ISSN 2724-0878

PENALE
Diritto e Procedura

n. 2 | 2022

Rivista trimestrale | Aprile/Giugno 2022

DIREZIONE

Ennio AMODIO - Massimo DONINI - Sergio MOCCIA - Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Bartolomeo ROMANO - Giorgio SPANGHER - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

IN EVIDENZA

EDITORIALI

Bartolomeo Romano - **Spunti prospettici per una giustizia penale moderna e liberale**

ARTICOLI

Leonardo Filippi - **Riservatezza e *data retention*: una storia infinita**

Anna Lucia Valvo - **Brevi note critiche sulla procura europea**

OPINIONI

Silvio Sau - **Brevi cenni sul processo cumulativo nell'ordinamento statunitense**

Giorgio Spangher- **Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio**

DALLE CORTI

Antonella Marandola - **La connessione teleologica alle misure cautelari (e le speciali esigenze di tutela della collettività) salva la costituzionalità dell'arresto in flagranza per tentato furto aggravato**

Pacini Giuridica

Direzione
Ennio Amodio - Massimo Donini - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats – Tullio Padovani - Bartolomeo Romano – Giorgio Spangher - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

Comitato scientifico editoriale
Enrico Mario Ambrosetti – Giuliano Balbi – Roberto Bartoli – Carlo Bonzano – Stefano Canestrari – Donato Castronuovo – Elena Maria Catalano - Mauro Catenacci – Antonio Cavaliere – Giovanni Cocco – Carlotta Conti – Cristiano Cupelli – Giovannangelo De Francesco – Pierpaolo Dell'Anno – Leonardo Filippi – Giovanni Flora – Gabriele Fornasari – Marco Gambardella – Alberto Gargani – Dario Grosso – Luigi Kalb – Carlo Longobardo – Adelmo Manna – Antonella Marandola – Maria Riccarda Marchetti – Anna Maria Maugeri – Carlo Enrico Paliero – Marco Pelissero – Lucia Risicato – Francesco Schiaffo – Sergio Seminara – Silvia Tordini Cagli – Francesco Vergine – Costantino Visconti

Comitato scientifico (revisori)
Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.
I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche.
Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi.
Sono oggetto di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.
La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Alì Abukar Hayo – Giuseppe Amarelli – Alessandro Bondi – Sergio Bonini – Pasquale Bronzo – Mario Caterini – Andrea Chelo – Luigi Cornacchia – Francesca Curi – Agostino De Caro – Giuseppe Della Monica – Giulio De Simone — Alessandro Diddi – Andrea Di Landro – Alberto Di Martino – Paolo Ferrua – Stefano Fiore – Roberto Flor – Luigi Foffani – Rossella Fonti – Francesco Forzati – Emanuela Fronza – Gianluca Gentile – Filippo Giunchedi - Clelia Iasevoli – Luigi Ludovici - Beatrice Magro – Gabriele Marra – Valentina Masarone – Luca Mario Masera – Antonella Massaro – Alessandro Melchionda – Vincenzo Mongillo – Davide Petrini –Gianrico Ranaldi – Ivan Salvadori – Silvio Sau – Nicola Selvaggi – Antonino Sessa – Fabrizio SIracusano - Carlo Sotis – Kolis Summerer – Vico Valentini – Antonio Vallini – Francesco Viganò

Comitato di redazione
Il *comitato editoriale* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku – Giulio Colaiacovo – Fabrizio Galluzzo – Luana Granozio – Ottavia Murro

Il *comitato di redazione* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Bruno Andò – Silvia Astarita – Fabio Ballarini – Iacopo Benevieri – Andrea Borgheresi – Gian Marco Caletti – Diamante Ceci – Donatello Cimadomo – Francesco Compagna - Angela Compagnone – Irma Conti – Sylva D'Amato – Francesco Marco De Martino – Laura Dipaola – Nicola Madia - Gaetano Galluccio Mezio – Maria Novella Masullo – Matteo Mattheudakis – Giuseppe Murone – Antonio Nappi – Giuseppe Palmieri – Francesco Porcu – Francesca Rocchi – Mattia Romano – Leonardo Suraci – Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli
ggiacomelli@pacinieditore.it
Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:
Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacinieditore.it • abbonamenti_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.
In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa
Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

Indice

Editoriali

Bartolomeo Romano, *Spunti prospettici per una giustizia penale moderna e liberale* p. 191

Articoli

Leonardo Filippi, *Riservatezza e* data retention*: una storia infinita* » 197

Anna Lucia Valvo, *Brevi note critiche sulla procura europea* » 211

Federico Nesso, *L'estorsione contrattuale e le perduranti incertezze interpretative sui concetti di minaccia penalmente rilevante e di danno patrimoniale* » 229

Marco Naddeo, *Criptovalute: profili di rilevanza penale* » 251

Matteo Giacomo Arcaro, *Dalla sostenibilità dell'accusa in giudizio alla ragionevole previsione di condanna: cambia la regola di giudizio per l'archiviazione e il non luogo a procedere* » 273

Diana Tenenbaum, *Il rapporto tra posizione di garanzia e cooperazione colposa* » 301

Opinioni

Silvio Sau, *Brevi cenni sul processo cumulativo nell'ordinamento statunitense* » 319

Giorgio Spangher, *Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio* » 329

Dalle corti

Antonella Marandola, *La connessione teleologica alle misure cautelari (e le speciali esigenze di tutela della collettività) salva la costituzionalità dell'arresto in flagranza per tentato furto aggravato* » 331

Francesco Compagna, *La responsabilità da reato dell'ente estinto fra forzature processuali e semplificazioni civilistiche* » 337

Valentina Aragona, *Reato continuato e particolare tenuità del fatto: il punto delle sezioni unite* » 345

Valentina Badalamenti, *Il dibattito sull'omesso versamento delle ritenute d'acconto in caso di insolvenza, tra inesigibilità e prospettive di riforma* » 353

Vittorio Santoro, *Una pronuncia in tema di riformulazione dell'art. 323 c.p. e riserva di legge 'tendenzialmente' assoluta* » 363

Pagine senza tempo

Iacopo Benevieri, *Parole criptiche: il primo processo penale sul "gergo" del crimine* » 371

SPUNTI PROSPETTICI PER UNA GIUSTIZIA PENALE MODERNA E LIBERALE

Bartolomeo Romano*

1. Il precipitare della crisi politica, con le dimissioni del Governo Draghi e la ravvicinata chiamata alle urne, impone di riflettere sul tipo di giustizia penale che si immagina per il nostro Paese.

Infatti, la giustizia, soprattutto quella penale, rappresenta uno dei temi fondamentali sui quali costruire una identità culturale, programmatica e politica – in senso alto, cioè non partitica o comunque di parte – di qualsiasi schieramento. Al Paese, ai cittadini, agli elettori, bisogna offrire un quadro omogeneo e chiaro, sul quale coagulare i consensi, senza estremismi, ma anche senza timori. Penso all'ancoraggio a taluni valori forti e fondanti e, allo stesso tempo, alla individuazione di alcune ineludibili riforme.

2. Per riflettere consapevolmente, occorre però partire da dati di fatto chiari, almeno nella mia lettura.

Dunque, sia pure per contrastare fenomeni particolarmente gravi e diffusi – come la corruzione, a partire dalla stagione di "mani pulite", e la criminalità mafiosa, che ha avuto il suo culmine con le terribili stragi del 1992 – da un trentennio ad oggi si è percorso un lungo cammino, purtroppo via via tendente ad un populismo legislativo e giudiziario dalle coloriture giustizialiste, se non addirittura forcaiole.

Penso – per il populismo legislativo – a taluni aspetti della l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino), per arrivare alla l. 9 gennaio 2019, n. 3, generalmente conosciuta (purtroppo, e non a caso) come "legge spazza-corrotti". Penso a certe coloriture assunte da leggi in materia di "pedofilia", con toni da diritto penale del nemico. Penso alla lunga stagione delle riforme in materia di prescrizione, prima "allungata" dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), poi sostanzialmente eliminata ad opera della l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. riforma Bonafede), e nel frattempo "raddoppiata", per molti reati, ad opera di altrettante leggi.

Tutte leggi generalmente connotate da un forte intento repressivo, e per certi versi moraleggiante. A ciò si aggiunga la recente tendenza del diritto

* Professore Ordinario di Diritto Penale Università di Palermo - Già componente del CSM.

penale a cadere nella atipicità e nella indeterminatezza, come emblematicamente rappresentata da disposizioni-simbolo, quali l'abuso di ufficio o il traffico di influenze.

E, talvolta a cascata, altre volte con effetti anticipatori, anche la giurisprudenza ha coltivato il pericoloso seme del populismo giudiziario. Si pensi – e l'esemplificazione è ovviamente parziale e incompleta – a certe interpretazioni assai late del concorso esterno, alle contestazioni generiche, agli avvisi di garanzia "a strascico" (ad esempio, nel settore sanitario), all'uso ancora troppo esteso della custodia cautelare (un terzo circa dei detenuti sono "in attesa di giudizio", come nell'omonimo film del 1971, diretto da Nanni Loy e interpretato da Alberto Sordi: sono passati oltre cinquant'anni, ma per certi versi sembra oggi...), al fastidio che talora serpeggia per l'attività difensiva, ai filtri spesso eccessivi in Cassazione.

3. Del resto, per molti, troppi, anni la gara è stata a chi gridava più forte e urlava cose spesso assurde, che però – ripetute con apparente convinzione – apparivano vere o, almeno, verosimili.

Al riguardo, mi viene alla mente la Rivoluzione francese: certo, nata con nobili ideali, e che pure ci ha lasciato tracce indelebili, come la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e la separazione dei poteri. Ma che – in chiave di superamento dell'*ancien régime* e della affermazione del nuovo – ha visto una corsa del "puro" superato dal più "puro", con molte teste cadute sulla ghigliottina, Comitati di salute pubblica, Terrore, legge dei sospetti (con la quale ogni nemico, o presunto tale, della rivoluzione venne incarcerato o giustiziato sommariamente, e che definì "sospetti" tutti i nobili e i loro parenti, tutti i preti refrattari e i loro parenti, tutte le persone che per condotta, atteggiamenti, relazioni, opinioni verbali o scritte, si erano dimostrate nemiche della libertà). Sino a giungere, nel 1794, all'arresto di Robespierre e dei suoi collaboratori, il giorno successivo ghigliottinati senza processo. Di qui il Termidoro, la ricerca di nemici esterni e le guerre napoleoniche: ma la storia è nota.

Tuttavia, a ripercorrere quella storia, mi vengono ancor oggi i brividi, perché non mi sembra così lontana: il primato del popolo è diventato sottoposizione all'opinione pubblica; l'affermazione (art. 101 Cost.) che "La giustizia è amministrata in nome del popolo" è stata tradotta volgarmente nei processi di piazza (e si potrebbe richiamare "In Nome del Popolo Italiano", un film del 1971, diretto da Dino Risi che ha come attori protagonisti Ugo Tognazzi e Vittorio Gassman: il magistrato finisce per fare condannare un innocente proprio "per fare giustizia": l'imputato è innocente per l'omicidio, ma merita di essere condannato in quanto corruttore...). Inoltre, da tempo si è sentito dire che il rispetto delle garanzie è "peloso", mentre il giustizialismo è virtuoso, è dei giusti. Persino la moderata assicurazione (art. 27, comma 2, Cost.) che "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva", e la più decisa affermazione che "Ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente

in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa", contenuta nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948 (e analoga affermazione è presente nell'art. 6, comma 2, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950) sono sembrate da superare. Pertanto, dovrebbe, se ci riesce, dimostrare la sua estraneità l'imputato; e ancora di più l'arrestato; e in misura addirittura esasperata il prevenuto (cioè, il soggetto sottoposto a misure di prevenzione). Del resto, "non ci sono innocenti, ma solo imputati dei quali non si è riusciti a dimostrare la colpevolezza", dichiarava solennemente un noto magistrato, ora a sua volta (ecco la Rivoluzione francese...) sottoposto a processo.

4. Dunque, per raggiungere un livello sufficiente di civiltà giuridica, che pure taluno censura quale garantismo peloso, mi ancorerei sempre alla Costituzione, che – in materia penale – rappresenta ancora un sicuro e condivisibile punto di riferimento. Forse non è "la più bella del mondo" (affermazione di chi la vorrebbe immutabile e cristallizzata), ma è certamente una ottima Legge fondamentale, che in molte parti non sembra avvertire l'inarrestabile scorrere del tempo e che scolpisce in modo veramente alto i diritti fondamentali. Una Costituzione, però, non ancora del tutto attuata e rispettata sino in fondo.

Basterebbe ricordare che l'art. 25 della Costituzione cristallizza il principio di legalità: la legge penale la deve scolpire il Parlamento con la dovuta precisione, senza punire retroattivamente e senza consentire la "creazione" dei reati da parte della magistratura (in violazione del divieto di analogia *in malam partem*). Dunque, da un lato il legislatore deve scrivere regole chiare e precise; dall'altro la magistratura non deve eccedere in estri interpretativi. Sembrano regole ovvie e scontate; ma purtroppo spesso non sono attuate. Un diritto penale di uno Stato moderno e liberale dovrebbe però garantirne sempre il rispetto.

Poi, l'art. 27 della Costituzione fissa il principio di non colpevolezza: l'imputato non si considera colpevole sino alla sentenza definitiva di condanna. Concetto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo esplicita in maniera più netta: l'imputato si considera innocente, sino alla eventuale sentenza di condanna. Anche qui: sembra ovvio. Ed invece, come ricordato, spesso si ragiona e si agisce in senso opposto, triturando le persone nel gorgo giudiziario e massmediatico e poi neppure segnalandone l'assoluzione. A mio modo di vedere, chi si proclama "liberale" non può che sposare un approccio garantistico, che respinga tali tendenze.

Ancora, occorrerebbe riappropriarsi del finalismo rieducativo della pena, sempre scolpito nell'art. 27 della Costituzione. E ciò, sia chiaro, non per mero "buonismo", ma perché accanto al bastone della pena, che va mantenuto, occorre utilizzare la carota della speranza, che rafforza l'ordine penitenziario e tende ad attenuare il fenomeno del recidivismo, che certifica la sconfitta dello Stato e alimenta l'insicurezza sociale (perché il detenuto, una volta li-

bero, commette un nuovo reato). Al riguardo, anche l'ergastolo ostativo meriterebbe riflessioni mature e soluzioni ponderate, e pienamente in linea con la Costituzione.

Inoltre, occorrerebbe attuare pienamente l'art. 111 Cost., inverando il processo accusatorio ed il "giusto processo", facendo sì che ogni processo si svolga nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. Ovviamente, con una separazione di carriere tra giudici e p.m. E poi assicurando realmente la ragionevole durata del processo e assicurando che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata "riservatamente" della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; prima cioè che la notizia sia diffusa via stampa. E occorrerebbe garantire che la persona accusata disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; che possa interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, nonché ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore. Requisiti non sempre garantiti, se l'art. 371-*ter* c.p. prevede che il difensore – al cospetto di un soggetto che non accoglie il suo invito – si debba rivolgere al p.m., con applicazione dell'art. 371-*bis* c.p.

Infine, occorre evitare che, rincorrendo il populismo giudiziario, il giustizialismo, la lotta dei duri e puri contro il reato e contro il peccato, si persegua ad ogni costo la verità, più che il vero processuale. In tal senso, la spasmodica tensione verso la ricostruzione della verità può addirittura comportare pericoli per la correttezza dei mezzi utilizzati per perseguirla: nel passato, si ricorreva alla tortura, oggi alla custodia cautelare (ma l'art. 13 Cost. parla, più brutalmente ma più correttamente, di carcerazione preventiva...), specie in carcere: una sorta di tortura, appunto, moderna.

Su un altro piano, andando cioè oltre la Costituzione (che, non per caso, non ne tratta), va affermato che non tranquillizza del tutto l'accresciuto ruolo e la funzione delle misure di prevenzione – che, appunto, molti costituzionalisti e molti penalisti (per tutti, Nuvolone e Bricola) consideravano di difficile "digeribilità", anche perché eredi del "confino" riservato ad avversari politici – nelle quali ci si accontenta dell'indizio e, talvolta, del sospetto. Se ci sono verità storiche, lasciamole agli storici e al giudizio del cittadino-elettore. Non al processo; neppure a quello di prevenzione, ammesso che sia un vero processo.

5. Ma tutto ciò non è sufficiente. Occorre, ancora, poter avere fiducia nella magistratura, nelle regole che la riguardano (l'ordinamento giudiziario) e negli organi di controllo e di garanzia, come dovrebbe essere il Consiglio Superiore della Magistratura. Se fosse liberato dall'abbraccio soffocante delle correnti e se operasse sempre in piena trasparenza.

Qui, però, sarebbero state necessarie riforme coraggiose e non rinviabili. Ed invece, le varie riforme Cartabia, pur certamente meritevoli nelle intenzioni, sono state però troppo tiepide e parziali.

Questo vale sia per la riforma del processo penale, intervenuta con l. 27 settembre 2021, n. 134, in parte legata a discutibili modifiche fissate in legge ordinaria (sulle quali "spicca" l'inedita improcedibilità) ed in parte confinata in ipotizzati decreti legislativi, che la caduta del Governo e la fine anticipata della legislatura lasciano appesi ad un sottile filo.

Ma vale anche per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché per le disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore, che la legge 17 giugno 2022, n. 71, in gran parte legge-delega, riserva ancora una volta allo strumento, futuro ed incerto, dei decreti legislativi.

Questa è la ragione per la quale è ancora necessario riflettere *de iure condendo* su riforme in materia di giustizia penale; riforme che il nuovo Parlamento dovrà affrontare seriamente e consapevolmente.

Mi sono permesso di indicare in tale sede solo alcune pietre angolari, pur conscio che tantissimi altri sono gli aspetti che occorrerebbe trattare e approfondire. Credo però che – in tempi di costruzione di aree culturali e, dunque, politiche – occorra iniziare a edificare, basandosi su valori condivisi. E che occorra offrire agli elettori un quadro chiaro, in modo da contrastare quell'astensionismo, che abbiamo dovuto recentemente avvertire, che non fa certamente bene alla nostra democrazia, che deve invece fondarsi sulla più ampia partecipazione popolare possibile.

RISERVATEZZA E *DATA RETENTION*: UNA STORIA INFINITA*

Leonardo Filippi**

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** I principi europei. – **3.** Le deroghe europee. – **4.** La giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. – **5.** La normativa italiana. – **6.** L'art. 256 c.p.p. – **7.** Il codice della *privacy*. – **8.** La "conservazione generalizzata e indifferenziata" dei dati del traffico e di ubicazione. – **9.** La legislazione dell'emergenza e la conservazione di tutti i dati per sei anni. – **10.** La novella del 2021. – **11.** La estesa legittimazione alla richiesta di acquisizione dei dati. – **12.** Il decreto che autorizza o convalida l'acquisizione dei dati. – **13.** Il decreto autorizzativo e la presunzione di innocenza. – **14.** L'inutilizzabilità dei dati acquisiti *contra legem*. – **15.** La necessaria ostensione al gestore del decreto che autorizza l'acquisizione dei dati. – **16.** Il regime transitorio per i dati acquisiti prima del 30.9.2021. – **17.** Questioni aperte. – **a)** I *files* di log. – **b)** La richiesta di un indirizzo IP. – **c)** la richiesta sulla titolarità di un'utenza. – **d)** la conservazione rapida dei dati (*quick freeze*). **–** **18.** Conclusioni.

ABSTRACT

L'Autore, premesso un esame dei principi europei in materia di vita privata e comunicazioni elettroniche, esamina la normativa italiana, compresa quella dell'emergenza, che irragionevolmente protrae la conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico per sei anni. Viene in particolare analizzato il d.-l. n. 132/2021, conv. con mod. dalla l. n. 178/2021, che ha modificato l'art. 132 Codice privacy *e inserito una disposizione transitoria, esaminando anche diverse questioni che rimangono tuttora aperte. In conclusione, si dà atto dei sicuri avanzamenti che la "novella" comporta sotto il profilo delle garanzie individuali, ma anche del mancato rispetto di tutti i principi indicati dalla Corte di giustizia U.E.*

The Author, after an examination of European principles on privacy and electronic communications, examines Italian legislation, including emergency legislation, which prolongs the retention of telephone and telematic traffic data for six years. In particular, d.-l. no. 132/2021, conv. with mod. by l. no.178/2021, which amended art.132 Privacy Code and inserted a transitional provision, is analyzed, while also examining several issues that remain unresolved. In conclusion, we acknowledge the certain advances that the "novella" entails in terms of individual guarantees, but also the failure to comply with all the principles indicated by the E.U. Court of Justice.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Già Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Cagliari.

1. Introduzione.

La storia della disciplina italiana dei tabulati è lunga e travagliata, avendo subito plurimi interventi legislativi nel tentativo di bilanciare le esigenze della riservatezza con quelle investigative.

Per giunta si è verificata una progressiva e accresciuta capacità sia di raccolta dei dati (*data retention*), sia di affinamento delle tecniche di conservazione e di lettura dei dati stessi. È vero che i dati esteriori delle comunicazioni non contengono il contenuto dei messaggi e quindi provocano una lesione alla riservatezza minore rispetto all'intercettazione delle comunicazioni. Tuttavia, tali dati forniscono notizie molto rilevanti, come le utenze contattate, la frequenza delle chiamate, il tempo e la durata delle stesse, le persone frequentate ed anche la presenza all'interno di una determinata cella d'aggancio di un utente e quindi la sua ubicazione in tempo reale. Si tratta perciò talvolta anche di dati sensibili perché investono la personalità e la sfera privata del titolare dell'utenza telefonica o telematica, dando indicazioni sulla vita privata delle persone, come le abitudini della vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o di altro tipo, le attività esercitate, le relazioni sociali di tali persone e gli ambienti sociali da esse frequentati.

Le diverse modifiche legislative hanno riguardato non solo la durata di conservazione dei dati (che originariamente era di 30 mesi per i soli dati del traffico telefonico), ma anche l'altalenante legittimazione alla richiesta di acquisizione :prima del solo P.M., estesa per poco tempo al difensore, ma restituita a lungo al "monopolio" del solo P.M. e da ultimo estesa nuovamente al difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private.

Una tale incertezza è diffusa in un sistema come il nostro che va da un eccesso all'altro, in cui la tutela della riservatezza, prima sconosciuta ora forse, in certi casi, è tutelata persino troppo. Ma ormai facciamo parte dell'Unione europea, l'Italia ha aderito a diverse convenzioni internazionali (prime fra tutte la Conv. e.d.u. e la Carta dei diritti fondamentali) e l'art. 117 Cost. prescrive il rispetto, oltre che della Costituzione, anche dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

2. I principi europei.

In ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione europea su quello nazionale, è necessario esaminare preliminarmente la normativa europea sulla vita privata e sulle comunicazioni elettroniche.

È tuttora vigente la direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12.7.2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

Da notare che la direttiva 2006/24/CE (c.d. Direttiva Frattini) modificò la Direttiva 2002/58/CE, ma fu invalidata dalla pronuncia della Grande Camera della Corte giust. U.E. 8.4.2014, *Digital Rights*, per cui vi è stata la reviviscenza della precedente direttiva 2002/58/CE.

L'art. 5 § 1 della direttiva 2002/58 sancisce il principio di riservatezza sia delle comunicazioni elettroniche sia dei dati relativi al traffico a queste correlati e implica il divieto imposto, in linea di principio, a qualsiasi persona diversa dagli utenti di memorizzare senza il loro consenso tali comunicazioni e dati.

L'art. 6 della stessa direttiva 2002/58/CE, nonché i considerando 22 e 26, autorizzano il trattamento e la memorizzazione dei dati relativi al traffico da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica soltanto nella misura e per la durata necessaria per la commercializzazione dei servizi, per la fatturazione degli stessi e per la fornitura di servizi a valore aggiunto. Una volta terminato tale periodo, i dati che sono stati trattati e memorizzati devono essere cancellati o resi anonimi.

L'art. 9 § 1 della medesima direttiva disciplina i dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico e stabilisce che tali dati possono essere trattati soltanto in presenza di determinate condizioni e dopo essere stati resi anonimi oppure con il consenso degli utenti o degli abbonati.

3. Le deroghe europee.

È la stessa direttiva 2002/58 a consentire alcune deroghe alla disciplina ordinaria, ammettendo delle eccezioni ai principi generali e, in quanto eccezioni, esse non sono suscettibili quindi di interpretazioni estensive e tanto meno analogiche.

L'art. 15 § 1 della direttiva 2002/58 consente agli Stati membri di introdurre eccezioni all'obbligo di principio, enunciato all'art. 5 §1, della stessa direttiva, di garantire la riservatezza dei dati personali nonché ai corrispondenti obblighi, menzionati in particolare, agli artt. 6 e 9 di detta direttiva, qualora tale restrizione costituisca una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale, della difesa e della sicurezza pubblica, e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine, gli Stati membri possono, tra l'altro, adottare misure legislative che prevedano la conservazione dei dati per un periodo di tempo limitato, qualora ciò sia giustificato da uno dei suddetti motivi.

4. La giurisprudenza della Corte di giustizia U.E.

La Grande Camera della Corte di giustizia U.E. ha ripetutamente affermato il contrasto – rispetto all'art. 15, § 1, della menzionata Direttiva 2002/58/CE – della disciplina legislativa di diversi Stati europei che, come quella italiana,

consente una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico telefonico, informatico e dei dati relativi all'ubicazione, e non prevede l'autorizzazione di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente.

Le pronunce, che negli ultimi sette anni hanno riguardato le legislazioni di quasi tutta l'Europa occidentale, ribadiscono, peraltro, principi già perentoriamente affermati in passato dalla stessa Corte a tutela della riservatezza, della protezione dei dati di carattere personale, della libertà di espressione e d'informazione, nonché del principio di proporzionalità delle limitazioni a tali diritti e libertà. Si tratta delle seguenti sentenze: Corte giust. U.E., Grande Camera, 21.12.2016, *Tele2 Sverige e Watson* e altri/Svezia e Regno unito; Corte giust. U.E., Grande Camera, 2.10.2018, *Ministerio Fiscal* /Spagna; Corte giust. U.E., Grande Camera, 6.10.2020, *Privacy International*/ Regno Unito; Corte giust. U.E. Grande Camera. 6.10.2020, *La Quadrature du Net* e altri/Francia e Belgio; Corte giust. U.E. Grande Camera, 2.3.2021, *H.K.* / Estonia; Corte giust. U.E. Grande Camera, 5.4.2022, *G.D.*/Irlanda.

Si è così formata una giurisprudenza europea ormai consolidata su alcuni principi : a) divieto di «conservazione generalizzata e indifferenziata» dei dati relativi al traffico e all'ubicazione per finalità di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica e di repressione della criminalità grave; b) ammissibilità di una «conservazione mirata» dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione per fini di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica e di repressione della criminalità grave; c) ammissibilità di una «conservazione generalizzata e indifferenziata» degli indirizzi IP; d) ammissibilità di una «conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi all'identità civile» degli utenti; e) ingiunzione ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di procedere, «per un periodo determinato», alla «conservazione rapida» (*quick freeze*) dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione; f) garanzie comuni a tutte le misure: rispetto delle condizioni e garanzie effettive contro il rischio di abusi.

5. La normativa italiana.

La disciplina legislativa italiana è articolata su diverse disposizioni, che nel tempo si sono sovrapposte e sono state modificate in tempi diversi, ma sempre ignorando totalmente il rispetto della riservatezza su dati personali.

6. L'art. 256 c.p.p.

In passato il pubblico ministero, così come il giudice, poteva acquisire i tabulati telefonici e telematici, come qualsiasi altro documento, in forza dell'art. 256 c.p.p.

Com'è noto, l'art. 256 c.p.p. fu introdotto dall'art. 8 l. 18 marzo 2008, n. 48, Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica. Esso impone un dovere di esibizione alle persone tenute al segreto professionale (art. 200 c.p.p.) e a quello di ufficio (art. 201 c.p.p.),

che devono consegnare immediatamente all'autorità giudiziaria che ne faccia richiesta gli atti e i documenti e ogni altra cosa esistente presso di esse per ragione del loro ufficio, incarico, ministero, professione o arte, salvo che dichiarino per iscritto che si tratti di segreti di Stato ovvero di segreto inerente al loro ufficio o professione. Il segreto è comunque escluso nei casi di cui all'art. 204 c.p.p., cioè per i fatti di eversione dell'ordinamento costituzionale ed altri ivi indicati.

7. Il codice della *privacy*.

Il d. lgs. 30.6.2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali) entrò in vigore nel 2003 ed ha subito molteplici modifiche. Senza ripercorrere l'intero iter delle modifiche, ricordiamo che il più recente intervento si deve al d.-l. 30.9.2021, n. 132.

8. La "conservazione generalizzata e indifferenziata" dei dati del traffico e di ubicazione.

L'art. 132, comma 1, c.p.p. stabilisce che i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione.

Il comma 1-*bis* prescrive, invece, che i dati relativi alle chiamate senza risposta sono conservati per trenta giorni.

In questo modo l'art. 132 codice *privacy* si limita a regolamentare la durata della conservazione, ma senza specificare quali dati debbano essere conservati: cioè disciplina una "conservazione generalizzata e indifferenziata" di tutti i dati, che la Corte di giustizia U.E. vieta, prescrivendo, invece, una "conservazione mirata" dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione "per fini di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica e di repressione della criminalità grave".

9. La legislazione dell'emergenza e la conservazione di tutti i dati per sei anni.

L'art. 24 (Termini di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico) l. 20.11.2017, n. 167 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2017), in attuazione dell'art. 20 della direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo, al fine di garantire strumenti di indagine efficace in considerazione delle straordinarie esigenze di contrasto del terrorismo, anche internazionale, per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli artt. 51, com-

ma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a), c.p.p. il termine di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta, di cui all'art. 4-*bis*, commi 1 e 2, d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv., con mod., dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, è stabilito in settantadue mesi, in deroga a quanto previsto dall'art. 132, commi 1 e 1-*bis*, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

Poiché i gestori non possono certo prevedere per quali reati perverranno in futuro le richieste di acquisizione dei dati e potrebbero pervenire richieste di acquisizione dei dati rilevanti in indagini sul terrorismo o su criminalità organizzata, sono costretti a conservare tutti i dati per sei anni. Di fatto, quindi, la conservazione di tutti i dati è per settantadue mesi, che è una durata veramente inaccettabile e contrastante con il principio di proporzionalità dell'ingerenza.

10. La novella del 2021.

Il d.-l. n. 132/2021, conv. con mod. dalla l. n. 178/2021 ha modificato l'art. 132 Codice *privacy*, sostituendo il comma 3 e inserendovi i nuovi commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*.

Inoltre, ha aggiunto una disposizione transitoria nel comma 1-*bis* della legge di conversione n. 178/2021.

Infine, ha modificato l'art. 267, comma 1, c.p.p. esigendo l'indicazione di "specifiche" ragioni nella motivazione del decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile.

L'intervento legislativo del 2021 ha finalmente assicurato la riserva di legge (indicando i "casi", comprese anche le gravi molestie telefoniche, che è difficile ritenere trattarsi di "criminalità grave", oltre i "modi" dell'acquisizione) e di giurisdizione (autorizzazione del giudice che procede con decreto motivato sulla rilevanza dei dati per l'accertamento dei fatti).

Ma la Corte giust. U.E. prescrive l'indicazione sia della "categoria dei dati acquisibili", compresi quelli di ubicazione, sia della durata del "periodo per il quale viene richiesto l'accesso ai dati", che devono essere limitati a "quanto è strettamente necessario" ai fini dell'indagine in corso.

Invece, la novella del 2021 non ha minimamente inciso sull'oggetto della acquisizione dei dati, perché tutti i dati di traffico possono essere indifferentemente acquisiti e anche per l'intero periodo per cui sono stati conservati, consentendo così non solo una «conservazione generalizzata e indifferenziata» dei dati relativi al traffico, ma anche una "acquisizione generalizzata e indifferenziata", cioè proprio ciò che vieta la direttiva europea e la giurisprudenza della Corte del Lussemburgo.

La novella del 2021 non ha modificato nemmeno la durata della conservazione, che rimane di due anni (per il traffico telefonico), di un anno (per il traffico telematico), 30 giorni (per le chiamate senza risposta), ma, come abbiamo visto, di fatto i gestori devono conservare tutti i dati per sei anni.

La Corte di giustizia U.E. richiede anche di individuare per legge i "soggetti" i cui dati possono essere acquisiti ed aveva ammonito che l'accesso a tali dati può, in linea di principio, essere consentito, in relazione con l'obiettivo della lotta contro la criminalità, soltanto per i dati di "persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un'altra in un illecito del genere". Solo eccezionalmente, "in situazioni particolari, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, l'accesso ai dati di altre persone potrebbe essere parimenti concesso qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo".

Invece l'art. 132 codice *privacy* consente l'acquisizione dei dati anche dei di soggetti non raggiunti da sospetto di reato e quindi semplici persone informate sui fatti o testimoni.

11. La estesa legittimazione alla richiesta di acquisizione dei dati.

Essendo esplicitamente legittimati alla richiesta non solo il P.M., il difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa, ma anche quello delle «altre parti private», si consente pure al difensore della parte civile, del responsabile civile e del civilmente obbligato per la pena pecuniaria di presentare istanza di acquisizione dei dati direttamente al G.I.P. o al giudice che procede.

È esclusa invece una acquisizione d'ufficio da parte del giudice, essendo la richiesta di parte presupposto dell'autorizzazione.

12. Il decreto che autorizza o convalida l'acquisizione dei dati.

Nonostante non sia disciplinato dal codice di rito penale, il decreto del giudice che autorizza o convalida l'acquisizione dei dati presso il gestore del servizio di telecomunicazioni, previsto dall'art. 132, comma 3, codice *privacy*, è assimilabile al decreto del G.I.P. che autorizza o convalida l'intercettazione di comunicazioni. Anche il decreto che convalida l'acquisizione disposta d'urgenza dal pubblico ministero ricorda quello di convalida dell'intercettazione.

Si tratta di acquisizione che, come l'intercettazione, è atto a sorpresa, nel senso che il P.M. o la parte privata richiedente non sono tenuti a informare le altre parti dell'avvenuta acquisizione.

L'acquisizione dei dati è quindi atto diverso dal sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni, disciplinato dall'art. 254-*bis* c.p.p. La disposizione indica le modalità acquisitive dei dati, cioè mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità.

Relativamente alla motivazione del decreto di acquisizione dei dati, il decreto-legge privilegiava il P.M. nell'acquisizione dei tabulati telefonici, telematici e di ubicazione, durante le indagini preliminari tanto che essi potevano essere acquisiti solo se rilevanti per la "prosecuzione delle indagini". Invece, la legge di conversione consente l'acquisizione a tutte le parti anche in momenti successivi (ad es. in sede dibattimentale). Infatti, il testo definitivo richiede che l'acquisizione dei tabulati sia rilevante «per l'accertamento dei fatti» e non solo ai fini della «prosecuzione delle indagini». In questo modo l'acquisizione dei dati può essere autorizzata, dal giudice che procede, anche dopo la chiusura delle indagini preliminari e per tutto il corso del processo, sempre che ovviamente i dati siano ancora conservati.

13. Il decreto autorizzativo e la presunzione di innocenza.

Anche la disciplina dei tabulati risente della direttiva europea (UE) 2016/343 sulla presunzione di innocenza, di recente recepita in Italia con il d. lgs. 8.11.2021, n. 188, per cui anche nelle richieste e nei decreti di autorizzazione all'acquisizione dei dati, così come nei decreti in tema di intercettazioni, trova applicazione la nuova disposizione dell'art. 115-*bis* c.p.p. Si tratta infatti di provvedimenti che hanno come presupposto indizi di reato (e non di reità) e quindi da annoverare tra quelli «diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato», per cui «la persona sottoposta a indagini o l'imputato non possono essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili» e l'autorità giudiziaria deve limitare i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle «sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento"[1]. Si noti infine che il decreto che autorizza l'acquisizione dei dati, come quello in materia di intercettazioni, non hanno la garanzia di alcuna impugnazione.

14. L'inutilizzabilità dei dati acquisiti *contra legem*.

L'art. 132, comma 3-*quater*, stabilisce che «I dati acquisiti in violazione delle disposizioni dei commi 3 e 3-*bis* non possono essere utilizzati».

In questo modo, il legislatore ha finalmente disciplinato, sotto il profilo sanzionatorio, tutte le ipotesi di acquisizione patologica dei dati. In realtà, le S.U. Gallieri già in passato avevano affermato che il divieto di utilizzazione previsto dall'art. 271 c.p.p. è riferibile anche all'acquisizione dei tabulati

[1] Secondo Ferrua, *La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e i provvedimenti cautelari*, ne *Il Penalista*, 27.10.2021, il rispetto della "presunzione di innocenza" stabilita dalla Convenzione europea e della "non presunzione di colpevolezza" contemplata dalla Costituzione esige che nei provvedimenti cautelari oggetto di prova sia la "probabile colpevolezza", anziché la "colpevolezza", fermo restando lo standard probatorio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio".

telefonici tutte le volte che avvenga in violazione dell'art. 267 c.p.p., cioè in assenza del prescritto decreto motivato[2].

Comporta quindi l'inutilizzabilità dei dati a carico dell'imputato il fatto che essi siano stati acquisiti oltre il termine di conservazione stabilito dalla legge; o la circostanza che l'autorizzazione sia stata data per un reato che non consente l'acquisizione dei dati; la mancanza di un decreto del G.I.P. o del giudice che procede o l'assenza in esso di una motivazione specifica sulla qualificazione giuridica, sui "sufficienti indizi di reato" o sulla loro rilevanza "per l'accertamento dei fatti".

Inoltre, anche i dati acquisiti d'urgenza dal P.M. sono inutilizzabili non solo in caso di mancata o tardiva convalida del G.I.P., ma pure se il decreto motivato del P.M. è stato emesso in assenza di «ragioni d'urgenza» o del «fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini».

Invece, l'utilizzabilità *in bonam partem*, cioè a favore dell'imputato, è invece sempre possibile, perché la Costituzione pone la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ad obiettivo fondamentale dell'ordinamento, per cui, nel processo penale l'innocenza e comunque la minore responsabilità dell'imputato devono poter sempre essere accertate. D'altra parte, le prove conferenti all'assoluzione o alla minore responsabilità sottostanno ai soli sindacati di esistenza e di attendibilità, non anche a quello di conformità al modello legislativo, e quindi non possono mai essere dichiarate inutilizzabili.

Anche le Sezioni Unite Carpanelli del 1997 avevano chiarito che le dichiarazioni favorevoli al soggetto che le ha rese e ai terzi restano al di fuori della sanzione di inutilizzabilità sancita dall'art. 63, co. 2, c.p.p., alla stregua della *ratio* della disposizione, ispirata al diritto di difesa[3].

15. La necessaria ostensione al gestore del decreto che autorizza l'acquisizione dei dati.

Il testo del decreto-legge stabiliva che «i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice», mentre la legge di conversione richiede che «i dati sono acquisiti previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato», per cui si è dubitato se tale decreto debba essere presentato ai gestori.

Ma il dubbio sembra agevolmente superabile con la considerazione che, quando si intacca un valore fondamentale, se ne deve dare giustificazione al detentore di esso mediante esibizione del titolo che legittima l'intrusione (così, ad esempio, in occasione di perquisizione o sequestro, deve essere esibito il relativo decreto al detentore del bene). Pertanto, non si dovrebbe dubitare che il P.M., la parte o il soggetto privato che chiede l'acquisizione dei

[2] Cass., Sez.un.,24.9.1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999,465.
[3] Cass., Sez. un., 13.2.1997, Carpanelli, in *Dir. pen.e proc.*, 1997, p. 602.

tabulati debba esibire al gestore del servizio di telecomunicazioni il decreto di autorizzazione emesso dal G.I.P.[4]. Né è possibile vedere analogie con l'art. 267 c.p.p. e quindi ritenere che, come il P.M., dopo l'autorizzazione del G.I.P., non deve ostendere il decreto autorizzativo dell'intercettazione al gestore, così dovrebbe fare anche per i tabulati. Il confronto non è pertinente perché in tema di intercettazioni esiste una disposizione specifica, l'art. 267, comma 3, c.p.p., che prevede l'emissione di uno specifico decreto con cui il P.M. dà esecuzione all'intercettazione, mentre una disposizione analoga non esiste per i tabulati.

Pertanto, la modifica del testo originario in quello definitivo, di carattere meramente formale, non consente di omettere l'esibizione al gestore del provvedimento autorizzativo.

16. Il regime transitorio per i dati acquisiti prima del 30.9.2021.

Il regime transitorio per i dati acquisiti prima del 30 settembre 2021 è disciplinato dall'art. 1, comma 1-*bis*, d. l. 30.9.2021, n. 132, conv. con mod. dalla l. 23.11.2021, n. 178. Esso stabilisce che i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi.

Tale disposizione transitoria può ovviamente rispettare soltanto la "riserva di legge", indicando, per i tabulati acquisiti prima del 30 settembre 2021, i "casi" (reati puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni e reati di gravi minacce, molestie o disturbo alle persone con il mezzo del telefono) e i "modi" dell'ingerenza sulla vita privata conseguente all'accesso ai dati di traffico (che sono indicati nella disposizione generale di cui all'art. 132 codice *privacy*). Ma, non potendo rispettare la "riserva di giurisdizione", giacché i dati, prima del d.l. n. 132/2021, erano legittimamente acquisibili con decreto del P.M., compensa il *deficit* di giurisdizionalità esigendo in via transitoria ciò che l'art. 132 codice *privacy* non richiede in via generale e cioè che l'utilizzabilità a carico dell'imputato (dovendo ritenersi l'utilizzabilità *in bonam partem* sempre ammessa) dei ta-

[4] In senso contrario, affermando che si tratta di una formulazione che non lascia dubbi sul fatto che l'acquisizione, una volta autorizzata, è demandata alle parti – pubbliche e private – che hanno richiesto l'autorizzazione e che – pertanto – il provvedimento di autorizzazione non dovrebbe essere oggetto di ostensione, Parodi, *Convertito il decreto in tema di tabulati: (quasi) tutto chiaro*, ne *Il Penalista*, 19.11.2021.

bulati è legittima solo unitamente ad altri elementi di prova che fungano da "riscontro" ad essi.

Secondo la disposizione transitoria, è ora prevista una duplice condizione per l'utilizzazione a carico dell'imputato dei dati già acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del decreto-legge. Infatti, essi possono essere utilizzati «solo unitamente ad altri elementi di prova» ed esclusivamente per l'accertamento degli stessi reati per i quali ora art. 132 d.lgs. n. 196/2003 consente la loro acquisizione

E non può non destare meraviglia che il regime transitorio sia più garantista di quello ordinario, tanto che tale discrasia potrebbe suscitare anche qualche problema di costituzionalità.

La Corte di cassazione ha affermato che la disciplina transitoria introdotta dall'art. 1, comma 1-bis, l. 23.11. 2021, n. 178, di conversione del d.l. 30.9.2021, n. 132, che ha consentito l'utilizzazione dei dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta acquisiti nei procedimenti penali in data antecedente all'entrata in vigore del d.l. citato è compatibile con l'art. 15, par. 1, della Direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni, modificata dalla Direttiva 2009/136/CE, in quanto, in un'ottica di ragionevole ed equilibrato contemperamento di interessi diversi, persegue la finalità di non disperdere dati già acquisiti, subordinandone la utilizzazione alla significativa illiceità penale di predeterminate ipotesi per cui è consentita l'acquisizione a regime e alla sussistenza di "altri elementi di prova", quale requisito di compensazione della mancanza di un provvedimento giudiziale di autorizzazione all'acquisizione stessa[5].

17. Questioni aperte.

La materia dei dati di traffico telefonico, telematico e di ubicazione è piuttosto intricata e suscita diverse questioni su alcuni casi pratici.

a) I *files* di *log*.

Si discute se siano sottoposti alla disciplina dei tabulati anche i *files* di *log*, che sono dei registri che documentano tempi e orari della connessione al sistema dei diversi IP: volendo fare un paragone con il traffico automobilistico, sarebbe come il registro del casellante che annota tutte le targhe dei veicoli che entrano in autostrada.

I *files* di *log*, in particolare, sono costituiti dalla registrazione sequenziale e cronologica da parte del sistema informatico delle operazioni effettuate da un utente o da un amministratore ovvero anche dalla registrazione delle

[5] Cass., sez. III, 31.1.2022 (dep. 1.4.2022), n. 11991.

operazioni compiute in automatico da un sistema e costituisce una sorta di "registro degli eventi".

L'analisi dei *files* di *log* consente di ottenere una serie di informazioni, utili nel procedimento penale e relative al "traffico di dati telematici" come se un determinato utente in un particolare giorno ed ora si è collegato alla rete tramite un provider; la data ed ora della sessione di navigazione; quale indirizzo *IP* temporaneo ha avuto in assegnazione per la durata della connessione; l'indirizzo *IP* utilizzato per la sessione di navigazione; quali informazioni (strutturate in "pacchetti") ha inviato o ricevuto per mezzo dell'indirizzo IP assegnato (accessi ai siti, scaricamento di pagine *web* o di specifici *files*, conversazioni in *chat*, partecipazioni a *newsgroup*, trasmissione o ricezione di posta elettronica); l'anagrafica dell'intestatario di un contratto di utenza internet.

Si è affermato in dottrina che tali *files* di *log* non conterrebbero dati di traffico, ma solo di individuazione degli *IP*, per cui sarebbero esclusi dalla disciplina dettata dall'art. 132 d.lgs. n. 196/2003 per l'acquisizione dei tabulati.

In realtà sono proprio e soltanto i c.d. *log files* che contengono dati relativi al traffico telematico, nel senso che non esistono altri dati sul traffico telematico. Tanto è vero che i *files* di *log* devono essere conservati dai gestori di telecomunicazione per dodici mesi. E, poiché l'art. 132 Codice *privacy* menziona la conservazione e l'acquisizione dei dati telematici, alla pari dei dati telefonici, ne consegue che anche per l'acquisizione dei *files* di *log* occorra la previa autorizzazione del giudice.

b) La richiesta di un indirizzo IP.

La Grande Camera ammette una "conservazione generalizzata e indifferenziata" degli indirizzi IP (dall'inglese *Internet Protocol address*), che sono un'etichetta numerica che identifica univocamente un dispositivo (detto *host*) collegato a una rete informatica che utilizza l'*Internet Protocol* come protocollo di rete: continuando nel confronto con il traffico automobilistico, l'indirizzo IP sarebbe la targa di ogni veicolo che entra in autostrada.

c) La richiesta sulla titolarità di un'utenza.

La richiesta al gestore di un servizio di telecomunicazioni di conoscere l'intestatario di un'utenza telefonica o telematica non è un dato relativo al traffico. Anche la Grande Camera ammette una "conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi all'identità civile" degli utenti.

In effetti l'art. 132 codice *privacy* disciplina la conservazione e l'acquisizione dei soli "dati di traffico" telefonico e telematico e la mera identificazione dell'utente al quale è intestata una determinata utenza non può essere considerata acquisizione di un dato di traffico, alla pari dell'accertamento del luo-

go di residenza di un soggetto o della intestazione di un numero di targa di un veicolo o del numero di matricola di un'imbarcazione o di un aeromobile[6].

d) La "conservazione rapida" dei dati (*quick freeze*).-

La giurisprudenza della Corte giust. U.E. viene incontro alle esigenze investigative perchè ammette che si possa rivolgere una ingiunzione ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di procedere, ma solo "per un periodo determinato", alla "conservazione rapida" dei dati relativi al traffico e all'ubicazione. Tale tecnica è particolarmente importante e utile per individuare tutti i dispositivi che si trovano, ad esempio, sul luogo e all'ora del delitto.

18. Conclusioni.

Dovendo esprimere un giudizio sulla novella legislativa, questo può essere positivo, nonostante non siano state rispettate appieno le indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. e anche se sarebbe stato preferibile realizzare una "riserva di codice" e inserire le nuove disposizioni subito dopo gli artt. 266-271 c.p.p.

La Corte giust. U.E. ha infatti affermato che il principio di proporzionalità dell'ingerenza impone una conservazione "mirata" dei dati, mentre in Italia continua una conservazione "generalizzata e indifferenziata" di essi.

