d.l. n. 34 del 2020, in funzione della realizzazione di un duplice illecito obiettivo: da un lato, l'indebito conseguimento di ingenti liquidità monetarie di lecita provenienza, ottenute attraverso la cessione dei crediti a istituti di credito o intermediari finanziari, in talune ipotesi, attraverso la previa cessione intermedia a società ovvero a persone fisiche compiacenti; dall'altro, l'elusione fiscale attuata mediante indebita compensazione dei crediti di imposta, con conseguente locupletazione dei profitti derivanti dall'omesso versamento delle imposte dovute, il c.d. risparmio di spesa.

2.2. (...), non possono esservi dubbi in ordine alla sussistenza del fumus del delitto di cui all'art. 8, d. lgs. n. 74 del 2000, atteso che l'emissione delle false fatture commerciali ha avuto la funzione di simulare l'esistenza delle relative spese sostenute e creare così fittiziamente il presupposto costitutivo del diritto alla detrazione. I correlati crediti di imposta, di importo corrispondente alla detrazione fittiziamente creata sono, dunque, inesistenti nella realtà, ma esistenti sulla carta e idonei all'utilizzo fiscale. (...). Si ribadisce come nessuno spessore argomentativo abbia la prospettazione difensiva, valutata dal tribunale, secondo cui, (...), sarebbero state emesse fatture "in acconto" rispetto alla materiale esecuzione dei lavori. Sul punto, si ricorda è stato rilevato che "in relazione a n. 182 interventi oggetto di relazioni tecniche da parte dei professionisti, non risulta ancora dichiarato, né avviato alcun cantiere; per quanto riguarda, invece, i 58 cantieri già dichiarati come avviati, dai sopralluoghi eseguiti, è emersa l'inesistenza di n. 3 cantieri" (...). Tali risultanze, (...), sono state ritenute sufficienti, (...), per ravvisare il fumus dei reati contestati, in particolare quello di emissione di fatture per operazioni inesistenti, perché "rendono inconsistenti le censure avanzate dalla difesa in merito all'esistenza degli interventi edilizi e alla conseguente legittimità delle

agevolazioni fiscali conseguite" (...): il riconoscimento normativo del beneficio esige, infatti, quali presupposti fattuali costitutivi il pagamento delle spese sostenute per gli interventi indicati dalla legge (per le persone fisiche, compresi gli esercenti le arti o professioni e gli enti non commerciali, per i quali vige il criterio di cassa) o l'ultimazione dei lavori (per le imprese individuali, le società e gli enti commerciali, per le quali vige il criterio di competenza), presupposti di cui va fornita in entrambi i casi prova documentale, (...)

2.3. (...) si osserva come la fruizione dei bonus fiscali per gli interventi edilizi è indissolubilmente vincolata all'esecuzione completa degli interventi stessi, secondo quanto indicato nei relativi atti abilitativi e nei tempi previsti dagli atti stessi. Le agevolazioni sono infatti concesse per l'esecuzione di interventi edilizi: per questo i suddetti interventi devono essere completati, e sempre per questo - (...) non è sufficiente ultimare le opere strutturali e collaudarle, ma occorre comunque terminare l'intervento come dedotto nel titolo edilizio. Il principio generale per discernere le spese agevolabili da quelle che non lo sono prevede che le spese, per poter essere detratte con i vari bonus, devono essere fatturate e pagate durante il periodo di vigenza dei bonus stessi, quindi entro la scadenza, (...)"

# Commette omissione di atti d'ufficio il medico di guardia che non si rechi al domicilio della paziente anziana

Argomento: Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

(Cass. Pen., Sez. VI, 25 novembre 2022, n. 45057)

Stralcio a cura di Giulio Baffa

"(...) 2. Con il primo motivo si denuncia la mancanza, nel fatto concreto, degli elementi costitutivi la tipicità oggettiva della fattispecie di omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.).