La giurisprudenza europea prescrive anche la determinazione sia della "categoria dei dati acquisibili", compresi quelli di ubicazione, sia della durata del "periodo per il quale viene richiesto l'accesso ai dati", che devono essere limitati a "quanto è strettamente necessario" ai fini dell'indagine in corso. Invece, si è omessa una disciplinata della categoria dei dati di ubicazione, è rimasta indeterminata la durata del periodo per il quale è richiesto l'accesso (che può riguardare l'intero periodo di conservazione) ed è immutata anche l'irragionevole durata della conservazione dei dati per 72 mesi (6 anni)

L'art. 132 Codice *privacy* consente tuttora l'acquisizione di tutti i dati conservati e anche nei confronti di soggetti non raggiunti da sospetto di reato e quindi semplici persone informate sui fatti o testimoni, in contrasto con i principi giurisprudenziali europei.

Pertanto, su tutti tali punti rimasti pretermessi e contrastanti con il diritto U.E., sarà inevitabile sollevare questione di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 117 Cost., che, com'è noto, vincola la potestà legislativa dello Stato al rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

---

[6] Nel senso che "la gravità dell'ingerenza sulla vita privata conseguente all'accesso ai dati di traffico va esclusa – alla stregua di quanto affermato dalla sentenza CGUE del 2 marzo 2021, H.K., nella causa C-746/18 – ove l'acquisizione sia finalizzata al solo scopo di identificare l'utente interessato", v. Cass., sez. I, 20.4.2022 (dep.20.5.2022), B., n. 19890).

Biasimevole è anche non aver prescritto una motivazione "rafforzata" sui presupposti dell'acquisizione, in modo da evitare le consuete formule di stile, ma vuote di contenuto, che finora la giurisprudenza ha ammesso nel campo delle intercettazioni.

Ciononostante, l'intervento legislativo in materia di tabulati telefonici, e telematici è riuscito ad adempiere almeno alle principali indicazioni europee. Ne è risultata una disciplina dell'acquisizione dei dati per lo più conforme alla Costituzione, alle Convenzioni sovranazionali e alle indicazioni della Corte di giustizia U.E., anche se qualche aggiustamento in futuro sarà indispensabile, almeno sui punti evidenziati.

Purtroppo, è stata persa l'occasione per disciplinare con legge alcuni strumenti di indagine, attualmente in uso nella prassi investigativa, come le riprese visive, l'agente segreto attrezzato per il suono, le *body-cam*, le intercettazioni mediante droni e il "*code catcher*", che è in grado di registrare le informazioni provenienti da tutti i cellulari che si trovano in una certa area.

BREVI NOTE CRITICHE SULLA PROCURA EUROPEA*

Anna Lucia Valvo**

Sommario: 1. Il *Libro Verde* della Commissione sulla Procura europea. – **2.** La logica mercantilista della Commissione europea. – **3.** Lo *status* del Procuratore europeo. – **4.** I criteri di determinazione dello Stato competente allo svolgimento delle indagini. – **5.** Procura europea e diritti della difesa. – **6.** Compatibilità del Regolamento EPPO con l'art. 6 della CEDU. – **7.** Conclusioni.

ABSTRACT

L'idea di istituire una Procura europea nasce dall'osservazione che l'insufficienza degli strumenti offerti dalla cooperazione giudiziaria potrebbe essere superata dall'istituzione di una Procura le cui indagini svolte a livello europeo potrebbero più facilmente arrivare alla celebrazione di un processo, ovviamente, su base nazionale. Tuttavia, il Regolamento istitutivo della Procura europea si presta a una riflessione di carattere critico anche perché non sembra tenere in debita considerazione le differenze sostanziali tra gli ordinamenti di diritto processuale penale dei vari Stati membri. Il contributo è volto ad evidenziare alcune delle contraddizioni del Regolamento UE 1939/2017 proprio in termini di tutela dei diritti della difesa.

The idea of the European Public Prosecutor's Office arises from the observation that the insufficiency of the tools offered by judicial cooperation could be overcome by the establishment of a Public Prosecutor of European origin whose investigations (conducted, in fact, at European level) could more easily reach the celebration of a process, of course, on a national basis. However, the Regulation establishing the European Public Prosecutor's Office lends itself to some reflection of a critical nature also because it does not seem to take into due consideration the substantial differences between the criminal procedural law systems of the various Member States. The contribution is aimed at highlighting some of the contradictions of the EU Regulation 1939/2017 specifically in terms of the protection of the rights of the defense.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Ordinario di Diritto dell'Unione nel Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università degli Studi di Catania.

1. Il *Libro Verde* della Commissione sulla Procura europea.

Il *Libro Verde* della Commissione (delle Comunità europee) dell'11 dicembre 2001[1], pur se risalente nel tempo, offre più di uno spunto di riflessione sull'utilità della istituzione di una Procura europea con competenza a perseguire gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari della (allora) Comunità europea[2].

Il punto di vista della Commissione postulava la necessità di un superamento della cooperazione giudiziaria di tipo classico ai fini di una tutela in chiave europea ritenuta più adeguata alla salvaguardia degli interessi finanziari della Comunità europea, in ragione della eterogeneità delle tradizioni e dei sistemi giuridici degli Stati membri che complicava (e complica) la tutela del bilancio europeo dalle frodi e da altre attività criminose, e tale vorrebbe essere la Procura europea: non uno strumento di cooperazione giudiziaria ma un quadro normativo, per certi aspetti, "euro-unitario" e tuttavia rivolto a procedimenti giudiziari nazionali[3].

La Commissione era ben consapevole della difficoltà (quando non impossibilità) della predisposizione di un unico assetto normativo sotto il profilo del diritto processuale penale e si limitava alla proposizione di una giurisdizione multilivello al cui concreto esercizio provvedono gli Stati membri in attuazione di un complesso modello regolamentare di difficile attuazione sul piano del diritto positivo[4].

Il problema si era posto fin dalla assegnazione di risorse proprie alla Comunità ma soltanto con il Trattato di Amsterdam era stata inserita una base giuridica (art. 280 TCE) per la individuazione di una fonte normativa europea diretta alla tutela degli interessi finanziari europei[5].

Com'è noto, infatti, il livello intergovernativo della cooperazione in materia di giustizia e affari interni di cui al terzo pilastro del Trattato di Maastricht non aveva dato (e non poteva dare) esiti soddisfacenti in merito ad un settore

---

[1] *Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea*, COM (2001) 715 definitivo.

[2] Cfr. cfr. MEZZETTI, *Quale giustizia penale per l'Europa? Il Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, 3953.

[3] Risale agli anni Settanta l'idea di predisporre, attraverso una modifica dei Trattati, una normativa comune diretta alla tutela degli interessi finanziari europei. Tuttavia, il massimo dei risultati che si riuscì ad ottenere fu l'istituzione nel 1988 dell'"Unità di coordinamento per la lotta antifrode" (UCLAF) con funzioni di coordinamento e assistenza ai fini del contrasto della frode organizzata a livello internazionale.

[4] Cfr. CAMALDO, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, 958 ss.

[5] Si veda la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità, presentata dalla Commissione in data 23 maggio 2001 (COM(2001)272).

così delicato come la cooperazione giudiziaria in materia penale fondata, essenzialmente, sul principio del reciproco riconoscimento.

La Commissione riteneva dunque che l'insufficienza degli strumenti offerti dalla cooperazione giudiziaria potesse essere superata dalla istituzione di un Pubblico Ministero di matrice europea le cui indagini (condotte, appunto, a livello europeo) potessero più facilmente giungere alla celebrazione di un processo, ovviamente, su base nazionale[6].

Tuttavia, come si vedrà, è esattamente questo uno dei principali problemi riscontrabili nella Procura europea, ovvero la previsione di un doppio binario normativo e cioè un sistema di indagini, per così dire, europeo che tuttavia non dà luogo ad una giurisdizione europea ma sfocia in un processo da celebrare in uno Stato membro secondo le norme e le prassi del diritto processuale penale nazionale[7] dando luogo ad una sorta di giurisdizione *itinerante*, o potenzialmente *itinerante*[8], che con ragionevole probabilità può rappresentare un *vulnus* al principio del giudice naturale precostituito per legge di cui all'art. 47 della Carta di Nizza, di cui all'art. 6 della Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 ed infine al controlimite costituzionale di cui all'art. 25 della Carta costituzionale italiana.

La persistente assenza di un sistema processuale europeo non ha risolto il problema fondamentale che veniva in linea di conto nel *Libro verde* della Commissione, i.e. il superamento del frazionamento dello spazio penale europeo con conseguente esercizio dell'azione penale a livello europeo anziché a livello nazionale, atteso che l'esercizio dell'azione penale, anche dopo l'entrata in vigore del Regolamento istitutivo del Pubblico Ministero europeo, consegue ad indagini condotte dai Procuratori *delegati* più che altro sulla base delle norme di diritto processuale nazionale anche se con la "supervisione" del Procuratore europeo[9].

---

[6] Si ricorda, in proposito, il famoso "Corpus Juris" curato dalla Professoressa Delmas-Marty che, partendo da una analisi comparata dei sistemi penali nazionali, concludeva nel senso della fattibilità di un Pubblico Ministero europeo. Delmas-Marty, *Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Parigi, 1997; per la versione italiana si veda Grasso, *Corpus juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 1997. Per la seconda versione (il *Corpus Juris* del 2000) cfr. Delmas Marty-Vervaele, *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Cambridge University Press, 2000; per la traduzione italiana cfr. Grasso-Sicurella (a cura di), *Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari,* Milano, 2003.

[7] Come è stato giustamente osservato, si tratta di un urgano transnazionale che opera tramite giurisdizioni nazionali non armonizzate: si veda Bot, *La tutela dei diritti fondamentali in riferimento a indagini transnazionali nel caso di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea*, in Bazzocchi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'*olaf *all'istituzione del Procuratore europeo*, Roma, 2014, 49.

[8] Si veda Pressacco che fa riferimento ad un "inedito modello di apparente azione senza giurisdizione", *La Corte di Giustizia tra Procura Europea e Giurisdizioni Nazionali*, in *L'Indice penale*, 2015, 529.

[9] Si veda Tavassi, *Il primo anno di* eppo*: appunti per una revisione critica*, *Sistema Penale*, 5, 2022, che a p. 53 definisce, a giusto titolo, il Regolamento istitutivo della Procura europea "un

In proposito, è appena il caso di evidenziare che benché il Regolamento al suo art. 5, par. 3, disponga che sia le indagini che le azioni penali svolte dalla Procura europea sono disciplinate dallo stesso Regolamento e che tale disciplina, nel caso di conflitto, sia destinata a prevalere su quella nazionale, di fatto, la disciplina regolamentare è talmente residuale che il PM europeo dovrà necessariamente avvalersi del diritto processuale penale nazionale che, all'evidenza, presenta numerose peculiarità e differenze da Stato a Stato[10].

Dunque, nonostante nella gerarchia delle fonti sia come sempre la disciplina europea a prevalere su quella nazionale, la sostanziale assenza e frammentarietà della prima determina il necessario ricorso alla pluralità di normative processuali nazionali che, va da sé, non costituiscono attuazione del diritto dell'Unione europea se non nei limiti delle norme che discendono da Direttive emanate ex art. 82 TFUE e saranno dunque interpretabili sulla base della giurisprudenza penale nazionale.

In effetti, l'intento dichiarato dalla Commissione nel *Libro verde* in questione era quello di creare uno strumento idoneo a garantire la tutela dei suoi interessi finanziari sull'intero territorio dell'Unione europea pur mantenendo sistemi giudiziari penali differenti.

Come detto, il presupposto di partenza era che alla *transnazionalità* dei reati non corrispondeva (e non corrisponde) la *transnazionalità della giustizia penale* ritenendo, a torto o a ragione, che l'istituzione di una Procura europea potesse essere una valida alternativa agli scarsi risultati raggiunti tramite la cooperazione internazionale in materia penale[11] e ai risultati deludenti, in termini di esercitabilità dell'azione penale, conseguiti da OLAF12 (Ufficio europeo per la lotta antifrode), la cui indipendenza delle indagini amministrative non incide sulla competenza degli Stati in materia di azione penale[13].

In proposito la Commissione europea faceva notare che "La trasmissione di informazioni tra Stati membri e a questi ultimi da parte dell'Ufficio europeo di lotta antifrode si scontra con ostacoli dovuti alle differenze nelle

prodotto normativo imperfetto non in grado di raggiungere i risultati sperati neanche in termini repressivi".

[10] Cfr. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in *Archivio penale*, 3, 2019, 5, il quale evidenzia come "La futura Procura europea si troverà ad operare in un contesto legislativo costituito al 90% dal diritto processuale penale non armonizzato di ciascuno Stato membro e al 10% da leggi, sempre nazionali, di recepimento di direttive dell'Unione".

[11] In proposito, nel *Libro verde* sulla creazione di un Pubblico Ministero europeo, a p. 14 si legge che: "[...] la Procura europea [...] offrirebbe infatti un'interfaccia tra il livello comunitario e le autorità giudiziarie nazionali. Sarebbe in tal modo più agevole evitare, nei casi di frodi finanziarie transnazionali, la distruzione di prove e la fuga di persone sospette, che attualmente sono favorite dalla scarsa cooperazione giudiziaria verticale fra la Comunità e gli Stati membri".

[12] *Decisione* 28 aprile 1999 della Commissione che istituisce l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (GU L 136 del 31 maggio 1999).

[13] Art. 2 del Regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999 relativo alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode (OLAF).

normative che disciplinano l'azione penale nei singoli Stati membri" e che "la diversità delle norme nazionali che disciplinano la produzione delle prove svuota spesso di qualsiasi effetto utile dinanzi ai tribunali di uno Stato membro gli elementi raccolti in un altro Paese" atteso che il giudice chiamato a giudicare nel merito applica le norme di diritto processuale penale in vigore nel *suo* Stato soprattutto in relazione all'ammissibilità delle prove non essendo tenuto a riconoscere le norme dello Stato dove sono stati compiuti gli atti di indagine "con il risultato di rendere inammissibili le prove che l'attività investigativa ha permesso di riunire".

Tuttavia, come meglio si dirà, è appena il caso di osservare che, permanendo una sostanziale diversità dei contesti normativi di riferimento, la situazione evidenziata dalla Commissione nel *Libro verde* di fatto si ripropone anche all'esito dell'istituzione del Pubblico Ministero europeo[14] non avendo quest'ultimo alcun potere di carattere investigativo diretto all'interno della generalità degli Stati membri se non nella misura in cui il Procuratore europeo delegato titolare delle indagini in un determinato Stato investa del compimento di alcune attività investigative (ricorrendone i presupposti) il PED di un altro Stato[15] e le norme processuali penali dei due (o più) Stati coinvolti siano in qualche misura corrispondenti oppure esistano strumenti di cooperazione giudiziaria idonei a colmare le differenze procedurali[16].

Per non tacere, a tutto ammettere, dei problemi che possono insorgere quando sia necessario coinvolgere nelle indagini Stati che non partecipano alla cooperazione rafforzata o dei problemi relativi all'efficacia di atti di indagine compiuti dal Procuratore europeo delegato di uno Stato successivamente dichiarato incompetente.

---

[14] Si veda, in particolare, l'art. 31, n. 3, secondo cpv., e il *Considerando* n. 15 del Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 istitutivo della Procura europea, secondo cui il detto Regolamento lascia impregiudicati i sistemi nazionali degli Stati membri per quanto riguarda il modo in cui sono organizzate le indagini penali.

[15] Cfr., in proposito, De Amicis, *Competenza e funzionamento della Procura europea nella cognizione del giudice*, in *La legislazione penale*, 2022, sul sito internet: *http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2022/01/de-micis_relazioni.pdf*, che a p. 15 chiarisce come "Più in generale, non sembra esservi equivalenza fra un'indagine condotta dalla Procura europea e un'indagine condotta da una Procura nazionale, in quanto alcuni poteri di indagine dei quali possono avvalersi l'uno o l'altro dei Pubblici Ministeri sono diversi, in primo luogo in ragione della possibilità, per un Procuratore delegato europeo "incaricato del caso" e situato in un determinato Stato membro, di ottenere misure investigative direttamente da un altro Procuratore delegato "incaricato di prestare assistenza", e situato in un altro Stato membro in applicazione dell'art. 31 reg., avente ad oggetto le c.d. indagini transfrontaliere".

[16] È evidente che i Procuratori delegati fanno ricorso sia agli strumenti di indagine messi a disposizione dalla fonte regolamentare europea e sia a quelli messi a disposizione dallo Stato parte in cui è incardinato il procedimento penale. Si veda Barrocu, *La Procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Padova, 2021, che, in proposito, osserva come "Va da sé, che una "quota" delle possibili iniziative dei delegati sia variabile a seconda della maggiore o minore elasticità degli ordinamenti locali", p. 105.

2. La logica mercantilista della Commissione europea.

In una logica tipicamente mercantilista, le competenze che la Commissione propone di attribuire alla Procura europea sono limitate all'ambito della tutela degli interessi finanziari ai fini della creazione di un sistema di controllo europeo contro frodi e abusi ai danni delle finanze e del bilancio dell'Unione europea asseritamente finanziata da *risorse proprie*[17].

Dal *Libro verde* al c.d. *Corpus Juris* del 2000, l'istituzione della Procura europea venne poi inserita nel progetto di Trattato "costituzionale"[18] e infine nel Trattato di Lisbona[19] nel quale si individua la sua base giuridica nell'art. 86 del TFUE il quale prevede che l'Istituzione del Pubblico Ministero europeo avviene con una procedura legislativa speciale (art. 289, par. 2, TFUE).

Il citato art. 86 TFUE dispone nel senso che il Consiglio, deliberando all'unanimità con l'approvazione del Parlamento europeo, possa istituire un Procura europea (a partire da Eurojust) con lo scopo di combattere i reati finanziari in danno dell'Unione ma introduce, nel caso di mancato raggiungimento dell'unanimità, la possibilità di ricorrere ad una cooperazione rafforzata[20] come di fatto poi è stato ai fini dell'approvazione del Regolamento (UE) 2017/1939 istitutivo dell'*European Public Prosecutor's Office* (EPPO)[21].

Nel caso di mancato raggiungimento dell'unanimità e prima di avviare la cooperazione rafforzata è preliminarmente necessario investire il Consiglio europeo del progetto di Regolamento con conseguente sospensione della procedura dinanzi al Consiglio.

Se si raggiunge un consenso, nel termine di quattro mesi il Consiglio europeo rinvia il progetto al Consiglio ai fini della sua approvazione.

Nel caso in cui non si raggiunga un accordo in seno al Consiglio europeo, se un gruppo di almeno 9 Stati membri decide di instaurare una cooperazione rafforzata, sulla base del progetto di Regolamento in questione, sarà automaticamente autorizzato a procedere in tal senso. Le competenze

[17] Si tratta tuttavia di un'autonomia solo apparente come si evince dalla procedura prevista per l'assunzione della decisione relativa al sistema delle risorse proprie che richiede l'accordo unanime fra gli Stati all'interno del Consiglio e la sostanziale ratifica del detto accordo da parte degli Stati membri. Si è evidentemente in presenza di fondi propri degli Stati che questi ultimi trasferisco all'Unione europea che non ha alcuna potestà impositiva – né diretta e né indiretta – come chiaramente si desume dalle disposizioni dei trattati. Per qualche spunto di interesse in materia fiscale, cfr. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2018.

[18] Cfr. SINAGRA, *La annunciata "costituzione" europea: un altro caso di contrabbando culturale e politico*?, in *Diritto e Giustizia. Ragione e sentimento. Scritti giuridici e politici*, (1985-2004), Roma, 2004, 229.

[19] Cfr. VALVO, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2021.

[20] Gli Stati parte alla cooperazione rafforzata attualmente sono 22: Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna. Cfr. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della Procura europea*, in Diritto *Penale Contemporaneo*, 3, 2016, sul sito internet *https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/fidelbo_3_16.pdf.*

[21] Cfr., in proposito, DE AMICIS, *Competenza e funzionamento della Procura europea*, cit.

del Pubblico Ministero europeo vengono indicate nel par. 2 del citato art. 86 e disciplinate dall'art. 22, par. 1, del suo Regolamento istitutivo che fa espresso richiamo alla c.d. Direttiva PIF[22] "quale attuata dal diritto nazionale, indipendentemente dall'eventualità che la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato ai sensi del diritto nazionale".

A conferma della vocazione mercantilista della Commissione e della natura sostanzialmente intergovernativa[23] della cooperazione in ambito penale, il Regolamento istitutivo chiarisce che le competenze della Procura europea sono finalisticamente rivolte alla repressione delle condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea a prescindere dal *nomen iuris* adottato a livello nazionale e a prescindere dal livello di *omogeneità* delle previsioni normative interne inevitabilmente vincolate dalle "forme di recepimento" della Direttiva PIF cui hanno fatto ricorso gli Stati parte[24] i quali godono di ampi margini di discrezionalità in fase di attuazione, con quel che ne consegue in termini di concreto funzionamento della Procura europea in mancanza di uno spazio giuridico europeo e in mancanza di un comune assetto normativo (processuale e sostanziale) fra gli Stati *parte* alla Procura[25] che addirittura possono qualificare come meglio credono i reati di cui alla Direttiva PIF ("indipendentemente dall'eventualità che la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato ai sensi del diritto nazionale") e prevedere anche differenti pene edittali nel minimo e nel massimo.

Ai fini di una migliore comprensione dei termini della questione, si rende necessaria una breve riflessione sulla natura giuridica dell'Unione europea che non è un ente sovranazionale al quale gli Stati avrebbero asseritamente ceduto competenze sovrane, non è dotata di personalità giuridica internazionale e agisce sulla base di competenze di attribuzione e nei limiti delle stesse[26].

Da ciò consegue l'impossibilità, allo stato, di adottare norme processual penalistiche uniformi e vincolanti per tutti gli Stati membri per la semplice ragione che in tale ambito l'Unione europea ha una competenza relativa

---

22 Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, recante norme per la "lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale" (recepita in Italia con il D.lgs. n. 75 del 14 luglio 2020). Sulla Direttiva PIF si veda, PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale*, 2017.

23 Si ricorda in proposito che il primo strumento giuridico volto alla protezione degli interessi finanziari della allora Comunità europea è stata la Convenzione del 26 luglio 1995 (Convenzione PIF), dunque uno strumento tipicamente intergovernativo di cui il Consiglio raccomanda[va] l'adozione da parte degli Stati membri conformemente alle rispettive previsioni costituzionali. Cfr. SALAZAR, Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea, in *Archivio Penale*, 3, 2017.

24 Cfr. DE AMICIS, *Competenza e funzionamento della Procura*, cit., 2.

25 Cfr. BASILE, *Brevi note sulla nuova Direttiva* PIF. *Luci e ombre del processo di integrazione* UE *in materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12, 2017.

26 Cfr. SINAGRA, *La compatibilità costituzionale del "sistema" dell'Unione europea*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2021, 45 ss.

(secondo gli strumenti della cooperazione di carattere intergovernativa fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) e, *ex* art. 82 TFUE, il ricorso alla procedura legislativa ordinaria è limitato all'adozione di "norme minime" e alla emanazione di direttive "che tengano conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri", con quel che ne consegue in termini di differenze nelle modalità di "recepimento" delle stesse all'interno degli Stati membri.

I medesimi limiti alla competenza legislativa dell'Unione europea si riscontrano in materia di diritto penale sostanziale nella misura in cui anche l'art. 83 TFUE prevede che Parlamento e Consiglio possono stabilire "norme minime" per la definizione, sempre tramite direttive, dei reati e delle relative sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave con quel che ne consegue in termini di previsione di ipotesi di reato che possono presentare anche notevoli differenze fra uno Stato e l'altro[27].

In ultima analisi, la questione è sempre quella relativa alla mancanza di competenze sovrane in capo all'Unione europea e alla reticenza degli Stati membri nel volerle attribuire competenze in sfere così delicate e l'esercizio della potestà d'imperio che è tipica dello Stato nazionale.

È ben vero che la materia della cooperazione giudiziaria in materia penale può dirsi rientrare formalisticamente nello spazio europeo relativo alla "giustizia". Tuttavia, la pretesa che si critica ha solo una irrilevante valenza formale poiché la giurisdizione penale in ogni suo grado e manifestazione presuppone un potere politico del quale essa dovrebbe essere espressione (quanto di più "politico" della repressione di condotte ritenute delittuose?); potere politico del tutto assente nell'Unione europea la quale, com'è noto, agisce sulla base di deleghe di competenze concesse e revocabili da parte degli Stati membri.

3. Lo *status* del Procuratore europeo.

Com'è noto, la Procura europea presenta una struttura verticistica costituita da un Procuratore capo, dai suoi due Vice che possono assumere il ruolo di sostituti nel caso di assenza o impedimento del Procuratore capo, dai Procuratori europei (uno per ciascuno Stato membro), dal Collegio, di cui fa parte il Procuratore capo e i Procuratori europei (a loro volta suddivisi in mini collegi denominati "Camere permanenti") e, infine, dai Procuratori europei delegati, Pubblici Ministeri nazionali che in concreto svolgono le indagini[28].

[27] Cfr. Sicurella, Le conseguenze dell'istituzione della Procura europea negli Stati membri dell'Unione. Profili di diritto penale sostanziale, in Bazzocchi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali*, cit., 142 ss.

[28] Il mandato del Procuratore capo è di sette anni non rinnovabili. Quanto ai Procuratori europei, il loro mandato, curiosamente definito non rinnovabile e tuttavia prorogabile per tre anni, è di sei anni: art. 16, comma 3, del Regolamento "Il Consiglio, deliberando a maggioranza semplice, seleziona e nomina i procuratori europei per un mandato non rinnovabile di sei anni. Alla fine del

Quanto alla nomina dei membri della Procura europea, si rende necessaria ancora qualche considerazione di carattere critico per evidenziare come il compromesso politico che ha condotto all'adozione del Regolamento UE 2017/1939 si è sostanzialmente risolto in un inaccettabile compromesso normativo nella misura in cui alla procedura di nomina dei detti componenti prendono parte le Istituzioni europee verso le quali, ad onta di una solo asserita indipendenza della Procura, quest'ultima ha un vero e proprio obbligo di rendere conto.

Come normalmente accade per la nomina dei membri delle Corti di Organizzazioni internazionali (Corte di giustizia compresa), anche per la procedura di nomina dei componenti della Procura europea si possono esprimere non poche perplessità sulla sostanziale mancanza di trasparenza e di criteri di meritocrazia in ordine alla scelta dei candidati.

Ad onta dei richiami a più riprese rivolti ad alcuni Stati membri da parte dell'Unione europea in merito al rispetto dello Stato di diritto, della separazione dei poteri[29] e della insopprimibile esigenza della indipendenza dei giudici, esigenze di onestà intellettuale e di coerente interpretazione delle norme impediscono di tacere sulla circostanza che l'Unione europea, anche nel caso della nomina dei Procuratori europei, viola proprio quei principi di cui alla separazione dei poteri cui dice di ispirarsi.

Infatti, ad una attenta analisi non si può non evidenziare come la nomina dei Procuratori europei sia essenzialmente rimessa ai governi degli Stati membri né, d'altra parte, è possibile tacere sulla circostanza che a dispetto della enunciata indipendenza della Procura europea, per espressa previsione del Regolamento, essa debba "rendere conto" del proprio operato (alle Istituzioni e dunque ai governi degli Stati membri).

In particolare, il Procuratore capo è nominato dal Parlamento e dal Consiglio e dunque, nel caso del Consiglio, dai rappresentanti dei governi degli Stati membri a livello ministeriale.

La selezione si basa su un invito generale (non si sa da parte di chi perché il Regolamento non lo dice) a presentare candidature pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* (art. 14, par. 3, del Regolamento).

All'esito dell'"invito generale", un Comitato di selezione individua una rosa di candidati ("qualificati") da sottoporre alla valutazione del Parlamento e del Consiglio.

In proposito, è appena il caso di rilevare che il Comitato di selezione, pur composto da eminenti giuristi di "notoria competenza", è nominato dal Consiglio su proposta della Commissione (ma non si sa sulla base di quali criteri avvenga l'individuazione dei candidati) con evidente politicizzazione della procedura. Nondimeno, la Corte di giustizia, su richiesta del Parlamento eu-

---

periodo di sei anni il Consiglio può decidere di prorogare il mandato per un massimo di tre anni".

[29] Cfr., in proposito, LENAERTS, *Some reflections on the Separation of Powers in the European Community*, in *Common Market Law Review*, 1991, 11-35.

ropeo, del Consiglio o della Commissione con formula tanto vaga quanto indefinita, può "rimuovere dall'incarico il Procuratore capo europeo qualora riscontri che non è più in grado di esercitare le sue funzioni o che ha commesso una colpa grave".

Non è dato sapere se la detta rimozione intervenga all'esito di un contraddittorio durante il quale il Procuratore capo potrà esporre le sue ragioni o meno e né se il provvedimento di rimozione possa essere – e come – impugnato dall'interessato.

La procedura di nomina e rimozione dei Procuratori europei è sostanzialmente uguale a quella del Procuratore capo, con la differenza che per la nomina dei Procuratori europei la scelta è rimessa esclusivamente al Consiglio senza neanche la partecipazione del parlamento europeo e i candidati sono designati da ciascuno Stato membro.

Si tratta all'evidenza di una procedura politica che getta più di un'ombra di sospetto sulle garanzie di terzietà e indipendenza dell'organo requirente europeo e sulle possibili ingerenze del potere politico sui procedimenti giudiziari oggetto delle sue indagini[30].

L'incoerenza delle citate disposizioni normative, da un canto, non costituisce una novità (gli stessi Trattati istitutivi del processo di integrazione europea ne costituiscono un fulgido esempio) e, d'altro canto, sembrano contraddire il monito secondo cui "L'indipendenza del potere giudiziario e la sua separazione dal potere esecutivo è la chiave di volta dello stato di diritto, ed è una norma per la quale non possono esserci eccezioni"[31].

La procedura in questione evidenzia, senza tema di smentita, la spropositata discrezionalità esercitata dai governi nazionali e la scarsa trasparenza dell'intera procedura nonostante il monito del Parlamento europeo che nella Risoluzione del 29 aprile 2015[32] al p. 7 aveva sottolineato che "la struttura della Procura europea dovrebbe essere del tutto indipendente dai governi nazionali e dalle istituzioni dell'UE e protetta da influenze e pressioni politiche"; chiedendo "apertura, obiettività e trasparenza nelle procedure di sele-

[30] Si veda, in proposito, Lombardi, *La Procura europea: dal Corpus Juris al Decreto legislativo n. 9 del 2021*, in *Processo penale e giustizia*, 4, 2021, il quale a p. 941 afferma che "Altra notazione riguarda la compatibilità con il nostro sistema costituzionale di una figura di procuratore di derivazione politica, diretta quanto ai Procuratori della struttura centrale, e indiretta quanto ai PED, i quali, d'altro canto, in veste di promanazioni territoriali del vertice della Procura, svolgono attività giudiziaria nelle aule di udienza nazionali; questi soggetti, giova rammentare, sono sottratti alla supervisione e al controllo del CSM, organi di autogoverno nazionale, e dipendono strettamente dalle Istituzioni europee, che vantano su di essi poteri di condizionamento e indirizzo, ciò in netta frizione coi principi di indipendenza della magistratura e di separazione die poteri".

[31] "Rapporto sulle norme europee in materia di indipendenza del sistema giudiziario: Parte II – il Pubblico Ministero", adottato dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia), Venezia, 17-18 dicembre 2010, p. 7.

[32] Risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015 sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea (COM(2013)0534 — 2013/0255(APP))(2016/C 346/04).

zione e di nomina del Procuratore capo europeo, dei suoi sostituti, dei Procuratori europei e dei Procuratori europei delegati [...]".

Analoghe considerazioni possono esser fatte in relazione ai Procuratori europei delegati i quali, pur parte dell'ordinamento giudiziario nazionale, si trovano a dover render conto, sia pur indirettamente, a quelle Istituzioni europee che in più occasioni avevano raccomandato l'autonomia e l'indipendenza della Procura europea.

In effetti, i Procuratori europei delegati, che sono quelli che concretamente svolgono le indagini (ovviamente, in base alle norme di diritto processuale nazionale), pur essendo membri effettivi delle Procure o della magistratura dei rispettivi Stati membri, possono essere rimossi dal Collegio risultando per ciò stesso subordinati alla Procura europea la quale, a sua volta, deve rendere conto alle Istituzioni dell'Unione europea[33]; il tutto, con buona pace delle esigenze di indipendenza dei giudici, del giusto processo e di quella separazione dei poteri che è caratteristica dello Stato di diritto cui l'Unione europea dichiara di ispirarsi[34].

Del tutto improbabile appare l'art. 6 del Regolamento in questione, ossimoricamente intitolato "Indipendenza e obbligo di rendere conto".

Al suo primo comma, la disposizione in questione enuncia l'indipendenza della Procura europea i cui componenti "agiscono nell'interesse dell'Unione nel suo complesso" quando, in realtà, la magistratura, requirente o giudicante che sia, dovrebbe agire esclusivamente nell'interesse della giustizia.

Il secondo comma della disposizione normativa in questione, in palese contraddizione con il primo comma, stabilisce che la Procura europea "risponde al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione europea [...]" con ciò dando la netta sensazione di una intrinseca incompatibilità dei Procuratori europei – dal Procuratore capo ai Procuratori delegati – con quelle esigenze di terzietà del giudice che per costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non soltanto deve essere imparziale (o indipendente che dir si voglia) ma deve anche apparire come tale[35].

Il lacunoso e contraddittorio impianto che sorregge la creazione della Procura europea ha suscitato diverse critiche sotto il profilo della carenza della imparzialità del Procuratore europeo il quale, tra l'altro, come si è evidenziato nel presente studio, deve "rendere conto" dell'attività da lui svolta alle Istituzioni europee.

---

[33] Cfr. Barrocu, *La Procura europea*, cit., 73, che, in proposito, condivisibilmente dichiara che "[...] l'indipendenza che. Che dovrebbe essere – prima ancora che fattuale – palese, formale ed evidente, semplicemente non c'è".

[34] In merito, è appena il caso di ricordare quanto si può leggere a p. 17 del "Rapporto" di cui alla nota 31, e cioè che "La separazione dei poteri e il diritto a un equo processo sono inconcepibili senza l'indipendenza dei giudici".

[35] Di contrario avviso è il *Senior Legal Officer, Ufficio del Pubblico Ministero Europeo (*eppo*)*, De Matteis, *Autonomia ed indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Questionegiustizia.it*, 24 marzo 2021.

Si potrebbe obiettare che il Pubblico Ministero è parte del processo e a lui non sarebbero richiedibili qui requisiti di indipendenza e autonomia carenti nella figura del PM europeo.

In realtà, la figura del Procuratore europeo sembra elaborata sul modello del Procuratore della Repubblica francese, il quale è chiamato a rispondere all'esecutivo in persona del Ministro della giustizia.

A parte la circostanza che anche altri Stati membri si ispirano al modello storico francese, la "costruzione" del Procuratore europeo prescinde da ogni misura di separazione delle carriere, giudicanti e requirenti che solo potrebbero giustificare, per quanto ora interessa, il meccanismo creato con il Regolamento.

Tuttavia, non solo nei fatti ma anche secondo altri ordinamenti viene riconosciuta al Pubblico Ministero una sua indipendenza e autonomia.

Così, ad esempio, nella serenissima Repubblica di San marino con espressione anche suggestiva, il Pubblico Ministero viene formalmente indicato come "Commissario della legge", rendendo chiaro, come anche si è detto essere in diversi altri Stati dell'Unione europea, che la funzione del Pubblico Ministero non è solamente quella di perseguire e chiedere la condanna, ma è anche quella di indagare ricercando anche le prove a favore della innocenza dell'indagato.

In questa prospettiva non è contraddittorio segnalare, come prima si è fatto, che il Procuratore europeo è chiamato a dare garanzie di indipendenza e di autonomia la cui carenza è stata ripetutamente censurata in dottrina oltre che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il giudice, infatti, non solo deve essere "terzo" ma deve anche apparire come tale, cioè libero da qualsivoglia condizionamento che possa giustificare il sospetto che egli nutra pregiudizi in merito all'oggetto del procedimento.

Allo scopo di garantire tale esigenza la Corte europea di Strasburgo ha ripetutamente ribadito che la verifica dell'imparzialità deve essere compiuta sotto un duplice profilo: da un canto, un profilo di carattere soggettivo volto ad accertare la effettiva attitudine personale del giudice e, d'altro canto, un profilo di carattere oggettivo diretto ad accertare che esso appaia tale da escludere ogni ragionevole dubbio sulla sua imparzialità[36]. E questo in considerazione del fatto che se è vero che la giustizia deve essere valutata in relazione a quanto essa effettivamente realizza, è altresì vero che va valutata anche e soprattutto in ragione di come appare agli occhi di coloro i quali ad essa si rivolgono o di coloro ai quali essa si rivolge[37].

---

[36] Per una rassegna delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. *Publica-tions de la Cour*, Serie A, e *Recueil des Arrets et Decisions*. Nella letteratura specialista italiana si veda la rassegna curata da Facchin, *L'interpretazione giudiziaria della Con-venzione europea dei diritti dell'uomo*, 1960-1987, Padova, 1988, e 1988-1989, Padova, 1990.

[37] Cfr. le sentenze rese nel caso Piersack, in *Publications de la Cour*, Serie A, 1982, n. 53; nel caso De Cubber, in *Publications de la Cour*, Serie A, 1984, n. 86; nel caso Hauschildt, in *Publications de la Cour*, Serie A, 1989, n. 154; nel caso Delcourt, in *Publications de la Cour*, Serie A, 1970, n. 11.

La giurisprudenza della Corte europea è univoca al riguardo: in materia indipendenza ha sempre insistito sull'esigenza di tener conto non solo della realtà ma anche delle apparenze. Le parti del processo e anche l'opinione pubblica devono sempre avere l'impressione di essersi rivolte a giudici liberi da pregiudizi o da condizionamenti di diversa natura[38].

4. I criteri di determinazione dello Stato competente allo svolgimento delle indagini.

La competenza si incardina presso la Procura europea quando i reati di cui alla citata Direttiva 2017/1371 (a prescindere dalla qualificazione che ne è stata data negli ordinamenti nazionali) presentano il carattere della transnazionalità[39] e cioè sono commessi nel territorio di due o più Stati membri e se da essi deriva un danno di almeno 10 milioni di euro.

Nel caso in cui il danno sia inferiore, la competenza può essere incardinata presso la Procura europea a condizione che il reato abbia comunque ripercussioni a livello di Unione europea o nelle indagini sia coinvolto un agente o un funzionario della UE o membri delle Istituzioni europee.

Al di là delle citate ipotesi, la Procura europea può esercitare la sua attività, con il consenso delle competenti autorità nazionali, nel caso in cui si trovi "in una posizione migliore per svolgere indagini o esercitare l'azione penale" (art. 25, par. 4), ma non è dato sapere cosa si intende per "posizione migliore" ai fini dello svolgimento delle indagini o dell'esercizio dell'azione penale[40].

Quanto alla "scelta" dello Stato presso il quale svolgere le indagini[41] si segnala la sostanziale incompatibilità del sistema predisposto nel Regolamento con i più elementari diritti della difesa, pur essi richiamati e asseritamente garantiti dall'impianto normativo regolamentare.

In particolare, ai fini dell'individuazione dello Stato competente, l'art. 26, par. 4 del Regolamento fa ricorso a criteri tanto vaghi quanto improbabili quali "lo Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa" oppure, "se sono stati commessi più reati connessi di competenza dell'EPPO [...]

---

38 Cfr. Dinacci, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Archivio penale*, 2017, n. 3, 1 ss.

39 Quanto alla definizione di criminalità transfrontaliera, si rinvia all'art. 3.2 della Convenzione delle Nazioni Unite del Dicembre 2000 sul crimine organizzato (Palermo 12-15 dicembre 2000), in base al quale un reato è di natura transnazionale qualora sia commesso alternativamente: a) in più di uno Stato; b) in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; c) in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) in uno Stato, ma ha effetti sostanziali in un altro Stato.

40 "Si tratta, evidentemente, di criteri piuttosto generici, se non vaghi, nella loro formulazione lessicale ...", così, De Amicis, *Competenza e funzionamento della Procura europea*, cit., 3.

41 Cfr. Luchtman, *Forum choice and judicial review under the EPPO's legislative framework*, in *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, a cura di Geelhoed, Erkelens, Meij, Berlino, 2018.

lo Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati" senza tuttavia specificare cosa debba intendersi per "centro dell'attività criminosa" o "maggior parte dei reati".

Sempre a norma del citato art. 26, par. 4, lett. a), tali criteri possono anche essere derogati e la Camera permanente competente può assegnare il procedimento al Procuratore delegato di un altro Stato membro che può essere quello del "luogo di residenza abituale dell'indagato o dell'imputato", o lo Stato membro di cui l'imputato ha la nazionalità (lett. b), o lo Stato membro del "luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale" (lett. c), senza tuttavia che vengano indicati i parametri per comprendere cosa si intende per "danno principale".

Inoltre, fin quando non sia stata esercitata l'azione penale, la Camera permanente competente può "a) riassegnare il caso ad un Procuratore di un altro Stato membro; b) riunire o separare i casi e, per ogni caso, scegliere il Procuratore europeo delegato che ne è incaricato" se questo risulta nell'interesse generale della giustizia (art. 26, par 5).

Già ad una pur superficiale analisi del citato art. 26 e, come si dirà, dell'art. 36, par. 3 (e 4), appare all'immediato la (forse?) eccessiva discrezionalità di cui godono le Camere permanenti in fase di assegnazione, riunione o riassegnazione dei procedimenti a differenti giurisdizioni variamente individuabili e con totale pretermissione dei diritti dell'indagato, poi imputato, la cui strategia difensiva deve essere totalmente ripensata e adattata in funzione del diverso impianto normativo dello Stato in cui si radicherà la giurisdizione e che, su indicazione della Camera permanente, prosegue le indagini o presso il quale viene esercitata l'azione penale[42].

In "linea di principio" la Camera permanente decide che l'azione penale è esercitata nello Stato membro del Procuratore europeo delegato incaricato del caso (art. 36, par.3) e fin qui, nulla quaestio.

Tuttavia, la Camera permanente può decidere di individuare altra giurisdizione nazionale e il relativo Procuratore delegato, tenendo conto dei criteri di cui al citato art. 26, parr. 4 e 5, "se vi sono motivi sufficientemente giustificati per procedere in tal senso", motivi "che la Camera permanente si dovrà inventare *ex nihilo*, visto il silenzio della disposizione del regolamento su questo punto"[43].

Nondimeno, a norma del par. 4, dell'art. 36, la Camera permanente competente, su proposta del PED incaricato del caso, può decidere di riunire vari procedimenti là dove una pluralità di Procuratori delegati abbia condotto le indagini nei confronti della stessa persona o di più persone, ed individuare un'unica giurisdizione nazionale competente per ciascun procedimento.

[42] Cfr. Lopez, *Riparto di giurisdizione e Procura europea*, in *www.processopenaleegiustizia.it*, 2021.

[43] Così, Traversa, *I tre principali aspetti istituzionali*, cit., 14.

In altri termini, la Camera permanente incaricata oltre ad individuare lo Stato dove il processo dovrà essere celebrato, sarà competente a decidere quale sarà l'impianto processual penalistico applicabile al caso concreto.

In proposito si osserva che, al di là della possibile ipotesi in cui, in ragione della carenza di giurisdizione (in base alle norme nazionali) dello Stato individuato ai fini della celebrazione del processo, la Camera permanente potrebbe incaricare dell'esercizio dell'azione penale più di un Procuratore delegato (nei confronti delle stesse persone e per gli stessi fatti reato), vi è che in ragione di tale previsione è dato individuare una intrinseca incompatibilità dei citati artt. 26 e 36 del Regolamento istitutivo della procura europea con i più elementari diritti della difesa per le ragioni di cui si dirà in prosieguo.

A dimostrazione che l'intero impianto regolamentare è del tutto scollegato dalla realtà, si rende necessario fare un solo brevissimo accenno all'art. 19 del Regolamento interno della Procura europea che stabilisce un sistema di assegnazione casuale dei casi alle Camere permanenti. Questo significa che potrà accadere che la Camera permanente (che in buona sostanza costituisce il centro decisionale dell'attività requirente condotta dalla Procura europea) cui è stato assegnato un determinato caso, potrà esser costituita da Procuratori europei che non facciano parte dello Stato membro il cui PED è titolare delle indagini. E dunque potrà essere costituita da Procuratori europei che ignorano il sistema processuale penale (e la lingua) dello Stato membro che conduce le indagini.

Ogni commento in proposito appare superfluo.

5. Procura europea e diritti della difesa.

L'analisi delle norme di cui al paragrafo precedente sollecitano più di qualche spunto di riflessione in merito alla loro compatibilità con le regole che presiedono il giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 e con i diritti di cui al Capo VI della Carta di Nizza[44].

Sia la prima, cui l'Unione *ex* art. 6, par. 2, TUE dichiara di aderire (pur non essendo tale adesione ancora avvenuta), e i cui diritti fondamentali "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi fondamentali" (art. 6, par. 3, TUE), che la seconda, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, costituiscono indubbio parametro di legittimità delle norme processuali penali degli Stati membri oltre che parametro cui le norme del Regolamento avrebbero dovuti ispirarsi.

La Carta dei diritti dell'Unione europea, con particolare riguardo ai diritti della difesa, è espressamente richiamata nell'art. 41 del Regolamento il quale elenca anche cinque Direttive che, sostanzialmente, si riferiscono ai più

[44] Cfr. VALVO, *L'equo processo fra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con riguardo al processo penale italiano*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 10, 2002, 64 ss.

elementari diritti di un indagato poi eventualmente imputato, i.e. il diritto all'interpretazione e alla traduzione, di cui alla direttiva 2010/64/UE; il diritto all'informazione e il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine, di cui alla direttiva 2012/13/UE; il diritto di accesso a un difensore e il diritto di comunicare e informare terzi in caso di detenzione, come previsto dalla direttiva 2013/48/UE; il diritto al silenzio e il diritto alla presunzione di innocenza, come previsto dalla direttiva (UE) 2016/343; il diritto al patrocinio a spese dello Stato, come previsto dalla direttiva (UE) 2016/1919.

Il par. 3 dell'articolo 41 in commento fa inoltre riferimento ai diritti e alle garanzie procedurali previsti dal diritto "locale" applicabile al caso concreto.

Quanto alla CEDU, benché il Regolamento non la menzioni espressamente, è evidente che la stessa pur implicitamente viene richiamata anche per il tramite delle citate Direttive che non sono altro che la riproposizione di diritti e garanzie già rinvenibili nell'art. 6 sull'equo processo.

Tuttavia, proprio in relazione agli artt. 26 e 36 del Regolamento "EPPO" di cui si è detto al paragrafo precedente, è facilmente constatabile come il possibile e potenziale trasferimento del procedimento da uno Stato ad un altro (o ad altri) all'esito della conclusione delle indagini o anche prima, possa costituire un pregiudizio per l'indagato poi imputato e possa rendere inutilizzabile la strategia difensiva inizialmente predisposta sulla base del diritto processuale penale di un determinato Stato; strategia difensiva che potrebbe risultare, appunto, del tutto inutile al momento dello spostamento della giurisdizione presso un altro Stato[45].

È di facile constatazione che la scelta della giurisdizione implica per ciò stesso la scelta delle norme da applicare, ed è evidente che al di là dell'enunciato rispetto dei diritti della difesa, l'impianto regolamentare della Procura europea è intrinsecamente incompatibile con il rispetto proprio di quei diritti (della difesa) e con le norme che presiedono l'equo processo sotto i molteplici profili che saranno di seguito brevemente riassunti.

6. Compatibilità del Regolamento EPPO con l'art. 6 della CEDU.

Il complessivo impianto del Regolamento istitutivo della Procura europea e, in particolare, gli artt. 26 e 36, presenta un evidente sbilanciamento in danno dei diritti della difesa e specificamente in danno dell'art. 6 CEDU sull'equo processo[46].

È di evidente constatazione che norme sulla potenziale riassegnazione, riunione o separazione dei procedimenti avviati dalla Procura europea, si pongono in netta contrapposizione con quelle esigenze di ragionevole dura-

[45] GIUFFRIDA, *Cross-border crimes and the European Public Prosecutor's Office*, 2017, in *eurcrim.eu*.