2.1. Sul punto e muovendo dall'individuazione di quello che va ritenuto, in concreto, l'"atto dell'ufficio" la cui omissione è suscettibile di assumere rilievo penale, il ricorrente correttamente afferma che la visita domiciliare rappresenta soltanto una delle opzioni attraverso le quali il medico di continuità assistenziale può adempiere al suo dovere, ben potendo egli - laddove non la ritenga necessaria - limitarsi ad un consulto telefonico. Infatti, vero è che l'art. 13, comma 3, dell'accordo collettivo nazionale per la regolamentazione dei rapporti con i medici addetti al servizio di guardia medica ed emergenza territoriale, reso esecutivo (ai sensi dell'art. 48 L. 23 dicembre 1978, n. 833) con D.P.R. n. 25 gennaio 1941, n. 41, postula un apparente automatismo ove stabilisce che il medico di continuità assistenziale "è tenuto ad effettuare al più presto tutti gli interventi che siano chiesti direttamente dall'utente (...) entro la fine del turno al quale è preposto". Tuttavia, altre fonti normative, rilevanti nel caso concreto, puntualizzano che, come d'altronde logico, il medico "deve valutare, sotto la propria responsabilità, l'opportunità di fornire un consiglio telefonico, recarsi al domicilio per una visita, invitare l'assistito in ambulatorio" (così, il Manuale per il medico di continuità assistenziale approvato dal Comitato permanente aziendale-Azienda USL della (...)).

Nel caso di specie, si configuravano, pertanto, tre opzioni al cui interno l'imputato era chiamato a scegliere, in base al suo apprezzamento della situazione concreta.

Ebbene, posto che la terza possibilità era fuori discussione a causa dell'età e delle condizioni della paziente (la signora per la quale era richiesto l'intervento era molto anziana, aveva riportato una frattura alle costole e non era dunque nelle condizioni di recarsi a una visita ambulatoriale), dal tenore della sentenza di secondo grado emerge come l'imputato non si fosse nemmeno prestato ad un consulto telefonico (...). Deve ribadirsi che la necessità e l'urgenza di effettuare una visita domiciliare, in virtù di quanto previsto dal citato l'art. 13 dell'accordo collettivo nazionale, è rimessa alla valutazione discrezionale del sanitario di guardia, sulla base della propria esperienza, ma tale valutazione sommaria non può prescindere dalla conoscenza del quadro clinico del paziente, acquisita dal medico attraverso la richiesta di indicazioni precise circa l'entità della patologia dichiarata (Sez. 6, n. 34047 del 14/01/2003, Miraglia, Rv. 226594): richiesta che, nel caso di specie, non risulta essere stata formulata (...). L'unica opzione residua era, dunque, la visita domiciliare, in relazione alla cui mancata esecuzione l'imputato non ha addotto - tantomeno documentato alcun impedimento durante le due fasi del giudizio di merito.

2.2. La censura del ricorrente riguarda, infatti, soltanto la mancanza del requisito dell'urgenza, insito nella necessità - secondo il dettato dell'art. 328 c.p. - che l'atto vada "compiuto senza ritardo".

Premesso che, sul punto, la giurisprudenza di legittimità riconosce pacificamente la connotazione discrezionale della valutazione del medico, riservando tuttavia al giudice il potere di sindacarla quando emergano elementi che evidenzino l'evidente erroneità di quest'ultima (...), si rileva che nel giudizio in esame, tale potere è stato esercitato dal giudice dell'appello, là dove scrive: "E' evidente che, nel caso di specie, il quadro clinico descritto dall'utente avrebbe imposto di recarsi immediatamente al domicilio della malata, affetta da difficoltà respiratorie in un contesto di età avanzata e frattura alle costole". (...).

Dunque, premesso che l'omissione di atti d'ufficio ha natura di reato di pericolo, sulla base della ricostruzione del fatto operata dai giudici di merito ricostruzione, non sindacabile dalla Corte di cassazione - tale pericolo (nel caso di specie, per la salute dell'assistito) sussisteva al momento della realizzazione della condotta omissiva, a nulla rilevando la sua successiva neutralizzazione ad opera di un terzo (nella specie, il secondo medico contattato).

3. Per la stessa ragione, manifestamente infondata risulta altresì la deduzione formulata nel secondo motivo di ricorso, tesa a negare la sussistenza del dolo, poiché l'imputato non si sarebbe rappresentato la necessità di compiere l'atto senza ritardo, non avendo egli ritenuto urgente la condizione clinica della donna.

Infatti, in base alla ricostruzione operata dai giudici di merito, l'indifferibilità dell'atto dell'ufficio era ragionevolmente ipotizzabile al momento della telefonata, alla luce delle circostanze del fatto (quali le condizioni e l'età della donna, nonché la tipologia di sintomi riferita dal figlio), con la conseguenza che il soggetto agente non poteva che essersela rappresentata. Ne', come ovvio, può incidere sull'elemento soggettivo, elidendolo, la circostanza che - sempre sulla base della ricostruzione fattuale del giudice di appello, insindacabile in quanto compiutamente e coerentemente motivata - il pericolo fosse venuto meno, per effetto del successivo intervento, in chiave terapeutica, del secondo medico di continuità assistenziale".