[46] Cfr. ZAGREBELSKY, *L'istituzione del Procuratore europeo in rapporto alle esigenze dell'equo processo*, in BAZZOCCHI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'*OLAF, cit., 54 ss.

ta del processo oltre che con quei diritti di ogni accusato elencati nel par. 3, dell'art. 6, della Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 e, precisamente, il diritto ad essere informato, nel più breve tempo possibile in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; a difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; ad esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; a farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

È appena il caso di rilevare che la celebrazione del processo in uno Stato diverso da quello che ha condotto le indagini comporta problemi e difficoltà di carattere difensivo sotto il profilo del diritto a ricevere informazioni in breve tempo e in una lingua comprensibile (ovviamente, la modifica dello Stato comporta anche l'uso di una lingua diversa e la necessaria traduzione di tutto il fascicolo); del diritto a predisporre una strategia difensiva; del diritto alla difesa e del diritto al gratuito patrocinio: non è detto che il difensore che ha già approntato la strategia difensiva sia a conoscenza della lingua e del diritto processuale penale dello Stato (diverso) presso il quale si è scelto di celebrare il processo e, quanto al gratuito patrocinio, si pone il problema della individuazione dello Stato che dovrebbe farsi carico del gratuito patrocinio.

S'intende dire: le spese dovrebbero essere a carico dello Stato del Procuratore europeo delegato che ha condotto le indagini, o dello Stato al quale il caso è stato assegnato oppure, ancora, dello Stato presso il quale sono stati riuniti i fascicoli di indagine? E le medesime considerazioni possono esser fatte con riguardo al diritto all'assistenza gratuita di un interprete se non si comprende la lingua usata in udienza.

Di tutte queste considerazioni (e di molte altre) non pare essersi fatto carico il Regolamento UE 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 che presenta una cornice normativa disomogenea caratterizzata da continui rinvii a fonti normative diverse: i.e. regolamento, direttive, leggi interne di recepimento e diritto processuale penale di ciascuno Stato parte alla cooperazione rafforzata che, con ragionevole probabilità, non porterà a risultati concreti ai fini della tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e, men che meno, al complessivo processo di integrazione europea.

7. Conclusioni.

Molte altre considerazioni di carattere critico potrebbero esser fatte sul Regolamento istitutivo della Procura europea come, a mero titolo di esem-

pio, sui termini della prescrizione[47] (istituto che presenta carattere di notevole diversità nei vari Stati membri), sui riti alternativi (previsti in alcuni ordinamenti e non previsti in altri), sul gratuito patrocinio, sulla lingua degli atti, sul sistema delle notifiche, sulla mancanza di previsioni normative nel caso di imputato minore di età, sulle indagini transfrontaliere e sulla relativa applicazione, alternativamente, della *lex fori* o della *lex loci* (o di entrambe?) di cui all'art. 31 del Regolamento che meriterebbe una trattazione ben più approfondita di quella che si è voluta dare con queste "brevi note critiche".

Certamente, la Procura europea potrà e dovrà essere valutata alla prova dei fatti e tuttavia, senza tema di smentita, si ritiene che le contraddizioni fin qui evidenziate siano del tutto legittime e fondate.

Un'ultima considerazione la si vuole rivolgere non tanto e non soltanto a questo ennesimo compromesso al ribasso che ha dato luogo al Regolamento istitutivo della Procura europea, quanto piuttosto al processo di integrazione europea nel suo complesso che, sostanzialmente fermo al Trattato di Maastricht, non può o non vuole evolversi verso forme più evolute per mancanza di volontà degli Stati membri i quali, da qualche anno a questa parte, hanno sostanzialmente tradito le intenzioni dei *Padri fondatori* i quali, quando decisero di unire le loro forze per avviare il processo di integrazione economica e politica europea, certamente è da escludere che pensassero a *questa* Unione europea ben diversa da quella che si erano prefigurati: una Unione in preda alla disoccupazione e alla conflittualità sociale che da progetto di pacifica convivenza e benessere economico per i suoi cittadini si è trasformata in una entità schiacciata dalla lentezza e dalle lungaggini della sua burocrazia e, oggi, anche da una Procura europea che, per come è stata concepita, lascia facilmente preconizzare lungaggini nelle indagini e nei relativi processi (se e quando saranno mai celebrati).

[47] Oggetto di "disciplina" nell'art. 12 (Termini di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione) della Direttiva UE 2017/1371.

L'ESTORSIONE CONTRATTUALE E LE PERDURANTI INCERTEZZE INTERPRETATIVE SUI CONCETTI DI *MINACCIA PENALMENTE RILEVANTE* E DI *DANNO PATRIMONIALE**

Brevi note critiche a Cass., II sez., 12 gennaio 2022, n. 2924

Federico Nesso**

Sommario: 1. I principi della *varietà delle forme* della minaccia e del cd. *danno in re ipsa*. – **2.** Critica alla *teoria della coercizione* e alla *teoria dello sviamento del fine*. – **3.** La minaccia penalmente rilevante come preannuncio della volontà di commettere un reato ai danni del coartato. – **4.** Il *danno patrimoniale* come perdita di *utilità soggettiva*. – **5.** Conclusioni alla luce della corretta definizione delle nozioni di *minaccia penalmente rilevante* e di *danno patrimoniale*.

ABSTRACT

Il saggio coglie, nella recente sentenza della Cassazione del 12 gennaio 2022, n. 2924, l'occasione per affrontare i temi della minaccia penalmente rilevante *e del* danno patrimoniale, *riproponendoli in una veste definitoria del tutto originale, al fine di contribuire al superamento delle attuali incertezze dottrinali e giurisprudenziali, e alla semplificazione, concettuale e probatoria, dell'accertamento giudiziale della sussistenza in concreto del reato di estorsione.*

The essay seizes, in the recent sentence of the Supreme Court of 12 January 2022, n. 2924, the opportunity to explore the issues of criminally relevant threat *and* pecuniary damage, *proposing them according to a completely innovative definition. This will help to overcome the current doctrine and case law uncertainties, and to simplify, from a conceptual and evidential point of view, the judicial assessment of the actual existence of the crime of extortion.*

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

* Sostituto Procuratore in servizio presso la Procura di Torre Annunziata.

1. I principi della *varietà delle forme* della minaccia e del cd. *danno in re ipsa*.

Con la recente sentenza del 12 gennaio 2022, n. 2924, la Suprema Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi in tema di cd. *estorsione contrattuale*[1] ed, in particolare, sulle nozioni di *minaccia penalmente rilevante* e di *danno patrimoniale*, rispetto alle quali, in realtà, il S.C. non ha fatto altro che ribadire i due rispettivi orientamenti interpretativi già ampiamente consolidati. Nello specifico, ha confermato il principio della *varietà delle forme* della minaccia, tanto da includere nella relativa nozione, oltre alla minaccia «esplicita, palese e determinata», anche quella manifestata «in maniera indiretta, ovvero implicita ed indeterminata, purché... idonea... a coartare la volontà del soggetto passivo»[2]. Inoltre, ha fatto proprio il principio del cd. *danno in re ipsa*, sostenuto da larga parte della giurisprudenza di legittimità (ma fortemente criticato in dottrina)[3], secondo cui, in caso di estorsione contrattuale, il danno patrimoniale – quale elemento specializzante della fattispecie delineata dall'art. 629 c.p. rispetto alla più generica ipotesi della *violenza privata* prevista all'art. 610 c.p.[4] – deve ritenersi implicito nel fatto stesso che al contraente-coartato, con l'imposizione del vincolo contrattuale non voluto, è stato impedito, «in violazione della propria autonomia negoziale, [...] di perseguire

[1] Si rammenti che, secondo la consolidata formula definitoria – alla quale espressamente si richiama anche la sentenza in commento (p. 4) – l'estorsione *contrattuale* (o anche detta *negoziale* o *patrimoniale*) si definisce come l'ipotesi delittuosa «che si realizza quando al soggetto passivo sia imposto di porsi in rapporto negoziale di natura patrimoniale con l'agente o con altri soggetti» (Cass. 13 ottobre 2016, n. 9429, Rv. 269364).

[2] Cass. 12 gennaio 2022, n. 2924, p. 4: «Va ricordato... che la minaccia costitutiva del delitto di estorsione, oltre che essere esplicita, palese e determinata, può essere manifestata anche in maniera indiretta, ovvero implicita ed indeterminata, purché sia idonea ad incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima ed alle condizioni ambientali in cui opera (Sez. 2, n. 8477 del 20/2/2019, Scialpi, Rv. 275613, in motivazione; Sez. 2, n. 11107 del 14/02/2017, Tessitore, Rv. 269905; Sez. 2, n. 677 del 10/10/2014, dep. 2015, Di Vincenzo, Rv. 261553; Sez. 2, n. 11922 del 12/12/2012, dep. 2013, Lavitola, Rv. 254797)». Per ulteriori richiami giurisprudenziali nonché per ampie indicazioni dottrinali sul tema della *varietà delle forme* della minaccia, sia consentito rinviare a Nesso, *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, 979, nota 80. Per alcune considerazioni critiche riguardo alla tradizionale tematica del timore (cd. *metus*) e della relativa, pretesa necessità, v. Nesso, *Gli effetti "intermedi" della condotta estorsiva*, in *Gazzetta Forense*, settembre-ottobre 2020, 752.

[3] Per la giurisprudenza, cf. da ultimo Cass. 19 febbraio 2020, n. 12434, Rv. 278998. Negli stessi termini si esprimevano già Cass. 30 aprile 1982, n. 10703, Rv. 156074, e, più di recente, *ex multis* Cass. 5 febbraio 2001, n. 10463, Rv. 218433, Cass. 13 ottobre 2016, n. 9429, Rv. 269364 e Cass. 12 luglio 2018, n. 39722, Rv. 273810. *Contra*, Cass. 17 maggio 2019, n. 27555, Rv. 276118. Per le critiche dottrinali, v. per tutti Barillà, *Estremi del danno e del profitto*, 2003, 1537.

[4] In ordine al distinguo tra estorsione e violenza privata fondata, per l'appunto, sul criterio del danno patrimoniale (e dell'ingiusto profitto), v. *infra* nota 86, ma si veda anche, per le indicazioni bibliografiche, giurisprudenziali e dottrinali, Nesso, *L'estorsione contrattuale*, in *Gazzetta Forense*, marzo-aprile 2021, 274, nota 14.

i propri interessi economici nel modo e nelle forme ritenute più confacenti ed opportune»[5].

Ebbene, entrambi i suddetti principi – nonostante i primi commenti decisamente positivi riscossi dalla sentenza qui esaminata[6] – risultano, ad un'attenta lettura critica, profondamente insufficienti e, persino, ambigui, confermando in pieno le ormai inveterate incertezze ricostruttive dei fondamentali concetti di *minaccia penalmente rilevante* e di *danno patrimoniale*. Nel presente lavoro, invece, tracciata una serrata revisione delle più consolidate posizioni dottrinali e giurisprudenziali, si avrà modo di riproporre tali nozioni in una veste definitoria totalmente rinnovata, ben più perspicua ed in linea con le esigenze garantistiche sottese al principio di legalità, in grado di superare le cennate aporie in cui dottrina e giurisprudenza, come dimostrato dalla sentenza in esame e dai relativi commenti, restano, tuttora, profondamente impantanate[7].

2. Critica alla *teoria della coercizione* e alla *teoria dello sviamento del fine*.

Sul versante della minaccia, occorre rilevare che, a fronte del richiamo al presupposto, di per sé corretto, dell'estrema mutevolezza delle forme con cui le espressioni minacciose possono manifestarsi in concreto[8], la statuizione posta dalla Corte di Cassazione echeggia chiaramente quella concezione – sostenuta dal più diffuso orientamento giurisprudenziale e da ampia parte della dottrina[9], e che può definirsi come *teoria della coercizione* – secondo

---

[5] Cass. 12 gennaio 2022, n. 2924, p. 4, Cass. 12 gennaio 2022, n. 2924, p. 4, ove si richiamano numerose altre pronunce di legittimità del tutto analoghe. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali riguardanti il concetto di danno *in re ipsa* e per le relative critiche da parte della dottrina – secondo la quale il danno patrimoniale postulerebbe, oltre alla lesione dell'autonomia negoziale, un *quid pluris*, ossia lo squilibrio di valore tra la prestazione imposta e quella, dal valore decisamente inferiore o addirittura nullo, che il soggetto passivo riceve in cambio (cd. *squilibrio sinallagmatico*) – v. *retro* note 3 e 4.

[6] Alletto, *Estorsione contrattuale*, 21 febbraio 2022, in *www.studioscicchitano.it*, Di Tullio D'Elisiis, *In tema di estorsione contrattuale*, 7 febbraio 2022, in *diritto.it*, i quali sottolineano concordemente che si sarebbe trattato di una sentenza dalla positiva portata chiarificatrice.

[7] È il caso evidenziare che il presente articolo riprende e sintetizza quanto già più ampiamente espresso nei miei precedenti lavori *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, 955s. e *L'estorsione contrattuale*, in *Gazzetta Forense*, marzo- aprile 2021, 272s.

[8] Sulla *varietà delle forme* della minaccia, v. Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 522s., nonché Fiandaca, Musco, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, 157, che parla di «infinite forme», tante «quante sono le escogitazioni dell'ingegno volto a far del male», e Gatta, *La minaccia*, 2013, 230, che fa riferimento a «*innumerevole varietà delle forme* (al limite della fantasia)». Per ampie indicazioni giurisprudenziali, v. Pinto, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, 140-141.

[9] Per la giurisprudenza, cf., *ex pluribus*, Cass. 3 dicembre 2007, n. 7482, Rv. 239014, che, in tema di delitto di minaccia a pubblico ufficiale *ex* art. 336 c.p., espressamente qualifica la minaccia come «qualsiasi coazione, anche morale... purché sussista la idoneità a coartare la libertà di

la quale, in definitiva, il nucleo definitorio comune a tutte le possibili forme di minaccia, allorché questa sia inclusa tra gli elementi di una più ampia fattispecie delittuosa (come nel caso, per l'appunto, dell'estorsione)[10], si ridurrebbe fondamentalmente (se non esclusivamente) all'*effetto coattivo* potenzialmente prodotto nella psiche del soggetto passivo. In altri termini, seguendo la cennata teoria, l'efficienza causale di un certo contegno a determinare nella vittima un effetto costrittivo costituirebbe il principale (se non unico) dato identificativo del contegno stesso come *minaccia penalmente rilevante*[11]. Una tale impostazione, però, comporta a ben vedere diverse distorsioni. In primo luogo, essa tende a dissolvere il concetto di minaccia nell'*effetto* che questa è diretta a produrre, e, quindi, a confondere *il mezzo* (la minaccia) con *l'effetto* (la coazione), ossia *la condotta tipica* del reato con uno dei suoi *eventi*[12], sicché, in pratica, la stessa struttura dell'estorsione come *reato*

azione del pubblico ufficiale», e, per un'ulteriore, ampia rassegna di pronunce, anche di merito, con specifico riferimento al reato di estorsione, v. Piovesana, *Commette estorsione l'imprenditore che impone ai lavoratori retribuzioni "fantasma" e dimissioni in bianco*, in *Lavoro nella Giur.*, 2010, 11, 1085 s., nonché Gatta, *La minaccia*, 2013, 135-136. Quanto alla dottrina, secondo Mantovani, *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, 56: «...la minaccia può essere effettuata in tutte le forme e i modi psicologicamente *idonei a coartare* l'altrui volontà» (la sottolineatura è mia). Alle medesime conclusioni giungono anche Fiandaca, Musco, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 157, e, in sede di analisi della particolare ipotesi della *minaccia di mancata restituzione della refurtiva* (cd. cavallo di ritorno), Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 539-541. In argomento, v. anche, sia pure con note critiche, Tarantino, *La strumentalizzazione del diritto di cronaca*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 febbraio 2012, 10s.

[10] Si rammenti che, in dottrina, la minaccia posta come *condizione*, al fine di costringere la vittima a tenere un certo comportamento, viene definita *minaccia motivante*, che si distingue dalla cd. *minaccia fine*, punita dall'art. 612 c.p., la quale, viceversa, si verifica allorché l'agente la utilizza non per condizionare l'agire del soggetto passivo, ma come strumento fine a se stesso, teso semplicemente a lederne l'integrità psichica. In argomento, anche per le opportune indicazioni bibliografiche, v. Nesso, *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, 959 s.

[11] Per tutti, v. Conti, *Estorsione*, in *Enc dir.*, 1966, 998: «Ciò che conta in sostanza è l'idoneità del comportamento a coartare la libertà di determinazione» della vittima, sebbene, in nota, lo stesso Autore precisi che il comportamento, per le circostanze concrete del fatto, debba comunque rivestire «un intrinseco contenuto di minaccia», senza, tuttavia, avvedersi che la questione è proprio quella di definire, in maniera appropriata e precisa, in cosa consista tale "contenuto". Analoga ambiguità può cogliersi in Ragno, *Il delitto di estorsione*, 1966, 37 allorché afferma che: «*Essenziale* è solo che [l'agente] ponga in aspettativa un male e contenga, così, una condizione» (la sottolineatura è mia).

[12] Distingue attentamente tra mezzo ed effetto, sia pure in relazione all'analogo tema della *violenza motivante*, Ragno, *Il delitto di estorsione*, 1966, 2: «Nella denominazione "mezzo per coartare" si trova già una separazione tra violenza e coazione, che spesso inesattamente vengono fatte equivalere. Coazione è negazione della libertà... del soggetto su cui la violenza è esercitata. La violenza, invece, è solo mezzo allo scopo». Sulla nozione di *violenza*, si veda la preziosa monografia di Pecoraro Albani, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962, nonché Viganò, *L'offesa mediante violenza*, 2002, e più sommessamente Nesso, *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, 961s. Si rammenti, per il resto, che la dottrina individua pacificamente la *condotta tipica* del reato di estorsione (non nel *procurare* "a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno", o nel *costringere* "taluno a fare o ad omettere qualche

a forma vincolata ne risulta totalmente stravolta vedendosi trasformare surrettiziamente in una fattispecie *a forma libera*[13]. Peraltro, la svalutazione della condotta tipica come momento selettivo delle modalità penalmente rilevanti di aggressione al patrimonio altrui costituisce un allarmante *vulnus* al principio di legalità e alle sottese istanze garantistiche[14].

E così, mentre alcune pronunce della Cassazione hanno portato la teoria della coercizione alle sue più estreme, ma coerenti conseguenze, finendo (consapevolmente o meno) per identificare la minaccia con un generico e vago concetto di *ricatto*[15], tanto che un arresto del 2007 è arrivato a sussu-

cosa", giacché né il procurare un profitto né il cagionare un danno e neppure il costringere costituiscono *comportamenti*, rappresentando piuttosto gli obiettivi intermedi e finali che l'agente si propone di realizzare con la propria condotta, ma, per l'appunto,) nella *minaccia* o anche nella *violenza motivanti*, cioè finalizzate a perseguire detti scopi (in tal senso, v. per tutti Marini, *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, 379). Viceversa, gli altri elementi della fattispecie, sopra menzionati, ne costituiscono il *quadruplice evento* (Mantovani, *Delitti contro il patrimonio*, 2016, 192) ovvero, più specificatamente, i primi due (coazione psichica e comportamento coartato) gli *eventi intermedi* e gli altri due (danno e ingiusto profitto) gli *eventi finali* (Fiandaca, Musco, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, 159, 161).

13 Sulla distinzione tra *reati a forma vincolata* e *reati a forma libera*, v. Mantovani, *Diritto Penale. Parte generale*, 2001, 134.

14 In argomento, v. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, 1955, dove le considerazioni sull'importanza del mezzo – cioè della condotta tipica, come *principium individuationis* del singolo reato tra quelli appartenenti «all'ampia famiglia dei reati patrimoniali» (p. 26), osservando che «È… il "mezzo" il momento più originale e significativo delle fattispecie dei delitti patrimoniali, quando si confrontino l'una all'altra» (p. 39) – si coniugano con la più ampia preoccupazione per il riaffiorare persino di rigurgiti irrazionalistici sottesi alle più arcaiche concezioni del diritto penale nonché per lo svuotamento del principio di legalità: «…lo spirito liberale non potrebbe accontentarsi di una riaffermazione farisaica del *nullum crimen sine lege*, proclamato a parole, ma poi aggirato sottobanco mediante l'introduzione di clausole onnicomprensive sul tipo di quelle del diritto civile» (p. 29).

15 Non è difficile scorgere, alla base di questo orientamento, un chiaro intento di politica criminale (Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 346), teso ad ampliare il più possibile l'ambito di tutela della persona, adottando una nozione di minaccia sufficientemente sfumata da potervi ricondurre, così da assoggettarli a sanzione penale, tutti quei comportamenti ritenuti, a torto o a ragione, «suscettibili di un giudizio negativo sul piano morale o sociale» (Baccaredda Boy, Lalomia, I delitti contro il patrimonio mediante violenza, 2010, 538). E non è certamente un caso che i più ampi spazi applicativi di siffatta impostazione si siano aperti in materie particolarmente suscettibili di istanze legate alla ricerca di una pretesa "giustizia sostanziale" come la locazione e il lavoro subordinato, ove il rifiuto di stipulare il contratto se non a condizioni ritenute deteriori per la controparte *debole*, aspirante all'affitto dell'immobile per uso abitativo o all'assunzione, è stato talvolta ricondotto al paradigma dell'estorsione contrattuale, ignorando il fatto che sull'agente (potenziale locatore o datore di lavoro) non gravava alcun obbligo di contrarre e confondendo visibilmente la coercizione con l'approfittamento dell'altrui stato di bisogno. Per l'indicazione delle decisioni, anche di merito, che hanno fatto propria la posizione in esame, e delle relative critiche da parte della dottrina maggioritaria, v. Pinto, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, 140 s., Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 543 s. (la "minaccia del locatore") e 553 s. (la minaccia del datore di lavoro: il c.d. "salario ridotto"), nonché Pedrazzi, *Estorsione mediante minaccia di comportamento omissivo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 1445 s. Per quanto concerne l'obbligo di contrarre e, più, in genere, di attivarsi per impedire l'evento dannoso (art. 40 cpv. c.p.)

mere nel paradigma dell'estorsione persino talune peculiari forme di pressione psicologiche basate sulla mera prospettazione della «revoca di legami affettivi»[16], la dottrina, da parte sua – pur prendendo, in genere, le distanze da questi più arditi esiti[17] – non sembra sia stata in grado, finora, di superarne i limiti concettuali o, quantomeno, di elaborare i giusti correttivi: infatti, sebbene continui a dividersi sull'annosa questione – definita «a ragione, il capitolo più difficile della teoria della minaccia»[18] – dell'*ingiustizia* come requisito (necessario o meno) del male prospettato dall'agente[19], ha poi di fatto unanimemente svuotato di effettivo rilievo tale questione, orientandosi comunque nel senso che, a determinate condizioni, anche *la minaccia di esercitare un diritto* o, più in generale, *la prospettazione di un danno giusto* possa rilevare ai fini dell'integrazione del reato di estorsione[20]. Stando a questa impostazio-

quale necessario presupposto dell'estorsione *mediante omissione*, v. Nesso, *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, 979.

16 Si tratta di Cass. 12 luglio 2007, n. 35484, Rv. 237805 (che parrebbe tuttora isolata nel panorama giurisprudenziale), seguita dalle condivisibili critiche da parte di Pinto, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, 142-143, e di Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 519-520, che correttamente riconduce il fatto al delitto di cui all'art. 643 c.p. Sul punto, v. anche Spina, *Ai confini della minaccia estorsiva*, in *Arch. pen.*, 2/2017, 4. In giurisprudenza, allo stesso modo, qualifica l'approfittamento della solitudine di una persona psicologicamente fragile come *circonvenzione d'incapace*, Cass. 13 maggio 2010, n. 18158, in *www.jusabili.org*.

17 V. *retro* nota 15.

18 Gatta, *La minaccia,* 2013, 174.

19 Sostengono la necessità del requisito dell'*ingiustizia*, Mantovani, *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, 55; Conti, *Estorsione*, in *Enc dir.*, 1966, 997, Salvini, *Estorsione e sequestro di persona*, in *Noviss. Dig. it.*, 1975, 1001 e, per la dottrina più recente, Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 349 (in tema di rapina) e 519 (in tema di estorsione), nonché Mereu, *Minaccia di azione giudiziaria*, in *Giur. merito*, 2002, 131 s. Sono contrari, Marini, *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, 381, Fiandaca, Musco, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, 157, e Carmona, *I reati contro il patrimonio*, 2016, 197. Si rammenti che, per il resto, la minaccia è pacificamente qualificata come *prospettazione di un male futuro, dipendente dalla volontà dell'agente*. Sul punto, sia consentito rinviare a NESSO, *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, parag. 2.2, 975 s. Per approfondire il tema della *dipendenza* del male preannunciato dalla volontà dell'agente come criterio atto a tracciare il confine fra estorsione e concussione da una parte e truffa aggravata *ex* art. 640, co. 2, n. 2, c.p. (cd. *truffa vessatoria*) dall'altra, v. Marini, *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, 1990, 389, e dello stesso Autore, *Truffa*, in *studiolegale.leggiditalia.it*, 21 e nota 238, nonché Savi, *Truffa aggravata ed estorsione*, in *studiolegale.leggiditalia.it*, 2015, Di Tullio D'elisiis, *Cosa distingue il reato di truffa aggravata*, in *diritto.it*, 11 novembre 2021, e, per le ulteriori indicazioni bibliografiche, anche giurisprudenziali, Corbetta, *Estorsione e truffa aggravata*, in *studiolegale.leggiditalia.it*, 2014.

20 Emblematica, da questo punto di vista, è la posizione assunta da Gatta, *La minaccia,* 2013, il quale – nel perseguire dichiaratamente il condivisibile proposito di conseguire una più rigorosa definizione del concetto di minaccia, così da arginarne l'indebita elefantiasi (p. 11-12) – pur avendo affermato, in prima battuta, l'imprescindibilità del requisito dell'*ingiustizia* quale risulta dall'art. 612 c.p., cui riconosce portata definitoria generale, valevole anche per i reati complessi che comprendono, nella loro struttura, una condotta minacciosa (p. 175-176), ha poi anch'egli ammesso che il concetto di *minaccia-mezzo* vada esteso in base ad un «un criterio addizionale» ricavabile dall'art. 1438 c.c., per effetto del quale, in definitiva, la «qualifica di "ingiusto" può…

ne, che può definirsi, alla luce della terminologia impiegata dalla ricorrente dottrina, come *teoria dello sviamento del fine*[21] – la minaccia di far uso di strumenti giuridici di per sé non antigiuridici, in quanto rispondenti all'esercizio di «un diritto o di una facoltà riconosciuta dall'ordinamento» ovvero all'adempimento «di un dovere imposto da una norma giuridica»[22], diverrebbe *ingiusta* allorché l'agente ne facesse uso per *scopi diversi* da quelle per cui tali strumenti sono stati accordati dalla legge o, più esattamente, «col proposito di coartare la volontà di altri, e... soddisfare scopi personali non conformi a giustizia»[23].

Anche la giurisprudenza ha mostrato di seguire il medesimo percorso motivazionale, alimentando, peraltro, una casistica vastissima, non priva di forti elementi di incertezza[24]. Anzi, ha ulteriormente vanificato il requisito dell'ingiustizia del male, adottando, per l'individuazione dei casi di «esercizio *anormale*» di un diritto[25] da ricondurre al concetto di condotta estorsiva, un duplice criterio, non solo quello del perseguimento, da parte dell'agente, di «un obiettivo diverso (e confliggente)» con *lo scopo* tipico[26], nell'ottica, per l'appunto, dello sviamento del fine[27], ma anche quello, alternativo al primo,

essere attribuita alla prospettazione di un male di per sé giusto, allorché... la sua prospettazione *non rappresenta un mezzo riconosciuto dall'ordinamento per raggiungere il fine* che l'agente ha di mira, cioè il risultato che intende conseguire attraverso l'altrui coazione» (p. 187-188).

21 Parla di "torsione dei fini" Gatta, *La minaccia*, 2013, 155, per indicare quell'atto «indubbiamente lecito e rispondente a una propria libertà» e tuttavia «diretto verso il traguardo di un vantaggio illecito». In senso analogo, Ragno, *Il delitto di estorsione*, 1966, 52, che utilizza l'espressione «*distorsione dal fine riservato al diritto*». D'altra parte, fermo restando la validità anche dei termini *torsione* o *distorsione*, sembra preferibile la locuzione *sviamento dei fini* in quanto connotata da un maggiore spessore tecnico-giuridico, essendo tratta dall'ampia elaborazione, da parte della dottrina amministrativistica, dell'affine concetto di *sviamento del potere*, in tema di illegittimità degli atti amministrativi. In argomento, v. Mazzarolli, *Diritto amministrativo*, 2001, 1519 s., nonché, per una feconda applicazione alla teoria dei contratti del concetto di *sviamento di potere*, Donisi, *Il contratto con se stesso*, 1992, 141 s.

22 Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 521.

23 Salvini, *Estorsione e sequestro di persona*, in *Noviss. Dig. it.*, 1975, 1001-1002: «...il male minacciato, giusto obiettivamente – prosegue l'Autore – diventa ingiusto per il fine cui è diretto».

24 Particolarmente significativa, al riguardo, è la vicenda trattata da Cass. 12 aprile 1999, n. 1281, Rv. 216825, dove, in relazione alla minaccia di licenziamento a carico di una dipendente sorpresa a rubare qualora non si fosse dimessa, si è passati dalla condanna del datore, in primo grado, per estorsione all'assoluzione in Cassazione per irrilevanza penale del fatto, passando per la derubricazione in esercizio arbitrario delle proprie ragioni *ex* art. 393 c.p. da parte della Corte di appello. Per le ampie indicazioni bibliografiche in ordine alla vastissima casistica giurisprudenziale menzionata nel testo, v. Nesso, *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, 993-994, con particolare riguardo alla nota 139.

25 Sacco, *Abuso del diritto*, in *studiolegale.leggiditalia.it*, 2012, 15. La sottolineatura è mia.

26 Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 558. Il corsivo è mio.

27 Così, in particolare, Cass. 16 gennaio 2003, n. 16618, Rv. 224399, dopo aver affermato, in motivazione, che: «La minaccia necessaria per integrare la fattispecie della estorsione (o della tentata estorsione) non può esaurirsi nella mera prospettazione di un male *ma richiede che il male prospettato sia ingiusto*» (la sottolineatura è mia), conclude affermando che: «In tema di

della *esorbitanza* o *sproporzione* del vantaggio perseguito rispetto a quello realizzabile mediante un uso *normale* del diritto[28].

Orbene, anche a voler sottacere l'imponderabile elasticità intrinseca di entrambi i criteri – che, pertanto, a dire il vero, dovrebbero considerarsi già di per se stessi incompatibili con il principio di legalità e con i suoi diretti corollari garantistici di *tassatività, determinatezza e precisione* delle fattispecie incriminatrici[29] – non dovrebbe sfuggire che, per effetto della teoria dello sviamento del fine, *minaccia* e *coazione* sono, invero, ridotte a pura evanescenza, senza alcun significato concretamente verificabile. Quanto alle ricadute pratiche, infatti, vi ha l'evidente espansione, potenzialmente indiscriminata, dell'ambito applicativo del grave reato di estorsione a tutti quei casi in cui il soggetto agente, imponendo alla controparte l'alternativa tra due mali, persegua «un *risultato iniquo*»[30], mentre, dal punto di vista concettuale, ancora una volta, si confonde il mezzo (la minaccia) con il fine (l'ingiusto

estorsione, anche la minaccia di esercitare un diritto – come l'esercizio di un'azione giudiziaria o esecutiva – può costituire illegittima intimidazione idonea ad integrare l'elemento materiale del reato quando tale minaccia sia *finalizzata al conseguimento di un profitto ulteriore, non giuridicamente tutelato*» (la sottolineatura è mia). Cf., in senso conforme, *ex pluribus* Cass. 13 marzo 2002, n. 36942, Rv. 227317 e, più di recente, Cass. 11 luglio 2018, n. 34242, Rv. 273542. Si vedano anche i numerosi riferimenti giurisprudenziali in Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 557 s., cui si rinvia per l'ampia trattazione del tema della *minaccia di esercitare o di azionare un diritto* quale possibile modalità della condotta estorsiva.

[28] Parla di «un risultato iniquo, perché *ampiamente esorbitante*», Cass. 13 marzo 2002, n. 36942, Rv. 227317, oppure di una «*manifesta sproporzione*», Cass. 24 settembre 2004, n. 39903, Rv. 230139, o di una pretesa risarcitoria «*del tutto sproporzionata* [rispetto] alla entità del diritto leso, Cass. 9 febbraio 1970, n. 273, Rv. 115339 o, persino, in termini ancora più generici, di «vantaggi... non dovuti nell'an o *nel quantum*, Cass. 11 luglio 2018, n. 34242, Rv. 273542. Le sottolineature sono mie. In dottrina, Gatta, *La minaccia,* 2013, 196-199, propone di qualificare lo sviamento del fine come *criterio qualitativo*, e l'esorbitanza o sproporzione della pretesa come *criterio quantitativo*, e, sulla scia di autorevole dottrina civilistica (Sacco), maturata in sede di interpretazione dell'art. 1438 c.c., si oppone senz'altro all'applicazione, ai fini penali, di questo secondo criterio, che, per l'appunto, «dovrebbe... entrare in scena nell'eventualità che *sussista* un nesso di inerenza/strumentalità», cioè quando non vi è sviamento del fine. In giurisprudenza, rigetta il *criterio quantitativo* Cass. Sez. II, 8 febbraio 1974, cit., in Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 560, in nota.

[29] Avverte i rischi sottesi ad un'eccessiva enfasi del momento finalistico, Barcellona, *L'abuso del diritto*, in *studiolegale.leggiditalia.it*, 2014, 8, il quale opportunamente segnala che la *funzionalizzazione* dei diritti può costituire «strumento di un *interventismo giudiziale* destinato ad implementare istanze di carattere politico, etico, ecc., e comunque lo strumento della sovrapposizione di una *logica eteronoma* alle autonome determinazioni degli individui privati». Sui principi di *determinatezza* e *tassatività* della fattispecie penale, quali articolazioni interne del principio di legalità, v. Fiore, *Diritto Penale. Parte generale*, 2013, 72 s., ove si menziona, altresì (p. 86, nota 26), l'autorevole parere di chi (Marinucci, Dolcini) propone di affiancarvi il distinto principio di *precisione*, inteso come l'esigenza, anch'essa derivante dal principio di legalità, che la norma garantisca «una descrizione chiara e precisa del fatto e delle sue conseguenze». Si vedano anche Padovani, *Diritto penale*, 2012, 17 s., e Mantovani, *Diritto Penale. Parte generale*, 2001, 42 s.

[30] Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 559.

profitto)[31] e, vanificando del tutto la portata tipizzante della minaccia come elemento centrale della fattispecie incriminatrice[32], si altera la fisionomia del reato complesso (in senso lato)[33], trasformandolo da reato incentrato sulla condotta, cioè su una particolare modalità di aggressione al patrimonio altrui (cd. reato *a forma vincolata*) in una fattispecie incentrata sull'evento (cd. reato *a forma libera*)[34]. Lo stesso concetto di *coercizione* svapora del tutto e diventa impossibile distinguerlo da altre situazioni, quali la semplice proposta o l'induzione[35], o il mero approfittamento dell'altrui stato di bisogno[36]. Infine, affiora persino, sullo sfondo, l'inquietante erosione di uno dei cardini del diritto penale moderno, che è la *concezione analitica e razionale* del reato, per la quale la sussistenza in concreto del fatto punibile dipende dalla verifica di *tutti i singoli elementi* di cui si compone la fattispecie legale (soggetto, condotta, evento, nesso causale, ecc.). Al contrario, l'eccessiva enfasi posta sul momento finalistico (l'ingiusto profitto), in cui, in definitiva, risulta assorbito l'intero disvalore del fatto, sembra sottacere una *concezione unitaria del reato*, il cui disvalore giuridico (o peggio ancora morale o sociale) dev'essere *colto, intuito* nel suo insieme, senza l'intralcio di oziose categorie concettuali[37].

---

[31] Il risultato ultimo che il soggetto agente, nel reato di estorsione, mira a realizzare ha natura necessariamente economica, per cui si qualifica specificamente come *profitto*. Sul concetto di profitto in senso rigorosamente economico e sul requisito della relativa *ingiustizia*, si ammetta il rinvio a Nesso, *Il profitto nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2021, 443 s.

[32] Si rammenti che si è già detto sopra, in questo paragrafo, dell'analoga confusione tra la minaccia, come *mezzo coercitivo*, e la coazione, che ne rappresenta il potenziale effetto. Per quanto attiene, invece, alla minaccia (e alla violenza) come *condotta tipica* del reato di estorsione, e all'importanza della condotta come elemento caratterizzante i singoli reati contro il patrimonio, v. *retro* nota 14.

[33] Sul concetto di *reato complesso in senso lato*, v. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, 2001, 500, e Fiore, *Diritto Penale. Parte generale*, 2013, 647. Quanto all'estorsione, è evidente che ad essa spetti correttamente la qualificazione dogmatica di reato latamente complesso in quanto, agli elementi di per sé costituenti reato come minaccia (art. 612 c.p.) o violenza alla persona (artt. 581, 582 c.p., ecc.), aggiunge gli ulteriori elementi della costrizione a compiere l'atto di disposizione patrimoniale, con profitto per l'agente e correlativo danno economico per la vittima, di per sé penalmente irrilevanti.

[34] Sulla distinzione tra reati *a forma libera* e reati *a forma vincolata*, v. *retro* nota 14.

[35] Per le difficoltà in tema di distinzione tra *minaccia concussiva* e *induzione* (oggi rilevante ai fini della sussistenza dell'autonomo reato di cui all'art. 319-*quater* c.p.), v. Gatta, *La minaccia*, 2013, 211 s.

[36] Si è visto sopra (in particolare, nota 15) che l'eccessiva enfasi posta sull'eventuale, accentuata debolezza contrattuale di una parte di cui l'altra, in ipotesi, abbia approfittato, ha talvolta indotto la giurisprudenza, specie in materia di locazione abitativa e di rapporto di lavoro subordinato, a ravvisare, in caso di rifiuto di stipulare il contratto se non a determinate condizioni ritenute *ingiuste*, il reato di estorsione, pur a fronte della palese insussistenza di un qualunque obbligo di contrarre in capo al potenziale contraente *forte*.

[37] Sulla *concezione analitica* o *unitaria del reato*, v. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, 2001, 105 s. Esprime particolare sensibilità e preoccupazione a fronte del fenomeno in corso di forte (e, spesso, indiscriminata) espansione, anche per via interpretativa, del diritto penale, alla ricerca di una pretesa tutela penale della persona *senza vuoti*, così andando a sedimentare *un*

3. La minaccia penalmente rilevante come preannuncio della volontà di commettere un reato ai danni del coartato.

Per uscire dalle strettoie degli orientamenti teorici sin qui sottoposti a revisione critica, s'impone, anzitutto, un'adeguata scelta metodologica, che consiste nell'approcciare le problematiche interpretative delle norme incriminatrici tenendo presente, da una parte, le peculiarità del diritto penale, quali derivano dal principio di legalità e dai suoi imprescindibili corollari di *tassatività, determinatezza e precisione* della fattispecie penale, e, dall'altra, la necessità di ancorare l'attività esegetica a detti principi – tutti di indubbio rilievo costituzionale, in quanto insiti nella stessa disposizione di cui all'art. 25, co. 1, Cost. – per cui, a fronte di eventuali diverse opzioni interpretative, deve necessariamente adottarsi quella che renda la norma compatibile con i dettami costituzionali (cd. interpretazione *costituzionalmente orientata*)[38].

Impostato in questi termini il metodo di indagine, occorre svilupparne gli esiti, anzitutto sul piano del corretto intendimento della qualifica di *ingiustizia* del male (o danno) prospettato[39]. Al riguardo, sulla scia della dottrina civilistica, può dirsi che *ingiusto* è quel danno che si arreca *contra ius* o, più esattamente, *sine iure*: esso, in pratica, coincide (in via di prima approssimazione) con l'area dell'illecito civile (contrattuale o da inadempimento *ex* art. 1218 c.c. ovvero extracontrattuale o *aquiliano ex* art. 2043 c.c.) e dà luogo al relativo obbligo di risarcimento[40]. Sennonché, ai fini della ricostruzione del concetto di minaccia penalmente rilevante, occorre riconoscere che l'assoluta identificazione è preclusa dai cennati principi di *tassatività, determinatezza e frammentarietà*, a meno di non voler trasformare l'art. 612 c.p. (e ogni altra disposizione incriminatrice comunque incentrata sulla *minaccia*), in una sorta di *norma penale in bianco*, atta a recepire, in ambito penalistico, l'illeci-

diritto penale totale dove *frammentario* non è più il sistema punitivo ma *il penalmente indifferente* o, addirittura, la libertà stessa, l'interessante saggio di Sgubbi, *Il diritto penale totale*, 2019, con prefazione di Tullio Padovani, che è qui pertinente segnalare anche per la lucida denuncia degli afflati irrazionalistici ed emozionali degli odierni orientamenti interpretativi (p. 30s.).

[38] Sulla necessità dell'interpretazione costituzionalmente orientata come obbligo per l'interprete e, segnatamente, per il giudice, v., sulla base delle pronunce della stessa Corte Costituzionale, Iannuccilli, *L'interpretazione* secundum Constitutionem, 2009, nonché Camardi, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1130 s. Sul principio di legalità e le sue articolazioni interne (*determinatezza* e *tassatività* della fattispecie penale, v. *retro* nota 29. Per un'ampia riflessione sui rapporti tra l'attività esegetica (letterale e logico-sistematica) ed «il principio di legalità nella duplice accezione della precisione-determinatezza della condotta punibile e del divieto di analogia *in malam partem*», v. Amarelli, *L'aggravante speciale del delitto di estorsione delle "più persone riunite"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4/2012, 114s.

[39] Si rammenti che risulta pacificamente ammesso che il *danno*, cui si riferisce espressamente l'art. 612 c.p. in tema di minaccia, abbia il medesimo significato del *male* menzionato dall'art. 1435 c.c. in materia di vizi del consenso (Gatta, *La minaccia,* 2013, 152).

[40] In questi termini, Gatta, *La minaccia*, 2013, 179 s.

to civile in tutta la sua «magmatica»[41] ampiezza. Invero, *atipicità* dell'illecito e diritto penale sono tra loro incompatibili: difatti, se il legislatore penale non descrive con sufficiente *precisione* ogni elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, il precetto non può dirsi *predeterminato per legge*, non può considerarsi davvero *preesistente* rispetto alla condotta né *conoscibile* dall'agente *prima* della sua azione[42]. Per queste ragioni, deve escludersi che, ai fini del diritto penale, *l'ingiustizia* possa essere apprezzata, come per l'illecito civile, alla luce dell'intero ordinamento giuridico. Le cennate esigenze di rango costituzionale impongono, invece, di ricercarla all'*interno* del sistema penale, cioè in base alle stesse norme incriminatrici, sicché, in definitiva, l'ingiustizia che il concetto di minaccia penalmente rilevante presuppone risulta correttamente identificabile non con l'*antigiuridicità* genericamente intesa, ma con la più specifica e limitata dimensione dell'*illiceità penale*. Ciò significa che, ai fini dell'art. 612 c.p. e di ogni altra norma incriminatrice che ne presuppone la nozione, la minaccia rilevante è soltanto quella che consiste nel preannuncio della *commissione di un reato*, cioè della lesione di un *interesse tutelato da una determinata norma incriminatrice*[43]. Quindi, minaccia di commettere un *illecito penale*, non un qualsiasi *illecito*: è in questo modo che l'agente realizza quell'*atto sopraffattorio* che autorevole dottrina ha condivisibilmente indicato come l'essenza della minaccia penale[44].

---

[41] L'espressione è tratta da Gatta, *La minaccia*, 2013, 184, che definisce «magmatica» la materia del danno risarcibile. Per le annose difficoltà interpretative dell'art. 2043 c.c., v. Sacco, De Nova, *Il contratto*, 2016, 569. Sul concetto di *norma penale in bianco*, v. Fiore, *Diritto Penale. Parte generale*, 2013, 97 s., Padovani, *Diritto penale,* 2012, 24 s. e Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, 2001, 51 s., sebbene, deve osservarsi, che tutti inquadrano la problematica delle *norme penali in bianco* unicamente sotto il profilo della *riserva di legge* e, quindi, dei limiti di ammissibilità costituzionale dell'integrazione della fonte legislativa da parte di fonte normative secondarie, e non anche sotto il profilo – che, invero, appare non meno delicato – della sufficiente *determinatezza e precisione* della singola norma incriminatrice.

[42] Il riferimento evidentemente è al principio della *conoscibilità* del precetto penale sancito dall'art. 5 c.p., così come reinterpretato dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare da Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364 che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile».

[43] Per quanto il parallelismo tra violenza e minaccia – colto anche da Gatta, *La minaccia*, 2013, 230 – possa certamente costituire un argomento non poco suggestivo, non ho ravvisato ragioni né logiche né di ordine strettamente normativo per limitare ulteriormente il concetto di minaccia al preannuncio di voler commettere un reato (non di qualsiasi indole, ma solo) di natura violenza.

[44] Gatta, *La minaccia*, 2013, 144-145, 153, 225-226, 230, 290. È appena il caso evidenziare che le considerazioni appena svolte – che mi hanno portato a concludere che solo chi minaccia di commettere un reato ai danni di altri realizza una minaccia penalmente rilevante – non hanno alcuna attinenza, neppure a livello di mera suggestione, con la disciplina della minaccia da parte del codice penale tedesco, il cui § 241 limita il concetto di minaccia-fine alla sola «minaccia di commettere un reato», né sono destinate a mutare allorché si consideri non la minaccia-fine ma la minaccia strumentale alla coercizione (cd. minaccia-mezzo), non avendo alcuna portata dirimente il dato letterale del mancato riferimento, da parte di norme come gli artt. 610, 628 e 629 c.p., al requisito dell'ingiustizia. Su tali aspetti, v. Nesso, *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, 990, nota 128, e 991-992.

Per il resto, il limite dell'ingiustizia non può essere travalicato invocando l'art. 1438 c.c.[45], che rimanderebbe semplicemente alla già censurata dottrina dello *sviamento del fine* e agli effetti distorsivi che ad essa conseguono[46]. A ciò si aggiunga che, essendo destinata ad operare nelle ipotesi in cui l'agente persegua «vantaggi *ingiusti*», tale disposizione non farebbe altro, come si è già osservato per l'art. 612 c.p., che ricacciare l'interprete dinanzi all'indiscriminata categoria dell'*antigiuridicità*, questa volta riferita non alla lesione dell'altrui interesse, ma ai vantaggi che il soggetto agente intende conseguire minacciando altrimenti l'esercizio di un diritto[47], e si è già dimostrato sopra che l'individuazione di una condotta penalmente rilevante non può essere ancorata – a ciò ostando l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme incriminatrici – alla pressocché infinita e non predeterminabile categoria dell'*antigiuridicità* genericamente intesa. Ma la situazione è destinata ad intorpidirsi ulteriormente se si considera, tra l'altro, che la teoria dello sviamento del fine dovrebbe coerentemente ammettere che lo sfruttamento *atipico* di un diritto soggettivo, non può farsi coincidere automaticamente con la sua *illiceità*, ciò potendo derivare soltanto dalla eventuale *immeritevolezza degli interessi*, giusto il principio sancito dall'art. 1322, co. 2, c.c., la cui incompatibilità con il diritto penale appare financo superfluo evidenziare.

4. Il *danno patrimoniale* come perdita di *utilità soggettiva*.

Come anticipato[48], anche l'altro profilo trattato dalla sentenza in esame, quello attinente al danno patrimoniale, riesce non meno controverso. Il criterio del cd. *danno in re ipsa*, infatti, oltre alle oscillazioni interne alla stessa

[45] È stato osservato che si tratterebbe di una norma che «il penalista non può ignorare» (Gatta, *La minaccia*, 2013, 194-195), ma, come si è visto, ciò che non può essere ignorato è la specificità del diritto penale, quale deriva dai suoi fondamentali principi di *determinatezza, tassatività e precisione* delle fattispecie incriminatrici. Del resto, lo stesso Autore, nell'intento di scongiurare un'eccessiva dilatazione del concetto di minaccia penalmente rilevante., aderisce ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 1438 c.c. Sul punto, v. quanto riportato in Nesso, *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, 992, nota 133.

[46] V. *retro* parag. 2.

[47] La dottrina civilistica (Sacco, De Nova, *Il contratto*, 2016, 578; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2013, 252) chiarisce che l'art. 1438 c.c. contempla, non un'ipotesi di *esercizio anomalo* di un diritto, ma piuttosto un vero e proprio contratto (atipico) dove il titolare del diritto soggettivo, in cambio dell'impegno a non esercitarlo, ottiene dalla controparte una determinata prestazione, da cui derivano, in ipotesi, quei *vantaggi ingiusti* che causano l'annullabilità del contratto stesso.