# Lieve entità stupefacenti: la Cassazione delinea le soglie quantitative per ciascuna sostanza

Argomento: Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza

(Cass. Pen., Sez. VI, 25 novembre 2022, n. 45061)  
Stralcio a cura di Ilaria Romano

“2. Nell'esaminare il motivo di ricorso occorre tener conto di quelli che sono i dati sulla cui base si è ritenuto di escludere la derubricazione del fatto nell'alveo dell'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

La Corte di appello ha essenzialmente valorizzato il quantitativo sequestrato (pari a circa gr. 100 lordi di hashish), il grado di principio attivo (34% circa, pari a gr. 33 circa) e il numero di dosi singole astrattamente ricavabili dal complessivo quantitativo sequestrato, ritenendo che tali elementi sarebbero di per sé indicativi di una rilevante offensività della condotta rispetto al bene giuridico protetto.

È, pertanto, corretto il rilievo difensivo secondo cui l'esclusione della fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 73 è stata motivata esclusivamente con riferimento al dato quantitativo.

2.1. Per consolidata giurisprudenza, invero, il reato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, può essere riconosciuto in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio (...).

2.2. I principi espressi a più riprese dalle Sezioni unite forniscono un parametro interpretativo univoco, essendosi ribadito come nella valutazione della tenuità del fatto ai sensi del comma 5 dell'art. 73, non può assumere, di norma, valenza esclusiva ed assorbente il dato quantitativo, né quello qualitativo con riferimento alla diversità delle sostanze oggetto di cessione.

La valutazione del fatto deve guardare alla complessità dello stesso, valorizzando - in senso positivo o negativo - tutti gli elementi che contraddistinguono quella determinata condotta. Tale criterio di giudizio può subire una flessione solo nel caso in cui il dato ponderale sia di per sé talmente rilevante da determinare l'assorbimento dei restanti aspetti della condotta. (...)

2.3. La Corte di appello ha particolarmente stigmatizzato, al fine di escludere la tenuità del fatto, il numero di dosi medie singole indicato in 1351. Invero, il giudizio di offensività richiesto dall'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 non può fondarsi sul numero di dosi medie singole ricavabili, posto che tale dato indica unicamente, la quantità di principio attivo per singola assunzione idonea a produrre in un soggetto tollerante e dipendente un effetto stupefacente, ma non corrisponde necessariamente al numero di dosi in concreto commercializzate con il quantitativo di stupefacente sequestrato.

In base al DM 11 aprile 2006, il concetto di dose media singola, infatti, rappresenta essenzialmente il dato numerico sulla cui base, applicando un moltiplicatore variabile a seconda del tipo di sostanza,

si giunge all'individuazione del quantitativo soglia rilevante per la presunzione di uso personale dello stupefacente.

La nozione di dose media singola, pertanto, è stata introdotta per tale specifica finalità e non può essere utilizzata per stabilire il quantitativo di dosi concretamente destinate allo spaccio, atteso che queste hanno normalmente un contenuto anche notevolmente superiore di principio attivo, come dimostrato dalla casistica giudiziaria. Quanto detto sta a significare che le cosiddette "dosi da strada", cioè quelle concretamente confezionate per lo spaccio non coincidono affatto con la dose media singola. (...)

2.4. Le considerazioni sopra svolte sono dimostrative della difficoltà di individuare parametri - possibilmente oggettivi - che possano fungere da linee guida per stabilire in quali si è in presenza della fattispecie autonoma di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

Si tratta di una problematica con la quale la giurisprudenza della Cassazione si è già confrontata, sia pur con riguardo alla speculare ipotesi dell'aggravante della "ingente quantità". Pur con le dovute divergenze esistenti tra i due istituti, è innegabile che entrambi condividono l'esigenza, in mancanza di uno specifico parametro normativo, di evitare un'eccessiva variabilità di giudizio rispetto a fattispecie similari.

Posto che l'individuazione di parametri oggettivi rientra nella competenza del Legislatore, la giurisprudenza può quanto meno tentare di compiere - sulla base di un numero significativo di pronunce - una verifica statistica in ordine alla rilevanza che viene data al dato quantitativo. (...)