[48] V. *supra* parag. 1, ove si è, altresì, già accennato alle critiche dottrinali mosse al criterio del danno implicito (cd. *danno in re ipsa*).

giurisprudenza[49], è stato fortemente criticato in dottrina[50], osservando che esso porterebbe ad una sorta di *dematerializzazione*[51] o *smaterializzazione*[52] del concetto di danno patrimoniale, così da decretarne, nell'ambito della fattispecie oggettiva del reato di estorsione (o di truffa)[53], la sostanziale abrogazione[54]. Si è ritenuto, pertanto, che la configurazione di un'effettiva *deminutio patrimonii*[55] postulerebbe un *quid pluris*, ossia la sproporzione di valore economico della prestazione imposta alla parte coartata rispetto alla

[49] A parte alcune pronunce che hanno respinto, più o meno esplicitamente, il criterio del danno implicito (cf. Cass. 27 ottobre 1997, n. 9958, Rv. 208938, Cass. 28 settembre 2011, n. 38661, Rv. 251052, ma soprattutto e più di recente, Cass. 17 maggio 2019, n. 27556, Rv. 276118), il S.C. ha spesso fatto ricorso, in particolare in tema di assunzioni coartate, al diverso criterio dell'assunzione «non necessaria» (*ex pluribus* Cass. 3 novembre 2005, n. 5639, Rv. 233837 e, più di recente, Cass. 20 gennaio 2016, n. 8639, Rv. 266079) ovvero anche, in un caso, al criterio dell'*intuitu personae* in ragione della particolare delicatezza delle mansioni (Cass. 19 febbraio 2020, n. 12434, Rv. 278998). Coglie l'evidente incertezza giurisprudenziale sul tema del danno patrimoniale, Barillà, *Estremi del danno e del profitto*, 2003, 1537, incertezza che, invece, pare sia sfuggita a Manci, *La Truffa*, 1930, 61, allorché osserva che l'orientamento della Cassazione, pur nella diversità delle formule utilizzate, sarebbe sostanzialmente univoco. Deve osservarsi, piuttosto – e il dato appare piuttosto singolare – che, dall'analisi delle varie sentenze che si inscrivono o nell'uno o nell'altro orientamento, non sembra mai rilevabile alcuna espressa presa di posizione critica avverso l'opposto filone interpretativo, sicché i due orientamenti finiscono quasi per costituire due autonomi e paralleli binari, dove l'uno semplicemente ignora l'altro senza mai incrociarlo, e viceversa. Persino Cass. 17 maggio 2019, n. 27556, Rv. 276118, che pure nega espressamente che il danno patrimoniale possa ravvisarsi nella mera compressione dell'autonomia contrattuale della vittima, non si è prodotta in alcuno sforzo argomentativo per censuare detto filone interpretativo, e nemmeno cita taluna delle pronunce che lo sostengono.

[50] Per tutti, Barillà, *Estremi del danno e del profitto*, 2003, 1537 s., ma v. anche Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 580-581, Mantovani, *Estorsione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 4. Decisamente contro tendenza, nel panorama dottrinale, Pinto, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, 193-194, che mostra di aderire «alla chiave di lettura della Cassazione».

[51] Fiandaca, Musco, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, 191, Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 23.

[52] Sammarco, *La truffa contrattuale*, 1970, 39.

[53] Sulla reciproca ampia convergenza strutturale tra estorsione e truffa, v. *infra* nota 55.

[54] Lamenta espressamente il pericolo di *interpretatio abrogans* Pagliaro, *Truffa e danno patrimoniale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 1204.

[55] Per la pacifica qualificazione del danno patrimoniale come *deminutio patrimonii*, v. Antolisei, *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, 387, e, per la giurisprudenza, Cass. 22 aprile 1993, n. 1683, Rv. 194418. È bene anche ricordare che il concetto di perdita patrimoniale si articola, altrettanto pacificamente, in "perdita subìta" (cd. danno emergente) e "mancato guadagno" (cd. lucro cessante), come osservano Maggini, *La truffa*, p. 25, Marini, *Profili della truffa*, 1970, 193, e, più di recente, Baccaredda Boy, Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, 578, Fiandaca, Musco, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, 161. Sulle nozioni di danno emergente e lucro cessante, v. Bigliazzi Geri, *Diritto civile. 1.1 Norme, soggetti e rapporto giuridico*, 1987, 143. Non stupiscano il lettore i frequenti riferimenti di ordine bibliografico al delitto di truffa, attesa l'evidente similitudine strutturale che corre tra l'estorsione e la truffa (v. Barillà, *Estremi del danno e del profitto*, 2003, 1537).

controprestazione (di valore considerevolmente inferiore) che la stessa è destinata a ricevere in cambio (cd. *squilibrio sinallagmatico*)[56].

Ma, in realtà, questa, dello sbilanciamento del sinallagma contrattuale come le diverse formule utilizzate in giurisprudenza, del danno implicito o dell'assunzione non necessaria, traggono la loro origine da labili fondamenti di scienza economica ed, in particolare, dall'assenza di un'adeguata nozione di *beni economici*[57]. Ed, invero, è atavico e molto diffuso l'equivoco di considerare i beni economici come se fossero dotati di un qualche *intrinseco valore oggettivo*, che, in genere, si pretende di identificare con il *valore monetario*[58], e di ritenere che gli scambi avvengano sul presupposto di un'asserita *equivalenza economica* tra prestazione e controprestazione[59].

Deve considerarsi, invece, che la scienza economica, nelle sue migliori espressioni, ha chiarito che il valore delle cose non corrisponde a una loro qualità intrinseca, ma rimanda, in ultima istanza, alle specifiche valutazioni

---

[56] Per tutti, v. Barillà, *Estremi del danno e del profitto*, 2003, 1537s., anche per le cospicue indicazioni bibliografiche, dottrinali e giurisprudenziali. Tale orientamento rispecchia quella diffusa opinione dottrinale che, volendo recuperare un apprezzabile substrato economico del concetto di danno patrimoniale, lo qualifica, in definitiva, come *saldo negativo*, cioè come differenza patrimoniale svantaggiosa che si ottiene considerando la differenza di valore del patrimonio della vittima *prima* e *dopo* il prodursi degli effetti della condotta dell'agente. In quest'ottica, Sammarco, *La truffa contrattuale*, 1970, 32-33, che osserva: «...se la perdita ha una compensazione corrispondente non può parlarsi di danno: potrebbe verificarsi una combinazione operativa di vantaggio-svantaggio, sufficiente di per sé ad elidere ogni disequilibrio», nonché Pagliaro, *Truffa e danno patrimoniale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 1202, che esclude il danno in caso di «equivalenza economica delle prestazioni».

[57] Per una mia più ampia trattazione delle problematiche attinenti al danno patrimoniale, con riferimento ai concetti di *patrimonio*, come oggetto di tutela penale, e di *bene in senso economico*, che ne costituisce, per così dire, il substrato materiale, v. Nesso, *L'estorsione contrattuale*, in *Gazzetta Forense*, marzo-aprile 2021, 272 s.

[58] Identifica l'*utilità in senso economico* delle cose (tali da qualificarle come *beni economici*) con la suscettibilità di *valutazione monetaria*, Cortese, *La struttura della truffa*, 1968, 218 quando osserva che: «Si ha danno patrimoniale solo quando viene leso un bene o interesse di natura economica cioè un interesse che sia *valutabile in denaro*» (la sottolineatura è mia). In senso analogo, Manci, *La Truffa*, 1930, 135-136, Mantovani, *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, 19.

[59] Le idee del valore intrinseco dei beni (a sua volta identificato con il lavoro che è stato necessario per produrli: cd. teoria del *valore-lavoro*) e dello scambio a condizione di pari valore economico, trovano origine in Adam Smith, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, p. 32, ove si afferma che i beni «contengono il valore di una certa quantità di lavoro che noi scambiamo con ciò che in quel momento si ritiene ne contenga una quantità uguale», e fu ripresa già nell'opera di Ricardo, *Sui principi dell'economia politica e della tassazione*, 7. Sugli ulteriori sviluppi, si veda una breve ma efficace sintesi critica in Bollettino, *Valore e Scambio: tre diversi approcci*, 13 settembre 2007, in *www.ariannaeditrice.it*, ovvero, più diffusamente, Cingoli, *La teoria del valore-lavoro dopo Sraffa*, 2006. L'idea del valore intrinseco delle cose appare, tuttavia, già quantomeno implicita nella teoria dello *scambio equo* elaborata da Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 8 e ripresa da Tommaso d'Aquino, *Somma Teologica, II-II, q. 77*, secondo cui lo scambio avviene perché il valore delle cose in questione *si equivale*. Per una serrata critica all'idea del valore intrinseco delle cose, evidenziando che, invero, si tratta di un dato solo *soggettivo*, v. Rothbard, *Contro Adam Smith*, 2007, 77 s., Rothbard, *I contributi fondamentali di Ludwig Von Mises*, 1973, 67 s., Leoni, *Il "Capitale" di Carlo Marx, cent'anni dopo*, 1966, 257s.

individuali, che si traducono nel concetto di *utilità soggettiva*[60], la quale, peraltro, non necessariamente esprime anche un apprezzabile *valore monetario*. L'utilità soggettiva, infatti, corrisponde a ciò che la dottrina economica ha tradizionalmente definito come *valore d'uso*, distinguendolo ma non contrapponendolo al *valore di scambio*[61], nel senso che la valutazione soggettiva dell'utilità di un bene ne determina un maggiore o minore *valore d'uso*, e questo, a sua volta, incidendo sul livello, maggiore o minore, della relativa domanda, concorre a determinare, secondo «quella legge venerabile e eternamente vera, la legge della domanda e dell'offerta»[62], il prezzo del bene (o valore monetario, appunto), che, a sua volta, esprime il cd. *valore di scambio* (o *valore di mercato*)[63].

---

[60] È stato giustamente osservato (Von Mises, *L'azione umana*, 1949, 161-163; il corsivo è mio) che «le cose sono valutate *esclusivamente* in base alla loro utilità», cioè all'attitudine che il singolo individuo riconosce ad esse «come mezzi per la rimozione di un disagio». A fronte di ciò, l'individuo non compie mai «un giudizio accademico o filosofico concernente il valore "assoluto"», di questo o di quell'altro bene: «Ciò che soltanto conta per la sua scelta effettiva è se, nelle condizioni esistenti, egli considera la soddisfazione diretta o indiretta che *ad esempio* cento once di oro potrebbero dargli maggiore o minore della soddisfazione diretta o indiretta che potrebbe ottenere *ad esempio* da cento tonnellate di ferro». In breve, «Si limita a scegliere fra due soddisfazioni, di cui non può allo stesso tempo beneficiare». In termini del tutto analoghi, cf. Menger, *La teoria del denaro*, 1871, 32, Von Mises, *Il calcolo economico*, 1944, 51-52, Butler E., *La scuola austriaca di economia*, 2014, 34-35, nonché Robinson, *Ideologie e scienza economica*, trad. it., 1966, cit., in Gatto, Miagliardo, *L'essenziale della microeconomia*, 2012, 35: «quello di utilità è un concetto metafisico di una circolarità inafferrabile; l'utilità è quella qualità dei beni che fa sì che gli individui desiderano acquistarli, e il fatto che gli individui desiderano acquistare i beni dimostra che questi hanno utilità». Ad un più alto livello sapienziale, Giovanni Crisostomo, *Commento a Giobbe*, affermava: «Per questo motivo Dio ci ha creati nudi in origine e ci ha fatto mortali perché anche così sappiamo che ciò che ci circonda rimane al di fuori di noi. Perciò ce ne andremo così laggiù; perciò *le ricchezze sono chiamate beni d'uso* in quanto ci sono date per farne uso qui» (la sottolineatura è mia).

[61] La distinzione tra *valore d'uso* e *valore di scambio* appare già in Aristotele, *Politica*, I, 9, ed è ripresa da Adam Smith, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, p. 31 e da Ricardo, *Sui principi dell'economia politica e della tassazione*, 7. Sull'argomento, si vedano anche Rothbard, *Contro Adam Smith*, 2007, 77 s. (*La teoria del valore*), nonché Von Mises, *L'azione umana*, 1949, 445 (*Lo scambio indiretto*).

[62] Rothbard, *Cosa ha fatto lo Stato con i nostri soldi*, 1963, 26.

[63] Rothbard, *I contributi fondamentali di Ludwig Von Mises*, 1973, 70-72, Leoni, *Il "Capitale" di Carlo Marx, cent'anni dopo*, 1966, 268 s., nonché Rothbard, *Contro Adam Smith*, 2007, 77 s., il quale, peraltro, opportunamente segnala come, a partire da Adam Smith, la scienza economica moderna abbia a lungo smarrito la consapevolezza della forte incidenza dell'*utilità soggettiva* nei meccanismi di formazione dei prezzi, cioè della profonda connessione tra *valore d'uso* e *valore di scambio*. Eppure si trattava di concetti già magistralmente elaborati – sviluppando le intuizioni di Aristotele, riprese da Tommaso nella *Summa* nonché nel suo *Commento alla Politica di Aristotele* – dai teologici medievali di scuola francescana, come evidenziato da Bazzichi, *Alle radici del capitalismo*, 2010, 105, che segnala i contributi di Autori come Pietro di Giovanni Olivi (1248-1298), Antonino da Firenze (1389-1459) e Bernardino da Siena (1380-1444) o lo stesso Giovanni Duns Scoto (1266-1308), nel suo *Opus Oxoniense*. Per le opportune precisazioni in ordine al rapporto tra prezzo di mercato e valore di scambio, v. Butler, *La scuola austriaca di economia*, 2014, 47 e, più diffusamente, Menger, *La teoria del denaro*, 1871, 56 s. Sulla legge della domanda e

Dal valore soggettivo dei beni deriva, con ogni evidenza, che le stesse operazioni di scambio avvengono non, come si afferma comunemente, sulla base di una supposta *equivalenza economica* delle reciproche prestazioni, ma proprio perché ciascuna delle parti dello scambio, effettuando una valutazione del tutto soggettiva dell'utilità dei beni coinvolti, considera per sé *più utile* e, quindi, di maggior valore, il bene che acquista (ad es. un chilo di pane) rispetto al bene che cede (ad es. una certa somma di denaro)[64].

Ne consegue che un soggetto – ogni qual volta viene costretto, mediante violenza o minaccia, a privarsi di un certo bene (si pensi ancora a una data somma di denaro, che deve versare a titolo di prezzo o di salario) scambiandolo con quello fornitogli dall'altrui prestazione, lì dove, in assenza di costrizione, non avrebbe effettuato lo scambio – si ritrova innegabilmente a subire il danno patrimoniale derivante dal *minor valore soggettivo* della controprestazione ricevuta rispetto alla prestazione che ha dovuto eseguire[65]. Ciò significa che le cennate formule giurisprudenziali che si richiamano al carattere «non necessario» di un'assunzione ovvero, più ampiamente, alla lesione dell'autonomia negoziale del soggetto passivo, sono sostanzialmente corrette ma imprecise. Esse, infatti, non chiariscono che l'unico criterio economicamente fondato per valutare la necessità di un'assunzione è quello dell'*utilità soggettiva* e, più in generale, non colgono che, nella lesione dell'autonomia negoziale, è insito *di regola* anche il danno economico, poiché la vittima che ha effettuato lo scambio solo perché oggetto dell'altrui condotta minacciosa o violenta (o ingannevole, in caso di truffa), evidentemente considerava l'operazione in termini non necessari o, comunque, non vantaggiosi per sé, ma di *perdita di utilità*, ed è in questa perdita che consiste, per l'appunto, la

dell'offerta, v. Besanko, Braeutigam, *Microeconomia*, 2020, 19 s., Gatto, Migliardo, *L'essenziale della microeconomia*, 2012, 95 s.

64 In tal senso, Rothbard, *Cosa ha fatto lo Stato con i nostri soldi*, 1963, 13: «Chiaramente uno scambio volontario si verifica perché entrambe le parti se ne attendono un beneficio. Uno scambio è un accordo tra A e B per trasferire beni o servizi di un individuo per i beni e i servizi dell'altro. Ovviamente entrambi ne beneficiano perché ognuno valuta quello che riceve in cambio più di quello che cede... Da Aristotele a Marx, gli uomini [*rectius*: gli studiosi, giacché l'uomo comune, consapevolmente o meno, ha sempre nei fatti evitato tale equivoco] hanno erroneamente creduto che uno scambio richieda una sorta di eguaglianza di valore, che se un barile di pesce è scambiato per dieci travi, c'è qualche sorta di sottostante *uguaglianza* tra di loro. In realtà lo scambio è stato fatto proprio perché ogni parte ha valutato i due prodotti *differentemente*». Negli stessi termini, v. Leoni, *Il "Capitale" di Carlo Marx, cent'anni dopo*, 1966, 268, Menger, *La teoria del denaro*, 1871, 32, nonché Von Mises, *L'azione umana*, 1949, 447-448.

65 Richiamando la già segnalata corrispondenza reciproca tra le fattispecie dell'estorsione e della truffa (v. *retro* nota 55), non appare superfluo evidenziare che le considerazioni appena svolte in ordine al danno valgono, non solo per l'estorsione contrattuale, ma anche per la cd. *truffa contrattuale*, con la differenza che, nel primo caso, si tratta di costrizione mediante violenza o minaccia ed il soggetto passivo è già consapevole di non aver un interesse sufficiente (o di non aver affatto interesse) alla controprestazione che gli viene offerta, mentre, nel caso della truffa, la condotta tipica dell'agente consiste negli *artifizi e raggiri*, a fronte dei quali la vittima, cadendo in errore, è indotta a credere, almeno inizialmente, che lo scambio sia per lei vantaggioso.

deminutio patrimoni[66]. Ovviamente, tale perdita, necessaria e sufficiente per ravvisare la lesione patrimoniale, dovrà essere valutata anche sotto il profilo dell'ulteriore nozione del *valore di scambio*, ma ciò ai soli fini della quantificazione monetaria del risarcimento del danno materiale[67]. Sotto questo profilo, il valore monetario potrà anche rivelarsi di entità minima o nulla[68], cionondimeno il danno patrimoniale, inteso come perdita di utilità soggettiva, potrà escludersi a sua volta soltanto qualora risulti *del tutto indifferente* per il soggetto passivo che lo scambio sia avvenuto alle condizioni e con la controparte che gli sono state imposte[69]. Dunque, la formula giurisprudenziale del danno *in re ipsa* (il cui ampio significato assorbe l'ulteriore criterio dell'assunzione non necessaria)[70] va perfezionata in questi termini: non è la lesione in sé dell'autonomia negoziale a rilevare ai fini della produzione del danno, ma il decremento di utilità soggettiva che ad essa *normalmente* consegue, salvo il limite, come si è detto, della cennata situazione di assoluta *indifferenza economica*. Peraltro, tale formula, così riformulata, è posta al riparo dalla diffusa obiezione dottrinale secondo cui essa avrebbe determinato l'indebito mutamento dell'oggetto giuridico del reato, identificabile non più nel patrimonio ma nella libertà contrattuale[71].

---

[66] Sembra cogliere, invece, lucidamente l'essenza del danno patrimoniale come decremento dell'*utilità soggettiva* una risalente pronuncia di legittimità (Cass. 11 maggio 1973, n. 2704, Rv. 126643), secondo cui: «In tema di truffa cosiddetta contrattuale... la sussistenza del danno patrimoniale non è limitata all'ipotesi di palese squilibrio fra i valori delle controprestazioni ma si estende a quella dell'equivalenza fra il valore della cosa ricevuta e il prezzo pagato a seguito della conclusione del negozio per effetto dell'errore indotto mediante artifizi o raggiri; in tal caso, il danno derivante dallo scambio di un bene con un altro è rappresentato dal pregiudizio di ordine economico, per il soggetto passivo, rappresentato dall'acquisto di cose non indispensabili, anteponendo, nella gerarchia dei valori e nella priorità delle esigenze cui destinare il danaro disponibile, l'acquisto di cose prive di concreta utilità nei confronti di più urgenti necessità da soddisfare».

[67] Non deve sfuggire, quindi, la netta distinzione concettuale tra *danno patrimoniale* e *danno risarcibile*: non tutti i danni patrimoniali sono anche risarcibili, ciò dovendosi escludere nel caso in cui la lesione afferisca a beni (bensì caratterizzati da un più o meno elevato *valore d'uso*, e tuttavia) privi di apprezzabile valore di scambio (si pensi ai beni di mero valore affettivo); parimenti, non ogni danno risarcibile attiene alla lesione del patrimonio, appartenendo anche alla sfera dei danni morali o alla lesione di diritti di natura personale.

[68] Sui beni di mero valore affettivo o, comunque, privi o quasi del tutto privi di valore monetario, e sulla loro corretta qualificazione come beni economici, v. Nesso, *L'estorsione contrattuale*, in *Gazzetta Forense*, marzo-aprile 2021, parag. 2.1, 276 s.

[69] Si pensi al gestore di un bar che si veda costretto con minaccia a servire alcolici a persona palesemente ubriaca, che, tuttavia, offra di pagare *immediatamente* il prodotto allo stesso prezzo praticato al pubblico. A conclusione opposta dovrebbe, invece, pervenirsi qualora l'agente pretendesse di acquistare *a credito*, nel qual caso – come in ogni ipotesi di assunzione a lavoro o di qualunque altro rapporto di durata – l'identità del debitore non potrebbe mai considerarsi indifferente, se non altro per la sua maggiore o minore affidabilità.

[70] Nel senso che, se il danno deve ritenersi implicito nel fatto stesso della stipula coartata, *a fortiori* il danno non può certo escludersi quando la controprestazione sia del tutto inutile per il coartato.

[71] Per tutti, Barillà, *Estremi del danno e del profitto*, 2003, 1537 s.

Di contro, non appare in alcun modo recuperabile la formula dottrinale dello squilibrio contrattuale, troppo dipendente dal preteso valore *oggettivo* dei beni economici. Né si obietti che, in tal modo, ponendo l'accento sul criterio dell'*utilità soggettiva*, si finisca per ancorare la punibilità del fatto «al *capriccio* della vittima»[72], così da minare lo stesso *principio di tassatività* (e le sottese esigenze di *certezza giuridica*) delle fattispecie di reato fondate sul concetto di danno patrimoniale[73]. Ed, invero, a tale obiezione può agevolmente replicarsi osservando: in primo luogo, l'indubbia elasticità del concetto di utilità soggettiva, che inevitabilmente imporrà un giudizio caso per caso, non può essere addotta come valido motivo per inseguire un preteso *valore oggettivo* delle cose, in realtà inesistente o, comunque, non rilevante nell'ambito delle scelte economiche individuali; in secondo luogo, tutti in dottrina, persino i sostenitori del valore oggettivo, non mancano di sottolineare la necessità di far ricorso, accanto al criterio monetario, anche a «criteri particolaristici» in grado di far emergere «la valutazione soggettiva del disponente» e con essa «un valore diverso...[rispetto a quello rigorosamente monetario] più particolaristico... commisurato al raggiungimento di speciali effetti o risultati, determinando così un fenomeno di *soggettivizzazione* che trasforma il valore economico [*rectius*: monetario] in interesse individuale»[74], salvo poi dover precisare, nella preoccupazione di porre un limite ad «un esasperato soggettivismo»[75], che la valutazione individuale dev'essere sottoposta al vaglio in base al «comune senso pratico»[76] o «al *giudizio ragionevole di un osservatore obiettivo*»[77] oppure «secondo il metro della considerazione sociale»[78] o, ancora, «secondo i normali canoni di considerazione

[72] In questi termini, Sammarco, *La truffa contrattuale*, 1970, 39, ripreso anche da Barillà, *Estremi del danno e del profitto*, 2003, 1539. Parimenti Fiandaca, Musco, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, 192, lamenta il pericolo che, a dar rilievo all'utilità soggettiva del bene, «si finirebbe con l'accordare tutela penale al capriccio e all'arbitrio di ognuno».

[73] In tal senso, Mantovani, *Delitti contro il Patrimonio*, 22.

[74] Sammarco, *La truffa contrattuale*, 1970, 34, 36.

[75] Sammarco, *La truffa contrattuale*, 1970, 37.

[76] Sammarco, *La truffa contrattuale*, 1970, 36.

[77] Fiandaca, Musco, *I delitti contro il patrimonio*, 2015, 192.

[78] Pagliaro, *Truffa e danno patrimoniale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 1204-1205: ai fini della valutazione del danno patrimoniale, «Il momento oggettivo è sempre predominante... Non bisogna, però, neppure cadere nell'eccesso opposto, di accogliere una nozione di danno così rigorosamente oggettiva, da escludere ogni rapporto con la situazione concreta del soggetto titolare dell'interesse. *Vero è che il danno è lesione di un bene; ma il bene è tale, come insegnano le leggi economiche, in quanto è dotato di utilità per un soggetto*. Di conseguenza, il soggetto resta il punto di riferimento per accertare il danno; ma la valutazione, anziché essere quella subiettiva del singolo, è *quella della collettività... secondo il metro della considerazione sociale*" (la sottolineatura è mia).

e di apprezzamento sociale»[79] o di «una generalità di soggetti»[80], o di «un sentimento diffuso o apprezzato dai consociati»[81] o, persino, del fantomatico "uomo medio"[82]. Orbene, non occorre un particolare accanimento critico per rilevare l'assoluta vaghezza di tutte le suddette formule, il cui unico, prevedibile effetto sarebbe, se prese alla lettera, quello di sostituire, al paventato capriccio dell'interessato, l'arbitraria valutazione dell'interprete. In realtà, non può essere impedito ad un soggetto di attribuire una certa utilità per sé a determinate cose, né, per quanto questa valutazione possa essere eccentrica (si pensi al collezionista di cose prive di valore monetario, per es. di tappi di bottiglie), tali cose possono legittimamente essere escluse dal novero dei beni economici: valore economico non vuol dire necessariamente valore monetario, e mentre quest'ultimo dipende dal valore di scambio e si determina sul mercato secondo la legge della domanda e dell'offerta, il primo si fonda sul valore d'uso, che, per sua natura, *è del tutto soggettivo*[83].

5. Conclusioni alla luce della corretta definizione delle nozioni di minaccia penalmente rilevante e di danno patrimoniale.

I chiarimenti fin qui proposti sui concetti di *minaccia penalmente rilevante* (intesa come il preannuncio, da parte dell'agente, di *voler commettere un reato* contro il soggetto passivo)[84] e di *danno patrimoniale* (definito come perdita di *utilità soggettiva*) sembra possano contribuire a delineare in

[79] Militello, *Patrimonio*, 1995, 4. In termini analoghi, Cesaris, *In tema di condotta e danno nel reato di truffa*, in *Indice pen.*, 1977, 122, il quale, rapportandosi ad una sentenza di legittimità del 1963, *ivi* compiutamente citata, osserva: «...pur facendo sempre riferimento al soggetto passivo, si deve tener conto della *valutazione obiettiva della collettività*; in parole più semplici: si deve valutare, secondo le esperienze proprie della collettività... se un danno si sia verificato» (la sottolineatura è mia).

[80] Cortese, *La struttura della truffa*, 1968, 219.

[81] Mantovani, *Delitti contro il Patrimonio*, 2016, 22, secondo cui «la *strumentalità patrimoniale meritevole di tutela*» andrebbe accertata «con parametri *oggettivo-soggettivi*».

[82] Cortese, *La struttura della truffa*, 1968, 216.

[83] A fronte di tale valutazione soggettiva, il compito dell'interprete e, segnatamente, del giudice, sarà semplicemente quello di accertare, caso per caso, se il soggetto passivo avesse destinato la cosa di cui lamenta la lesione (ad es. perché gli è stata sottratta) ad una propria soggettiva utilità, ravvisando, in tal caso, la *deminutio patrimonii* (intesa, per l'appunto, come perdita di utilità soggettiva) e procedendo a verificare se essa risulti altresì risarcibile in quanto corrisponda ad un certo valore di mercato, che, in realtà, potrebbe anche risultare quasi o del tutto nullo (come nell'esempio della collezione di tappi). Quanto all'ipotesi che la valutazione soggettiva risulti viziata da un'eventuale accertata psicopatologia, quale potrebbe essere, ad es., quella del cd. *accumulatore compulsivo* (in argomento, v. DSM-5, p. 271s., che lo inquadra tra i disturbi ossessivo-compulsivi), il giudice dovrà pur sempre distinguere tra cose che sono realmente utili al soggetto in questione (si pensi agli utensili da cucina dell'accumulatore) da quelle che sono per lui stesso del tutto inutili (come i meri rifiuti di cui l'accumulatore evita patologicamente di disfarsi).

[84] Si tratta delle più comuni forme di minaccia, del tipo: "*Ti ammazzo*" (ove si minaccia l'omicidio), "*Ti rompo la testa*" (ove si minaccia un'aggressione fisica), "*Ti brucio la casa*" (ove si minaccia un danneggiamento), ecc.

termini molto più precisi la fattispecie dell'estorsione e il relativo ambito di operatività. Si è già visto che le incertezze definitorie in tema di minaccia[85] ne hanno alimentato un'indebita e incerta elefantiasi, tale da mettere a rischio valori fondanti come il principio di legalità e la stessa concezione analitica del reato. Al contrario, la qualificazione della minaccia come *minaccia di commettere un reato* assicura un immediato e limpido criterio operativo per l'interprete (in primo luogo, il giudice), che potrà ravvisarne la sussistenza – come fatto delittuoso punito *ex se* ovvero come elemento di una più ampia fattispecie complessa – tutte le volte in cui l'agente prospetta alla vittima di commettere un reato ai suoi danni. In questo modo, l'accertamento giudiziale del reato non è ancorato a generiche formule, che ossequiano il principio di legalità solo formalisticamente, ma alla verifica se il male prospettato dall'agente corrisponda o meno ad una qualche fattispecie di reato delineata da una determinata norma incriminatrice, in ciò consistendo molto semplicemente il necessario requisito dell'*ingiustizia*.

Ma non meno importante appare il contributo che una più chiara nozione di danno patrimoniale può arrecare non solo sul piano teorico ma anche dal punto di vista pratico, ad oggi segnato da una giurisprudenza non poco ondivaga nel tracciare *in concreto* la distinzione tra ipotesi di estorsione contrattuale e ipotesi di violenza privata[86]. Così, ad esempio, in una pronuncia del 2013, il S.C., richiamandosi al filone interpretativo del danno implicito, addirittura qualificandolo espressamente come *ius receptum*, censurava il giudice di merito, su ricorso del Procuratore Generale, annullando con rinvio la sentenza impugnata per aver riqualificato come mera minaccia l'intimidazione volta ad ottenere l'assunzione di un dipendente originariamente contestata all'imputato come tentata estorsione[87]. Esattamente al contrario, in altro e più recente arresto, la Cassazione accoglieva la doglianza dell'imputato sul presupposto che le sentenze di condanna a suo carico (di primo e di secondo grado) non avevano adeguatamente dato conto della natura eventualmente "non necessaria" dell'assunzione imposta al soggetto passivo[88].

---

85 V. *retro* parag. 2. Per le analoghe difficoltà relative al concetto di *violenza*, v. Nesso, *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, 955 s.

86 Sul pianto teorico, il distinguo tra estorsione e violenza privata è pacificamente fondato sul *danno patrimoniale* e sull'*ingiusto profitto*, che evidentemente caratterizzano, come elementi *specializzanti*, la prima fattispecie rispetto alla seconda, posta più genericamente a tutela della *libertà di autodeterminazione* del soggetto passivo (in questi termini, Cass. 22 aprile 1993, n. 1683, Rv. 194418). Cf. anche Cass. 28 settembre 2011, n. 38661, Rv. 251052, Cass. 17 maggio 2019, n. 27555, Rv. 276118. e. con specifico riferimento all'*ingiusto profitto*, Cass. 6 dicembre 2019, n. 50733, Rv. 277718. Per la dottrina, v. per tutti, trattandosi di questione assolutamente pacifica, Mantovani, *Estorsione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 7, Barillà, *Estremi del danno e del profitto*, 2003, 1537 s.

87 Cass. 28 novembre 2013, n. 48461, Rv. 258168.

88 Cass. 20 gennaio 2016, n. 8639, Rv. 266079.

Ebbene, siffatte incertezze, dismessi gli evanescenti concetti di assunzione *non necessaria* e di *squilibrio sinallagmatico*[89], appaiono facilmente superabili alla luce del criterio dell'*utilità soggettiva*, per effetto del quale l'accertamento giudiziale della sussistenza dell'estorsione contrattuale risulterebbe del tutto semplificata dal punto di vista concettuale e probatorio, dovendo il giudice verificare semplicemente se la controprestazione ottenuta dal soggetto passivo corrisponda o meno a quanto avrebbe potuto *indifferentemente* conseguire, in cambio della propria prestazione, da chiunque altro. Ovviamente, solo in caso di accertata indifferenza, il giudicante potrà escludere la configurabilità di un effettivo danno patrimoniale (inteso come perdita di *utilità soggettiva*) e, quindi, del reato di estorsione contrattuale, a vantaggio della più lieve ipotesi delittuosa di cui all'art. 610 c.p.[90].

In conclusione, non pare superfluo osservare che una più precisa fisionomia del reato di estorsione, se, per un verso, assicura le imprescindibili esigenze garantistiche più volte richiamate in questo lavoro, dall'altra non va a pregiudicare le legittime istanze repressive. Anzi, i chiarimenti proposti restituiscono l'estorsione contrattuale come figura finalmente dai contorni sufficientemente perspicui, così da potersi proporre come efficace ed affidabile strumento di lotta alla criminalità economica, spesso anche di matrice mafiosa[91].

---

[89] Per la critica al criterio, proposto in dottrina, dello squilibrio sinallagmatico, si è già detto sopra al parag. 4. Quanto alla diffusa formula giurisprudenziale dell'assunzione *non necessaria*, non appare superfluo evidenziare l'inaffidabilità del concetto. Ci si deve chiedere, infatti, come possa stabilirsi se una data assunzione sia o non sia "necessaria", se essa presupponga o meno l'*intuitus personae* ed in relazione a quali aspetti, ad es. in relazione soltanto alle qualità strettamente professionali ovvero anche all'aspetto fisico. Ancora una volta, il rischio è quello di sostituire, nell'apprezzamento del danno economico, i genuini criteri soggettivi e il conseguente giudizio che solo il diretto interessato può legittimamente esprimere con arbitrarie valutazioni da parte di terzi (il giudice o l'interprete in generale) asseritamente "oggettivi". Un problema analogo si è posto in tema di assunzioni carpite con l'inganno allorché l'agente sia comunque adeguatamente qualificato rispetto alle mansioni che gli sono affidate (v. Heinitz, *Il danno patrimoniale nella truffa*, in *Arch. pen.*, 1953, 360-361).

[90] Non è fuori di luogo osservare che, in tal modo, si realizza (ma in maniera concettualmente corretta) quella «semplificazione probatoria» che talvolta la dottrina (Barillà, *Estremi del danno e del profitto*, 2003, 1537) ha contestato alla giurisprudenza come una sorta di *ratio* occulta del criterio interpretativo del *danno in re ipsa*.

[91] La casistica giurisprudenziale, infatti, registra numerose ipotesi nelle quali l'intimidazione ai danni dell'imprenditore, in genere al fine di imporre determinate assunzioni, era connotata dal metodo mafioso (v. Cass. 5 febbraio 2001, n. 10463, Rv. 218433, Cass. 3 nov. 2005, n. 5639, Rv. 233837, Cass. 28 novembre 2013, n. 48461, Rv. 258168 e, più di recente, Cass. 20 gennaio 2016, n. 8639, Rv. 266079), ma, come si è visto, le decisioni adottate scontano le difficoltà concettuali ravvisabili a fondamento dei due cennati orientamenti interpretativi (del danno implicito e dell'assunzione non necessaria)

CRIPTOVALUTE: PROFILI DI RILEVANZA PENALE*

Marco Naddeo**

Sommario: 1. Il diritto penale nell'era degli 'invisibili': *Blockchain* e *cryptocurrencies*. – **2.** Criptovalute e dogmatica delle categorie nel diritto penale del sospetto. – **3.** Utilizzo illecito delle criptovalute. – **4.** Prevenzione e repressione del riciclaggio mediante criptovalute. – **4.1.** Criptoattività e autoriciclaggio: il *cyber self-laundering*. – **5.** '231' e criptovalute: la responsabilità da reato dell'ente nel riciclaggio mediante monete virtuali.

ABSTRACT

Il contributo analizza la risposta del diritto penale al crimine economico, che si avvale di tecnologie avanzate e strumenti finanziari sempre più evoluti. In tale contesto, Blockchain *e* cryptocurrencies *divengono frequentemente strumenti di realizzazione del cybercrime cui sono contrapposte nuove incriminazioni e forme di prevenzione che possono convertire il diritto penale alla logica del sospetto. La prevenzione (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231) e repressione (artt. 648-*bis, *648-*ter *e 648-*ter.*1 c.p.) del riciclaggio costituiscono un eccellente banco di prova per verificare tali criticità anche alla luce delle novità della Direttiva (UE) 2018/843 concernente la prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo. La responsabilità penale di* Exchanger *e* Wallet provider, *chiamati a rispondere di cyber (self-) laundering, viene riletta alla luce della dogmatica e dei principi fondamentali del diritto penale classico che possono favorire la corretta interpretazione delle azioni di* law enforcement *evitando le derive di un diritto penale del rischio.*

*The paper analyzes the reaction of criminal law to economic crime, which makes use of advanced technologies and increasingly advanced financial tools. In this context, Blockchain and cryptocurrencies frequently become tools for the implementation of cybercrime which are contrasted with new indictments and forms of prevention that can convert criminal law to the logic of suspicion. The prevention (d.lgs. 21.11.2007, n. 231) and repression (artt. 648-*bis, *648-*ter *e 648-*ter.*1 c.p.) of money laundering constitute an excellent test bed for verifying these criticalities by analyzing the novelties of Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing. The criminal liability of Exchanger and Wallet Provider is interpreted through the fundamental principles avoiding the criminal law of risk.*

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Professore incaricato di Diritto penale dell'economia, Università degli Studi di Salerno; Professore incaricato di Diritto penale avanzato, Università degli Studi *Link Campus University* di Roma.

1. Il diritto penale nell'era degli 'invisibili': *Blockchain* e *cryptocurrencies*.

La proporzione diretta tra sviluppo tecnologico e *crimine economico* riflette un'ulteriore, significativa relazione tra grandezze che assumono valori il cui rapporto è costante: «*più complessa diventa la società nelle sue articolazioni, più complessa tende a diventare la criminalità che ne riproduce le patologie*»[1]. Si tratta di un legame in grado di spiegare la professionalizzazione e organizzazione della criminalità economica attuale, impegnata nella massimizzazione delle opportunità (profitto), minimizzando i rischi da *law enforcement* (identificazione, arresto, confisca) [2].

Dal punto di vista penalistico è quindi utile accennare a due fenomeni la cui interpolazione genera effetti di rilevanza significativa. Ci si riferisce alla tecnofinanza o *Fintech* – vale a dire al profondo connubio tra tecnologie e nuovi modelli di *business*, che caratterizza l'innovazione finanziaria a disposizione dei nuovi operatori del mercato – e alla finanziarizzazione della ricchezza, che ha profondamente segnato il mondo bancario e l'economia in genere, aprendo nuovi orizzonti anche all'investimento delle famiglie e dei risparmiatori non professionali. Un binomio in grado di generare la "ipertrofia delle opportunità"[3] abilmente sfruttata da organizzazioni criminali proteiformi che orientano i loro comportamenti in base a *scelte razionali*, perseguendo con chiarezza e coerenza l'obiettivo del massimo profitto[4].

In tale contesto «*il mercato finanziario, altamente sensibile allo sviluppo tecnologico e all'informatizzazione, diviene il palcoscenico virtuale (dematerializzazione) calcato da nuovi attori-protagonisti (disintermediazione bancaria)*»[5], che possono contare sulla fluidità della globalizzazione e sul-

---

[1] Savona, *Criminalità organizzata – concetti e definizioni*, consultabile in *open source* al seguente link: *www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_5_1.pdf*, 1.

[2] In argomento, le lucide considerazioni di Forti, *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, in Catenacci, *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 3 ss.

[3] L'espressione è mutuata da Donato, *Diritto penale ed economia: criminalità, imprese, banche*, in Donato, Masciandaro (a cura di), *Moneta, banca, finanza. Gli abusi del mercato*, Milano, 2001, 51.

[4] Così, Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Forti (a cura di), presentazione Geis-Goff, Milano, 1987, 299 s. In argomento, si rinvia a Castaldo, Naddeo, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010, spec. 47 ss. Di recente, l'interesse della criminalità per le più moderne tecnologie e, segnatamente, per gli strumenti che consentono un rapido e invisibile passaggio di denaro come le criptovalute è evidenziato dalla Direzione Investigativa Antimafia – DIA, 26 marzo 2022, *Relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento*, I semestre 2021, 401 ss.

[5] Già in questi termini in Naddeo, *Il diritto penale dell'economia nell'era del Fintech*, in *Fintech: Law, Technology and Finance*, Bocconi Legal Papers, n. 16/2021, 127 ss. Una ricostruzione degli effetti sociali e giuridici della rivoluzione tecnologica è offerta da Picotti, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *Cybercrime*, Torino, 2019, 35 ss.; Picotti, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in Picotti (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004,

le infinite potenzialità dei sistemi informatici e telematici. È questo l'*humus* che favorisce lo sviluppo della *Blockchain* quale tecnologia alla base del funzionamento delle criptovalute (*Bitcoin, Monero, Ethereum, Stellar, Ripple* e *altcoins* in genere). Lo strumento crittografico della "catena di blocchi" garantisce l'autenticità e l'integrità della transazione, preservando l'identità del mittente che nella visione criminale può avvantaggiarsi di uno pseudo-anonimato[6] in grado di condurre alla spersonalizzazione del binomio operazione finanziaria-soggetto economico. Piegata a fini illeciti, infatti, la crittografia asimmetrica attraverso la quale scorrono i flussi di criptovaluta porta alle estreme conseguenze la de-individualizzazione della criminalità economica, sfocando la linearità dell'*iter criminis* (informazione, ideazione, esecuzione e perfezionamento) già difficilmente decodificabile per la complessità delle moderne operazioni di ingegneria finanziaria. È la nota questione della scarsa percezione sociale dei *white collar crimes* che si oggettivizza.

I nodi della *Blockchain* compromettono la struttura classica dell'azione penalisticamente intesa, costringendo il diritto criminale a fare i conti con gli "invisibili", perché a questo punto, «non solo gli oggetti del reato, ma anche i soggetti del reato sono divenuti invisibili», sicché «(...) neanche il reato, l'azione chiaramente criminale, è più visibile quale atto manifesto. Il diritto penale non tratta più dell'autore che entra in un conflitto personale con la vittima o con la società. Il diritto penale deve reagire a processi disfunzionali»[7].

2. Criptovalute e dogmatica di categorie nel diritto penale del sospetto.

Non è revocabile in dubbio che l'intrinseca *opacità* che le caratterizza faccia delle criptovalute un potenziale strumento per chi abbia interesse a riciclare proventi di origine illecita riducendo i rischi di tracciabilità e conseguente identificazione del soggetto agente. D'altra parte, le *cryptocurrencies*

56 ss. Sul *locus commissi delicti*, il riferimento è a R. Flor, *I limiti del principio di territorialità nel "cyberspace". Rilievi critici alla luce del recente orientamento delle sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1296 ss.

6 Amato, Fantacci, *Per un pugno di* Bitcoin, Milano, 2016, 3.
Sebbene alla base delle transazioni in criptovaluta siano poste chiavi trasmesse in flussi pubblici astrattamente riconducibili a una persona, dalla prospettiva investigativa "*non c'è modo di risalire alla loro vera identità, né a quella digitale (un indirizzo IP, un indirizzo e-mail), né tanto meno a quella fisica. Tutto quello che si può fare per cercare di individuare gli utenti bitcoin è monitorare un singolo indirizzo e da queste informazioni tentare di riuscire a identificare possibili possessori dell'indirizzo. La possibilità di risalire alle identità che si celano negli account è però fortemente depotenziata dalla possibilità per gli utenti di ottenere un nuovo indirizzo bitcoin per ogni transazione*", letteralmente Laudati' *Prefazione*, in Razzante' *Bitcoin e criptovalute. Profili fiscali, giuridici e finanziari*, Rimini, 2018, 8.

7 Volk, *Criminalità organizzata e criminalità economica*, in Moccia (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999, pp. 364 ss.

sono il naturale sbocco del *cybercrime* e possono costituire lo strumento di elezione per gli acquisti nei mercati illegali del *darkweb* o per altri usi illeciti.

Procediamo per gradi.

Il proliferare delle criptovalute e la diffusione generalizzata di questo strumento tra i consociati le rende, al contempo: *i)* bersaglio di condotte predatorie, *ii)* 'moneta' di scambio, *iii)* strumento di realizzazione dell'illecito. Insomma, i *crypto-assets* possono essere variamente inquadrabili nella struttura prismatica del fatto tipizzato: da *oggetto materiale* della condotta illecita a *prezzo*, *prodotto* o *profitto* del reato, finanche a forma di manifestazione ovvero nota modale di perpetuazione dell'illecito penale. Da questo punto di vista, possono registrarsi due livelli di operatività delle criptovalute: il primo è quello in cui la criptovaluta assume le sembianze di mezzo alternativo alla moneta tradizionale; essa può manifestarsi come il valore trasferito in pagamento per l'acquisto di materiale illecito nel mercato reale o virtuale ovvero può costituire tanto il *target* delle condotte illecite (attacchi a piattaforme di *Exchange* o *Wallet Provider*) quanto il risultato da esse ottenuto sotto forma di prodotto di schemi estorsivi *cyber* (come nel caso di *ransomware*) o *non-cyber* (es. ricatti sessuali). Il secondo livello eleva la criptovaluta a tratto caratterizzante della fattispecie criminosa, richiamando alla mente il suo utilizzo in ambito *malware* (es. *clipboard malware*, *mining botnet*) e il *cyberlaundering* che, sfruttando l'anonimato delle transazioni e la natura ubiqua delle monete virtuali, rappresenta il rischio più elevato della *peer to peer e-money* (così S. Nakamoto ha definito il *Bitcoin*)[8].

A confermarlo, il *report* dell'*Internet Cybercrime Centre* (EC3) di Europol[9] che rivela il rapporto di proporzione diretta tra la capitalizzazione del mercato delle criptovalute e lo sviluppo del *cybercrime*, che si riflette di conseguenza sul riciclaggio digitale c.d. integrale. In tale contesto, il crimine può avvalersi dei servizi di *mixing* (noti anche come *cryptocurrency tumbler*) e sfruttare sofisticate tecniche di trasferimento della valuta virtuale che, utilizzando conti di rimbalzo (conti *bounce*) o collettori (conti *pool* o *pot*) in combinazione con la tecnologia *Blockchain* rendono quasi impossibile la ricostruzione dei passaggi intermedi [tra fase di ingresso (*gateway*) e uscita (*withdrawing*)], garantendone l'anonimato[10]. In queste circostanze, la curvatura criminosa delle proprietà della criptovaluta le consentono di interpretare a pieno la nota decettiva della fattispecie a forma vincolata, esprimendo esattamente il nucleo di offensività proprio del «riciclaggio».

---

[8] Un'analisi organizzata della casistica maggiormente rappresentativa è offerta da Accinni, *Cybersecurity e criptovalute. Profili di rilevanza penale dopo la quinta direttiva* in *Sistema penale*, n. 5/2020, 215 ss.

[9] Il riferimento è all'*Internet Organised Crime Threat Assessment* (IOCTA) 2017, fruibile sul portale istituzionale al link seguente: *www.europol.europa.eu*.

[10] Approfondimenti in Calzone, *Servizi di mixing e Monero*, in *Gnosis*, 28 luglio 2017, in *open source* al sito istituzionale del SISR *https://www. sicurezzanazionale.gov.it*.

Sul piano tecnico, può ricavarsene un dato non trascurabile: le criptovalute rivelano la natura di attività «*"a doppio uso": vale a dire non* di per sé *illecite, ma che* possono *essere e sono per lo più utilizzate per scopi illeciti, sistematicamente ed efficacemente, non solo occasionalmente*»[11].