2.5. Analogo percorso ricognitivo può essere seguito anche in relazione all'ipotesi lieve di cui al comma 5, tenendo conto che, in tal caso, il problema è aggravato dal fatto che il dato quantitativo non costituisce l'unico elemento di valutazione, dovendo questo inserirsi in un giudizio globale sull'offensività del fatto.

Posto che l'elemento ponderale non può costituire (...) l'unico elemento per riconoscere od escludere il fatto lieve, è innegabile che tale aspetto è uno di quelli che maggiormente incide sul giudizio in ordine all'art. 73, comma 5.

L'individuazione di valori dotati di particolare ricorrenza statistica nelle decisioni concernenti il fatto lieve può essere condotta avvalendosi dello studio recentemente predisposto dall'Ufficio per il Processo presso la Sesta sezione penale, intitolato "Il fatto di lieve entità ex art. 73, quinto comma, D.P.R. 309/1990: alla ricerca di un'interpretazione tassativizzante. Un'indagine empirica della giurisprudenza di legittimità nel triennio 2020-2022". (...)

Sulla base di tale verifica è risultato che il limite massimo entro il quale è stato riconosciuta la lieve entità del fatto è risultato essere:

- 150 g per la cocaina;
- 107,71 g per l'eroina;
- 246 g per la marijuana;
- 386,93 g per l'hashish

Tale dato è stato ulteriormente elaborato, al fine di individuare i quantitativi per i quali vi è maggiore interferenza tra sentenze che riconoscono e negano il comma 5, risultando che, per i seguenti quantitativi, vi è una prevalenza di sentenze che ritengono il fatto lieve:

- 23,66 g per la cocaina;
- 28,4 g per l'eroina;
- 108,3 g per la marijuana;

- 101,5 g per l'hashish.

Si tratta di un dato avente una valenza statistica (...). Ciò non esclude, tuttavia, che la ricorrenza statistica di tali valutazioni può integrare un metro di giudizio utile a garantire la necessaria tassatività della norma incriminatrice, evitando eccessive oscillazioni interpretative. (...)

In conclusione, si ritiene di poter affermare che ai fini della valutazione della sussistenza del fatto lieve, il giudice può tener conto - unitamente agli altri elementi descrittivi della condotta - del fatto che il dato ponderale oggetto di giudizio è stato ritenuto, dalla giurisprudenza maggioritaria risultante dalla ricognizione statistica su un campione significativo di sentenze, come compatibile con l'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. (...)"



# Associazioni mafiose: il luogo del delitto non è quello del *pactum sceleris* ma quello ove concretamente opera la struttura

Argomento: Dei delitti contro l'ordine pubblico

(Cass. Pen., Sez. II, 1 dicembre 2022, n. 45584)

Stralcio a cura di Ilaria Romano

“1.1. Risulta consolidato il principio di diritto affermato da questa Corte secondo cui, in tema di reati associativi, la competenza per territorio si determina in relazione al luogo in cui ha sede la base ove si svolgono programmazione, ideazione e direzione delle attività criminose facenti capo al sodalizio (...), con l'ulteriore precisazione che, a questo fine, «assume rilievo non tanto il luogo in cui si è radicato il *pactum sceleris*, quanto quello in cui si è effettivamente manifestata e realizzata l'operatività della struttura, posto che, in assenza di un riconoscibile profilo strutturale e di una sufficiente connotazione di stabilità, le aggregazioni criminali non esprimono quel disvalore, e quel connotato di pericolosità per l'ordine pubblico, che giustifica, in termini di offensività e tipicità, la punizione prevista dalla legge» (...).

Si è anche osservato che «solo con la creazione di una struttura permanente volta alla commissione di una serie indeterminata di reati l'associazione diviene operativa e si realizza la situazione di pericolo per l'interesse tutelato dalla norma che giustifica l'incriminazione, nascendo il pericolo di lesione dell'interesse penalmente tutelato. Di regola, il luogo in cui si sorge una struttura che sia in grado di assicurare un minimum di mantenimento della situazione antigiuridica necessaria per la sussistenza del reato coincide con quello in cui sono programmate, ideate e dirette le attività dell'associazione, ovvero nel luogo in cui si esteriorizza l'associazione attraverso l'esecuzione dei delitti programmati, in tal modo manifestandosi e realizzandosi, secondo un criterio di effettività, l'operatività della struttura e quindi della *societas sceleris*» (...).

Nel caso di specie, deve evidenziarsi che la contestazione localizza l'attività dell'associazione di cui in Roma ed il Tribunale del riesame fa riferimento a detto territorio come base dell'organizzazione, nonché luogo ove si sono svolte le attività di programmazione e ideazione e dove è concentrata la direzione delle attività criminose facenti capo al sodalizio di riferimento. In particolare, i giudici di merito, pur ricordando il carattere unitario della 'ndrangheta, così come venuto a delinearsi anche nell'evoluzione giurisprudenziale di questa Suprema

Corte, evidenziano come (...), dopo avere ricevuto l'autorizzazione dalla Provincia, avesse ideato e pianificato la locale a Roma, che dirigeva poi con (...) (che ivi vi era già radicato), luogo in cui il sodalizio materialmente operava anche con riferimento alle azioni delittuose che commetteva (reati-fine ed in cui poi avvenivano le riunioni ed i conferimenti di dote, mantenendosi contatti con le articolazioni radicate in Calabria tra cui, in particolare, quelle di (...)). Nella ricostruzione operata dall'ordinanza impugnata la locale romana, totalmente "legittima" in quanto costituita previa autorizzazione della Provincia, aveva una sua piena autonomia operando nella Capitale dove venivano commessi i reati fine che ne erano la stessa ragione di sussistenza e dove veniva programmata e ideata l'associazione anche con riferimento al programma delittuoso principalmente volto all'inquinamento del tessuto economico-imprenditoriale. Si sono poi richiamati anche

episodi, dettagliatamente ricostruiti, che dimostrano come il sodalizio si fosse costantemente manifestato nell'ambito locale romano anche con riferimento alla forza di intimidazione che gli derivava dall'essere una locale di 'ndrangheta.

In territorio romano risultano, pertanto, concretamente programmate, ideate e dirette le attività dell'associazione, nonché si è esteriorizzato il sodalizio attraverso l'esecuzione dei delitti programmati e l'esercizio della riserva di violenza di cui risulta portatore, così manifestandosi, secondo un criterio di effettività, l'operatività della struttura e, quindi, la messa in pericolo del bene protetto.

1.2. Né, al riguardo, assume rilievo, ai fini della proposta eccezione, per come correttamente evidenziato dal Tribunale, la pronuncia di questa Corte invocata dalla difesa (...), poiché relativa ad un caso del tutto "inverso" rispetto a quello attuale: mentre infatti allora le cellule lombarde, satelliti di quella calabrese, erano amministrate e coordinate dal capo che viveva stabilmente in Calabria (e che si recava solo occasionalmente fuori Regione), nel caso in esame la locale romana, pur rinvenendo la sua legittimazione "mafiosa" nell'autorizzazione della Provincia, risulta diretta, amministrata e gestita a Roma ove vivevano (...), ritenuti rispettivamente il promotore ed il direttore del sodalizio, ed ove gli stessi e i coindagati commettevano le azioni delittuose programmate.

1.3. A conferma della correttezza dell'opzione ermeneutica seguita, l'ordinanza impugnata ha fatto corretto riferimento ad una sentenza di questa Corte che, con riguardo al territorio laziale, ha riconosciuto l'esistenza e l'operatività della locale di Nettuno, succursale del locale di (...). Nella decisione il Collegio, riconoscendo la sussistenza del delitto di cui all'articolo 416-bis cod. pen. in riferimento alla suddetta articolazione territoriale, ha osservato come i (...) avessero continuato ad operare nel loro paese in Calabria, ma avessero anche trasferito, per necessità, il loro sistema associativo nel centro laziale, circostanza che, per quel che ora rileva, evidentemente non impediva di ritenere che il processo fosse correttamente radicato quanto agli aspetti inerenti alla competenza per territorio (...). Del resto, a seguire il ragionamento prospettato dalla difesa, si arriverebbe sostanzialmente a concludere che, fatta eccezione per il solo caso di cellule non regolari perché non autorizzate dalla provincia e dette per tale motivo "bastarde", per tutte le altre locali "legittime" (in senso mafioso) i conseguenti procedimenti dovrebbero essere celebrati davanti all'autorità giudiziaria calabrese nell'ambito di una sorta di competenza funzionale per "automatismo mafioso". Una tale soluzione stride, all'evidenza, con le ragioni che sono sottese alle regole attributive della competenza, caratterizzate dalla necessaria esistenza di un nesso di interdipendenza causale con il luogo ove si è realizzato il fatto di reato, assumendo in primis rilievo il luogo in cui si è verificata la lesione o la messa in pericolo del bene protetto dalla norma incriminatrice. (...)"