La bidimensionalità che consente di declinare lo strumento in questione secondo il paradigma lecito-illecito è la ragione che dovrebbe contenere il dilagare delle logiche del *sospetto* e l'affermarsi di un diritto penale rivolto al *rischio*, anziché al *fatto*[12]. In tal senso, una funzione fondamentale è quella svolta dalle categorie del diritto penale classico (pericolo e causalità, *in primis*)[13], in grado di ristabilire la proiezione della condotta (da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto) in termini offensivi. Anziché cedere agli automatismi della presunzione, per dirsi penalmente rilevante l'impiego di criptovalute deve puntare a un risultato dannoso o pericoloso, impedendosi in questo modo lo slittamento epistemologico dalla prevenzione alla precauzione che può condurre a una dogmatica del rischio (nomologicamente) incerto.

Qualche dubbio è generato dall'indice di sospetto che il sistema sembra implicitamente attribuire all'utilizzo della criptovaluta. Depongono in tal senso gli *schemi di comportamenti anomali* e gli obblighi di comunicazione della propria operatività al Ministero dell'Economia e delle Finanze, gravanti sui prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale ai fini dell'efficiente popolamento della sezione speciale di cui al comma 8-*bis* dell'art. 17-*bis*, D. Lgs. 141/2010. Insomma, la *cryptocurrency* sembra di per sé giustificativa dei "*ragionevoli motivi per sospettare*" e, dunque, il suo impiego potrebbe indurre gli obbligati a spiccare una s.o.s. (segnalazione di operazione sospetta) ogni qualvolta ne riscontrino l'utilizzo nelle operazioni oggetto di adeguata verifica (se non altro agendo in funzione 'difensiva' per sterilizzare i rischi sanzionatori derivanti dall'inosservanza delle relative disposizioni). A confermarlo è la stessa analisi qualitativa delle segnalazioni, come rappresentata dal Direttore della UIF nel corso della *Presentazione del rapporto annuale dell'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia*[14].

---

[11] Letteralmente, Picotti, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *Riv. trim. dr. pen. ec.*, 3-4/2018, 605.

[12] In argomento, per tutti Castaldo, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1096 ss. (in particolare 1102), per cui "*l'intenzionalità dell'offesa, tipica dell'illecito doloso, abbassa il quorum di rischi che l'ordinamento è disposto a tollerare, ampliando così l'area del rischio significativo, imputabile all'autore*"; Militello, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, vol. II, *Essays in English, German, French, and Italian*, Athens, 2017, 223 ss.

[13] Castronuovo, *Le sfide della politica criminale al cospetto delle generazioni future e del principio di precauzione: il caso OGM*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 3/2013, pagg. 402 ss.

[14] Clemente, *Presentazione del Rapporto Annuale dell'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (anno 2017)*, in *www.uif.it*, 5. In argomento, Messina, *Bitcoin e riciclaggio*, in *Norme, regole e prassi nell'economia dell'antiriciclaggio internazionale*, a cura di Quattrociocchi, Torino, 2017, 381

Al contrario, il principio di offensività può segnare la misura oltre la quale non è possibile espandere il diritto penale del rischio[15], espungendo da tale perimetro le opzioni normative fondate sulla precauzione, che «non sembrano comunque riconducibili alla consueta tecnica di normazione del pericolo astratto o presunto, la cui struttura teleologica rimanda pur sempre alla disponibilità di leggi scientifiche o regole di esperienza "corroborate"»[16].

3. Utilizzo illecito delle criptovalute.

È innegabile che l'informatizzazione di gran parte dei rapporti economici (e sociali) abbia elevato il concetto di *sicurezza informatica* a interesse primario pretendendo un proporzionale irrobustimento del presidio penalistico, chiamato a garantirne l'affidabilità anche mediante l'introduzione di nuove *modalità di lesione* che contemplino le attività criminali aventi ad oggetto gli strumenti di pagamento elettronici e virtuali[17]. Il livello di protezione è stato rafforzato e, grazie anche all'impulso del legislatore comunitario (da ultimo con la direttiva UE 2019/713)[18], oggi prevede l'incriminazione di condotte che vanno dall'indebito utilizzo e falsificazione della criptovaluta, all'acquisizione illecita e all'impiego della stessa (anche per finalità di riciclaggio), fino al trasferimento fraudolento, arrivando a punire la detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti *strumenti di pagamento diversi dai contanti*[19] ovvero l'abusi-

---

ss.

[15] Sulla ipertrofia del diritto penale, Paliero, «Minima non *curat praetor*». Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985, *passim*; Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 207 ss., nonché 310 ss.

[16] D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato, «I libri»* di *Archivio penale*, VIII, Roma, 2012, pagg. 40 ss. L'Autore analizza il principio di precauzione come "fattore espansivo" del diritto penale, traendone conferme nelle legislazione e nella giurisprudenza penale, rimarcando anche qualche sorprendente «*smentita, almeno parziale, nella concreta gestione giurisprudenziale di alcune discipline legislative fortemente sensibili all'approccio precauzionale, là dove il principio in questione entri in conflitto con i principi penalistici classici: in particolare, legalità, offensività,* ultima ratio, *personalità-colpevolezza*».

[17] Pone il bene della integrità e sicurezza informatica in posizione strumentale alla tutela di altri beni giuridici finali, Picotti, *Cybersecurity: quid novi?*, in *Diritto di internet*, 2020, 11 ss.; l'approccio europeo è investigato da Flor, *Cybersecurity ed il contrasto ai cyber-Attacks a livello europeo: dalla CIA-Triad Protection ai più recenti sviluppi*, in *Diritto di internet*, 2020, 460 ss.

[18] La Direttiva UE 2019/713 relativa alla *lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti* ha trovato attuazione in Italia con il Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 184, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 284 del 29 novembre 2021 ed entrato in vigore il 14 dicembre 2021. Per un commento alla Direttiva in questione, Vadalà, *La disciplina penale degli usi e degli abusi delle valute virtuali*, in *Diritto e internet*, n. 3/2020, 397 ss.

[19] Dal punto di vista nozionistico, è opportuno precisare che in base all'art. 2 della Direttiva UE 2019/713 "*si intende per: a) «strumento di pagamento diverso dai contanti» un dispositivo, oggetto o record protetto immateriale o materiale, o una loro combinazione, diverso dalla moneta a corso legale, che, da solo o unitamente a una procedura o a una serie di procedure, permette al titolare o all'utente di trasferire denaro o valore monetario, anche attraverso mezzi di scambio*

vo esercizio dei "*prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale*", cui sono ascrivibili anche le violazioni dei cc.dd. obblighi antiriciclaggio.

Insomma, un complesso reticolo sanzionatorio caratterizzato da una tutela multistrato, i cui livelli superficiali – più distanti dal nucleo valoriale da preservare – rivelano un'ispirazione 'preventiva' da condizionare all'effettivo pregiudizio dell'interesse tutelato (anche in termini di semplice messa in pericolo) per evitare il progressivo svuotamento dei contenuti dell'offesa e la temibile regressione al *funzionalismo penale*[20].

Agli illeciti immediatamente riconducibili alla criptovaluta deve poi aggiungersi la «*possibile connessione con fenomeni criminali caratterizzati dall'utilizzo di tecnologie informatiche quali* phishing *o* ransomware*, con truffe realizzate attraverso siti Internet o clonazione di carte di credito, ovvero al sospetto di reimpiego di fondi derivanti da attività commerciali non dichiarate, spesso svolte online. Rilevano, altresì, gli acquisti di* Virtual asset *con fondi che potrebbero derivare da frodi, distrazioni di fondi o schemi piramidali*»[21].

Naturalmente, gran parte di tali condotte risultano sussumibili già nella modellistica sanzionatoria dei reati informatici previsti dagli artt. 615-*ter* (accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico), 615-*quater* (detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici), 617-*quinquies* (installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche) e 635-*bis* (danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici) del codice penale.

D'altra parte, le condotte dei cybercriminali spesso si risolvono in vicende di natura estorsiva (art. 629 c.p.), legate alla diffusione di *malware*, che con-

digitali; b) «dispositivo, oggetto o record protetto» un dispositivo, oggetto o record protetto contro le imitazioni o l'utilizzazione fraudolenta, per esempio mediante disegno, codice o firma; c) «mezzo di scambio digitale» qualsiasi moneta elettronica definita all'articolo 2, punto 2, della direttiva 2009/110/ CE del Parlamento europeo e del Consiglio (12) e la valuta virtuale; d) «valuta virtuale» una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente; e) «sistema di informazione» un sistema di informazione quale definito all'articolo 2, lettera a), della direttiva 2013/40/UE; f) «dati informatici» i dati informatici quali definiti all'articolo 2, lettera b), della direttiva 2013/40/UE; g) «persona giuridica» qualsiasi entità che abbia personalità giuridica in forza del diritto applicabile, ad eccezione degli Stati o di altri organismi pubblici nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche".

[20] In argomento, Picotti, *Sicurezza, informatica e diritto penale*, in Donini, Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna 2011, 217 ss.; Salvadori, *Criminalità informatica e tecniche di anticipazione della tutela penale. L'incriminazione dei "dual-use software"*, in *Riv.it. di dir. proc. pen.*, 2/2017, 757 ss.

[21] Così, testualmente, la Comunicazione dell'Unità nazionale d'informazione finanziaria UIF del 28 maggio 2019, reperibile al seguente indirizzo *https://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-indicatori-anomalia/Comunicazione_VV_2019.pdf.*

sentono l'intrusione informatica e il sequestro di dati sbloccati a fronte di un riscatto in *bitcoin*[22]. Insomma, fenomenologie che attingono all'ampio armamentario penalistico costituito da una pletora di reati nell'ambito dei quali la criptovaluta non sempre è il *mezzo* di pagamento o la *modalità* mediante la quale viene posta in essere la condotta, ma spesso soltanto il *fine* per il quale viene commesso il reato (si pensi alle truffe perpetrate mediante gli schemi Ponzi), magari attraverso quelle che appaiono come vere e proprie ipotesi di sostituzione di persona (art. 494 c.p.)[23]. Molti di questi casi possono integrare la comune fattispecie di estorsione (art. 629 c.p.) in concorso con crimini informatici quali l'accesso abusivo a sistema informatico *ex* art. 615-*ter* c.p. (laddove l'*Hacker* abbia inoculato il *ransomware* nel computer della vittima) ovvero il danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici *ex* art. 635-*bis* c.p. (ove il virus inoculato sia per esempio un *cryptolocker* in grado di impedire il funzionamento del *software* attaccato). E, spesso, il coinvolgimento a titolo di concorso dell'*Exchanger* che ha venduto le criptovalute utilizzate per il pagamento del riscatto – cui l'Ufficio di Procura contesta la fattispecie realizzata dal *cyber estorsore* ai sensi dell'art. 110 c.p. – è erroneamente indotto dall'inserimento del sito dell'ignaro 'cambiavalute' nella schermata di *ransomware alert* che lo indica quale riferimento presso il quale è possibile acquistare le criptovalute[24].

Diversamente, le novità introdotte con il Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 184 incidono direttamente sugli strumenti di pagamento diversi dai contanti, punendone l'indebito utilizzo e la falsificazione (art. 493-*ter* c.p.) ovvero il trasferimento mediante frode informatica (art. 640-*ter* c.p.). Frequentemente attivata per la repressione delle condotte di *phishing*, la frode informatica è focalizzata sul funzionamento del sistema informatico o telematico, cui oggi fa da *pendant* la nuova fattispecie di *detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti* (art. 493-*quater* c.p.). Delitti che, se commessi *nell'interesse o a vantaggio dell'ente*, possono

[22] Svariate sono le forme di *Ransomware attacks* che convivono con le più comuni frodi ai *miners* coinvolti in transazioni trappola (art. 640 c.p.) o sottrazioni di chiavi private di accesso ai conti perpetrate nei confronti di altri *Exchangers* o *Wallet providers* (art. 624 c.p.). Le fenomenologie in questione sono analizzate da Boncompagni, *Crimini informatici e criptovalute*, in Capaccioli (a cura di), *Criptoattività, criptovalute e bitcoin*, Milano, 2021, 302 ss.

[23] Sul punto, si rinvia a Flor, *Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. dir. proc. pen.*, n. 2-3/2007 899 ss.; Cajani, *La tutela penale dell'identità digitale alla luce delle novità introdotte dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119)*, 1194 ss.

[24] Sulla fenomenologia dell'estorsione con richiesta di pagamento in criptovalute e i reati configurabili, si veda Boncompagni, *Crimini informatici*, cit., 312 ss.; Dal Checco, *Ransomware e ricatti virtuali: violazioni della privacy e dei propri dati, nuove modalità di estorsione e di pagamento*, in Federici, Allegria, Di Stefano (a cura di), *Il diritto del web. Rete, intelligence e Nuove Tecnologie*, Padova, 2017, 368 ss.

fondarne la responsabilità *ex* Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in virtù del nuovo art. 25-*octies.1* che ne ha ampliato il catalogo dei reati-matrice.

In ogni caso, l'utilizzo illecito delle criptovalute resta prevalentemente agganciato al riciclaggio. I flussi di segnalazione di operazioni sospette, infatti, evidenziano «*un'operatività finanziaria apparentemente connessa all'acquisto di* Bitcoin *da parte di soggetti indagati per i reati di traffico di stupefacenti, riciclaggio e auto-riciclaggio. L'operatività sui conti loro intestati si caratterizza da un lato per i frequenti e rilevanti versamenti e prelevamenti di contante non giustificati dalle attività da loro svolte e, dall'altro, per i numerosi bonifici da e verso società estere specializzate nella compravendita di criptovalute e conti correnti di cui sono titolari persone residenti all'estero coinvolte negli stessi procedimenti penali*»[25].

4. Prevenzione e repressione del riciclaggio mediante criptovalute.

Si è già detto della genetica predisposizione delle criptovalute all'anonimato e non può trascurarsene l'enorme potenziale scaturente dalla combinazione con le caratteristiche che rendono la rete luogo ideale per il compimento di attività criminali di ogni genere: "«delocalizzazione» *(il fatto illecito non è immediatamente individuato nell'ambito di un specifico* locus commissi delicti*);* «dematerializzazione» *(dovuta al contenuto digitale delle informazioni, dei servizi e del denaro che circola nella rete);* «dispersione» *(difficoltà di identificare l'autore dell'illecito ai fini dell'imputazione della relativa responsabilità penale)*"[26].

Per questa ragione, la incompleta panoramica delle forme di utilizzo illecito non può distrarre gli strumenti di *law enforcement* dalle nuove frontiere del riciclaggio mediante criptovalute. La estrema flessibilità della "valuta virtuale", infatti, favorisce la rapidità delle operazioni di trasferimento illecito di capitali, allargando gli orizzonti operativi e contenendone i costi, proprio in quell'ottica di massimizzazione del profitto costantemente perseguita dalla criminalità economica. In altri termini, sia che si tratti di *riciclaggio digitale strumentale* (in cui la rete subentra in maniera consistente nelle fasi di *layering* e di *integration*, vale a dire dopo che con la fase di *placement* il denaro di provenienza illecita ha subito un processo di finanziarizzazione) sia che si tratti *di riciclaggio digitale integrale* (dove la ripulitura è integralmente *online*, stante l'origine digitale del provento che ne è oggetto), le *cryptocurrencies* possono giocare un ruolo fondamentale nell'ostacolare l'identificazione della provenienza illecita della ricchezza oggetto di trasferimento[27].

---

[25] Cfr. Rapporto annuale UIF, Comunicazione cit., 47 s.

[26] Testualmente, Simoncini, *Il cyberlaundering: la "nuova frontiera" del riciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 4/2015, 897 ss.

[27] Sul riciclaggio digitale si rinvia a: Mulinari, *Cyberlaundering: riciclaggio di capitali, finanziamento del terrorismo e crimine organizzato nell'era digitale*, Torino, 2003, 62 ss.; Picotti, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio* in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 3-4/2018, 592 ss.

Il paradosso per cui un registro distribuito e decentralizzato (*Distributed Ledger Technlology* o *DLT*), caratterizzato dalla trasparenza e dalla (tendenziale) immutabilità e irrepudiabilità, che sfrutta la crittografia asimmetrica per la protezione e l'autenticazione delle transazioni (attraverso chiavi pubbliche e private)[28], venga convertito in 'veicolo' di *Altcoins* e, quindi, piegato all'offuscamento (se non alla totale cancellazione) del c.d. *paper trail*, disturbando la tracciabilità di denaro, beni o altre utilità di illecita provenienza, induce a individuare nelle fattispecie di riciclaggio e reimpiego il prevalente utilizzo illecito delle criptovalute.

Si tratta di una declinazione patologica ben nota al legislatore nazionale che, in attuazione degli *input* comunitari – da ultimo, la Direttiva (UE) 2018/843, cosiddetta *V direttiva antiriciclaggio* –, ha progressivamente implementato la disciplina concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento al terrorismo (D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231), inserendo nella categoria degli "*altri operatori non finanziari*" (art. 3, comma 5) anche "*i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale*" e "*i prestatori di servizi di portafoglio digitale*". Si tratta, appunto, degli *Exchanger* e dei *Wallet provider* che oggi rinvengono una puntuale definizione all'art. 1, comma 2, lett. *ff)* e *ff*-bis*)* del D.lgs. 231/2007, dove vengono identificati, rispettivamente, con le seguenti nozioni: ff. "*ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute*"; ff-*bis*. "*ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali*".

In verità, l'espansione dei destinatari della disciplina antiriciclaggio è frutto della stratificazione normativa che, nel caso in esame, ha condotto alla graduale integrazione del novero degli obbligati con l'inserimento della figura dell'*Exchanger*, attraverso il D.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, di recepimento della IV Direttiva UE n. 849/2015, e, solo successivamente, di quella del *Wallet provider*, mediante il D.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, di recepimento della già citata V Direttiva UE n. 843/2018[29].

[28] Si tratta della descrizione della *Blockchain* fornita da Rosato, *Profili penali delle criptovalute*, in *Quaderni di C.R.S.T.* (Centro Ricerca Sicurezza e Terrorismo, diretto da R. Razzante), Pisa, 2021, 13 ss.

[29] Sulla opportunità di perfezionare la integrazione della categoria dei destinatari con la figura dei *prestatori di servizi di portafoglio digitale* sia consentito il rinvio a Naddeo, *Nuove frontiere del risparmio, Bit Coin Exchange e rischio penale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1-2019, 101 ss.

In tal modo, figure centrali nella gestione delle criptovalute vengono gravate dagli obblighi antiriciclaggio *ex* art. 3, comma 5, lettere *i)* e *i-bis)* del D.lgs. 231/07, che estende il perimetro della collaborazione attiva alle operazioni aventi ad oggetto la valuta virtuale, ossia "*la rappresentazione digitale di valore, non emessa, né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente*" [art. 1, comma 2, *lett. qq)*][30].

Il coinvolgimento esteso al *Wallet provider* tiene conto del fatto che l'impiego (illecito) della criptovaluta può avvenire anche in assenza di processi di conversione, secondo analisi empiriche in base alle quali «*given the limited scale of contained VC environments, money laundering involving VCs is likely to occur through two generic methods. First, criminals could place dirty fiat currency into a bank or other financial institutions, convert those funds to VCs using a VC exchange, and then engage in a variety of VC-based transfers or purchases to obscure the funds' criminal origin. Second, criminals could sell illegal goods or services for VCs, eventually convert those to fiat currency, and subsequently fund transactions and purchases designed to conceal their illicit source*»[31]. D'altra parte, ogni qualvolta il cyberlaundering ha ad oggetto ricchezza derivante da reati-presupposto per così dire *online integrated*, la figura del *Wallet provider* diviene predominante per il monitoraggio delle operazioni, essendo questa la figura deputata a fornire agli *users* i *virtual currency wallet* (portafogli elettronici) che agevolano le condotte di immagazzinamento, detenzione e trasferimento di *Bitcoin* (o altre criptovalute), nonché i rapporti tra *users* e venditori.

La *ratio* replica quella immaginata dal legislatore comunitario che ne ha plasticamente tratteggiato i contorni nell'VIII Considerando della V Direttiva antiriciclaggio, affermando che «*I prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso legale (vale a dire le monete e le banconote considerate a corso legale e la moneta elettronica di un paese, accettate quale mezzo di scambio nel paese*

[30] La disposizione ricalca la definizione offerta dalla Banca d'Italia nella sua *Comunicazione del 30 gennaio 2015* avente ad oggetto proprio le *Valute virtuali*, quando la UIF ne segnalava l'indice di anomalia, allo scopo di prevenire l'utilizzo del sistema economico-finanziario a fini di riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

[31] Sono le considerazioni di Carlisle, *Virtual Currencies and Financial Crime. Challenges and Opportunities*, Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, RUSI, *Occasional Paper*, marzo 2017, 14. Nello stesso senso si era pronunciata anche la Banca Centrale Europea, evidenziando come il coinvolgimento dell'*exchanger* non fosse sempre necessario, vista la possibilità di scambiare beni e servizi *online* con l'impiego di criptomoneta, così BCE, *Opinione della Banca Europea Centrale* del 12 ottobre 2016 *on a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending* Directive 2009/101/EC (CON/2016/49).

emittente) e i prestatori di servizi di portafoglio digitale non sono soggetti all'obbligo dell'Unione di individuare le attività sospette. Pertanto, i gruppi terroristici possono essere in grado di trasferire denaro verso il sistema finanziario dell'Unione o all'interno delle reti delle valute virtuali dissimulando i trasferimenti o beneficiando di un certo livello di anonimato su queste piattaforme. È, pertanto, di fondamentale importanza ampliare l'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2015/849 in modo da includere i prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute legali e i prestatori di servizi di portafoglio digitale. Ai fini dell'antiriciclaggio e del contrasto del finanziamento del terrorismo (AML/CFT), le autorità competenti dovrebbero essere in grado di monitorare, attraverso i soggetti obbligati, l'uso delle valute virtuali. Tale monitoraggio consentirebbe un approccio equilibrato e proporzionale, salvaguardando i progressi tecnici e l'elevato livello di trasparenza raggiunto in materia di finanziamenti alternativi e imprenditorialità sociale».

In estrema sintesi, per quanto concerne le criptovalute, lo schema preventivo opera su due livelli: da un lato, vengono arruolate figure professionali che occupano una posizione potenzialmente contigua alle operazioni in valuta virtuale[32], sfruttando le informazioni privilegiate di *Exchanger* e *Wallet provider* (obbligati alla adeguata verifica della clientela e alla conservazione della relativa documentazione) anche grazie all'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, che scatta quando gli obbligati "sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che comunque i fondi, *indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa*" (art. 35, comma 1); dall'altro, vengono previsti oneri di iscrizione in una speciale sezione del registro dei cambiavalute gestito dall'Organismo degli Agenti e dei Mediatori (art. 128-*undecies* T.U.B.) con espressa comunicazione al MEF dell'inizio dell'operatività mediante la quale gli operatori in criptovalute aderiscono al sistema pubblico antifrode (art. 17-*bis*, comma 8-*bis*, D.lgs. 141/10).

Gli obblighi traslati in capo ai *prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale* e *di servizi di portafoglio digitale* espongono tali figure alla potenziale integrazione dell'illecito amministrativo di *esercizio abusivo ex* art. 17-*bis*, comma 5, D.lgs. 141/10 e, in caso di violazione degli obblighi antiriciclaggio, alla contestazione di una o più delle fattispecie penali positivizzate all'art. 55, D.lgs. 231/07 (oltre che al corredo degli illeciti amministrativi di cui agli artt. 56 ss., D.lgs. 231/07)[33].

---

[32] Sturzo, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 5-2018, 29, considera gli *Exchangers* «*custodi del rispetto della normativa antiriciclaggio da parte degli utenti Bitcoin, in quanto unici soggetti in grado di individuare l'identità dell'utente di bitcoin prima che lo stesso sparisca dietro un account composto da numeri e lettere anonime*».

[33] Viste le peculiarità della criptovaluta, non sembra che il *Cryptocurrency Exchange* possa integrare con la sua condotta *la violazione di disposizioni normative, penalmente sanzionate, che*

Il legislatore interviene con sistemi di monitoraggio prevalentemente incentrati sull'*accesso*, utilizzando il filtro dell'iscrizione all'albo quale condizione essenziale per esercitare le attività riguardanti la gestione delle valute e i servizi collegati al portafoglio digitale sul territorio nazionale. Un arretramento della focale sanzionatoria indotta dalla difficoltà di trovare strumenti in grado di attingere gli illeciti commessi nella gestione di quegli stessi servizi, cui viene fornita una tutela sbilanciata sul concetto di *controllo*, dove la sanzione presidia la generale "riserva di attività", prevenendo pericoli che si presumono generati da un esercizio non autorizzato[34].

In questo modo, la prevenzione assume la conformazione di tipo 'precauzionale' già indiziata dalla cultura del "*sospetto*" nella quale si innerva la disciplina antiriciclaggio e trovano linfa gli indicatori di anomalia del GAFI, che nel settembre 2020 ha pubblicato il *Virtual Assets Red Flag Indicators of Money Laundering and Terrorist Financing* in cui ribadisce che «*Virtual assets (VA) and related services have the potential to spur financial innovation and efficiency, but their distinct features also create new opportunities for money launderers, terrorist financiers, and other criminals to launder their proceeds or finance their illicit activities. The ability to transact across borders rapidly not only allows criminals to acquire, move, and store assets digitally often outside the regulated financial system, but also to obfuscate the origin or destination of the funds and make it harder for reporting entities to identify suspicious activity in a timely manner. These factors add hurdles to the detection and investigation of criminal activity by national authorities*»[35].

Come noto, tali indicatori di anomalia possono favorire l'individuazione di casi di uso illecito di *virtual assets*, supportando le Autorità di controllo

riservano l'esercizio della relativa attività ai soli soggetti legittimati (artt. 130, 131 TUB per l'attività bancaria e l'attività di raccolta del risparmio; art. 131-ter *TUB per la prestazione di servizi di pagamento; art. 166 TUF per la prestazione di servizi di investimento).* Il dubbio, posto da Banca d'Italia in un'*avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"* datata 30 gennaio 2015, non è fugato dall'attuale assetto normativo. Di contrario avviso chi sostiene che "*oggi ogni incertezza appare superata dall'espresso riconoscimento di tale categoria da parte del legislatore, e da contestuale obbligo di registrazione degli* exchanger *in una apposita sezione del registro dei cambiavalute (art. 17*-bis *d.lgs. 141/2010)*", così Lucev, Boncompagni, *Criptovalute e profili di rischio penale nella attività degli* exchanger, in *Giurisprudenza penale web*, n. 3-2018, 2. Sulla natura giuridica del Bitcoin, si veda anche Vardi, *Criptovalute e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei Bitcoin*, in *Dir. Inf.*, 1-2015, 450 ss.; Gasparri, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del Bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. Inf.*, 1-2015, 431 ss.

[34] In argomento, Montani, *La tutela del corretto svolgimento dell'attività di intermediazione e bancaria*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Palazzo, Paliero (*diretto da*), vol. VIII, *Reati in materia economica*, a cura di Alessandri, Torino, 2012, 223. Analogamente, la prevalenza di fattispecie avamposto caratterizza la materia del diritto penale bancario e finanziario, per tutti Pedrazzi, *Mercati finanziari (nuova disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 2000, 455.

[35] Così, FATF (2020), *Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets*, Paris, France, liberamente fruibile dal link *www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Virtual-Assets-Red-Flag-Indicators.html*.

nell'analisi delle s.o.s. (e nelle attività di vigilanza antiriciclaggio in generale), nonché gli operatori (inclusi i *Virtual Asset Service Providers*), i professionisti (notai, commercialisti, avvocati, ecc.), le istituzioni finanziarie e gli altri soggetti obbligati a rilevare e segnalare operazioni sospette (previa corretta *customer due diligence*).

Tuttavia, tale profilo è frequentemente utilizzato come 'scivolo' penalistico che consente di convertire la violazione amministrativa in realizzazione del precetto penale sulla base del non condivisibile automatismo per cui alla violazione della norma antiriciclaggio (*rectius*, all'omessa segnalazione di operazione sospetta) corrisponde la integrazione del delitto di riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.), non a caso considerato laboratorio di sperimentazione di *crime control* del mondo globalizzato.

Analogamente, nella rilettura giurisprudenziale il delitto di *riciclaggio*, pur essendo un reato di pericolo, assume i tratti del delitto *commissivo mediante omissione* (eventualmente realizzato con *dolo eventuale*), dirigendosi verso comportamenti di sospetto all'apparenza estranei al penalmente rilevante[36].

Il rischio è che tale fattispecie smarrisca le nobili finalità che ne avevano giustificato l'inserimento nel Codice penale per fronteggiare una delle più gravi forme di criminalità economica, trasformandosi in una forma di controllo a largo spettro, in grado di agganciare la sanzione penale all'incertezza del sospetto. Un profilo meritevole di attenzione anche per gli effetti collaterali insiti nella potenziale creazione di categorie di "capri espiatori" dell'antiriciclaggio, figure – come quelle degli operatori in criptovalute – esposte al *climax* ascendente di un arsenale sanzionatorio che dalle sanzioni amministrative e penali del D.lgs. 231/2007 si espande agli strumenti repressivi, prevalentemente rappresentati dalle stigmatizzanti fattispecie di ricettazione (art. 648 c.p.), riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.), autoriciclaggio (art. 648-*ter*.1 c.p.) e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.).

Le preoccupazioni appena espresse sono destinate ad accrescersi con il definitivo scollamento tra *fattispecie e tipo* generato dalla normativa di recepimento della direttiva UE 2018/1673 (c.d. *VI Direttiva antiriciclaggio*). Infatti, al fine di conformarsi all'ampia nozione di "attività criminosa" accolta dalla Direttiva[37], il citato D.lgs. 8 novembre 2021, n. 195 trasfigura il *Tatbestand* ori-

[36] In questi termini, Cappa, *La direttiva UE 1673/2018 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale. Criticità per il settore bancario*, in *Dir. Banc.*, maggio 2021, 7 s. L'Autore evidenzia come legittimare l'utilizzo delle condotte omissive tipiche della disciplina antiriciclaggio al fine di integrare il precetto di cui all'art. 648-*bis* c.p., *ha consentito la formulazione illogica (anche se "utile" in chiave meramente repressiva) di sillogismi (pseudo) deduttivi in cui la "premessa maggiore" è integrata dall'inosservanza della normativa antiriciclaggio, la "premessa minore" dal legame tra detta violazione e l'integrazione dell'art. 648*-bis *c.p. (a cui fa seguito la punibilità per riciclaggio dell'autore della violazione amministrativa.* Si veda anche, ivi citato, Di Vizio, *Il riciclaggio nella prospettiva penale ed in quella amministrativa. Definizioni di riciclaggio*, in *Quaderni della Banca d'Italia*, n. 8/2017, *passim*.

[37] All'art. 2, par. 1, la Direttiva in esame declina la nozione di "attività criminosa" come "*qualsiasi*

ginariamente cristallizzato nella struttura precettiva delle fattispecie appena richiamate. Segnatamente, il decreto attuativo ha provveduto all'estensione del novero dei reati-presupposto, ricomprendendovi anche le *contravvenzioni*, da un lato, e i *delitti colposi*, dall'altro [art. 1, comma 1, lett. *c)*, n. 3; art. 1, comma 1, lett. *d)*, n. 1; art. 1, comma 1, lett. *f)*, n. 1].

Tralasciando le imprecisioni del tessuto precettivo, che consegnano all'operatore una fattispecie di autoriciclaggio (art. 648-*ter*.1c.p.) da *contravvenzione* (comma 2)[38], il risultato è che, oggi, le risorse illecite acquisite dal ricettatore (art. 648 c.p.) o dissimulate dal riciclatore (art. 648-*bis* c.p.) oppure ancora reimpiegate in circuiti economici leciti (artt. 648-*ter* e 648-*ter*.1 c.p.) potranno essere generate anche da un illecito penale di modesta consistenza offensiva o *non* sorretto dalla volontà criminosa[39].

tipo di coinvolgimento criminale nella commissione di un qualsiasi reato punibile, conformemente al diritto nazionale, con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, di un qualsiasi reato punibile con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi». Per poi proseguire con l'elencazione di una serie di figure criminose (tra cui la partecipazione ad un gruppo criminale organizzato, il terrorismo, la tratta di essere umani ed il traffico di migranti, lo sfruttamento sessuale, il traffico illecito di sostanze stupefacenti, di armi, di beni rubati, rapina, omicidio, lesioni gravi, reati fiscali ed ambientali ecc.), che appartengono comunque alla categoria".

[38] Art. 648-*ter* c.p. (autoriciclaggio). "*1. Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. 2. La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi. 3. La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. 4. Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all'articolo 416-*bis.*1. 5. Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale. 6. La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale. 7. La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto. 8. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648*".

[39] Saluta, invece, positivamente l'intervento riformatore, Bellagamba, *In dirittura d'arrivo la riforma del riciclaggio: alcune proposte di modifica per andare oltre il mancato recepimento della direttiva europea*, in *Sistema penale*, 11 ottobre 2021. L'Autore sostiene che "*tale interpolazione faccia giustizia di una duplice incongruenza letterale-sistematica che affligge le previsioni vigenti*". Da un lato "l'ambiguità del riferimento al "delitto" quale *presupposto positivo* per la configurazione delle relative fattispecie, quando, per indicare il *presupposto negativo* (e, cioè, la vera e propria clausola di riserva), si ricorre al lemma "reato", innescandosi, così, un corto circuito interno"; dall'altro "la già prevista punibilità della ricettazione (art. 648 c.p.) e dell'impiego di denaro di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.) anche a fronte di delitti-presupposto *colposi* e la contraria, espressa, limitazione degli artt. 648-*bis* e 648-*ter*.1 c.p. ai soli delitti "*non colposi*".

Il problema di superfetazione applicativa è reale e trova nell'attuale giurisprudenza di legittimità i precursori del rischio-penale gravante sugli stessi operatori in criptovaluta[40]. D'altra parte, non è revocabile in dubbio che – a prescindere dalla sua controversa qualificazione giuridica – la valuta virtuale rientri nell'oggetto materiale delle condotte di riciclaggio e reimpiego, quantomeno sub specie di "*altra utilità*"[41]. E, fermo restando che le attività di ostacolo punibili sono solo quelle che «*in qualche modo incidano, materialmente o giuridicamente, sul bene stesso*»[42], non appare possibile affermare così nettamente che "*nei Bitcoin, l'unica operazione dissimulatoria riguarda l'eventuale intestatario della moneta virtuale, il quale sarebbe coperto da uno pseudo anonimato. Da un punto di vista materiale il bene non subisce alcuna opera di camuffamento, risultando le transazioni in Bitcoin perfettamente tracciabili e visibili*" [43].

Il monito è però utile a riaffermare con decisione la necessità di un controllo critico sull'incriminazione che utilizzi il paradigma dell'offesa dell'interesse tutelato come stella polare dell'interprete, evitando che '*nemico*' divenga lo strumento nato per contrastarlo[44].

4.1. Criptoattività e autoriciclaggio: il *cyber self-laundering*.

Le criptovalute possono configurare lo strumento di operazioni di *cyber self-laundering*, astrattamente sussumibili nella fattispecie di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p. (autoriciclaggio).

A tal riguardo, vale la pena ricordare che il delitto si perfeziona quando: *i.* la condotta è integrata dall'autore (o concorrente) del reato-presupposto; *ii.* l'impiego, la sostituzione o il trasferimento di denaro, beni o altre utilità è de-

In senso critico, G. Pastelli, *Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195*, in *Sistema penale*, 08 dicembre 2021; nella stessa rivista Vadalà, *Criptovalute e cyberlaundering: novità antiriciclaggio nell'attesa del recepimento della Direttiva (UE) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*, 6 maggio 2020.

40 In materia, Mainieri, *La Cassazione penale esamina le valute virtuali sotto il profile del Testo Unico della Finanza – le precedenti qualificazioni e I richiami della Direttiva penale sulla lotta al riciclaggio mediante uso del penale (n. 2018/1673 UE)*, in *Giur. Pen.*, n. 10/2020.

41 Considera le criptovalute «*beni, come definiti dal Codice civile, e anche se non lo fossero rientrerebbero certamente nel concetto di altre utilità*», Capaccioli, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015, 252.

42 Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari: ulteriore espressione di voracità statuale o utile strumento di politica criminale?*, in Mezzetti, Piva (a cura di), P*unire l'Autoriciclaggio. Come, quando e perché*, Torino, 2016, 140.

43 In questi termini, Sicignano, *L'acquisto di bitcoin con denaro di provenienza illicita,* in *Arch. Pen.*, n. 2/2020, 15, il quale afferma che "*se il problema dei bitcoin è che garantiscono l'anonimato ai loro utilizzatori, appare evidente che, alla luce della dottrina e giurisprudenza appena citata, non sembra ricorrere nel nostro caso l'ostacolo di cui all'art 648 bis c.p.*".

44 Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 4/2013, *passim*.

stinato ad attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative («in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa»)[45]. Sotto il primo profilo, la configurazione di tale fattispecie sarà più probabile nelle ipotesi di riciclaggio digitale c.d. integrale, restando tuttavia plausibile un autoriciclaggio derivante da reato presupposto realizzato *offline*. Diversamente, la seconda condizione non sarà soddisfatta con il semplice acquisto di valuta virtuale, da solo insufficiente a realizzare il disvalore del tipo.

Tanto premesso, non può aprioristicamente escludersi il rischio penalistico da autoriciclaggio, realizzabile (ad esempio per l'*Exchanger*) anche a titolo di concorso[46]. Significativa, in tal senso, una recente pronuncia della Cassazione (Cass. pen., Sez. II, 7 ottobre 2021-25 gennaio 2022, n. 2868) che ha riconosciuto la sussistenza del reato di autoriciclaggio in capo all'autore del reato-matrice laddove i profitti di un'attività illecita vengono convertiti in criptovaluta da una società terza (nel caso di specie, impegnata professionalmente al cambio da euro in Bitcoin). Richiamata la natura dell'art. 648-*ter*.1 c.p. come reato di pericolo, i Giudici ribadiscono che la fattispecie si perfeziona con condotte idonee *ex ante* a ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa delle utilità provenienti da reato, affermando che «*le operazioni realizzate attraverso il trasferimento di valuta verso società estere che si interponevano nell'acquisto di criptovalute ed effettuate anche a mezzo di prestanome ponevano un serio ostacolo alla identificazione del ricorrente come beneficiario finale delle transazioni ed effettivo titolare di bitcoin acquistati non da lui ma dalle società estere che fungevano da exchanger di criptovalute». E addirittura ci si spinge oltre, affermando che*

[45] In argomento, Lanzi, *Autoriciclaggio*, in Maiello, Della Ragione (a cura di), *Riciclaggio e reati nella gestione dei flussi di denaro sporco*, Milano, 2018, 339 ss. Sicignano, *L'acquisto di bitcoin con denaro di provenienza illicita*, cit., 20, per il quale «*si deve escludere che i bitcoin configurino una attività speculativa, difettando il requisito della natura finanziaria o economica della condotta. Non è qui in discussione se i bitcoin rappresentino o meno un prodotto finanziario, ma se concretizzino una «attività» finanziaria o economica con fine speculativo. Questo è sicuramente da escludere*».

[46] Da un punto di vista fenomenologico, è probabile che la nuova figura di 'cambiavalute' entri in contatto con l'autore del reato-presupposto, intenzionato ad usufruire dei suoi servizi a scopo di riciclaggio, quando quest'ultimo è già in possesso della valuta (virtuale o reale) di provenienza illecita da sottoporre al processo di conversione. L'apporto arrecato in sede di (auto)riciclaggio consentirebbe di configurare in capo all'*Exchanger* il concorso nell'altrui condotta di «autoriciclaggio», secondo lo schema del «concorso dell'*extraneus* nel reato proprio». In tal senso, invece, Sturzo, *op. cit.*, 28 s., che prendendo le mosse da Cass. pen., Sez. II, 14 luglio 2017, n. 42561, ritiene «*verosimile che il terzo* exchanger *possa essere ritenuto concorrente* extraneus *nel reato proprio, in quanto l'autore del reato presupposto non avrebbe potuto procedere al trasferimento del bene (bitcoin) proveniente dal delitto non colposo (es. traffico di stupefacenti) in un'attività economica finanziaria (attività di cambia valute) ostacolandone concretamente l'identificazione della loro provenienza in mancanza del contributo da questi realizzato*». In materia di realizzazione plurisoggettiva dell'autoriciclaggio si è, di recente, pronunciato il giudice di legittimità: Cass. pen., Sez. II, 17 gennaio 2018 - dep. 18 aprile 2018, n. 17235.

«all'attività di cambio della valuta deve essere attribuito carattere finanziario, tanto che in Italia essa è regolamentata dalla legge ed il soggetto che la esercita deve essere iscritto in appositi registri (il D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 155, comma 5, recante il Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia, stabilisce che i soggetti che esercitano professionalmente l'attività di cambiavalute, sono iscritti in un'apposita sezione dell'Elenco previsto dall'art. 106, comma 1, del T.U.)».

Senza entrare nel merito di un approdo giurisprudenziale il cui carattere assolutistico ingenera più dubbi di quanti sia chiamato a fugarne[47], è necessario prendere atto che la prassi ritiene l'autoriciclaggio integrato dalla preliminare operazione di cambio della valuta cui il disponente da corso servendosi di società di cambiavalute (*rectius*, di *Exchanger* di criptovalute). La Cassazione, infatti, afferma con nettezza che «*la condotta del ricorrente rientra tra quelle punite dalla norma incriminatrice contestatagli, per avere dato corso al trasferimento del profitto dei reati presupposto in una attività finanziaria costituita dal cambio della valuta posto in essere su suo mandato da società estere. Ciò consente di ritenere del tutto irrilevante verificare quale fosse stato l'utilizzo ancora successivo dei bitcoin infine ottenuti dal ricorrente (...)».*

A tale motivazione fa da eco un'ancor più recente pronuncia dei giudici di legittimità (Cass. pen., Sez. II, 7 luglio 2022-13 luglio 2022, n. 27023) che equipara l'acquisto di valuta virtuale all'investimento (di profitti illeciti) in operazioni di natura finanziaria (idonee a ostacolare la tracciabilità e la ricostruzione della origine delittuosa del denaro). Insomma, le *cryptocurrencies* vengono ritenute strumenti finanziari in quanto tali riconducibili all'ambito delle "attività speculative", in quanto «*le valute virtuali possono essere utilizzate per scopi diversi dal pagamento e comprendere prodotti di riserva di valore a fini di risparmio ed investimento (sul punto, il parere della BCE riportato a pag. 18 dell'ordinanza, recepito nella V direttiva UE antiriciclaggio 2018/843)». La stigmatizzazione dei crypto-assets* sembra derivare dal fatto che con essi «*è possibile garantire un alto grado di anonimato (sistema c.d.* 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)».*

Ebbene, anche in questo caso il pericolo è quello di una espansione incontrollata della fattispecie di reato, che deve essere sottratta all'esuberanza

[47] Sulla possibilità che i *crypto assets* possano rientrare nella categoria di "strumenti finanziari" o "prodotti finanziari" si rinvia a Dalaiti, *Cripto-valute e abusivismo finanziario: crypto-analogia o interpretazione estensiva?*, in *Sistema penale*, n. 1/2021, 52 ss.

propria del diritto penale del rischio e sottoposta a una ermeneutica normativamente orientata.

Il programma epistemologicamente verificabile del *tipo* astrattamente positivizzato consente, infatti, di operare una netta distinzione tra la mera conversione di valuta, difficilmente in grado di attivare la sanzione dell'art. 648-*ter*.1 c.p., e la 'destinazione' pretesa dalla fattispecie, in cui rientrerebbe la stessa attività di cambiavalute, intesa come attività *lato sensu* economica, nella quale l'operatore in criptovaluta potrebbe investire il provento di reato (eventualmente già ottenuto in *Bitcoin* o altra valuta virtuale) per finalità speculative. In altri termini, diversamente dai casi in cui si limitino ad effettuare il *cambio di valuta* su impulso del cliente, i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale (che svolgono tale attività anche in forma societaria) potranno essi stessi rispondere di «autoriciclaggio» (in assetto monosoggettivo o plurisoggettivo), laddove impieghino valuta virtuale o reale, generata da reati (*online* od *offline*) eventualmente realizzati in concorso con altri (ad es. *hackers*), nell'attività di cambiavalute svolta "a titolo professionale". In questo caso, infatti, l'attività svolta dall'*Exchanger* rileverà come attività economica, finanziaria, imprenditoriale o speculativa cui le somme vengono destinate, incarnando la *ratio* – ancor prima che la lettera – dell'art. 648-*ter*.1 c.p., con conseguente responsabilità della persona fisica o dell'ente per autoriciclaggio integrato tramite impiego di criptovalute[48].

5. '231' e criptovalute: la responsabilità da reato dell'ente nel riciclaggio mediante monete virtuali.

Gran parte delle fattispecie passate in rassegna possono attivare il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 recante la disciplina della responsabilità amministrativa dell'ente da reato. Sicuramente, tale responsabilità può sorgere nelle ipotesi di ricettazione (art. 648 c.p.), riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.), autoriciclaggio (art. 648-*ter*.1 c.p.) e reimpiego (art. 648-*ter* c.p.), eventualmente afferenti ai *crypto assets*, integrate da soggetto apicale o subordinato nell'*interesse o a vantaggio* dell'ente di cui è dipendente. In simili circostanze, infatti, la contestazione può essere estesa alla società (eventualmente un *Wallet provider* o un *Exchanger* che eserciti tali servizi in forma organizzata) per il tramite dell'art. 25-*octies*, D.lgs. 231/2001, in forza del quale «*in relazione ai reati di cui agli artt. 648, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote. Nei casi di condanna per uno dei delitti di*

[48] Al riguardo, sia consentito il rinvio a Naddeo, *Autoriciclaggio: i compromessi di un difficile inquadramento sistematico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 3-4, 2016, 697 ss.

cui al comma 1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, per una durata non superiore a due anni (...)»[49].

L'analisi del diritto vivente induce a ritenere elevato – soprattutto alla luce dell'ampliamento delle fattispecie incluse nell'art. 25-*octies* – il rischio-reato anche per gli operatori di *cryptocurrencies* che si rendessero autori di dolose violazioni degli obblighi di segnalazione, integrando la suddetta omissione (non impeditiva) nella consapevolezza della illecita provenienza del denaro oggetto dell'operazione stessa.

In simili circostanze, la combinazione delle '231' (d.lgs. 231/2001 e d.lgs. 231/2007) trova nelle fattispecie di (auto)riciclaggio e reimpiego la verticalizzazione della punibilità destinata a colpire la *societas*.

All'elevato grado di stigmatizzazione non corrisponde tuttavia un adeguato meccanismo di controllo del *tipo*, sottoposto alla costante erosione della giurisprudenza e definitivamente slabbrato dal recente intervento legislativo (D.lgs. 8 novembre 2021, n. 195). Sicché, le nobili aspirazioni che hanno condotto al superamento di una responsabilità *ex delicto* di natura esclusivamente antropomorfica e alla elaborazione di criteri di imputazione autonomi per l'ente rischiano di essere vanificate dalla scarsa capacità selettiva di meccanismi ascrittivi deformati o inattuati dalla prassi[50].

In altri termini, le possibilità che un ente possa evitare una condanna per riciclaggio risultano veramente molto basse per la combinazione di due aspetti esiziali: da un lato, gli elevati *standards* pretesi in sede di valutazione della "idoneità" dei modelli organizzativi e gestionali, che segna la scarsa efficacia 'esimente' ad essi riconosciuta nelle sentenze penali; dall'altro, il graduale abbassamento della base probatoria, che non pretende l'accertamento giudiziale del reato-presupposto (ritenendosi bastevole la prova logica) e si accontenta del dolo eventuale come supporto psicologico di condotte che possono arrestarsi all'ipotetico pregiudizio arrecato alla ricostruzione del *paper trail*. Valutazioni discrezionali che riferite alle "valute virtuali" rischiano di consegnare il processo ermeneutico al meccanismo della presunzione, dove l'equazione cripto-valuta = cripto-attività è in grado di conferire carattere automaticamente illecito alle operazioni che le riguardano.

La problematica si iperbolizza con riferimento all'*autoriciclaggio* (art. 648-*ter*.1 c.p.) a causa della sostanziale elusione del *numerus clausus* posto

[49] Ove accertata, la integrazione dell'art. 25-*octies*, d.lgs. 231/01 consente la confisca (e, in via cautelare, il sequestro preventivo) del profitto del reato. In argomento, Lucev, Boncompagni, *Criptovalute e profili di rischio penale nella attività degli* exchanger, cit., 6 ss. In termini di semplificazione probatoria, Mancini, *Riciclaggio e responsabilità degli enti. I modelli organizzativi*, in Cappa, Cerqua (a cura di), *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Milano, 2012, 104 ss.

[50] Segnala le difficoltà di recuperare una capacità selettiva al meccanismo di corresponsabilizzazione dell'ente, Gullo, *La responsabilità dell'ente e il sistema dei delitti di riciclaggio*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2017, 3500 ss. In argomento, anche le considerazioni di D'Arcangelo, *Il ruolo della responsabilità da reato degli enti nel contrasto al riciclaggio*, in *Resp. amm. soc.*, 4/2008, 41 ss.

alla base della responsabilità dell'ente e del principio di legalità rafforzata, che dovrebbero invece garantire l'ente impendendo che esso sia «ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto» (art. 2, D.lgs. 231/2001) [51].

In questo caso, il rischio è che la forza espansiva delle fattispecie di (auto)riciclaggio e reimpiego dilati il catalogo 'formale' dei reati-presupposto, mettendo in crisi i sistemi di *compliance* dell'ente, se non addirittura i criteri di imputazione previsti dagli artt. 6 e 7 del D.lgs. 231/2001 sui quali si regge il microsistema che consente al *societas delinquere potest* di convivere con i principi costituzionali di un diritto penale moderno.

[51] Analogamente, Sicignano, *231 e criptovalute. La responsabilità da reato dell'ente nel riciclaggio mediante monete virtuali*, Pisa, 2021, 229 ss. In argomento, R. Castaldo, *Costruzione normativa e difficoltà applicative dell'autoriciclaggio*, in Borsari (a cura di), *Itinerari di diritto penale dell'economia*, Padova, 2018, 417 ss.; Rossi, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001 e autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 1/2015, 127 ss.; Nisco, *Responsabilità degli enti, antiriciclaggio e autoriciclaggio: virtuose sinergie e problematiche interferenze*, in Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 344 ss.

DALLA SOSTENIBILITÀ DELL'ACCUSA IN GIUDIZIO ALLA RAGIONEVOLE PREVISIONE DI CONDANNA: CAMBIA LA REGOLA DI GIUDIZIO PER L'ARCHIVIAZIONE E IL NON LUOGO A PROCEDERE*

Matteo Giacomo Arcaro**

Sommario: 1. Premessa: le ragioni della riforma. – **2.** La regola di giudizio in udienza preliminare nel testo del codice del 1988. – **3.** La "sostenibilità dell'accusa in giudizio". – **4.** Esigenze di cambiamento: la "ragionevole previsione di condanna". – **5.** Conclusioni.

ABSTRACT

Cambia la regola di giudizio: dalla sostenibilità dell'accusa in giudizio si passa alla ragionevole previsione di condanna, in ossequio alla volontà deflattiva della riforma del processo penale. A seguito di una disamina della disciplina dell'udienza preliminare dall'entrata in vigore del codice fino ad oggi, si tratta di verificare, da un lato, in che modo cambierà la regola di giudizio, dall'altro di capire se tale mutamento riuscirà finalmente a realizzare la ragionevole durata del processo.

Change the rule of judgment: from the sustainability of the prosecution in court you go to the reasonable prediction of conviction, in accordance with the deflactive will of the reform of the criminal trial. Following an examination of the discipline of the preliminary hearing from the entry into force of the code to date, it is a question of examining, on the one hand, how the rule of judgment will change and, on the other, whether this change will finally be able to achieve the reasonable duration of the process.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

* Cultore della materia Procedura penale - Università di Cassino e del Lazio meridionale.

1. Premessa: le ragioni della riforma.

Il 19 ottobre 2021 è entrata in vigore la l. 27 ottobre 2021, n. 134 – recante la c.d. "Riforma Cartabia", ossia la «*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*» – la quale è funzionale alla trasformazione del processo penale attualmente vigente, anche e soprattutto sotto il profilo della ragionevole durata dei procedimenti giudiziari: infatti, l'art. 1 della legge in parola sancisce che le finalità della riforma sono, per l'appunto, la «*semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive*».

In tale contesto normativo, il legislatore ha inteso perseguire, altresì, la sostanziale modifica della regola di giudizio da applicare tanto in sede di scelta tra l'esercizio dell'azione penale e la richiesta di archiviazione del procedimento *ex* art. 408 c.p.p., quanto nell'ambito dell'udienza preliminare, quando il giudice deve valutare l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere o del decreto che dispone il giudizio.

Segnatamente, l'art, 9, co. 1, lett. a) l. 27 ottobre 2021, n. 134, impone di «*modificare la regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna*», nonché di «*modificare la regola di giudizio di cui all'articolo 425, comma 3, del codice di procedura penale nel senso di prevedere che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna*».

La nuova regola di giudizio suesposta sostituirà quella attualmente vigente, alla cui stregua «*il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio*» (art. 125 disp. att. c.p.p.) ed il giudice dell'udienza preliminare «*pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio*» (art. 425, 3° co., c.p.p.).

Da ultimo, l'art. 1, co. 12, lett. d) l. 27 ottobre 2021, n. 134 prevede che per i procedimenti a citazione diretta *ex* art. 550 c.p.p., per i quali non è contemplata l'udienza preliminare, sia introdotta una specifica udienza predibattimentale in camera di consiglio dinanzi ad un giudice diverso da quello competente per il dibattimento, nella quale l'organo giudicante dovrà pronunciare sentenza di non luogo a procedere se, per l'appunto, «*gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna*».

Breve: la ragionevole previsione di condanna prende il posto del criterio della necessaria sostenibilità dell'accusa in giudizio, così da tentare di incidere, in maniera efficace, sull'ormai constatata incapacità dell'udienza pre-

liminare a fungere da filtro rispetto a quei procedimenti non meritevoli di approfondimento dibattimentale.

2. La regola di giudizio in udienza preliminare nel testo del codice del 1988.

L'udienza preliminare – come è ampiamente noto – rappresenta un'autentica novità rispetto al previgente codice di rito: essa, nelle intenzioni del legislatore deve rappresentare il passaggio del procedimento penale alla fase propriamente processuale, attraverso l'esercizio dell'azione penale ai sensi e per gli effetti dell'art. 416 c.p.p. e, quindi, con la formulazione dell'imputazione ad opera dell'ufficio del pubblico ministero[1].

La fase procedimentale in parola – la quale è prevista, allo stato, esclusivamente per i reati non indicati dall'art. 550 c.p.p., per i quali l'esercizio dell'azione penale avviene tramite l'emissione del decreto di citazione diretta a giudizio – persegue la funzione di evitare che imputazioni basate su compendi investigativi lacunosi o manifestamente infondati approdino nella fase dibattimentale, in ragione della loro incapacità di sostenere la specifica accusa in giudizio.

Inoltre, l'udienza preliminare è, altresì, "luogo" di accesso ai riti alternativi[2] – con particolare riferimento all'applicazione della pena su richiesta delle parti ed al giudizio abbreviato[3] – i quali rappresentano preziosi strumenti idonei a consentire, per un verso, al "sistema giustizia" di risparmiare risorse e, per altro verso, all'imputato di beneficiare di riduzioni di pena in cambio della "rinuncia" a talune garanzie difensive.

In altri termini, l'udienza preliminare – alla stregua di quanto affermato dalla relazione ministeriale di accompagnamento all'emanazione dell'attuale codice di rito – persegue «*una duplice ratio, di garanzia del diritto di difesa dell'imputato e, al tempo stesso di economia processuale. Sul punto sono illuminanti gli orientamenti espressi dal Parlamento là dove ha assegnato all'udienza preliminare il ruolo di «filtro della richiesta di dibattimento avanzata dal pubblico ministero» (v. Relazione Coco, Senato, p. 12) mettendone in luce*

[1] Infatti, il codice del 1930 – emanato con il R.D. 19 ottobre 1930, n. 1399 ed entrato in vigore il 1° luglio 1931 – non prevedeva l'istituto dell'udienza preliminare. Difatti, l'art. 378 c.p.p. affermava che il giudice istruttore: «*pronuncia sentenza con cui dichiara non doversi procedere perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso, tanto nel caso in ci vi è la prova che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso, quanto nel caso in cui manca del tutto la prova che il fatto sussiste o che l'imputato lo ha commesso*».

[2] Tonini, *Manuale di procedura penale*, XVIII ed., Milano, 2017, 626, dove si parla di "funzione fondamentale", consistente nel controllo, per mano di un giudice, circa il merito e la legittimità della richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero. A questa, l'Autore affianca una funzione ulteriore, che si sostanzia nella possibilità che in udienza preliminare si celebrino eventuali riti alternativi.

[3] Degna di nota è anche la sospensione del procedimento con messa alla prova, che a seguito della riforma troverà ancora più spazio.

la «funzione di decongestione del sistema» (v. Relazione Casini, Camera, p. 16)»[4].

Vale a dire: essa ha la funzione di evitare giudizi superflui[5], ossia di frenare le imputazioni azzardate proposte dal pubblico ministero[6], in ossequio al ruolo deflattivo che tale fase è chiamata a ricoprire, con la possibilità per l'imputato di scegliere la definizione del procedimento iscritto a proprio carico con le forme di un rito alternativo. L'udienza preliminare consente, in buona sostanza, che venga effettuato un primo controllo sul rispetto dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale *ex* art. 112 Cost. da parte del giudice, oltre a realizzare «*una prima occasione di contatto tra giudice e parti*»[7].

In tale contesto normativo, i possibili epiloghi decisori dell'udienza preliminare sono descritti dal combinato disposto degli artt. 425 e 429 c.p.p., relativi – rispettivamente – ai presupposti di emissione di una sentenza di non luogo a procedere e del decreto che dispone il giudizio.

E si spiega.

Nel testo originario del codice del 1988 la sentenza di non luogo a procedere poteva essere emessa, in esclusiva, in presenza di «*una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non imputabile o non punibile per qualsiasi altra causa*»[8].

Pertanto, il sunnominato requisito dell'evidente infondatezza del fatto – che consentiva di prosciogliere l'imputato solo in presenza della prova della

[4] Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni. (GU Serie Generale n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 93), 101.

[5] Morisco, *L'udienza preliminare*, in *Dig. pen.*, I, *agg.*, 2011, 710.

[6] Dominioni, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, 69, dove si parla di "filtro delle accuse azzardate".

[7] Virgilio, *Profili ideologici ed evolutivi dell'udienza preliminare*, Napoli, 2007, 24. Nonostante esalti il ruolo da ultimo indicato, l'Autore precisa che la funzione di gran lunga primaria dell'udienza preliminare resta quella filtrante.

[8] La Corte cost., con la sentenza 10 febbraio 1993 n. 41, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 425, co. 1., c.p.p. nella parte in cui prevedeva la possibilità per il giudice di pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando risultava evidente la non imputabilità della persona sottoposta a processo, per violazione degli artt. 3, 24 e 76 Cost. In motivazione, la Consulta precisava come la norma in esame privasse l'imputato della fruibilità del dibattimento e del diritto alla prova in ordine alla *regiudicanda*, non ragionevolmente bilanciato dal principio di economia processuale. La stessa norma creava una disparità di trattamento rispetto agli imputati in quei procedimenti che non prevedevano l'udienza preliminare (anche nei casi di giudizio direttissimo), laddove l'imputato poteva esercitare appieno il diritto di difesa. Infine, l'incostituzionalità veniva segnalata per mancanza, nell'art. 2 della legge-delega, della non imputabilità tra le cause di non luogo a procedere, in veste di norma interposta tra la disposizione processuale e l'art. 76 Cost.

totale innocenza, cui veniva equiparata l'ipotesi in cui mancasse del tutto la prova della colpevolezza[9] – non era necessario nell'ipotesi di estinzione del reato, di azione penale che non doveva essere iniziata o proseguita, o se il fatto non era previsto dalla legge come reato, ma solo nei casi in cui il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato o si tratti di persona non imputabile o non punibile per qualsiasi altra causa: la specifica distinzione è stata ritenuta ragionevole, stante la differente tipologia di valutazione giurisdizionale richiesta dall'applicazione delle specifiche causali, le quali presupponevano – rispettivamente – una valutazione in diritto e non un giudizio di merito[10].

Stando così le cose, la vecchia formulazione della specifica disposizione normativa rendeva il ruolo dell'udienza preliminare praticamente nullo, essendo rari i casi di evidenza circa la non colpevolezza dell'imputato.

D'altronde, il compito demandato al giudice dell'udienza preliminare era finalizzato alla pronuncia di una sentenza che si esprimesse non sulla colpevolezza dell'imputato, ma sull'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero[11]. Infatti, il giudice veniva chiamato ad una valutazione circa la fondatezza del compendio probatorio cui l'imputazione si sorregge[12], mentre l'evidenza della prova circa la causa di non luogo a procedere manifestava una «*relazione con le potenzialità probatorie del dibattimento*», e sussisteva in tutti quei casi in cui fosse palese che l'istruzione dibattimentale non avreb-

---

9 Cass. pen. Sez. VI, 12/06/1991, Brunetti, in *studiolegale.leggiditalia.it*: «*Il giudice dell'udienza preliminare pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando <risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non l'ha commesso o che il fatto non costituisce reato>; il che si verifica sia nell'ipotesi in cui esiste la prova evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato sia nell'ipotesi in cui tale prova manchi totalmente*»; Cass. pen. Sez. I, 12/01/1993, n. 50: «*Presupposto per l'emissione di una sentenza di non luogo a provvedere sulla richiesta dal p.m. di emissione del decreto di rinvio a giudizio è che risulti <evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato>, secondo la formulazione letterale dell'art. 425 c.p.p. che richiama il principio generale affermato dall'art. 129 stesso codice, e che deve essere interpretato nel senso che alla prova positiva dell'innocenza va equiparata la totale mancanza di prova della colpevolezza; quest'ultima, peraltro, non va confusa con il giudizio di insufficienza di prove a condurre alla condanna, atteso che nel nuovo sistema processuale la prova si forma nel dibattimento ed è al giudice di tale fase che compete il giudizio, mentre, d'altro canto, separate regole per la situazione di insufficienza od inidoneità della prova sono dettate dall'art. 125 disp. att., che riserva in tal caso al p.m. la valutazione in ordine all'opportunità di richiedere l'archiviazione*».

10 Scalfati, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 101.

11 Nappi, voce *Udienza preliminare*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 522. Continua l'Autore: «*il legislatore, quindi, da un canto ha affidato al pubblico ministero il compito di operare, con criterio di efficienza, una selezione delle notizie fondate, dall'altro canto ha demandato al giudice dell'udienza preliminare di verificare, con una valutazione sul rito, se il pubblico ministero abbia correttamente esercitato il compito affidatogli o abbia, invece, promosso il giudizio in casi di palese infondatezza dell'accusa*».

12 Dominioni, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 75.

be potuto incidere sulla infondatezza dell'accusa risultante dalla richiesta di rinvio a giudizio[13].

In dottrina, ferma restando la differenza in termini qualitativi delle prove a disposizione del giudice del dibattimento e di quelle a disposizione del giudice dell'udienza preliminare, si è affermato che i due giudizi si atteggiavano in maniera praticamente identica in ordine al procedimento di valutazione del materiale probatorio, laddove il termine "evidenza" «*starebbe piuttosto ad indicare la necessità che il risultato di tale valutazione sia apprezzabile in termini di "certezza": il giudice dell'udienza preliminare pronuncerà quindi una decisione di non luogo a procedere solo quando, per l'assenza di elementi probatori a carico, o perché questi sono neutralizzati dall'esistenza di elementi a discarico, sia possibile pervenire ad un "convincimento di certezza" in ordine alla estraneità dell'imputato ai fatti contestati*»[14]; il concetto di certezza serviva ad evitare che la definizione del procedimento avvenisse con una sentenza di non luogo a procedere nei casi di prova incerta circa la causa del proscioglimento, anche nei casi in cui fosse prevedibile «*anche nell'udienza preliminare, che il dibattimento non riuscirà ad apportare alcun tipo di chiarimento*[15]».

A tal proposito, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che in udienza preliminare non si procede ad un accertamento dei fatti[16], sottolineando che l'imputazione costituisce «*"l'oggetto" sul quale si misurano il contraddittorio e il tema devoluto all'organo della giurisdizione*», evidenziando inoltre la «*diversità "quantitativa" che caratterizza l'apprezzamento del merito che si compie nella udienza preliminare rispetto a quello riservato all'organo del dibattimento*»[17]; la specifica udienza «*non è mai stata concepita come strumento di "accertamento della verità materiale"* [...] *Essa è invece strutturata come una fase processuale, e non di cognizione piena, dato che si è voluto evitare che una valutazione approfondita del merito dell'imputazione da parte del giudice potesse avere, come per il passato, un'influenza condizionante sulla successiva fase del giudizio. La regola di giudizio assegnata al giudice dell'udienza preliminare attiene perciò al rito e non al merito, consiste cioè non in una valutazione di tipo prognostico sulle prospettive di condanna o assoluzione dell'imputato, ma in un controllo sulla legittimità della domanda di giudizio avanzata dal pubblico ministero*»[18].

L'aggettivo "evidente" è stato, dunque, espunto dall'art. 425 c.p.p. per mano dell'art. 1, l. 8 aprile 1993, n. 105, essendo stato, per l'appunto, ritenuto il principale responsabile del mancato espletamento della funzione deflattiva

[13] Dominioni, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, cit.; Manzione, *Sub art. 425 c.p.p.*, in Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991, 662.
[14] Manzione, *Sub art. 425 c.p.p.*, cit., 663.
[15] Manzione, *Sub art. 425 c.p.p.,* cit., 663.
[16] Corte cost., 24/09/1990, n. 431; Corte cost., 26/02/1993, n. 82, in *studiolegale.leggiditalia.it.*
[17] Corte cost., 26/02/1993, n. 82, in *studiolegale.leggiditalia.it.*
[18] Corte cost., 28/01/1991, n. 64 in *studiolegale.leggiditalia.it.*

dell'udienza preliminare. Si è quindi cercato di restringere la larghezza del filtro in udienza preliminare senza tuttavia chiarire quale fosse la regola di giudizio a seguito della riforma. Sul punto, la giurisprudenza ha evidenziato la necessità di pronunciare il non luogo a procedere non solo in caso fosse provata l'innocenza dell'imputato, ma anche nelle ipotesi in cui il giudice avesse ritenuto, di fronte a compendi probatori scarni o contraddittori, che le citate deficienze non potessero essere "sanate" – o le eventuali incompletezze integrate – nel contraddittorio dibattimentale[19].

[19] Cass. pen., Sez. VI, 09/10/1995, n. 3467, La Penna e altri, in *studiolegale.leggiditalia.it*: «*il legislatore ha inteso evitare (sia a fini di garanzia soggettiva sia a fini di funzionalità generale del sistema) che pervengano alla fase del giudizio situazioni nelle quali risulti, con ragionevole certezza, che l'imputato meriti il proscioglimento: ciò avviene nei casi di sicura infondatezza dell'accusa, quando cioè gli atti offrono, eventualmente all'esito della integrazione delle fonti di prova* ex *art. 422 c.p.p., la prova dell'innocenza dell'accusato o la totale mancanza di elementi di prova a carico, ma anche in presenza di sicura inidoneità delle fonti di prova acquisite ad un adeguato sviluppo probatorio, nella dialettica del contraddittorio dibattimentale. In tutti i casi in cui sussistono fonti o elementi di prova, pur contraddittori o insufficienti, che si prestino, secondo una inevitabile valutazione prognostica, a "soluzioni aperte" è doverosa la verifica dibattimentale. La sentenza di non luogo a procedere va, invece, adottata quando la situazione probatoria è tale da far prevedere, secondo criterio di ragionevolezza, l'inutilità del giudizio, cioè quando l'istruzione dibattimentale appaia incapace di arrecare, in termini di prova a carico, alcun risultato utile per superare lo stato di incertezza o contraddittorietà*». In giurisprudenza v. anche Cass. pen. Sez. I, 18/11/1998, n. 1490, Gabriele e altri, in *studiolegale.leggiditalia.it*: «*In tema di sentenza di non luogo a procedere, a seguito della modifica apportata all'art. 425 c.p.p. dell'art. 1 della l. 8 aprile 1993, n. 105 (soppressione del requisito dell'"evidenza" dei presupposti per l'emissione del provvedimento), va affermato il principio della necessità di pronunziare sentenza di non luogo a procedere sia nel caso di prova positiva della innocenza, sia nel caso di mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova di colpevolezza, sempre che essa non appaia integrabile nella successiva fase del dibattimento*»; Cass. pen. Sez. I, 30/01/1995, n. 532, Valle, in *studiolegale.leggiditalia.it*: «*Il legislatore, modificando la formulazione dell'art. 425 c.p.p. con l'art. 1 della l. 8 aprile 1993, n. 105 con la soppressione del requisito dell'evidenza della causa di non luogo a procedere, ha inteso ampliare i poteri decisori del giudice dell'udienza preliminare nella funzione di filtro che gli è propria al fine di evitare la celebrazione di dibattimenti inutili. Perciò la richiesta di rinvio a giudizio del p.m. potrà trovare accoglimento solo quando risulti accertata la reale consistenza degli elementi da lui presentati nella prospettiva di una loro trasformazione in prova nella fase dibattimentale*»; Cass. pen. Sez. III, 08/11/1996, n. 3776, Tani, in *studiolegale.leggiditalia.it*: «*Il g.u.p. non può pronunziare sentenza di non luogo a procedere perché il fatto non sussiste in tutti i casi nei quali esistono fonti o elementi di prova, pur se contraddittori o insufficienti, che si prestino, secondo una valutazione prognostica, a "soluzioni aperte", cioè ad integrazioni probatorie ovvero ad ulteriori chiarimenti in sede dibattimentale*»; Cass. pen. Sez. I, 21/04/1997, n. 2875, Mocera e altri, in *studiolegale.leggiditalia.it*: «*Il giudice dell'udienza preliminare, una volta che risultino certe tanto la verificazione del fatto-reato, sotto il profilo della sua materialità, quanto la sua attribuibilità all'imputato sotto il profilo del rapporto causale, non è legittimato a valorizzare, nell'ambito della pur necessaria indagine in ordine all'elemento psicologico del reato, ipotetiche e incerte alternative, concernenti l'effettiva direzione della volontà, nè ad operare scelte fra le molteplici "soluzioni aperte", che sono viceversa riservate in via esclusiva al libero convincimento del giudice del dibattimento, in esito all'effettivo contraddittorio delle parti sulla prova*»; Cass. pen. Sez. III, 22/01/1997, n. 172, Ferrara, in *studiolegale.leggiditalia.it*; Cass. pen. Sez. VI, 07/05/1996 n. 6191, Carnevale, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

La riforma, secondo la Suprema Corte, fu «*posta in essere allo scopo di ampliare la valutazione del merito da parte del Giudice dell'udienza preliminare*»[20]. Invero, la precedente disciplina manifestava un'evidente irrazionalità, laddove, come accennato, ai fini dell'archiviazione l'art. 125 disp. att. c.p.p. prevedeva una regola di giudizio decisamente più elastica rispetto a quella contemplata dall'art. 425 c.p.p. per il non luogo a procedere[21]: paradossalmente, il medesimo procedimento poteva essere archiviato dal giudice per le indagini preliminari anche per insufficienza probatoria circa la colpevolezza dell'indagato, ma, in caso di esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, doveva proseguire in dibattimento a causa della rigidità dello *standard* di giudizio dell'udienza preliminare, esclusi i casi di evidente infondatezza dell'accusa[22].

Per l'effetto, in dottrina si commentò la modifica normativa rilevando che la riforma aveva ottenuto un'omologazione tra i due criteri di giudizio, laddove si affermava che bisognasse verificare, alla luce delle circostanze del caso concreto, se vi fosse necessità di un vaglio dibattimentale[23].

A seguito della riforma, la Corte costituzionale ha ribadito la natura intimamente processuale della sentenza che mette fine all'udienza preliminare[24], e quindi l'estraneità della stessa a qualsiasi accertamento di merito, evidenziando che il non luogo a procedere, in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova, dovesse essere pronunciato solo nei casi in cui il giudice

[20] Cass. pen. Sez. Unite, 25/10/1995, n. 38, Liotta, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

[21] Sul punto v. Corte cost., Ord., 06/06/1991, n. 252, in *studiolegale.leggiditalia.it*: «*Perché il giudice pronunci l'archiviazione nei confronti dell'indagato o il non luogo a procedere rispetto all'imputato occorre, nel primo caso, che, sulla base degli elementi acquisiti, l'accusa sia chiaramente insostenibile e, quindi, la "notitia criminis" inequivocamente infondata; mentre nel secondo è necessaria l'evidenza della prova di non responsabilità. Tale differenza è giustificata dalla diversa funzione che le due discipline assolvono nel sistema del codice, attinendo la prima ad una fase in cui il controllo del giudice è volto sì a non dar ingresso ad accuse insostenibili, ma ancor più a far fronte all'eventuale inerzia del pubblico ministero e, quindi, a garantire l'obbligatorietà dell'azione penale, mentre la seconda concerne una fase in cui il controllo stesso si svolge in chiave essenzialmente garantistica, al fine cioè di tutelare l'imputato nei confronti di accuse rivelatesi palesemente infondate. Peraltro la posizione dell'imputato nell'udienza preliminare è diversa da quella della persona sottoposta alle indagini, essendo stata già esercitata l'azione penale nei suoi confronti mediante la richiesta di rinvio a giudizio del P.M., a differenza di quella, non fondatamente assunta come termine di raffronto*».

[22] Morisco, *L'udienza preliminare*, cit., 710; Nappi, voce *Udienza preliminare*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 521.

[23] Aprile, *L'udienza preliminare*, Milano, 2005, 5, segnala, dopo la non più necessaria evidenza probatoria, la possibilità di «*parificare il criterio di giudizio rimesso al giudice dell'udienza preliminare a quello che è chiamato a ad utilizzare il giudice dell'archiviazione a mente dell'art. 125 disp. att. c.p.p.: in entrambi i casi il giudicante è tenuto ad effettuare una valutazione prognostica circa i possibili sviluppi del procedimento nella fase del giudizio dibattimentale*».

[24] Corte cost., 17/06/1997, n. 206; Corte cost., Ord., 24/01/1996, n. 24; Corte cost., Ord., 26/06/1996, n. 232; Corte cost., Ord., 11/07/1996, n. 279; Corte cost., Ord., 11/12/1996, n. 410, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

avesse ritenuto il dibattimento inidoneo a dare diverso sviluppo ad eventuali elementi incerti[25].

Nonostante l'eliminazione dell'evidenza probatoria, la funzione deflattiva dell'udienza preliminare non ha ricevuto un sufficiente rafforzamento.

3. (Segue:) La "sostenibilità dell'accusa in giudizio".

La disciplina dell'udienza preliminare, come già anticipato, è stata oggetto di plurime riforme – già prima dell'avvento della "Riforma Cartabia" – nel tentativo di renderla più aderente all'istanze di efficienza provenienti da coloro che operano nell'ambito del sistema giustizia.

In particolare, in tale contesto non si può prescindere dal considerare la modifica più rilevante alla disciplina *de qua* avvenuta con la l. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. "Legge Carotti")[26], la quale, tra le altre cose, ha inciso, in

[25] Corte cort., 7/03/1996, n. 71, in *studiolegale.leggiditalia.it*: «*Nell'apportare, infatti, la già evidenziata modifica all'art. 425 cod. proc. pen., il legislatore, volutamente omettendo qualsiasi richiamo contenutistico alla disciplina della sentenza di assoluzione dettata dall'art. 530 cod. proc. pen., ha evidentemente inteso mantenere nettamente separate fra loro le due pronunce, non soltanto sul piano funzionale e degli effetti che dalle stesse scaturiscono, ma anche – ed è ciò che qui maggiormente rileva – sotto il profilo dei differenti elementi strutturali che caratterizzano i corrispondenti "giudizi". Mentre, infatti, nel quadro di una valutazione comparata degli artt. 425 e 530 cod. proc. pen. possono ritenersi fra loro assimilabili le ipotesi di prova positiva dell'innocenza e quella speculare di totale assenza di prova della colpevolezza, di talché la medesima situazione di fatto è idonea a determinare, su di un piano di sostanziale simmetria, la sentenza di assoluzione in dibattimento e quella di non luogo a procedere nell'udienza preliminare, non altrettanto è a dirsi in tutte le ipotesi in cui la prova risulti invece insufficiente o contraddittoria. In tal caso, infatti, alla sentenza di assoluzione imposta dall'art. 530, comma 2, cod. proc. pen., non corrisponde un omologo per la sentenza di non luogo a procedere, ma una più articolata regola di giudizio che deve necessariamente tener conto della diversa natura e funzione che quella pronuncia è destinata a svolgere nel sistema. L'apprezzamento del merito che il giudice è chiamato a compiere all'esito della udienza preliminare non si sviluppa, infatti, secondo un canone, sia pur prognostico, di colpevolezza o di innocenza, ma si incentra sulla ben diversa prospettiva di delibare se, nel caso di specie, risulti o meno necessario dare ingresso alla successiva fase del dibattimento: la sentenza di non luogo a procedere, dunque, era e resta, anche dopo le modifiche subite dall'art. 425 cod. proc. pen., una sentenza di tipo "processuale", destinata null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero. Da ciò consegue che, ove la prova risulti insufficiente o contraddittoria, l'adozione della sentenza di non luogo a procedere potrà dirsi imposta soltanto nei casi in cui si appalesi la superfluità del giudizio, vale a dire nelle sole ipotesi in cui è fondato prevedere che l'eventuale istruzione dibattimentale non possa fornire utili apporti per superare il quadro di insufficienza o contraddittorietà probatoria. Ove ciò non accada, quindi, risulterà scontato il provvedimento di rinvio a giudizio che, in una simile eventualità, lungi dal rinvenire il proprio fondamento in una previsione di probabile condanna, si radicherà null'altro che sulla ritenuta necessità di consentire nella dialettica del dibattimento lo sviluppo di elementi ancora non chiariti*». Dello stesso tenore Corte cost., (ud. 26/03/1997) 11-04-1997, n. 94, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

[26] L. 16 dicembre 1999, n. 479, recante "modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense".

maniera sostanziale, sui poteri istruttori in capo al giudice dell'udienza preliminare, con particolare riferimento ai nuovi artt. 421-*bis*[27] e 422[28] c.p.p.

Stando così le cose, in primo luogo, i poteri istruttori del giudice dell'udienza preliminare sono stati introdotti per consentire al giudice di intervenire con maggior vigore nella specifica fase procedimentale, tramite l'eventuale indicazione al pubblico ministero delle ulteriori indagini da compiere – con relativo termine finale entro il quale esse debbano essere espletate – le quali si ritengono necessarie ai fini della decisione.

In secondo luogo, è consentito al giudice dell'udienza preliminare procedere all'assunzione di mezzi di prova – d'ufficio o su istanza di parte – purché essi appaiano decisivi ai fini dell'emissione di una sentenza di non luogo a procedere nei confronti dell'imputato. In altri termini, il giudice, se dovesse ritenere il compendio "probatorio" presentato dal pubblico ministero di dubbio spessore, e se, parimenti, dovesse ritenere che eventuali ulteriori indagini non possano colmare tale lacuna, può disporre l'assunzione probatoria, ma solo se ritenga che dalla specifica attività istruttoria possano emergere elementi favorevoli all'imputato. Quanto detto implica necessariamente che il giudicante evidentemente già propende verso il proscioglimento dell'imputato ma è impossibilitato a pronunciarlo a causa di un compendio probatorio equivoco, in relazione al quale l'integrazione probatoria potrebbe servire a fare chiarezza.

Tornando al tema che qui maggiormente rileva, l'art. 23 della suindicata l. 16 dicembre 1999, n. 479 ha modificato, altresì, l'art. 425 c.p.p., alla stregua del quale «*1. Se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce*

[27] Rubricato "ordinanza per l'integrazione delle indagini", la disposizione recita: «*1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'art. 421, il giudice, se le indagini preliminari sono incomplete, indica le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Del provvedimento è data comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello. 2. Il procuratore generale presso la corte d'appello può disporre con decreto motivato l'avocazione delle indagini a seguito della comunicazione prevista dal comma 1. Si applica, in quanto compatibile, la disposizione dell'art. 412, comma 1*».

[28] L'art. 422 c.p.p. attualmente recita: «*1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'art. 421, ovvero a norma dell'art. 421-bis, il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere. 2. Il giudice, se non è possibile procedere immediatamente all'assunzione delle prove, fissa la data della nuova udienza e dispone la citazione dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici e delle persone indicate nell'art. 210 di cui siano stati ammessi l'audizione o l'interrogatorio. 3. L'audizione delle persone indicate nel comma 2 sono condotti dal giudice. Il pubblico ministero e i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice, nell'ordine previsto dall'art. 421, comma 2. Successivamente, il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni. 4. In ogni caso l'imputato può chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli articoli 64 e 65. Su richiesta di parte, il giudice dispone che l'interrogatorio sia reso nelle forme previste dagli articoli 498 e 499*».

reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, indicandone la causa nel dispositivo. 2. Ai fini della pronuncia della sentenza di cui al comma 1, il giudice tiene conto delle circostanze attenuanti. Si applicano le disposizioni dell'art. 69 del codice penale. 3. Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio. 4. Il giudice non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca. 5. Si applicano le disposizioni dell'art. 537».

Per l'effetto, la modifica più rilevante ha riguardato, com'è noto, la regola di giudizio alla stregua della quale il giudice dell'udienza preliminare deve valutare la posizione processuale dell'imputato. In particolare, ai sensi e per gli effetti del succitato art. 425, 3° comma, c.p.p., il concetto di "insufficienza" si riferisce ad una lacuna quantitativa del quadro probatorio addotto dal pubblico ministero a sostegno dell'accusa; il concetto di "contraddittorietà" si riferisce al contrasto interno al compendio probatorio tra elementi di prova raccolti; infine, il concetto di "inidoneità", poiché preceduta dall'avverbio "comunque", ricomprende la due ipotesi che la precedono, oltre a tutti gli altri casi in cui il quadro probatorio risultante in udienza preliminare, ancorché sufficiente e non contraddittorio, non risulti adeguato a sostenere l'accusa in giudizio per motivi diversi.

Stando così le cose, non deve sorprendere, allora, se la Consulta anche in questo caso ha ribadito la natura prettamente processuale dell'udienza preliminare[29].

Infatti, il giudice delle leggi ha dichiarato che «*deve sottolinearsi come le pur significative e rilevanti modifiche che la legge n. 479 del 1999 ha apportato alla disciplina della udienza preliminare, pur avendo contribuito a ridefinire, in termini di maggior pregnanza, la struttura, la dinamica ed i contenuti decisori di quella fase, non ne hanno tuttavia mutato le connotazioni eminentemente processuali che ne contraddistinguono l'essenza; che al di là delle segnalate innovazioni, infatti, la funzione della udienza preliminare era e resta quella di verificare – sia pure alla luce di una valutazione "contenutistica" più penetrante rispetto al passato – l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal Pubblico Ministero, cosicché, ad una richiesta in rito, non può non corrispondere, in capo al Giudice, una decisione di eguale natura, proprio perché anch'essa calibrata sulla prognosi di non superfluità del sollecitato passaggio alla fase dibattimentale;*

[29] Morisco, *L'udienza preliminare*, cit., 725. L'Autore ritiene che «*il dato letterale dell'art. 425, 3° co., c.p.p. impone di superare il criterio della "probabilità" della conferma dell'ipotesi accusatoria nel dibattimento. Ai fini del rinvio a giudizio è richiesto uno standard di convincimento di grado superiore che, sebbene non sia identico a quello previsto per la conclusione del giudizio, quanto meno sia capace di escluderne l'epilogo assolutorio in fase dibattimentale*». Dello stesso parere Aprile, *L'udienza preliminare*, cit., 27.

che in tale prospettiva, il mutamento del quadro di accusa ben può ricevere, dunque, quanto a modalità di contestazione, una disciplina difforme e più snella rispetto a quella dettata per il dibattimento, posto che in tale ultima fase lo sviluppo delle serie probatorie e l'oggetto del contraddittorio si proiettano, non verso una statuizione destinata unicamente a regolare il futuro iter del processo – quale è la decisione che conclude l'udienza preliminare – ma verso una sentenza chiamata a definire direttamente il merito della regiudicanda e suscettibile di assumere i caratteri e la "forza" del giudicato»[30].

Sennonché, ad un mese dalla pronuncia appena citata, la Consulta forniva una ricostruzione diversa, definendo il compito cui è chiamato il giudice una valutazione che ormai doveva considerarsi di merito[31]; le specifiche considerazioni sembrano venire confermate in una pronuncia del 2002[32], in cui la Corte dichiara che l'art. 425 c.p.p., come modificato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, impone al giudice di valutare nel merito la fondatezza dell'accusa, non intendendo tuttavia, con tale affermazione, concepire la valutazione del giudice dell'udienza preliminare al pari di quella del giudice del dibattimento,

[30] Corte cost., Ord., 04/06/2001, n. 185. Idem Corte cost., Ord., 25/02/2002, n. 39; Corte cost., Ord., 26/02/2004, n. 90, in *studiolegale.leggiditalia.it.*

[31] Corte cost., 04/07/2001, n. 224, in *studiolegale.leggiditalia.it.* Afferma difatti la Corte che «*a seguito delle importanti innovazioni introdotte, in particolare, dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, l'udienza preliminare ha subito una profonda trasformazione sul piano sia della quantità e qualità di elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, sia dei poteri correlativamente attribuiti al Giudice, e, infine, per ciò che attiene alla più estesa gamma delle decisioni che lo stesso Giudice è chiamato ad adottare. L'esigenza di completezza delle indagini preliminari,* [...] *ora significativamente valutabile anche in sede di udienza preliminare, al cui Giudice è attribuito il potere di disporre l'integrazione delle indagini stesse (art. 421-*bis *c.p.p.); l'analogo potere di integrazione concernente i mezzi di prova, a fronte del quale il Giudice può assumere anche d'ufficio le prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422 c.p.p.); le nuove cadenze delle indagini difensive – introdotte dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397 – ed il conseguente ampliamento del tema decisorio, non più limitato al materiale raccolto dall'organo dell'accusa: sono tutti elementi di novità che postulano, all'interno della udienza preliminare, da un lato, un contraddittorio più esteso rispetto al passato, e, dall'altro, un incremento degli elementi valutativi, cui necessariamente corrisponde – quanto alla determinazione conclusiva – un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di "sommarietà" che prima della riforma erano tipici di una delibazione tendenzialmente circoscritta allo "stato degli atti".*
Accanto a ciò, vengono poi in considerazione i nuovi "contenuti" che, sempre alla stregua degli apporti novellistici, può assumere la decisione con la quale il Giudice è chiamato a definire l'udienza preliminare. In base alla nuova formulazione dell'art. 425 c.p.p., infatti, la regula iuris *posta a fondamento del rinvio a giudizio, si radica – in positivo – sulla sufficienza, non contraddittorietà e, comunque, idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, imponendosi, in caso di diverso apprezzamento, l'adozione della sentenza di non luogo a procedere. Quest'ultima, a sua volta, può scaturire anche dal riconoscimento di circostanze attenuanti e dalla correlativa applicazione della disciplina di cui all'art. 69 c.p., con i riflessi tipici delle statuizioni che incidono sul merito della causa*». Idem Corte cost., Ord., (ud. 10/01/2004) 16-01-2004, n. 20.

[32] Corte cost., 8/07/2002, n. 335. Cfr. inoltre Corte cost., Ord., 10/07/2002, n. 367, Corte cost., Ord., 20/11/2002, n. 490, Corte cost., Ord., 03/07/2003, n. 269 e Corte cost., Ord., 03/07/2003, n. 271, in *studiolegale.leggiditalia.it.*

chiamato a decidere sulla colpevolezza dell'imputato. Si legge infatti nella sentenza: «*i contenuti delle decisioni che concludono l'udienza preliminare hanno assunto* [...] *una diversa e maggiore pregnanza. Il giudice infatti non è solo chiamato a valutare, ai fini della pronuncia di non luogo a procedere, se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato, ovvero se risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non l'ha commesso o non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, tenendo conto, se del caso, delle circostanze attenuanti e applicando l'art. 69 del codice penale (art. 425, commi 1 e 2, cod. proc. pen.). Il giudice deve considerare inoltre se gli elementi acquisiti risultino sufficienti, non contraddittori o comunque idonei a sostenere l'accusa nel giudizio (art. 425, comma 3, cod. proc. pen.), dovendosi determinare, se no, a disporre il non luogo a procedere; se sì, a disporre il giudizio. Il nuovo art. 425 del codice, in questo modo, chiama il giudice a una valutazione di merito sulla consistenza dell'accusa, consistente in una prognosi sulla sua possibilità di successo nella fase dibattimentale*». Affermare che il giudice è chiamato a pronunciarsi "sul merito della consistenza dell'accusa" non significa però accertare l'esistenza di un fatto-reato e la possibilità di attribuirlo all'imputato. Difatti, come si legge in sentenza, la Consulta specifica che la predetta valutazione consiste in una "prognosi sulla possibilità di successo nella fase dibattimentale", che allontana fortemente la sentenza emessa all'esito dell'udienza preliminare da una decisione di merito, evidenziandone piuttosto, in linea con la precedente giurisprudenza, la natura processuale.

Anche la giurisprudenza di legittimità successiva alla riforma ha confermato la natura meramente processuale della sentenza di non luogo a procedere[33], che ormai sembra pacifica.

In particolare, con riguardo alla nuova regola di giudizio di cui all'art. 425, 3° co., c.p.p., si sono divise il campo tre interpretazioni.

La prima si fonda sulla cd. "teoria dell'innocenza evidente", secondo cui il non luogo a procedere va preferito quando gli elementi acquisiti fanno emergere l'innocenza dell'imputato, rendendo inutile il dibattimento. Il termine "evidenza" riporta alla mente l'originaria formulazione dell'art. 425 c.p.p., ispirata alla *ratio* della teoria testé citata, secondo cui per il proscioglimento serviva l'assoluta mancanza di qualsiasi incertezza in ordine alla innocenza dell'imputato, sia in termini di prova positiva dell'innocenza stessa, sia in termini di assenza di prove circa la colpevolezza, portando al rinvio a giudizio nei casi dubbi[34].

---

[33] Cass. pen. Sez. VI, 6/04/2000, n. 1662, Pacifico; Cass. pen. sez. V 13/02/2007, n. 9232, Procuratore Generale della Repubblica presso Giudice Udienza Preliminare di Campobasso c. P.N.; Cass. pen., sez. I, 22/05/2007, n. 22810, Pubblico Ministero presso Tribunale di Catanzaro c. M.F., in *studiolegale.leggiditalia.it*.

[34] Daniele, *La regola di giudizio dell'udienza preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2002, 564; *Ibid.*, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, 44.

Appare chiaro come tale teoria non potrebbe spiegare l'attuale regola di giudizio, in quanto il legislatore, dapprima sopprimendo il termine evidente con la l. n. 105 del 1993, poi contemplando espressamente il non luogo a procedere nei casi di insufficienza o contraddittorietà della prova con la l. 479 del 1999, ha deciso di esaltare il ruolo di filtro dell'udienza preliminare che l'evidenza probatoria invece sviliva.

La seconda interpretazione si fonda sulla cd. "teoria della condanna probabile" – che è stata recepita dalla Corte costituzionale – secondo la quale bisogna riferirsi alle probabilità di successo della tesi dell'accusa in dibattimento per sciogliere il dubbio tra rinvio a giudizio e non luogo a procedere[35]. La specifica teoria impone al giudice di rinviare a giudizio l'imputato quando, alla luce delle risultanze investigative, è probabile che il dibattimento si concluderà con una sentenza di condanna. Per l'effetto, in tale ipotesi, l'udienza preliminare si manifesta come un filtro a maglie strette, laddove il giudice è tenuto a prosciogliere in caso di compendi "probatori" incerti circa la colpevolezza dell'imputato[36]. È facilmente intuibile che in ossequio a detta teoria il giudice è tenuto a prosciogliere l'imputato non solo in caso di insufficienza o contraddittorietà degli elementi a carico, ma anche quando, nonostante un compendio "probatorio" *ictu oculi* esauriente, ritenga che in dibattimento non verrà raggiunta la prova della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio.

La terza impostazione fa riferimento alla cd. "teoria dell'utilità del dibattimento"[37], in virtù della quale il giudice deve formulare non luogo a procedere nei in cui si manifesti la superfluità del giudizio, attraverso una valutazione di natura prognostica avente ad oggetto l'utilità del dibattimento, optando per il rinvio a giudizio in presenza di casi "aperti", ossia incerti, suscettibili di percorrere molteplici strade all'esito del vaglio dibattimentale.

---

[35] Corte cost., 8/07/2002, n. 335, in *studiolegale.leggiditalia.it*: «*i contenuti delle decisioni che concludono l'udienza preliminare hanno assunto, in parallelo alle novità appena segnalate, una diversa e maggiore pregnanza. Il giudice infatti non è solo chiamato a valutare, ai fini della pronuncia di non luogo a procedere, se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato, ovvero se risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non l'ha commesso o non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, tenendo conto, se del caso, delle circostanze attenuanti e applicando l'art. 69 del codice penale (art. 425, commi 1 e 2, cod. proc. pen.). Il giudice deve considerare inoltre se gli elementi acquisiti risultino sufficienti, non contraddittori o comunque idonei a sostenere l'accusa nel giudizio (art. 425, comma 3, cod. proc. pen.), dovendosi determinare, se no, a disporre il non luogo a procedere; se sì, a disporre il giudizio. Il nuovo art. 425 del codice, in questo modo, chiama il giudice a una valutazione di merito sulla consistenza dell'accusa, consistente in una prognosi sulla sua possibilità di successo nella fase dibattimentale*».

[36] Daniele, *La regola di giudizio in udienza preliminare*, *cit.*, 566.

[37] Ziroldi, *Udienza preliminare: preparazione e svolgimento*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 962.

La giurisprudenza di legittimità successiva alla riforma si è espressa in maniera conforme all'ultima teoria[38], ritenendo non pronunciabile il non luogo a procedere in presenza di elementi insufficienti o contraddittori che «*appaiano ragionevolmente superabili nel dibattimento, non dovendo egli accertare l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato, bensì la sostenibilità dell'accusa in giudizio*»[39]

L'impostazione è stata ribadita anche dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione, secondo cui «*nel contesto delle sopravvenute, significative, novità normative (in particolare, la L. n. 479 del 1999) e dei plurimi interventi della Corte costituzionale (v., fra le tante, sentt. n. 224 del 2001 e n. 335 del 2002), si è imposta un'opportuna rimeditazione riguardo alla struttura e alle funzioni dell'udienza preliminare, nel senso di una sua progressiva marginalizzazione quale "momento processuale" orientato al mero controllo dell'azione penale promossa dal P.M. in vista dell'apertura della fase del giudizio, e, per contro, del suo avvicinamento ai segmenti di uno sviluppo procedimentale in cui, per la completezza del quadro probatorio di cui il giudice dispone, per il potenziamento dei poteri riconosciuti alle parti in materia di prova e per l'obiettivo arricchimento, qualitativo e quantitativo, dell'orizzonte prospettico del giudice rispetto all'epilogo decisionale, è stimolata la valutazione del "merito" circa la consistenza dell'accusa, in base ad una prognosi sulla possibilità di successo nella fase dibattimentale*»[40]. Dopo la pronuncia delle Sezioni Unite la Suprema Corte ha mantenuto saldamente la stessa impostazione[41].

Il ruolo del giudice dell'udienza preliminare è stato ricondotto da alcuni ad un controllo circa l'eventuale integrabilità della prova che appare insuffi-

---

[38] Cass. pen. Sez. VI, 06/04/2000, n. 1662, Pacifico, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

[39] Cass. pen. Sez. IV Sent., 19/04/2007, n. 26410, *studiolegale.leggiditalia.it*, laddove la Corte precisa che «*il parametro non è l'innocenza ma l'impossibilità di sostenere l'accusa in giudizio. L'insufficienza e la contraddittorietà degli elementi devono quindi avere caratteristiche tali da non poter essere ragionevolmente considerate superabili nel giudizio. Insomma la situazione non deve poter essere considerata suscettibile di chiarimenti o sviluppi nel giudizio. Questo giudizio prognostico vale sia per l'ipotesi dell'insufficienza che per quella della contraddittorietà: queste caratteristiche legittimeranno la pronunzia della sentenza di n.l.p. solo se non appariranno superabili nel giudizio. In conclusione, a meno che ci si trovi in presenza di elementi palesemente insufficienti per sostenere l'accusa in giudizio per l'esistenza di prove positive di innocenza o per la manifesta inconsistenza di quelle di colpevolezza, la sentenza di non luogo a procedere non è consentita quando l'insufficienza o contraddittorietà degli elementi acquisiti siano superabili in dibattimento*». Nello stesso senso Cass. pen. Sez. IV Sent., 08/11/2007, n. 47169; Cass. pen. Sez. II Sent., 18/03/2008, n. 14034; Cass. pen. Sez. IV Sent., 28/10/2008, n. 46403; Cass. pen. Sez. V Sent., 15/05/2009, n. 22864, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

[40] Cass. pen. Sez. Unite, 20/12/2007, n. 5307, Proc. Rep. presso il Tribunale di Pordenone c. B.D., in *studiolegale.leggiditalia.it*.

[41] *Ex multis* v. Cass. pen. Sez. VI Sent., 12/01/2012, n. 10849; Cass. pen. Sez. VI Sent., 17/07/2012, n. 33921; Cass. pen. Sez. III Sent., 21/03/2013, n. 39401; Cass. pen. Sez. II Sent., 18/10/2013, n. 45989; Cass. pen. Sez. II Sent., 14/11/2013, n. 48831; Cass. pen. Sez. VI Sent., 24/01/2014, n. 6765; Cass. pen. Sez. V Sent., 19/06/2014, n. 41162; Cass. pen. Sez. II Sent., 05/11/2015, n. 46145; ass. pen. Sez. V Sent., 26/02/2016, n. 26756; Cass. pen. Sez. II Sent., 07/04/2016, n. 15942; Cass. pen. Sez. V Sent., 26/10/2016, n. 565, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

ciente o contraddittoria nella fase dell'udienza preliminare, e non tramite un giudizio prognostico che vede al centro il dibattimento[42]. Se così non fosse, si legittimerebbe una presunzione di "necessaria utilità" del dibattimento[43] che avrebbe come logica conseguenza una declaratoria di inutilità dell'udienza preliminare, stante la sua abdicazione al ruolo di setaccio della giustizia penale[44].

Lo sforzo ermeneutico, per quanto degno di nota, non convince. Non si può andare al di là del dato normativo. L'art. 425, co. 3, c.p.p. è netto nell'affermare che «*il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio*». Una volta accertata l'impossibilità di prosciogliere l'imputato con una delle formule indicate dal comma 1 dell'art. 425, il giudice deve verificare la sostenibilità dell'accusa sulla base degli elementi di prova addotti dal pubblico ministero. È chiaro che l'insostenibilità contiene anche l'insufficienza e la contraddittorietà degli elementi: un compendio probatorio insufficiente o contraddittorio non potrebbe mai rivelarsi idoneo a sostenere l'accusa in dibattimento, per cui il giudice è necessariamente chiamato ad un giudizio di tipo prognostico sulle *chances* che ha il pubblico ministero di dimostrare la colpevolezza dell'imputato con gli elementi presentati. Se contraddittori, quindi tendenti ad esiti equivoci, o se insufficienti, ossia carenti quantitativamente, l'accusa non può essere sostenuta in giudizio. Oltre queste due espresse ipotesi, il giudice proscioglie in ogni altro caso in cui gli elementi risultano inidonei a sostenere l'accusa in giudizio. È chiaro che la ricostruzione della sostenibilità dell'accusa in giudizio posa sulla teoria dell'utilità del dibattimento.

Evidentemente che in udienza preliminare non siamo di fronte ad un accertamento dello stesso tipo di quello effettuato dal giudice del dibattimento, ma di un giudizio sul "peso" del fascicolo delle indagini preliminari. "Inidoneità degli atti a sostenere l'accusa", o "insostenibilità dell'accusa", è una formula che indica cedevolezza. Essa dà l'idea di una costruzione dotata di fondamenta fragili, quindi sorretta da materiale inidoneo. Così è l'accusa del pubblico ministero quando richiede il rinvio a giudizio dell'imputato senza addurre un fascicolo che contenga sufficienti elementi atti a reggere il prossimo confronto dibattimentale, quindi inidonei a dimostrare la tesi accusato-

[42] Cassibba, *L'udienza preliminare: struttura e funzioni*, Milano, 2007, 95; Lozzi, *L'udienza preliminare: un filtro inefficiente nel pensiero della Suprema Corte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 370. *Contra* Pistorelli, voce *Udienza preliminare*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 2001, 4; Daniele, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, cit., 205.

[43] Cassibba, *L'udienza preliminare: struttura e funzioni*, cit., 95.

[44] Cassibba, *L'udienza preliminare: struttura e funzioni*, cit., 96. L'Autore evidenzia infatti che «*l'insufficienza e la contraddittorietà della prova esprimono, comunque, l'inidoneità degli elementi probatori a sostenere l'accusa in giudizio: sebbene la formula normativa non abbia un limpido significato, è questo il senso dell'art. 425, comma 3, c.p.p., laddove l'impiego della disgiuntiva «o comunque» assume un carattere esplicativo e riassuntivo dell'intera previsione*».

ria esplicata nel capo d'imputazione. Ne consegue l'inutilità del giudizio e il dovere di evitare alla collettività un superfluo dispendio di risorse e all'imputato il patema del dibattimento.

Parte della dottrina riteneva che il comma 3 dell'art. 425 c.p.p. legittimasse l'interpretazione della regola di giudizio alla stregua della teoria della condanna probabile. La norma porrebbe le ipotesi di insufficienza o contraddittorietà su un piano e quella dell'inidoneità su un altro piano, laddove le prime due esprimerebbero una regola analoga a quella contenuta nell'art. 530, co. 2, c.p.p., mentre l'inidoneità farebbe riferimento alla impossibilità per il pubblico ministero di adempiere il proprio onere probatorio in giudizio. Tuttavia, un'esegesi del genere non terrebbe conto del dato letterale, laddove la contraddittorietà, l'insufficienza e la inidoneità degli elementi sono formule che fanno riferimento al compendio probatorio proiettato in dibattimento, e quindi all'idoneità a consentire al pubblico ministero di sostenere l'accusa formulata in imputazione, e non una valutazione di attendibilità delle prove funzionale all'accertamento della colpevolezza dell'imputato.

4. Esigenze di cambiamento: la "ragionevole previsione di condanna".

La "Riforma Cartabia", come accennato in precedenza, ha modificato la regola di giudizio dell'udienza preliminare e del procedimento di archiviazione, nella prospettiva di imporre il pronunciamento della sentenza di non luogo a procedere e del provvedimento di archiviazione solo qualora dagli atti non risulti una ragionevole previsione di condanna.

In proposito, nella Relazione della Commissione Lattanzi, a proposito dell'archiviazione, si legge: «*la Commissione ritiene che, alla luce dell'evoluzione della fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale; a seguito di indagini che – in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale – devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino – sulla base di una sorta di "diagnosi prognostica" – tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione*». Di seguito, in ordine all'udienza preliminare, la Relazione sottolinea «*l'inefficacia dell'udienza preliminare a svolgere il ruolo filtro attribuitole dalla sistematica del codice del 1988. Nonostante i plurimi interventi di modifica, dopo trent'anni i dati statistici sono impietosi e dimostrano che, nei casi in cui l'udienza preliminare si conclude con un rinvio a giudizio (ossia nel 63% dei casi), essa genera un aumento di durata del processo di primo grado di circa 400 gg. Complessivamente, l'udienza preliminare filtra poco più del 10% delle imputazioni per i processi nei quali è pre-*

vista e non incide peraltro in modo significativo sul tasso dei proscioglimenti in dibattimento. Va segnalato che, anche in Inghilterra, dove è nata come sbarramento delle imputazioni azzardate del privato, essa è stata trasformata in contraddittorio cartolare e alfine abbandonata, in favore di un filtro, a richiesta, davanti allo stesso giudice del trial. Sulla base di tali considerazioni, l'intervento proposto si articola in una duplice direzione: per un verso, una ragionevole limitazione dell'ambito applicativo dell'udienza preliminare; per altro verso, una ristrutturazione dell'istituto stesso, con la rielaborazione della regola di giudizio per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere – che viene allineata all'analoga previsione in sede di archiviazione e quindi risulta basata, pur nella diversità del momento, sulla medesima valutazione di sufficienza degli elementi raccolti ai fini della condanna in dibattimento - e con la regolamentazione di uno spazio di controllo giurisdizionale e in contraddittorio sull'imputazione formulata dal pubblico ministero.».

Nel progetto preliminare del codice, il vecchio art. 115 disp. att. c.p.p. – poi diventato l'attuale 125 disp. att. c.p.p. – imponeva al pubblico ministero di richiedere l'archiviazione qualora avesse ritenuto che gli elementi acquisiti "non erano sufficienti al fine della condanna dell'imputato". Tale formula destò perplessità, specie riguardo all'omologazione di regole chiamate a militare in fasi diverse[45].

L'impostazione è stata poi abbandonata a favore dell'attuale regola decisoria della sostenibilità dell'accusa in giudizio, in quanto si è affermato che il legislatore ha ritenuto che la valutazione del pubblico ministero dovesse muoversi verso l'idoneità delle indagini a sostenere l'impostazione accusatoria piuttosto che esprimere un giudizio sulla responsabilità penale dell'indagato[46]. Conferma di tale impostazione proviene anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che nella sentenza n. 88 del 1991 asseriva che: «*L'art. 115 disponeva che "il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene che gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sarebbero sufficienti al fine della condanna degli imputati", mentre l'art. 125 del testo definitivo dispone che "il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio". È evidente, innanzitutto, che la formula iniziale comportava che all'oggetto proprio della valutazione del pubblico ministero circa i risultati delle indagini ai fini dell'esercizio, o no, dell'azione si sostituisse l'oggetto proprio della valutazione del giudice, che investe, appunto, la sufficienza delle prove per la condanna: e ciò in netta*

[45] V. Parere del C.S.M. al Prog. Prel. n. att. c.p.p., in *Doc. Giust.*, 1990, 2 – 3, 127.

[46] Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 25 gennaio 2022, 13-14.

contraddizione con il fatto che, nel sistema del codice, quest'ultimo giudizio è frutto di un materiale probatorio da acquisire nel dibattimento».

Tuttavia, sono emersi immediatamente alcuni problemi circa il rapporto tra l'originaria regola di giudizio sottesa al non luogo a procedere e quella relativa all'archiviazione, laddove quest'ultima viene pronunciata in caso di infondatezza della notizia di reato *ex* art. 408 c.p.p.[47], che si palesa quando, a mente dell'art. 125 disp. att. c.p.p., «*gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio*». Così concepita, la regola di giudizio dell'archiviazione risultava ben più ampia rispetto a quella relativa al non luogo a procedere; distinzione giustificata, secondo la Corte costituzionale, dalle differenti *ratio* sottese alle due fasi, esplicata dalla Corte nella già citata sentenza n. 88 del 1991, nella quale si legge che «*la differenza si giustifica, con la diversa funzione che le due regole assolvono nella logica del sistema del codice, coerentemente alla diversità delle fasi – rispettivamente, anteriore o successiva all'esercizio dell'azione penale – in cui sono destinate ad operare. Nella prima fase, il controllo del giudice è volto sì a non dar ingresso ad accuse insostenibili, ma ancor più a far fronte all'eventuale inerzia del pubblico ministero, additandogli la necessita di ulteriori indagini - non soggette a particolari limitazioni – e perfino ordinandogli di formulare l'imputazione: sicché ciò che fondamentalmente si garantisce è l'obbligatorietà dell'azione penale. Nella seconda fase, ulteriori indagini sono, invece, consentite solo se risultino "decisive" ai fini del rinvio a giudizio o del proscioglimento (art. 422); ed il controllo del giudice si svolge in chiave essenzialmente garantistica, diretto cioè a tutelare l'imputato contro accuse che, in esito al contraddittorio, si siano rivelate palesemente infondate. La diversa finalità delle due fasi e delle rispettive regole è, peraltro, coerente, ad un tempo, con la logica del "favor actionis" e con la caratterizzazione del sistema in senso accusatorio. La Corte è consapevole che la tendenza ad allargare l'area di operatività dell'archiviazione – tendenza manifestatasi prima con la redazione dell'art. 115, poi con interpretazioni dell'art. 125 volte a stabilire una sostanziale omogeneità con quello – dipende essenzialmente da preoccupazioni di deflazione dibattimentale, che la stessa Corte è ben lungi dal sottovalutare, pur dovendo rilevare come esse non bastino a legittimare interpretazioni collidenti con i principi dinanzi richiamati. Infatti, il legislatore delegante non ha considerato l'archiviazione in funzione deflattiva, tant'e che nei lavori parlamentari non esiste traccia di indicazioni tendenti a perseguire, con la sua configurazione, obiettivi di economia processuale. A tal fine, sono stati previsti altri strumenti, quali i riti alternativi ed un largo impiego del procedimento pretorile*»[48].

---

[47] A differenza della "manifesta infondatezza" richiesta dall'art. 2 n. 50 della legge-delega.

[48] Corte cost., 28/01/1991, n. 88, in *studiolegale.leggiditalia.it*, in cui la Corte costituzionale era chiamata a risolvere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 125 disp. att. c.p.p. per violazione del parametro interposto rappresentato dalla direttiva n. 50 della legge-delega che prevedeva l'archiviazione per le sole ipotesi di manifesta infondatezza della notizia di reato, decidendo per il rigetto. In motivazione la Corte ricollegava l'obbligo di esercitare l'azione penale al

A seguito dell'eliminazione del consenso del pubblico ministero al fine dell'accesso al giudizio abbreviato da parte dell'imputato, si è sostenuto che la Corte costituzionale dovesse individuare diversi indici sulla base dei quali parametrare la completezza delle indagini, i quali dovrebbero essere adeguati alla possibilità che in udienza preliminare venga pronunciata una sentenza a seguito di rito abbreviato, la quale, per l'appunto, dovrebbe presupporre indagini complete[49]. Tuttavia si è ribattuto che la scelta circa l'esercizio dell'azione penale, secondo tale impostazione, debba essere sempre subordinata al raggiungimento della certezza probatoria[50]; al contrario, la giurisprudenza ha sempre interpretato la sostenibilità dell'accusa in giudizio con riferimento all'utilità del dibattimento. D'altronde, al giudice dell'udienza preliminare è dato sia indicare al pubblico ministero le ulteriori indagini da compiere in caso di incompletezza delle stesse, sia disporre dei poteri di integrazione probatoria.

Secondo la nuova regola di giudizio, il giudice è chiamato oggi ad una valutazione molto più approfondita sugli elementi acquisiti dal pubblico ministero[51], per verificare poi se questi siano idonei, se confermati in dibattimento – e quindi in una prospettiva prognostica – a provare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, e non più solo a sostenere l'accusa in giudizio. In caso di compendi probatori dubbi, il giudice dovrà ponderare in maniera attenta la propria decisione. Per logica, elementi di prova incerti non possono far ritenere raggiungibile la prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, ma non è detto che l'istruttoria dibattimentale non riesca a far luce sui punti d'ombra. In materia, vi sono Autori che hanno suggerito che il giudice debba far uso dei canoni di giudizio di cui agli articoli 530 e 533 c.p.p., e quindi delle regole di valutazione della prova analoghe a quelle utilizzate dal giudice del dibattimento[52].

cd. principio di tendenziale "completezza" delle indagini preliminari «*che nella struttura del nuovo processo assolve una duplice, fondamentale funzione. La completa individuazione dei mezzi di prova è, invero, necessaria, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, "saltando" l'udienza preliminare) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio. Dall'altro lato, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale*». Nello stesso senso Corte cost., Ord., 22/05/1991, n. 252, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

[49] Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, 46 ss.

[50] Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo*, *cit.*, 18, in cui viene criticata altresì la premessa da cui muove l'impostazione suesposta, la quale «*commisura la necessaria estensione dell'attività investigativa ad una mera eventualità processuale, la richiesta del rito speciale da parte dell'imputato*».

[51] La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. pen.*, 3/2021, 27; Alvino, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "Riforma Cartabia"*, in *Sistema penale*, 3/2022, 31.

[52] Alvino, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "Riforma Cartabia"*, cit., 32.

Tuttavia, non sembra che il legislatore abbia inteso la riforma nel senso di anticipare la fase dibattimentale in udienza preliminare, che altrimenti si trasformerebbe in un primo grado di giudizio. Questo perché il giudice del dibattimento è chiamato ad accertare se il fatto-reato è addebitabile all'imputato, e quindi se è provata la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, mentre il giudice dell'udienza preliminare è tenuto ad effettuare un giudizio prognostico che ha come esito pur sempre un provvedimento di natura processuale che assolve una funzione di filtro.

In tema, anche il Consiglio Superiore della Magistratura ha preferito un'interpretazione che opta per il parallelismo tra la "ragionevole previsione di condanna" e il *b.a.r.d.* Si legge infatti nel parere espresso dal C.S.M. sulla "Riforma Cartabia" che «r*ispetto alla più generica formula della "ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio" usata originariamente dal legislatore del D.d.l., il criterio della "ragionevole previsione di condanna" sembra assimilare la soglia probatoria cui il pubblico ministero deve improntare la propria valutazione prognostica a quella del giudice che può pronunciare una sentenza di condanna solo se l'imputato risulti colpevole del reato contestatogli "oltre ogni ragionevole dubbio" (art. 533, co. 1, c.p.p.)*»[53]. In sostanza, il giudice per le indagini preliminari, il giudice dell'udienza preliminare ed il giudice del dibattimento dovrebbero decidere secondo la medesima regola di giudizio, e quindi anche i primi due dovrebbero accertare se l'indagato/imputato è colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio. È chiaro che nessuna omologazione è possibile tra la ragionevole previsione di condanna e la prova della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio sul piano strutturale. Il parallelismo è ammissibile solo sul piano della metodologia del ragionamento probatorio, non sullo standard; in altri termini, nelle fasi iniziali l'organo giudicante deve adottare un metodo analogo a quello utilizzato dal giudice del dibattimento ma da cui promana un provvedimento strutturalmente diverso.

Il giudice dovrà disporre l'archiviazione e il non luogo a procedere, e il pubblico ministero dovrà richiedere l'archiviazione, in caso di prognosi di assoluzione, in quanto compito principale dell'udienza preliminare è quello di indicare quali procedimenti meritano di proseguire verso la fase dibattimentale e quali meritano invece di fermarsi perché non si prospetta che l'imputato verrà condannato. D'altronde giustamente è stato fatto notare come appare sorprendente richiamare il principio *b.a.r.d.* all'interno di fasi del procedimento in cui l'indagato o l'imputato non hanno ancora avuto modo di sviluppare adeguatamente le loro facoltà difensive[54], specie per quel che riguarda la fase delle indagini preliminari. Inoltre, la regola dell'oltre ogni ra-

[53] Parere C.S.M. 19/PP/2020 Disegno di Legge AC n. 2435, delibera del 29 luglio 2021, in *www.csm.it.*

[54] Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, cit., 26.

gionevole dubbio trova naturale sede nella fase processuale dove la prova viene formata secondo il metodo epistemologico che attualmente la scienza e l'esperienza ci forniscono, ossia il contraddittorio nelle forme dell'esame incrociato, il quale non trova applicazione neanche in udienza preliminare per espressa previsione dell'art. 422, 3° comma, c.p.p., richiamato anche dall'art. 441, 6° comma, c.p.p. in caso di integrazione probatoria disposta dal giudice a seguito di giudizio abbreviato, disposizioni sulle quali il legislatore non è intervenuto.

Le suspecificate argomentazioni a sostegno della regola decisoria della "sostenibilità dell'accusa in giudizio" hanno portato il legislatore alla modifica della regola di giudizio per archiviare, sostituendo all'attuale formula quella della ragionevole previsione di condanna, con ciò differendo dall'opzione scelta dalla Commissione Lattanzi, in cui era parso condivisibile imporre l'archiviazione e il non luogo a procedere «*laddove* [fosse emerso] *che gli elementi acquisiti non* [erano] *tali da determinare la condanna*».

La differenza tra le due formule risalta ove si consideri che l'eliminazione dell'elemento predittivo avrebbe certamente degradato il profilo prognostico della decisione del giudice esaltando quello diagnostico. Tuttavia tale lettura non trova conferma nella Relazione finale della Commissione, dove prevale una regola di valutazione che tende ad equilibrare i due profili. Si legge infatti che «*il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino – sulla base di una sorta di "diagnosi prognostica" – tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione*»[55]. In sostanza il giudizio di cui all'art. 533 c.p.p. si palesava già nella fase delle indagini; ne consegue che il rinvio a giudizio avrebbe dovuto essere pronunciato in assenza di ragionevoli dubbi circa la colpevolezza dell'imputato. Va da sé che tale regola di giudizio avrebbe di fatto minato la centralità del processo per spostarla verso fasi antecedenti, richiedendo una pronuncia sulla colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio anche in una fase in cui non sia stata ancora formulata l'imputazione[56].

Di converso, neanche si può ritenere ragionevolmente prevedibile la condanna nelle ipotesi in cui il pubblico ministero o il giudice, di fronte a panorami probatori incerti, considerino ragionevole che dal successivo dibatti-

[55] Relazione finale della «Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello», in *www.giustizia.it*, 20.

[56] Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, cit., 24.

mento possano derivare contributi idonei a superare le anzidette incertezze circa la responsabilità dell'imputato[57]. Com'è facile intuire, tale impostazione nasconderebbe un ritorno del criterio della utilità del dibattimento, a nulla rilevando il cambio della regola di giudizio, che formalmente sarebbe quella della ragionevole previsione di condanna mentre nella sostanza rimarrebbe quella della sostenibilità dell'accusa in giudizio.

Ictu oculi la regola di giudizio sembra ispirarsi alla teoria della condanna probabile, che evoca necessariamente un giudizio di natura probabilistica, in quanto «*il ragionamento che impone una previsione è necessariamente probabilistico*»[58]. Si tratta di capire quando una condanna è prevedibile e, di conseguenza, quando essa non lo è.

La prevedibilità si basa di solito sullo studio delle serie storiche, secondo cui ciò che è successo in passato potrebbe ripetersi in futuro. A tal fine possono essere usati il modello induttivo o quello deduttivo.

Il primo si basa principalmente sui precedenti giurisprudenziali: ad esempio se 10 sentenze su 100 dicono che in caso di x allora si applica y in futuro ci sarà il 10% di possibilità che il giudice nel caso x applicherà y. Tuttavia il modello induttivo non può essere utilizzato per una serie di ragioni. La prima è che il giudice chiamato ad operare in un sistema di *civil law* non è obbligato a conformarsi al precedente giurisprudenziale; in secondo luogo tale modello può essere utilizzato solo per questioni su cui siano presenti un numero considerevole di precedenti, ma anche se così fosse nulla vieta che i precedenti rappresentino degli errori, e un errore ancorché ripetuto più volte rimane sempre tale; infine, una sentenza non si basa sul numero dei precedenti a favore dell'una o dell'altra soluzione, ma sulla qualità dei percorsi logico-giuridici adottati[59].

Di contro, il modello deduttivo si basa principalmente sull'applicazione della legge ed è quindi più conforme al sistema processuale italiano, secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge stessa (art. 101, co. 2 Cost.). Si farà riferimento quindi alle regole dettate dagli articoli 12 e 14 delle disposizioni sulla legge in generale (cd. preleggi)[60].

---

[57] Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, cit., 27.

[58] Intrieri, Viola, *Ragionevole previsione di condanna e giustizia predittiva: una modesta proposta per la riforma dell'art. 425 c.p.p.*, in *www.giustiziainsieme.it*, 1° febbraio 2022.

[59] Intrieri, Viola, *Ragionevole previsione di condanna e giustizia predittiva: una modesta proposta per la riforma dell'art. 425 c.p.p.*, cit., dove ai fini di una migliore comprensione si fa l'esempio di Russell: «*immaginate di essere un tacchino, che ogni giorno viene alimentato dal proprietario; ebbene, il tacchino penserà che in futuro verrà ancora alimentato e che il proprietario è buono, ma arriva il giorno del Ringraziamento ed il tacchino viene ucciso; il fatto narrato dimostra che la previsione c.d. induttiva, basata solo sui precedenti, è fisiologicamente fallace*».

[60] Intrieri, Viola, *Ragionevole previsione di condanna e giustizia predittiva: una modesta proposta per la riforma dell'art. 425 c.p.p.*, cit., in cui si fa il seguente esempio: «*Tizia guidava l'auto Y, trasportando il convivente da diversi anni Tizio; purtroppo, Tizia causava un incidente, investendo il passante Caio, che subiva gravi ferite e la perdita della gamba destra. Tizia scappava subito,*

In sostanza lo *standard* da applicare è quello della probabilità cruciale, ossia il criterio del "più probabile che non" secondo la formula P(c) > 50% (probabilità P di condanna C maggiore del 50%). Il giudice deve prevedere, ossia effettuare una prognosi sul principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio (e non accertare la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio); la prognosi relativa al principio *b.a.r.d.* deve tradursi in uno standard superiore al 50% rispetto all'ipotesi contrastante in quanto una previsione siffatta non può non essere superiore al 50%. Di conseguenza previsioni che vadano al di sotto di tale soglia dovranno portare alla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere (o all'archiviazione del procedimento). Se la difesa, ad esempio, prospetta ipotesi alternative equivalenti a quelle dell'accusa, il g.u.p. deve prosciogliere.

5. Conclusioni.

La capacità deflattiva della nuova regola di valutazione verrà dimostrata solo dai dati che promaneranno dalla sua concreta applicazione.

Il codice di procedura penale dimostra una certa rigidità per i provvedimenti suscettibili di portare alla chiusura del procedimento, a differenza dei provvedimenti che lo spingono verso fasi successive. Pensiamo all'obbligo per il pubblico ministero di motivare la richiesta di archiviazione ma non la richiesta di rinvio a giudizio; o all'obbligo per il giudice di motivare il provvedimento di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere ma non il decreto di rinvio a giudizio.

Certo è che, com'è stato acutamente osservato, decisioni di questo tipo – volte cioè a prevedere ciò che succederà nelle fasi successive del procedimento, come nel caso dei gravi indizi di colpevolezza inerenti alle misure cautelari – denotano un intrinseco elemento di discrezionalità in capo all'organo chiamato a decidere, che probabilmente nessuna riforma riuscirà mai ad intaccare[61]. Occorre, tuttavia, osservare che, specie per quel che riguarda

omettendo ogni soccorso. Sopraggiunti i carabinieri, Tizio si dichiarava alla guida dell'auto Y, al fine di favorire la posizione di Tizia che aveva guidato senza patente, perché revocata, e non aveva prestato i soccorsi.
Ai fini dell'art. 425, comma 3, c.p.p., si pone il problema di capire se Tizio ha una "ragionevole probabilità di condanna" per favoreggiamento personale ex *art. 378 c.p., oppure se questa non sussista in ragione dell'estensione al convivente della causa di non punibilità dell'art. 384 c.p.*». Le soluzioni sono diverse a seconda del metodo adottato: «*se applichiamo quello induttivo, allora bisognerà verificare quante sentenze (almeno nomofilattiche) in percentuale hanno applicato l'art. 384 c.p. in un caso simile; ammettendo che queste saranno in netta maggioranza in ragione del rilievo della sentenza delle SU allora "gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna", così da doversi pronunciare sentenza di non luogo a procedere; – se applichiamo quello deduttivo, più legato alla lettera della legge, allora si tenderebbe a negare l'applicabilità dell'art. 384 c.p., in quanto riferito al "prossimo congiunto" diversamente dal caso de quo dove appare un convivente; con la conseguenza che gli elementi acquisiti consentirebbero una ragionevole previsione di condanna, così da dover disporre il rinvio a giudizio*».

[61] Del Coco, *La verifica preliminare dell'accusa*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, cit., 178-179.

la fase cautelare, il margine di errore sale significativamente rispetto ad altre decisioni, in quanto la provvisorietà degli elementi da un lato e la mancanza di contraddittorio dall'altro, portano il giudice a decidere sulla base di dati qualitativamente scarsi rispetto a quelli a disposizione non solo del giudice del dibattimento ma anche di quello dell'udienza preliminare.

A ciò si aggiunge l'eventualità, che permane nonostante la modifica della regola valutativa, che il pubblico ministero, di fronte ad un quadro investigativo incerto, confidi nello sviluppo dibattimentale degli elementi raccolti o nell'acquisizione di ulteriori elementi[62]. Ma anche in siffatte ipotesi, il pubblico ministero, pur consapevole di richiedere il rinvio a giudizio sulla base di materiale probatorio non esauriente, troverà di fronte a sé un giudice chiamato a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio non più sulla base del criterio dell'utilità del dibattimento ma di una regola di giudizio molto più stringente.

Inoltre, come visto sopra, l'omologazione tra la regola di giudizio in sede dibattimentale non è accettabile, perché significherebbe sostanzialmente snaturare l'udienza preliminare, che non è, salvo casi particolari, luogo di accertamento della colpevolezza dell'imputato, ma momento di decisione circa quali procedimenti meritino sfogo dibattimentale.

Chiaramente la scelta di rendere la regola di giudizio dell'udienza preliminare più rigida è condivisibile. Se si vuole rendere l'udienza preliminare davvero un utile strumento deflativo il criterio della "non superfluità del dibattimento" andava superato, tanto varrebbe altrimenti eliminare tale fase, che così come concepita oggi non contribuisce alla ragionevole durata del processo.

Non appaiono condivisibili le preoccupazioni circa il rischio che il decreto di rinvio a giudizio possa incidere sull'esito del processo, influenzando il convincimento del giudice del dibattimento. La prognosi di colpevolezza, secondo tale impostazione, verrebbe identificata con la regola di giudizio sottesa alla decisione di condanna, con conseguenti rischi di sviluppo di forme di accertamento semplificate, con ciò generando pesanti pressioni sull'imputato, che si vedrebbe costretto ad optare per un rito alternativo[63]. Tuttavia a norma dell'art. 101, co. 2, Cost. il giudice è soggetto soltanto alla legge, per cui nessun pregiudizio può sorgere in capo all'organo giudicante del dibattimento per il rinvio a giudizio dell'imputato, dovendo egli svolgere il proprio ruolo con neutralità, senza rischio che la propria decisione venga influenzata da provvedimenti emessi in fasi precedenti.

Nonostante quanto detto finora, se si vuole rendere efficiente e più spedito il procedimento, modificare le regole di giudizio non appare sufficiente.

In particolare, è stata proposta una profonda modifica della fase successiva alle indagini preliminari, convertendo l'udienza preliminare in un'udien-

---

[62] Del Coco, *La verifica preliminare dell'accusa*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, cit., 181.

[63] Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in *www.processopenaleegiustizia.it*; Del Coco, *La verifica preliminare dell'accusa*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, cit., 178.

za allo stato degli atti tramite la soppressione del potere del giudice di indicare al pubblico ministero ulteriori indagini (421-*bis* c.p.p.) e di disporre l'assunzione di nuove prove (422 c.p.p.), oltre all'abrogazione dell'art. 423 c.p.p. in tema di modifica dell'imputazione[64]. Tale proposta, finalizzata a snellire una fase già di per sé poco animata, non avrebbe altro risultato che quello di rendere ancora meno utile l'udienza preliminare.

Infine, il codice prevede due diversi provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare: il decreto di rinvio a giudizio e la sentenza di non luogo a procedere. Il decreto è di norma non motivato salvo che la legge lo richieda espressamente, e l'art. 429 c.p.p. nulla dispone a riguardo. La sentenza di non luogo a procedere, al contrario, dev'essere "sommariamente" motivata, come richiesto dall'art. 425 c.p.p. Finora la funzione di filtro dell'udienza preliminare non è stata sufficientemente assolta, sicuramente anche a causa della regola decisoria della sostenibilità dell'accusa in giudizio che in pochi casi ha consentito di prosciogliere l'imputato, dando sfogo dibattimentale a molti procedimenti di incerta consistenza. Tuttavia pensare che per effetto della modifica della regola di valutazione le sentenze di non luogo a procedere e le archiviazioni subiranno un considerevole aumento dimostra un eccesso di ottimismo, in quanto, nonostante la restrizione del filtro, la regola della ragionevole previsione di condanna difficilmente consentirà di ottenere i risultati sperati[65]. Ciò a causa del carico di lavoro dei magistrati, il quale andrebbe affrontato con una ponderata opera di depenalizzazione che al momento manca[66], e con la messa a disposizione della giustizia dei mezzi senza cui nessuna organizzazione umana può funzionare: capitale e lavoro, ossia mezzi materiali e personale, su cui invece è stato intrapreso un serio percorso[67].

Concretizzando, di fronte ad un carico di lavoro enorme il magistrato che riveste le funzioni di giudice dell'udienza preliminare, che si trova a dover affrontare ruoli strapieni, avendo due opzioni, tra cui solo una da motivare, quale sceglierà in caso di dubbio? È chiaro che il giudice dell'udienza preliminare, di fronte all'alternativa decreto/sen-

---

[64] Orlandi, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in *www.discrimen.it*, 16 luglio 2021, 3.

[65] Del Coco, *La verifica preliminare dell'accusa*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, cit., 178 ss.; Pistorelli, *Riforma del processo penale: le direttive di intervento in materia di indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il penalista*, 8 ottobre 2021.

[66] Che eviterebbe l'apertura di inutili procedimenti, evitando inutili attività di indagine, oltre alla miriade di richieste di archiviazione che investe i giudici per le indagini preliminari.

[67] Si pensi in particolare al reclutamento di 16.500 addetti all'Ufficio del processo. Sul punto, in maniera critica, v. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, cit., 6.

tenza, sceglierà il primo perché immotivato, e perché inoppugnabile, e quindi meno gravoso in relazione al carico di lavoro[68]. Allora la soluzione preferibile sarebbe stata quella di modificare l'art. 429 c.p.p. imponendo al giudice di motivare il rinvio a giudizio dell'imputato, senza la paura, per le ragioni viste sopra, che una tale scelta possa influire sul convincimento del giudice dibattimentale[69].

In conclusione, a seguito dell'attuazione della legge delega, la pronuncia di un decreto che dispone il giudizio indicherà la consapevolezza da parte del giudice dell'udienza preliminare di maggiori probabilità di condanna rispetto all'assoluzione. In altre parole il giudice dirà che, sulla base degli elementi acquisiti, fermo restando il possibile sviluppo che gli stessi potranno subire in sede dibattimentale, se chiamato ad una pronuncia sulla colpevolezza dell'imputato, avrebbe pronunciato una sentenza di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio. Può un provvedimento del genere non essere accompagnato da una giustificazione logico-giuridica quantomeno sommaria?

---

[68] Ferrua, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *www.discrimen.it*, 12 luglio 2021, 3. L'Autore fa notare che gli artefici della riforma credono erroneamente di aver modificato la regola di giudizio perché in realtà ciò che muta sono i presupposti dell'archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere. Egli evidenzia che «*la regola di giudizio è la regola che riguarda il rapporto tra i due termini di un'alternativa decisoria e indica quale debba prevalere in caso di incertezza. In ogni alternativa occorre distinguere un termine per così dire 'marcato', del quale la legge fissa i presupposti necessari per la sua affermazione; e un termine per così dire 'consequenziale', che va affermato ogni qual volta non sia interamente raggiunta o appaia incerta la prova in ordine al termine 'marcato'. Questo, e non altro, è la regola di giudizio, correttamente intesa. Ora, sia nell'attuale sia nella nuova formulazione, la legge non fissa i presupposti del rinvio a giudizio ma quelli dell'archiviazione e della sentenza di non luogo, sulle quali viene così a gravare l'onere della prova e l'obbligo della motivazione. La conseguenza è che, in caso di mancata prova o di incertezza, a prevalere sarà sempre il rinvio a giudizio; anche perché, nella scelta tra un provvedimento motivato ed uno immotivato, il giudice tenderà, per accidia, a privilegiare quello immotivato. Limitarsi alla modifica dei presupposti per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere serve a poco sino a che la regola di giudizio impone, nel dubbio, il rinvio a giudizio. L'udienza preliminare continuerà a funzionare come un filtro poco selettivo*», concludendo che per modificare la regola di giudizio sarebbe necessario indicare i casi in cui il giudice deve disporre il rinvio a giudizio, con una formula imperniata sulla prognosi della probabile condanna – e non della condanna *tout-court* – e obbligando di conseguenza il giudice ad accompagnare il provvedimento con apposita motivazione. Dello stesso parere Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, cit., 15.

[69] Rischio evidenziato da Ferrua, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *www.discriment.it*, 9 dicembre 2021.

IL RAPPORTO TRA POSIZIONE DI GARANZIA E COOPERAZIONE COLPOSA*

Diana Tenenbaum**

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Le questioni controverse. – **3.** La soluzione della Corte di Cassazione. – **4.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT

La sentenza analizza il rapporto tra cooperazione colposa e posizione di garanzia nell'ambito della responsabilità medica. In particolare, la pronuncia offre lo spunto per approfondire il ruolo dell'art. 113 c.p. nel nostro ordinamento e la sua applicabilità anche verso soggetti che non ricoprono una posizione di garanzia. Il tema coinvolge dunque, da un lato, la esatta delimitazione del concetto di posizione di garanzia e, dall'altro, la possibilità di riconoscere la responsabilità penale nei confronti di chi, pur non essendo garante, ha comunque tenuto una condotta agevolatrice dell'operato altrui che ha contribuito alla realizzazione dell'evento lesivo.

The judgment analyzes the relationship between negligent cooperation and guarantee position in the area of medical liability. In particular, it offers an opportunity to deepen the role of art. 113 c.p. in our legal system and its applicability also to subjects who do not hold a guarantee position. The issue involves, on the one hand, the boundaries of the concept of the position of guarantee and, on the other, the possibility of recognizing the criminal responsibility towards those who, despite being not guarantor, have held a facilitating conduct of work of others who contributed to the realization of the damaging event.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Dottoranda di ricerca in diritto pubblico - Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

1. Premessa.

La sentenza n. 5117 del 2022 della Corte di Cassazione presenta profili di particolare interesse perché esamina, sotto un angolo visuale diverso rispetto a quelli solitamente approfonditi, il tema del rapporto tra posizione di garanzia e cooperazione colposa nell'ambito della responsabilità medica.

Le riflessioni sviluppate dalla Suprema Corte traggono origine da una vicenda connotata da una certa drammaticità. La pronuncia affronta infatti il caso di una dottoressa omeopata (A. L.) di fama internazionale che aveva fondato una scuola di pensiero, alternativa alla medicina tradizionale ed ispirata al metodo Hahnemanniano[1], privo di qualsiasi riscontro scientifico. Secondo l'ipotesi accusatoria, avallata prima dai Giudici di merito e poi da quelli di legittimità, la donna avrebbe convinto la paziente di una sua 'discepola' (G. D.), con la quale aveva da anni rapporti collaborativi continui tanto da condividerci anche lo studio medico, a seguire trattamenti omeopatici e psicologici e a non farsi asportare chirurgicamente un neo – poi rivelatosi un melanoma – convincendola che se lo avesse asportato non avrebbe risolto il problema ma, anzi, peggiorato la sua situazione, andando incontro alla morte.

Il piano terapeutico così seguito dalla paziente per quasi dieci anni (dal 2005 al 2014) si è rivelato fatale in quanto il melanoma, sul quale le due dottoresse avevano sempre suggerito di non intervenire in base a quanto previsto dai protocolli scientifici tradizionali e di aspettare che uscisse 'naturalmente' dal corpo, ha sviluppato numerose metastasi che hanno portato al decesso avvenuto il 24 settembre 2014.

Nonostante l'imputata non fosse il medico curante della paziente la sua responsabilità è stata affermata in virtù del contributo fondamentale fornito dalla stessa alla realizzazione dell'evento. Tale contributo veniva fatto risalire, in particolare, al 2012, anno in cui l'imputata era stata invitata dalla G.D. ad un consulto durante il quale aveva potuto visionare la lesione della paziente e la sua natura cancerogena. Per il periodo successivo al consulto è stato invece dimostrato come la dott.ssa A.L., anche se non aveva più visitato la persona offesa, fosse stata costantemente informata dalla G.D. della sua condizione clinica e del piano terapeutico che stava seguendo. Siffatta circostanza è emersa soprattutto dalla presenza di numerosi scambi di mail intervenuti tra

[1] Hahneman è considerato il padre fondatore dell'omeopatia. La sua teoria si basava, essenzialmente, su 4 capisaldi: 1) la legge dei simili, secondo la quale una malattia può essere curata con quel farmaco o veleno che ne riproduce il più possibile i sintomi: *similia similibus curentur* (il simile sia curato dal simile) o *similia similibus curantur* (il simile è curato dal simile); 2) L'ipotesi vitalistica, secondo la quale l'organismo vivente è tale grazie ad una forza di natura spirituale che lo abita, la *dynamis* o forza vitale; 3) La necessità dell'individualizzazione assoluta della terapia: ogni caso clinico è sostanzialmente unico e non assimilabile a nessun altro; 4) la legge degli infinitesimi, secondo la quale il rimedio omeopatico rimane attivo, o aumenta la sua attività se la dose viene ridotta o addirittura annullata grazie ad un procedimento di diluizioni seriali.

le due dottoresse, aventi ad oggetto lo stato di salute della donna, le visite da effettuarsi, le terapie da seguire e le preoccupazioni legate al possibile ricorso al trattamento chirurgico e chemioterapico.

Ferma restando la responsabilità della dott.ssa G.D., in quanto medico curante, maggiore complessità ha suscitato il riconoscimento della responsabilità penale della A.L. che, pacificamente, non aveva una relazione terapeutica con la paziente. In mancanza di tale rapporto si è posto infatti il problema di capire se anche alla dottoressa in questione potesse essere comunque ascritta una qualche forma di responsabilità in quanto, consapevole delle sue condizioni cliniche, non solo non ha consigliato alla donna di sottoporsi ad un intervento chirurgico ma ha aderito ed acconsentito al nefasto piano della collega che ha portato, in definitiva, al decesso della vittima.

Tale interrogativo offre lo spunto per affrontare due questioni principali.

Innanzitutto, ci si deve domandare se un medico, chiamato ad effettuare un consulto specialistico da un altro medico, possa essere considerato titolare di una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.

In secondo luogo, ed è questo l'aspetto più interessante, è doveroso chiedersi se possa applicarsi l'art. 113 c.p. a fronte di una condotta agevolatrice di quella del garante, anche in assenza di una posizione di garanzia.

2. Questioni controverse.

L'esatta ricostruzione della posizione di garanzia anima, da sempre, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale ed è inevitabilmente destinata ad avere risvolti pratici di notevole importanza. L'art. 40 cpv. c.p., com'è noto, prevede che non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo. Viene quindi cristallizzata, nella citata norma, l'equivalenza tra il 'non impedire' e il 'cagionare' un determinato evento.

L'art. 40 cpv. c.p. dà luogo, dunque, ad un "*fenomeno di estensione della punibilità*[2]" in quanto il dovere giuridico di agire, che caratterizza anche i reati omissivi propri, "*include nel suo oggetto anche il mancato impedimento dell'evento*[3]". Affinché ciò accada, e cioè sia ravvisabile un obbligo giuridico penalmente rilevante, è necessario che sussistano essenzialmente due elementi: a) non basta la mera possibilità materiale di impedire un evento, essendo necessario che l'azione impeditiva dello stesso sia posta da una norma giuridica; b) la presenza di un obbligo giuridico (o di garanzia) di impedire un evento[4]. Ed è proprio tale obbligo giuridico che "*fa del suo destinatario il*

[2] Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, Sesta edizione, Milano, 2009, 594.

[3] Marinucci, Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Nona edizione, Milano, 2020, 269.

[4] In questo senso si esprime Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, Decima edizione, Padova, 2017, 155. Rispetto all'entità dell'obbligo giuridico che fa scattare la posizione di garanzia v. anche Siniscalco, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 650-651.

garante dell'integrità di uno o più beni giuridici, impegnandolo a neutralizzare i pericoli innescati da comportamenti di terzi o da forze della natura[5]".

Ricostruita in questi termini, la posizione di garanzia è allora configurabile come "*uno speciale vincolo di tutela tra un bene giuridico ed il soggetto garante, a cui il bene stesso è affidato, in virtù dell'incapacità del titolare di proteggerlo e salvaguardarlo autonomamente*[6]".

Così definito il concetto di posizione di garanzia, appare evidente come l'art. 40 cpv c.p. crei un problema di contemperamento tra due interessi contrastanti: da un lato l'interesse a proteggere un bene giuridico considerato meritevole di tutela dall'ordinamento e, dall'altro, l'esigenza di non estendere l'area della responsabilità penale al di là dei comportamenti penalmente rilevanti, alla luce del principio di tipicità e tassatività della legge penale sancito dall'art. 25 della Costituzione.

Proprio tale contrasto ha portato la dottrina e la giurisprudenza a formulare nel corso degli anni diverse teorie in ordine all'individuazione delle fonti delle posizioni di garanzia[7].

Alcune di esse hanno valorizzato l'importanza del principio di tipicità della legge penale concludendo per la necessità di una fonte formale che attribuisca ad un determinato soggetto il ruolo di garante[8]. Altre, invece, hanno posto l'attenzione, in omaggio alla necessità di protezione del bene giuridico di volta in volta tutelato, sulla posizione di fatto in cui si trova un determinato soggetto indipendentemente da un suo riconoscimento in una fonte formale[9]. Non sono infine mancate teorie che hanno cercato di sintetizzare il

---

5 Marinucci, Dolcini, *op. cit.*, 271.

6 Anzillotti, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Milano, 2013, 41.

7 In generale per una ricostruzione delle varie teorie e delle varie critiche che sono state ad esse mosse si rinvia, tra i tanti, a: Mantovani, *op. cit.*, 156 ss.; Prandi, *Alla ricerca del fondamento: posizioni di garanzia fattuali tra vecchie e nuove perplessità*, in *Diritto penale e processo*, n. 5/2021, 654 ss.; Tabacco, *Responsabilità omissiva e posizione di garanzia: la responsabilità* ex *art. 40 cpv. c.p. può estendersi sulla base di meri indici di fatto?*, in *Cass. Pen.*, n. 1/2021, 187 ss.; Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 5/1999, 620 ss.; Grosso, Pelissero, Petrini, Pisa, M*anuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2020, 223 ss.; Massaro, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2011; Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; Brusco, *Il rapporto di causalità prassi e orientamenti*, Milano, 2012, 49 ss.; Pulitanò, Torino, 2017, 210 ss.; Bisori, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/1997, 1339 ss.

8 Si fa riferimento, in particolare, alla c.d. teoria del trifoglio così denominata in quanto, secondo i fautori di questa tesi, tre possono essere le fonti dell'obbligo di garanzia: la legge, il contratto e la precedente attività pericolosa. Tra i sostenitori di questa posizione formale si possono ricordare: Antolisei, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 26; Grispigni, *Diritto penale italiano*, Vol. I, Milano, 1952, 55; Caraccioli, *Omissione (dir. pen.)*, in *Nss Dig. It*, 1965, XI, 897.

9 I fautori delle teorie materiali o sostanziali ritengono che ciò che conta non sia tanto l'atto formale quanto la posizione fattuale di garanzia. Affinché quest'ultima possa essere individuata è però necessario che sussistano alcuni elementi. Innanzitutto, il garante deve essere titolare di poteri impeditivi dell'evento e non di semplici obblighi di sorveglianza. Inoltre, la posizione di

criterio formale con quello sostanziale, attraverso l'individuazione degli obblighi di garanzia sulla duplice base della loro previsione in una fonte formale e della loro corrispondenza alla funzione sostanziale di garanzia[10].

La giurisprudenza sembra da tempo orientata a favore di una concezione anche sostanzialistica della posizione di garanzia, potendo quest'ultima essere generata non solo da un'investitura formale, ma anche dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante, purché l'agente assuma la gestione del rischio mediante un comportamento concludente consistente nell'effettiva presa in carico del bene protetto[11].

Questo atteggiamento favorevole alla ricostruzione delle posizioni di garanzia in termini fattuali è stato sviluppato soprattutto nell'ambito della responsabilità medica, con particolare riferimento a quella dello psichiatra e a quella dei medici in *équipe*[12].

garanzia deve sempre precedere la situazione di pericolo. Infine, è necessario che la posizione di garanzia riguardi beni specifici. In questo senso v. Sgubbi, *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975; Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; Giunta, *op. cit.*

10 Sostengono tale teoria: Fiandaca, Musco, *op. cit.*, 609 ss.; Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2001, 337 ss.

11 Per una rassegna delle pronunce giurisprudenziali più rilevanti si rinvia a: Gargani, *Le posizioni di garanzia*, in *Giur. It.*, n. 1/2016, 214 ss. A titolo esemplificativo si riporta la massima di una recente sentenza della Corte di Cassazione (Sez. II, 1° ottobre 2020, n. 4633) che, emblematicamente, afferma che: "*Si configura una posizione di garanzia a condizione che: (a) un bene giuridico necessiti di protezione, poiché il titolare da solo non è in grado di proteggerlo; (b) una fonte giuridica – anche negoziale – abbia la finalità di tutelarlo; (c) tale obbligo gravi su una o più persone specificamente individuate; (d) queste ultime siano dotate di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, ovvero che siano ad esse riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l'evento dannoso sia cagionato*".

12 Con riferimento al problema della responsabilità dello psichiatra si vedano, *ex multis*, Cupelli, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, n. 1/2014, 226 ss. nonché, dello stesso Autore, *La responsabilità penale dello psichiatra: nuovi spunti, diverse prospettive, timide aperture*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2017, 370 ss. e *Concorso colposo nel reato doloso* (nota a Cassazione penale, Sez. IV, 14 febbraio 2019 (ud. 19 luglio 2018), n. 7032, in *Giur. It.*, agosto-settembre 2019, 1919 ss.; Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *La legislazionepenale.eu*, 8 maggio 2020; Baraldo, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. Pen.*, n. 12/2008, 4638 ss.; Marchini, *Il concorso colposo mediante omissione nel delitto doloso*, in *Cass. Pen.*, n. 6/2016, 2438 ss.
Bisogna dare atto che il tema della responsabilità dello psichiatra ha posto l'ulteriore questione dell'ammissibilità nel nostro ordinamento della figura del concorso di persone a titoli diversi, in particolare del concorso colposo nel delitto colposo. Dopo una certa apertura nei confronti di questa figura la Corte di Cassazione, con sentenza 7032 del 2019, è ritornata sui suoi passi escludendo che si possa parlare, in ipotesi siffatte, di concorso potendosi, al massimo, configurare un concorso di cause indipendenti *ex* art. 41 c.p. Per un commento della sentenza si rinvia, tra tutti, alla nota di Esposito, *La Cassazione ritrova il 'filo di Arianna' per il concorso di persone nel reato*, in *Cass. Pen.*, 10/2019, 3551 ss.
In merito invece al problema della responsabilità medica in *équipe* si rinvia a: Risicato, *L'attività*

E non è un caso che proprio in quest'ambito, in cui forse si pone più che in qualunque altro l'esigenza di tutelare il bene giuridico della vita e dell'integrità fisica, la responsabilità del personale sanitario è stata affermata addirittura facendo ricorso alla categoria del contatto sociale qualificato, affermata in campo civilistico[13]. In quest'ottica il contatto sociale si atteggerebbe alla stregua di un atto negoziale atipico da cui scaturirebbero specifici obblighi di impedimento dell'evento[14].

Non sorprende dunque che la giurisprudenza abbia in più occasioni riconosciuto non solo la responsabilità dello psichiatra o quella del medico che lavora in *équipe* ma anche del medico chiamato ad effettuare un consulto specialistico.

La Corte di Cassazione ha infatti affermato che "*anche il medico chiamato per un consulto ha gli stessi doveri professionali del medico che ha in carico il paziente e non può esimersi da responsabilità adducendo il fatto di essere stato chiamato per valutare una specifica situazione*[15]". Si sottolinea, a sostegno di tale conclusione, che il medico specialista assume, in virtù del

medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare, Torino, 2013, 9 ss.; Massaro, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui; riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. Pen.*, n. 11/2011, 3860 ss.; Salerno, *Responsabilità medica in équipe: cooperazione colposa, posizione di garanzia degli organi apicali e principio di auto-responsabilità dei singoli cooperanti*, *Riv. It. Med. Leg.*, n. 2/2014, 593 ss. (nota a Cass. Sezione III pen., sentenza n. 5684 del 12 dicembre 2013-5 febbraio 2014); Fortunato, *Ancora sui rapporti tra il principio di affidamento e responsabilità medica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 5/2017, 31 ss.; Poli, *Attività medica in équipe: c'è spazio per il principio di affidamento?*, in *Giur. It.*, 1204 ss.; Silva, *Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell'attività medica di équipe*, in Ambrosetti, *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2019, 463 ss.

[13] Per una ricostruzione del contatto sociale qualificato nell'ambito della responsabilità medica e, in generale, del diritto penale, offre interessanti spunti Prandi, *op. cit.*, 659 ss. nonché Calcagno, *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra 'contatto sociale' e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, in *Cass. Pen.*, n. 10/2014, 3559 ss. e Piemontese, *Fonti dell'obbligo giuridico di garanzia: un caso enigmatico tra contratto e fatto*, in *Cass. Pen.*, n. 3/2008, 989 ss. (nota a Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527).

[14] La dottrina penalistica si è sempre mostrata alquanto critica alla possibilità di applicare la figura del contatto sociale in ambito penalistico in quanto essa contrasterebbe col principio di tipicità e di tassativa della legge penale. Si veda in tal senso Calcagno, *op. cit.*, 3572, che afferma: "*gli obblighi in parola si presentano come totalmente a-specifici e privi della determinatezza richiesta dal diritto penale, incapaci di delineare con chiarezza chi è obbligato ad impedire l'evento, così lasciando pienamente libero il giudice di valutare – con buona pace del carattere garantistico della tipicità quale regola di condotta e con una potenzialità espansiva enorme – quando nelle dinamiche interpersonali tra due soggetti vi sia stato, o meno, un affidamento penalmente sufficiente ad integrare la fattispecie criminosa*". Per una ricostruzione della posizione di garanzia in base alla teoria del contatto sociale cfr. anche Sale, L*a posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 21 giugno 2013 (nota a Cass. pen., Sez. IV, ud. 29 gennaio 2013 - dep. 19 febbraio 2013, n. 7967).

[15] Cass. Pen., Sez. IV, ud. 18 dicembre 2009 - depositata il 26 gennaio 2010, n. 3365. Per un commento della pronuncia v. Panetta, *Sulla responsabilità del medico chiamato per un consulto specialistico*, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2011, 2590 ss.

'contatto sociale' che instaura col paziente a seguito del consulto, una posizione di garanzia "*della tutela della sua salute ed anche se non può erogare la prestazione richiesta deve fare tutto ciò che è nelle sue capacità per la salvaguardia dell'integrità del paziente*[16]".

Se, quindi, da un lato l'intervento del medico specialista non esonera da responsabilità il medico che ha chiesto il consulto, per il solo fatto di averlo chiesto, dall'altro lato il medico che si rende disponibile per il consulto assume una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. ogniqualvolta lo stesso sia in grado di comprendere l'entità della patologia e non faccia tutto ciò che è in suo possesso per curare il paziente ma, al contrario, tenga delle condotte negligenti ed imperite che risultano incompatibili con il ruolo ricoperto e con il fine ultimo della professione medica, vale a dire la salvaguardia della vita e della salute del paziente. In altri termini il medico specialista, chiamato per il consulto, non può invocare a sua discolpa la violazione di regole cautelari da parte dell'altro medico atteso che è proprio sulla violazione di siffatte regole precauzionali che si inserisce la condotta non diligente del medico specialista il quale, resosi conto di una situazione pregiudizievole per la salute del paziente, ha l'obbligo giuridico di attivarsi per impedire la realizzazione dell'evento lesivo[17].

In definitiva "*il principio di affidamento non esclude il concorso di colpa tra medico curante e medico chiamato a ulteriore consulto, tranne che in caso di soluzione di continuità diagnostico-terapeutica tra i sanitari: in questa ipotesi la responsabilità per l'evento è congiunta e non esclusiva, salvo che si dimostri un'effettiva e conclamata diversità di valutazione diagnostica e di opportunità terapeutica tra i sanitari convenuti*[18]".

---

[16] Si esprimono in questo senso: Cass. pen., Sez. 4, 2 dicembre 2011, n. 13547; Sez. 4,11 dicembre 2002, n. 4827; Sez. 4, 15 febbraio 2018, n. 24068; Cass. pen., Sez. 4, 30 giugno 2021, n. 24895. In relazione a quest'ultima sentenza si veda il commento di Molino, *Colpa medica d'équipe e nesso di causalità: un complicato ma doveroso accertamento*, in *www.altalex.it*, 19 luglio 2021.

[17] Questa affermazione coinvolge, più in generale, il problema del principio di affidamento nell'ambito della responsabilità medica quando l'attività richiesta è svolta da più garanti. Per un esame approfondito di questa tematica si rinvia a Risicato, *L'attività medica di équipe*, cit.; Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive*, cit.; Lombardi, *Il principio di affidamento nel trattamento sanitario d'équipe*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 18 febbraio 2016; D'arca, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2019, 671 ss. (nota a Cass. pen., Sez. IV, 23 gennaio 2018, n. 22007); Amendolagine, *La responsabilità professionale dell'équipe sanitaria derivante da medical malpractice*, in *Danno e responsabilità*, n. 4/2021, 517 ss.; Mantovani, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, n. 3/1997, 1087 ss.; Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2018, 1220 e ss.; Ramponi, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. pen.*, n. 2/2008, 566 ss. (nota a Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2006, n. 31462).

[18] Risicato, *L'attività medica di équipe*, cit., 67. In questo senso si è espressa Cass. pen., Sez. 4, n. 5555 del 17/02/1981.

La soluzione adottata dalla giurisprudenza si propone, quindi, di estendere la responsabilità penale anche al medico che non ha instaurato una relazione terapeutica con il paziente ma che, tramite la richiesta di consulto, è stato edotto delle sue condizioni cliniche e, di conseguenza, ha acquisito la capacità di incidere sul decorso terapeutico e sulle scelte mediche del singolo.

Il tutto, a ben vedere, in un'ottica di valorizzazione della consulenza e del ricorso ad esami specialistici in quanto il fine di questi ultimi "*è quello di prevenire, tramite il collegiale confronto tra medici, ad una diagnosi e quindi ad un indirizzo terapeutico che permette di fornire al malato la migliore cura e assistenza possibili, cosicché la presenza contemporanea di tutti i medici interessati rappresenta la soluzione migliore per garantire l'esame approfondito ed informato del caso*[19]".

Ferma restando l'individuazione di una posizione di garanzia in capo al medico chiamato per un consulto, ci si deve a questo punto chiedere se si possa riconoscere una responsabilità in capo ad un soggetto che, pur non assumendo un'autonoma posizione di garanzia, pone in essere una condotta agevolatrice di quella del garante.

La questione coinvolge, inevitabilmente, la funzione e la portata applicativa della cooperazione colposa disciplinata dall'art. 113 c.p.

L'art. 113 c.p., introducendo un istituto sconosciuto al Codice Zanardelli[20], stabilisce che nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso. La pena è poi aumentata, ai sensi del secondo comma, quando concorrono le condizioni stabilite dall'art. 111 e nei numeri 3 e 4 dell'art. 112 c.p.

L'ambito applicativo dell'art. 113 c.p. è da sempre al centro di un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale che si sviluppa intorno a due questioni principali.

In primo luogo, ci si chiede quale siano gli elementi che consentono di distinguere l'ipotesi della cooperazione colposa da quella del concorso di cause indipendenti di cui all'art. 41 c.p.[21].

---

[19] Panetta, *op. cit.*, 2590.

[20] Per una ricostruzione del dibattito sulla configurabilità della cooperazione colposa sotto la vigenza del Codice Zanardelli si rinvia a: Borghi, *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p. In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso*, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/*, 14 marzo 2016, 2 ss.; Di Florio, *La cooperazione nel delitto colposo: una fattispecie con una (problematica) funzione incriminatrice*, in *Archivio Penale*, n. 1/2021, 2 ss.

[21] La distinzione tra le due figure ha delle conseguenze pratiche di notevole rilevanza in quanto, solo in caso di cooperazione colposa, si possono applicare le principali norme dettate in tema di concorso, la previsione di cui all'art. 123 c.p. nonché l'art. 187 c.p. dettato in tema di risarcimento del danno. Per un esame più approfondito delle conseguenze cfr. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 136 ss.

In secondo luogo, è discusso se l'art. 113 c.p. abbia una sola funzione di disciplina o anche una funzione incriminatrice, problema che si pone non tanto in relazione ai reati a forma vincolata quanto, piuttosto, nei reati a forma libera.

Per quanto riguarda la distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause indipendenti, la giurisprudenza e la dottrina sono sostanzialmente concordi nel ritenere che la stessa debba essere individuata sul piano dell'elemento soggettivo. In particolare, l'art. 113 c.p. si ritiene applicabile quando vi sia la consapevolezza di contribuire ad una condotta altrui, anche se si discute in ordine all'esatta entità di questa consapevolezza.

Secondo l'opinione maggioritaria la consapevolezza deve avere ad oggetto la commissione di un fatto materiale da parte di un altro soggetto, non anche il carattere colposo della condotta da questo realizzata[22]. In altre parole, ciò che conta è la coscienza dell'altrui partecipazione allo stesso fatto, intesa come consapevolezza da parte dell'agente che dello svolgimento di una determinata attività anche altri sono investiti. Tale consapevolezza deve, in ogni caso, essere accompagnata da una condotta cooperativa in grado di fornire un contributo causale giuridicamente apprezzabile alla realizzazione dell'evento non voluto da parte dei soggetti tenuti al rispetto delle norme cautelari[23].

Vi è peraltro un'opinione più rigorosa secondo la quale la consapevolezza dovrebbe riguardare non solo la materialità del fatto altrui ma anche il suo carattere colposo[24]. In quest'ottica l'elemento di specificazione della discipli-

---

[22] In questo senso si esprimono: Mantovani, *op. cit.*, 527; Risicato, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 153; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, 586-587; Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 95 ss. In giurisprudenza l'idea secondo cui la cooperazione colposa implica la consapevolezza dell'altrui condotta ma non della sua colposità è espressa da diverse sentenze, tra le quali: Cass. pen., Sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1768; Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020; Sez. IV, 12 aprile 2013, n. 16978. In generale, per un esame delle varie pronunce che hanno sposato tale orientamento, v. Borghi, *op. cit.*, 9 ss.; Piquè, *La funzione estensiva dell'art. 113 c.p. in relazione ai delitti causali puri*, in *Cass. Pen.*, n. 3/2014, 885.

[23] Trizzino, voce *Art. 113 c.p. – Cooperazione nel delitto colposo*, in Ronco, Romano, C*odice penale commentato*, Milano, 2012.

[24] Sostengono questa impostazione: Latagliata, voce *Cooperazione colposa*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 609 ss.; Spasari, voce *Agevolazione colposa*, in *Enc. dir.*, vol. I, 1958, 897, secondo il quale "*Come si sa, è regola generale del concorso personale che, mentre l'autore può ignorare la presenza dell'ausiliatore senza che la fattispecie plurisoggettiva eventuale venga meno, è viceversa indispensabile che il partecipe sappia di collaborare all'altrui condotta. E, nel concorso colposo, se non può richiedersi la rappresentazione dell'evento finale tipico, è almeno necessario che il partecipe si renda conto di accedere ad un comportamento imprudente, negligente, ecc., dell'autore*". Nello stesso senso sembra esprimersi Massaro, *Colpa penale*, cit., 15 ss., quando afferma che "*Nel caso in cui, invece, la condotta inosservante non risulti inserita in un contesto preventivamente organizzato, il solo modo per "specializzare" l'istituto della cooperazione colposa rispetto a quella di una congiunta realizzazione monosoggettiva resterebbe quello dell'effettiva rappresentazione dell'altrui condotta inosservante*". Questa tesi è stata fortemente criticata in quanto si è sottolineato che se ci fosse la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui con-

na normativa sarebbe dato proprio dalla consapevolezza di cooperare con altri in un'azione negligente, imprudente o inesperta.

Ad ogni modo ciò che conta è che la cooperazione colposa si sostanzia, a differenza di quanto accade nel concorso di cause indipendenti, nella neutralizzazione di comportamenti colposi altrui, nel senso che "*nella cooperazione colposa le cautele che si assumono violate sono rivolte alla condotta altrui, cioè sono tese a neutralizzare il comportamento colposo del terzo, mentre quando concorrono delle cause colpose indipendenti i soggetti coinvolti violano, in modo indipendente l'uno dall'altro, più regole cautelari, realizzando un evento lesivo unico*[25]".

Ricostruita in questi termini la distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause indipendenti, resta da verificare quale sia l'effettiva funzione dell'art. 113 c.p. nel nostro ordinamento.

Questo problema si pone, soprattutto, per i reati colposi puri o di evento. Rispetto a tali reati, a ben vedere, l'art. 113 c.p. potrebbe risultare superfluo in quanto le singole condotte criminose del concorrente sarebbero comunque punite, anche in assenza di una norma sulla cooperazione colposa, ai sensi dell'art. 41 c.p. ogniqualvolta i cooperanti attivassero una condotta tipicamente colposa volta alla realizzazione dell'evento lesivo.

Proprio attorno a siffatta tipologia di reati si è sviluppato un intenso dibattito[26] che ruota, essenzialmente, attorno a due filoni interpretativi.

Secondo una prima tesi l'art. 113 c.p. andrebbe considerato una norma di mera disciplina, in quanto si limiterebbe a consentire l'applicazione delle norme dettate in materia di concorso di persone anche all'ipotesi di cooperazione colposa[27].

---

dotta, e quindi della violazione della regola cautelare, si limiterebbe la responsabilità del concorrente alle sole ipotesi di colpa con previsione. In questo senso si veda, tra tutti, Piquè, *op. cit.*, 884 Risicato, *Cooperazione nel delitto colposo - Colpa e colpevolezza in un caso particolare di concorso in omicidio*, in *Giur. It.*, n. 2/2015, 463-464.

[25] Orlandi, *Concorso nel reato e tipicità soggettiva eterogenea. Il concorso colposo nel reato doloso*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2020, 16.

[26] Per la ricostruzione di questo dibattito v.: Piquè, *op. cit.*, p. 888 ss.; Zincani, *La cooperazione nel delitto colposo. La portata incriminatrice dell'art. 113 c.p. nei reati a forma libera*, in *Cass. Pen.*, n. 1/2014, 173 ss.; Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive*, cit., 14 ss.; Borghi, *op. cit.*, 12 ss.; Di Florio, *op. cit.*, 7 ss.; Cornacchia, *op. cit.*, 122 ss.; Salerno, *op. cit.*, 596 ss.; Brusco, *L'effetto estensivo della responsabilità nella cooperazione colposa*, in *Cass. Pen.*, n. 9/2014, 2881 ss.; Padrone, *Osservazioni a Cassazione Penale Sez. IV, 3/10/2013, n. 43803*, in *Cass. Pen.*, n. 7-8/2014, 533-534.

[27] In questo senso si esprimono, innanzitutto, Fiandaca, Musco, *op. cit.*, 577: "*La supposta funzione incriminatrice può essere fortemente messa in dubbio almeno in relazione alla categoria degli illeciti c.d. causalmente orientati...nell'ambito di questo tipo di reati il disvalore penale si accentra tutto nella causazione dell'evento lesivo, mentre appaiono indifferenti le specifiche modalità comportamentali che innescano il processo causale: onde, la condotta assume rilevanza penale innanzitutto per il fatto di contribuire alla produzione dell'evento...ne deriva allora che, in presenza delle suddette condizioni, l'istituto della cooperazione può apparire superfluo, essendo ciascun fatto causalmente orientato punibile alla stregua della norma incriminatrice di parte speciale incentrata sull'autore singolo*". Condividono questa impostazione anche: Gallo, *Lineamenti*,

Questa tesi non è peraltro condivisa dalla dottrina maggioritaria, ormai compatta nel ritenere che l'art. 113 c.p. abbia una funzione incriminatrice non solo con riferimento ai reati a forma vincolata ma anche in relazione a quelli a forma libera[28]. In particolare, tale funzione andrebbe riconosciuta non tanto per le condotte che già di per sé violano una regola cautelare ma per quelle che, pur non violando alcuna regola cautelare, si inseriscono in un contesto di rischio agevolandone la realizzazione. In quest'ottica la funzione incriminatrice della norma emergerebbe di fronte ad "*un'azione atipica, in quanto mera condicio dell'altrui condotta colposa. Si tratta di condotte dotate di una pericolosità astratta ed indeterminata, che diventa 'attuale e specifica' solo incontrando la condotta pericolosa altrui*[29]".

In questo senso si è espressa in diverse occasioni la stessa giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che "*nel riconoscere il ruolo estensivo dell'incriminazione svolto dall'art. 113 c.p. è dato assegnare rilevanza penale a condotte che, sebbene prive di intrinseca compiutezza, di fisionomia definita nell'ottica della tipicità colposa se isolatamente considerate, si integrano con altre dando luogo alla fattispecie della cooperazione nel delitto colposo; e che proprio a tale ambito fattuale si riferisce l'art. 113 c.p., la cui rubrica evoca il concetto di cooperazione colposa distinto da quello di concorso doloso*[30]".

cit., 113; Angioni, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Arch. Pen.*, 1983, 72-74.

[28] In questo senso si esprimono: Cognetta, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/1980, 71 ss.; Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 127 ss.; Risicato, *Il concorso colposo*, cit., 173 ss.; Latagliata, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 180; Piquè, *op. cit.*; Brusco, *op. cit.*, 2882 il quale afferma: "*Il problema sorge invece nei casi in cui la condotta del cooperante non si ponga in contrasto con alcuna regola cautelare ma si inserisca in un contesto di rischio agevolandone la realizzazione. Insomma: può essere chiamato a rispondere del reato colposo plurisoggettivo anche chi abbia posto in essere una condotta non colposa che abbia però agevolato la consumazione di un delitto colposo (uno dei cui concorrenti deve, ovviamente, aver violato una regola cautelare)?*
Io credo che la risposta al quesito debba essere positiva e che dunque possa essere affermato l'effetto estensivo della responsabilità dell'art. 113 anche nelle fattispecie causalmente orientate. È vero, infatti, che in queste ipotesi la condotta inosservante dell'agente non è descritta dalla norma incriminatrice che si limita a indicare l'evento vietato ma il problema va diversamente posto perché la tipicità, in queste fattispecie, è tendenzialmente garantita dalle regole cautelari violate, non dalle condotte che hanno cagionato l'evento, e dunque solo la forza espansiva dell'art. 113 può garantire il rispetto della tipicità".

[29] M. Zincani, o*p. cit.*, 176.

[30] Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2012, n. 36280 (v. commento di E. D'ippolito, *La sentenza "Aldrovandi": un eccesso di errori non troppo colposi*, in *Cass. Pen.*, n. 9/2013, p. 3042 ss. Nello stesso senso si pone Cass. pen., Sez. IV, 2 novembre 2012, n. 1478 (con nota di Conforti, *Il fuoco non l'ha acceso lui? Scatta comunque la cooperazione colposa*, in *Diritto e giustizia*, 20 gennaio 2012). Particolarmente significativa è poi la sentenza Tomaccio (Cass. Pen., Sez. IV, 2 dicembre 2018, n. 1786) in cui la Suprema Corte afferma: "*che la disciplina della cooperazione colposa eserciti una funzione estensiva dell'incriminazione rispetto all'ambito segnato dal concorso di cause colpose indipendenti, coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte*". Di conseguenza la cooperazione colposa comprende anche condotte di modesta significatività e, in questo modo, "*sembra attagliarsi perfettamente al caso di condotte*

Sulla scia dell'estensione della punibilità che deriverebbe dall'istituto della cooperazione colposa, alcuni autori e gran parte della giurisprudenza hanno osservato che la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. potrebbe essere riconosciuta anche rispetto al contributo di soggetti estranei alla posizione di garanzia nel reato omissivo improprio, in quanto la stessa posizione di garanzia si porrebbe come vera e propria qualifica alla stregua di quanto accade in ogni reato proprio[31]. In questo senso "*l'art. 113 c.p., combinandosi con l'art. 40 cpv. c.p., renderebbe penalmente rilevante il contributo di partecipazione fornito da una persona estranea alla posizione di garanzia*[32]".

Nonostante parte della dottrina sia contraria a questo approccio ermeneutico perché eccessivamente estensivo dell'area della punibilità a discapito del principio di colpevolezza[33], la giurisprudenza è invece costante nel ritenere che può essere considerato responsabile colui il quale "*pur non rivestendo alcuna posizione di garanzia, contribuisca con la propria condotta cooperativa all'aggravamento del rischio, fornendo un contributo causale giuridicamente apprezzabile alla realizzazione dell'evento, ancorché la condotta del cooperante in sé considerata, appaia tale da non violare alcuna regola cautelare, essendo sufficiente l'adesione intenzionale dell'agente all'altrui azione negligente, imprudente o inesperta, assumendo così sulla sua azione il medesimo disvalore che, in origine, è caratteristico solo dell'altrui comportamento*[34]".

---

prive di autonomia sul piano della tipicità colposa e quindi non autosufficienti ai fini della fondazione della responsabilità colpevole". Si vedano, per un esame di questa pronuncia, le note di: Risicato, *Cooperazione in eccesso colposo: concorso "improprio" o compartecipazione in colpa "impropria"?*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 5/2009, 571 ss. e di Cantagalli, *Il riconoscimento della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. ed il concetto di "interazione prudente" quale fondamento e limite della colpa di cooperazione*, in *Cass. Pen.*, n. 6/2010, 2210 ss.

31 Zincani, *op. cit.*, 174 (nota n. 31).

32 Piquè, *op. cit.*, 893. La tesi dell'estensione dell'art. 113 c.p. anche a soggetti che non rivestono alcuna posizione di garanzia è sostenuta, tra tutti, da Albeggiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 183, e da Risicato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, n. 4/1995, 1267.

33 Sottolineano il rischio di una 'incontrollabile dilatazione' della responsabilità penale: Insolera, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, Milano, 1988, 480; Piquè, *op. cit.*, 893; Borghi, *op. cit.*, 17-18. In particolare, l'autrice sottolinea che "*...così opinando, si determina una incontrollabile dilatazione delle posizioni di garanzia, contraria ad una ragionevole operatività del principio di equivalenza di cui all'art. 40, cpv., c.p. Si consideri, inoltre, che una posizione di garanzia sorge solo quando in capo ad un determinato soggetto è posto, da norme penali o extrapenali (o da un contratto e, per altri, anche per effetto di una precedente attività pericolosa), un obbligo di protezione di beni altrui o di controllo di fonti di pericolo. La posizione di garanzia può quindi gravare solo su persone determinate, individuate in relazione alla particolare vicinanza al bene da proteggere o alla fonte di pericolo, e non sulla generalità dei cittadini. Operare la summenzionata combinazione fra gli artt. 40, cpv. e 113 c.p. significherebbe invece attribuire alla norma sulla cooperazione la funzione di creare un generale obbligo di non essere trascurati in relazione all'altrui posizione di garanzia*".

34 Cass. Pen., Sez. IV, 18 ottobre 2013, n. 43083.

Ciò che conta, infatti, non è tanto la titolarità di una posizione di garanzia quanto, piuttosto, il fatto che "*l'elemento che consente di ascrivere un reato colposo anche ad un soggetto che non abbia posto in essere la violazione della regola cautelare sia la reciproca consapevolezza dei cooperanti della convergenza dei rispettivi contributi*". Ed è proprio in quest'ottica che si giustifica e si coglie la portata dell'art. 113 c.p.: in alcuni casi il soggetto cooperante risponde in virtù di un'autonoma posizione di garanzia ma in altri, ed è questo che rileva, la condotta del cooperante è priva di "*connotati tipici se isolatamente considerata ma assume rilevanza penale in quanto dotata di valenza agevolatrice*[35]*"*.

Tale atteggiamento è, in definitiva, teso a valorizzare al massimo il ruolo dell'art. 113 c.p. Ciò che decide della rilevanza dei comportamenti del cooperante non è né la titolarità di una posizione di garanzia né l'originaria conformità della singola condotta al tipo di fatto vietato dalla norma incriminatrice di parte speciale, "*ma il particolare atteggiamento psicologico dei soggetti, ossia la relazione psicologica di accessorietà che unisce queste azioni intrinsecamente indifferenti dal punto di vista giuridico-penale ad altre azioni già di per sé formalmente tipiche, caratterizzate da un'oggettiva nota di negligenza, imprudenza o imperizia*[36]*"*.

3. La soluzione della Corte di Cassazione.

La sentenza in commento si pone in sostanziale continuità con l'orientamento prevalente relativo al rapporto tra cooperazione colposa e posizione di garanzia.

La Suprema Corte, infatti, di fronte all'argomentazione difensiva secondo cui l'imputata andava considerata esente da responsabilità non avendo assunto alcuna posizione di garanzia nei confronti della paziente deceduta, ha affermato che tale circostanza non assume, in realtà, alcun rilievo. Invero, all'imputata "*pur non potendosi configurare la violazione di una regola cautelare causalmente orientata a determinare l'evento, non trattandosi del medico curante della persona offesa, può comunque essere ascritta una cooperazione colposa nella verificazione del tragico evento*[37]". A ciò si aggiungono anche le condotte direttamente incidenti sul percorso terapeutico seguito dalla paziente che, ad avviso dei Giudici di legittimità, hanno indubbiamente contribuito alle scelte del medico curante della vittima. Le stesse erano infatti

[35] Cass. Pen., Sez. IV, 29 marzo 2019, n. 17491. Nello stesso senso si pone Sez. IV, 14 dicembre 2021, n. 46408 di cui si riporta la massima: "*È responsabile ai sensi dell'art. 113 cod. pen. di cooperazione nel delitto colposo l'agente che, trovandosi a operare in una situazione di rischio da lui immediatamente percepibile, sebbene non rivesta alcuna posizione di garanzia, contribuisca con la propria condotta cooperativa all'aggravamento del rischio, fornendo un contributo causale giuridicamente apprezzabile alla realizzazione dell'evento*".

[36] Latagliata, voce *Cooperazione colposa*, cit.

[37] Cass. pen., Sez. IV, 4 novembre 2021, n. 5117, 4.

volte ad offrire dei rimedi contrari alla medicina tradizionale e particolarmente rischiosi per la situazione di salute in cui la donna versava.

Alla luce di tali considerazioni la Corte di Cassazione ha quindi ritenuto del tutto provata la "piena adesione" ed agevolazione dell'imputata alla condotta della sua collega (nonché allieva) che ha, in definitiva, portato alla morte della paziente.

Viene dunque risolto in questo modo il problema della titolarità o meno di una posizione di garanzia. Ciò che conta, invero, è che l'imputata, con la propria condotta, ha favorito la realizzazione dell'evento lesivo: "*è circostanza pacifica che la titolare della posizione di garanzia nei confronti della L. era la D.; cionondimeno, è un dato altrettanto incontroverso che l'A. non si sia attivata, una volta coinvolta dal primo consulto, definito dalla L. come la faticosa seduta, venendo così meno all'obbligo connaturato con la professione medica di attivarsi a tutela della salute e della vita del paziente, tenendo una condotta professionale caratterizzata da grave imprudenza ed imperizia*[38]".

Le conclusioni a cui è arrivato il Supremo Consesso confermano quanto già sostenuto dai Giudici di merito anche se, per la verità, il percorso argomentativo di questi ultimi è in parte diverso e più dettagliato rispetto a quello seguito dalla Corte di Cassazione.

In tal senso l'aspetto del rapporto tra posizione di garanzia e cooperazione colposa è stato analizzato soprattutto dalla Corte di Appello la quale, a ben vedere, non solo ha sottolineato che l'art. 113 c.p. non postula necessariamente l'assunzione di una posizione di garanzia ma ha altresì osservato che, in ogni caso, all'imputata sarebbe comunque possibile muovere un rimprovero a titolo omissivo per non essersi attivata, una volta coinvolta dal primo consulto da parte del medico curante della paziente, per impedire l'evento.

Si legge infatti testualmente che "*i titolari della posizione di garanzia devono essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi, idonei ad evitare il verificarsi dell'evento: orbene, detto potere impeditivo l'A. ce lo aveva eccome, attesa la devozione ed il rispetto che la D. provava nei confronti della sua maestra, ma non lo esercitò perché convinta delle scelte dell'allieva...dunque se per posizione di garanzia deve intendersi la titolarità del potere impeditivo, certamente si deve concludere che questa incombeva sull'A. che consapevole del pericolo a cui la donna sarebbe andata incontro nel non rimuovere la formazione cancerosa, avrebbe dovuto prima di tutto informare la paziente di un percorso alternativo tradizionale*[39]".

---

[38] *Id.*, 5.

[39] Da questo punto di vista la Corte di Appello richiama la sentenza n. 14791 del 2019 della Corte di Cassazione in cui si legge a p. 21: "*all'obbligo giuridico di impedire l'evento deve accompagnarsi l'esistenza di poteri fattuali che consentano all'agente di porre in essere, almeno in parte, meccanismi idonei ad evitare il verificarsi dell'evento. 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*". Nello

La Corte sembra quindi accogliere, in questo passaggio, la tesi intermedia volta a riconoscere la posizione di garanzia in capo a tutti coloro che, oltre ad essere considerati garanti da una fonte formale, sono in grado di evitare l'evento dannoso, esercitando i relativi poteri impeditivi.

In questo modo, dunque, i Giudici di merito è come se affermassero la possibilità di affermare la penale responsabilità a titolo di cooperazione colposa sotto una duplice veste: da un lato l'imputata potrebbe essere considerata titolare di poteri impeditivi e, di conseguenza, di una posizione di garanzia e, dall'altro, la donna ha in ogni caso tenuto una condotta che, indipendentemente dalla presenza o meno di siffatti poteri, ha agevolato l'altrui comportamento criminoso, questo sicuramente imputabile ad un soggetto che ricopriva la veste di garante.

Il riconoscimento della posizione di garanzia si intreccia, inevitabilmente in materia di reati colposi, con il problema della ricostruzione del nesso causale. Anche questo aspetto è stato affrontato dalla Suprema Corte che, nel caso di specie, ha ritenuto certamente possibile configurare la ricorrenza della 'causalità della colpa' in esito all'esperimento di un corretto giudizio controfattuale effettuato in base al metodo delineato dalla sentenza Franzese.

Si è infatti osservato come la condotta negligente dell'imputata, che non ha mai sollecitato la paziente o la collega D. ad abbandonare immediatamente la medicina omeopatica per affidarsi a quella allopatica, ha sicuramente inciso sulla produzione dell'evento lesivo, in quanto "*è dato non contestabile che ove la L. fosse stata indirizzata subito, quanto meno nel 2012, al ricorso alla medicina tradizionale, quando ancora non si era manifestato un quadro sintomatologico particolarmente allarmante, con altissima probabilità sarebbe stata ben altra, e migliore, la prognosi di sopravvivenza della vittima, oltre che della qualità della sua vita*[40]".

In definitiva, quindi, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la condotta agevolatrice dell'imputata che, attraverso il ricorso alla medicina omeopatica e il rifiuto di quella tradizionale, non ha impedito la morte della vittima ma, anzi, ha contribuito all'adozione di quel piano terapeutico che si è rivelato, purtroppo, fatale.

4. Considerazioni conclusive.

La sentenza appena analizzata, e in generale la vicenda ad essa sottesa, si pone indubbiamente in linea con la costante giurisprudenza di legittimità sia per quanto riguarda la ricostruzione della posizione di garanzia sia per ciò che concerne il rapporto tra posizione di garanzia e cooperazione colposa.

---

stesso senso si pongono: Cass. pen. Sez. 4, 11 marzo 2010, n. 16761; Sez. 4, 11 novembre 2018, n. 58363; Sez. 4, 10 novembre 2017, n. 55005.

[40] Cass. pen., Sez. IV, 4 novembre 2021, n. 5117, p. 7.

In particolare, come già si è avuto modo di sottolineare, è interessante osservare come la vicenda in esame abbia fornito alla Suprema Corte l'occasione per affermare che la cooperazione colposa è un istituto che consente di punire anche le condotte agevolatrici tenute da parte di chi non ricopre una posizione di garanzia: ciò che rileva, in sostanza, è che un soggetto abbia tenuto un comportamento colposo con la consapevolezza che lo stesso si unisce ad una condotta altrui, anch'essa colposa, indipendentemente dal fatto che l'agente sia a conoscenza o meno della sua colposità.

Nonostante le conclusioni alle quali è giunta la Corte di Cassazione siano pienamente condivisibili e coerenti con l'interpretazione prevalente relativa agli artt. 40 cpv. c.p. e 113 c.p., è possibile tuttavia notare come nell'iter motivazionale la Corte finisca in parte per sovrapporre il profilo della cooperazione colposa con quello della posizione di garanzia.

Il Supremo Consesso, infatti, da un lato afferma che la responsabilità dell'imputata va ravvisata nella mera condotta agevolatrice della condotta colposa dell'altro medico (l'unico a cui è possibile ascrivere una vera e propria posizione di garanzia) ma, dall'altro, sostiene espressamente che ciò che le viene contestato è che la stessa sia venuta meno all'obbligo di attivarsi a tutela della salute e della vita del paziente. Ma l'obbligo giuridico di attivarsi, a ben vedere, rientra nell'ambito dell'art. 40 cpv. c.p. che, come detto, punisce una condotta omissiva di impedimento dell'evento tenuta proprio dal soggetto che riveste una posizione di garanzia e che, in virtù del ruolo ricoperto, risponde per non aver tenuto la condotta richiesta e attesa dall'ordinamento.

Al contrario, la condotta agevolatrice che può essere tenuta dal soggetto che non ricopre una posizione di garanzia non può che essere una condotta attiva, un comportamento che contribuisce all'aggravamento della situazione di rischio, fornendo un contributo causale giuridicamente apprezzabile alla realizzazione dell'evento lesivo[41]. È la stessa Corte di Cassazione, non a caso, a parlare di 'piena adesione' al fallimentare piano terapeutico elaborato dal medico curante della paziente, adesione connotata da 'una manifesta attitudine agevolatrice'.

Proprio nell'ottica del contributo causale atipico di agevolazione dell'altrui condotta si giustifica l'inquadramento giuridico del comportamento tenuto dall'imputata nell'ambito dell'art. 113 c.p. senza ricorrere alla posizione di garanzia. Affermare, invero, che l'art. 113 c.p. ha una funzione incriminatrice rispetto a fattispecie causalmente orientate ha senso solo se si riconosce al comportamento del cooperante una condotta attiva di agevolazione la cui rimproverabilità consiste, in definitiva, nel non aver impedito un comportamento colposo altrui incentivandone, anzi, la sua realizzazione[42].

---

[41] Rossi, *Le condizioni per l'esclusione della responsabilità del secondo operatore dell'equipe chirurgica*, in *Cass. Pen.*, n. 7-8/2016, 2882 ss.

[42] Come già si è avuto modo di sottolineare, non tutti gli autori ritengono che l'art. 113 c.p. abbia

Da questo punto di vista la Corte sembra, in parte, risentire della motivazione data dalla Corte di Appello che, come già osservato, aveva in parte sovrapposto il piano della posizione di garanzia con quello della cooperazione colposa. Con l'importante differenza però che, mentre i Giudici di merito erano giunti ad affermare che sarebbe stato comunque possibile affermare la posizione di garanzia in capo all'imputata essendo la stessa titolare di poteri impeditivi dell'evento, i Giudici di legittimità arrivano alla conclusione che la condotta agevolatrice si sostanzierebbe proprio nell'obbligo impeditivo dell'evento, tipico della posizione di garanzia, senza però riconoscere la titolarità in capo alla stessa del ruolo di garante.

In altre parole, è come se la Corte finisse per affermare che la condotta agevolatrice sia consistita semplicemente nel mancato obbligo giuridico di attivarsi e non anche nell'ulteriore atteggiamento fattivo di piena ed attiva partecipazione alla condotta colposa altrui.

Ad ogni modo la sentenza in commento appare apprezzabile per la valorizzazione dell'art. 113 c.p. e per l'autonomia che viene ad esso riconosciuta non solo rispetto all'istituto, affine, del concorso di cause indipendenti ma anche, e soprattutto, dalla posizione di garanzia.

Si afferma infatti, a chiare lettere, che la cooperazione colposa è volta a punire anche chi non riveste il ruolo di garante ma comunque coopera, con la sua condotta connotata da negligenza imprudenza o imperizia, con coloro che invece sono sicuramente garanti, proprio perché consapevole di inserire il suo comportamento all'interno di un contesto connotato e creato da una condotta altrui.

Si tratta della strada sicuramente più corretta da un punto di vista giuridico ma anche, forse, della più coraggiosa, dal momento che la Suprema Corte avrebbe ben potuto riconoscere in capo all'imputata un'autonoma posizione di garanzia, allargando le maglie del concetto di garante ed accedendo, in particolare, alle tesi sostanzialistiche che vedono tanti possibili garanti quanti sono i soggetti che in via di fatto assumono, anche solo volontariamente, una posizione di garanzia collegata all'assunzione di poteri impeditivi dell'evento. E questo anche nell'ambito della stessa cooperazione colposa visto che l'art. 113 c.p. può essere applicato sia a soggetti che ricoprono un'autonoma posizione di garanzia sia a soggetti che invece non hanno alcun potere impeditivo dell'evento[43]. Tale soluzione sarebbe stata, tra l'altro, ipotizzabile anche valorizzando il ruolo della consulenza e della conseguente assunzione della relativa posizione di garanzia.

---

funzione incriminatrice. Si rinvia, in tal senso, alla nota n. 27. In particolare, rispetto alla possibilità di incriminare *ex* art. 113 c.p. condotte atipiche agevolatrici, si può fare riferimento alla critica di Fiandaca, Musco, *op. cit.*, 616, nota n. 76: "*Sennonché, anche un simile orientamento sembra trascurare che una attenta analisi complessiva delle situazioni concrete di volta in volta presenti può, in realtà, consentire di mettere in luce l'inosservanza di regole cautelari già direttamente rilevanti ai sensi della fattispecie di parte speciale causalmente orientata*".

[43] Cfr. note n. 31 e 32.

La sentenza in commento sembra dunque confermare quanto già da tempo osservato in dottrina e cioè che "*sono ben lontani i tempi in cui la cooperazione colposa veniva considerata istituto "inutile" per la sua dubbia funzione incriminatrice e "pericoloso" per il suo preteso contrasto col principio di frammentarietà: già da qualche anno la prassi applicativa conferisce una precisa fisionomia all'istituto, contraddistinto da un intreccio cooperativo "soggettivo" ed "oggettivo" che eleva la qualità del rischio sotteso alle singole regole cautelari direttamente o indirettamente violate, rendendolo "comune" a tutti i compartecipi*[44]".

[44] Risicato, *Cooperazione nel delitto colposo*, cit., 2.

BREVI CENNI SUL PROCESSO CUMULATIVO NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE

Silvio Sau*

Sommario: **1**. Premessa. – **2**. Connessione e cumulazione processuale nel modello di giustizia nordamericano. – **3**. Conclusioni.

ABSTRACT

L'elaborato svolge alcune riflessioni sull'istituto della cumulazione processuale nell'ordinamento nordamericano ed analizza i principali fattori che rendono improponibili, in quel sistema, processi di grandi dimensioni anche nei confronti della criminalità organizzata.

The paper carrier out some reflections on the institution of procedural accumulation in the North American legal sistem and analyzes the main factors that make large-scale trials impossible in that system even against organized crime.

1. Premessa.

Le regole del processo penale non sono tanto e soltanto l'espressione di scelte tecniche più o meno neutre, ma il precipitato di tradizioni, storia, cultura di una società. In ogni caso, poi, qualsiasi meccanismo processuale è destinato ad operare in un contesto istituzionale, organizzativo e umano che ne condiziona inevitabilmente il funzionamento. Ciò appare particolarmente vero con riguardo all'istituto della cumulazione processuale negli Stati Uniti d'America oggetto della presente analisi, che evidenzia, in una sorta di microcosmo, i principi che caratterizzano il macrocosmo del processo accusatorio statunitense. A ben vedere, infatti, gli ampi poteri di *screening* di cui gode il *prosecutor* nell'esercizio dell'azione penale, risalenti alla tradizione di *common law*, consentono di contenere la dimensione dei processi entro limiti fisiologici compatibili con un modello di giustizia saldamente impostato su uno schema di tipo accusatorio, ma, come si vedrà, vi sono anche altri fattori connaturati a quel sistema che operano in questa direzione.

* Professore Ordinario di Procedura Penale Università di Sassari.

2. Connessione e cumulazione processuale nel modello di giustizia nordamericano.

La connessione, e, più in generale, la cumulazione processuale, sono istituti caratteristici degli ordinamenti continentali, i cui sistemi processuali, di stampo od impostazione tendenzialmente inquisitoria, sono finalizzati alla ricerca della verità materiale (*rectius*, ad una ricostruzione che si impone conforme alla verità materiale), anche a causa di una tendenziale obbligatorietà dell'azione penale, che rende irrinunciabile la pretesa punitiva dello Stato e doverosa la persecuzione di ogni tipo di reato.

Fa da contrappeso a tale "zelo persecutorio istituzionalizzato" (implicante necessariamente un certo timore nei confronti del giudice) una fitta selva di norme (scritte) processuali e sostanziali aventi lo scopo di circoscrivere ed arginare il più possibile l'operato dell'organo giudiziario (una sorta, insomma, di "labirinto" destinato a confinare il "Minotauro").

Ben diversa è la *forma mentis* (e la tradizione giuridica) nei sistemi di *Common Law,* e, segnatamente, nell'ordinamento nordamericano; sono difatti tratti peculiari di tali sistemi giuridici: il principio dello stare *decisis* (ossia della vincolatività dei "precedenti"), che rende l'attività giurisprudenziale una vera e propria fonte di diritto; l'impostazione nettamente accusatoria del rito penale, che affida l'istruzione probatoria all'iniziativa delle parti, rende il giudice mero arbitro di una contrapposizione di interessi confliggenti, e "vede ricadere interamente sulle spalle dell'accusatore il compito di difendere la società mediante la repressione degli atti criminosi" e soprattutto, per ciò che qui interessa, la discrezionalità dell'azione penale.

La discrezionalità dell'azione penale deriva, storicamente, da un lato, "dall'origine privata dell'accusa e, dall'altro, dal potere del rappresentante del Sovrano di porre fine, mediante un atto denominato *nolle prosequi*, a qualsiasi procedimento avviato da un privato, ove gli interessi della Corona lo richiedessero"[1].

Essa, tuttavia, lungi dall'essere una sorta di fossile giuridico, un semplice retaggio della tradizione giuridica anglosassone, è estremamente funzionale in un modello processuale accusatorio, che, essendo caratterizzato dalla contrapposizione dialettica delle parti, "non può trovare attuazione con contraddittori svogliati o forzati"[2]. Il Pubblico Accusatore, o *Pubblic Prosecutor*, dispone pertanto come meglio crede del pubblico interesse alla repressione dei reati; ha ampi poteri di selezione dei reati e degli autori contro cui procedere, stabilendo autonomamente le strategie da seguire[3].

Concluse le indagini, il p.m. deve decidere se depositare presso la corte l'atto d'accusa nei confronti dell'imputato. Tale atto, si chiama *indictment* o *information*, a seconda che l'accusa sia stata sottoposta all'esame del *Grand Jury* ovvero venga di-

---

1 Fanchiotti, *La giustizia penale statunitense*, Torino, 2021, 63.

2 Fanchiotti, *La giustizia penale*, cit., 64.

3 Sui notevoli poteri del *prosecutor* in ordine alla decisione circa l'opportunità di iniziare il procedimento v. Fanchiotti, *La giustizia penale*, cit., 65, secondo cui il rappresentante dell'accusa, arbitro assoluto dello *screening*, può avviare il procedimento «per tutti o solo per alcuni dei reati attribuiti all'imputato e, in caso negativo, ricorrere ad un *dismissal* secco (archiviazione) della notizia di reato e a meccanismi alternativi, quali ad esempio, il *diversion* sospensione del processo inserendo l'imputato in un programma di risocializzazione» o la *deferred prosecution* senza l'imposizione di un *facere*.

rettamente presentata alla corte, come avviene ormai per la maggior parte dei reati. Esso descrive come, dove e quando il fatto risulta commesso e indica anche le norme penali che si assumono violate. Naturalmente, anche dopo il deposito di questo atto, l'accusa può essere ancora ritirata, e quindi essere archiviata.

Come evidenziato in dottrina, la formulazione dell'accusa presuppone che vi siano ragionevoli motivi per ritenere, secondo una valutazione di normale prudenza, che il delitto è stato commesso dalla persona sospettata (*probable cause)* e che le prove ammissibili sono idonee a convincere la giuria a pronunciare in verdetto di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio[4].

Qualora ricorrano tali requisiti preliminari il pubblico ministero è tenuto a prendere in considerazione ulteriori parametri sussidiari come per es., i criteri di priorità, la natura e la gravità del reato, l'effetto deterrente del processo, i precedenti penali, l'incidenza di altre conseguenze derivanti dal processo, nonché, la possibilità di interventi alternativi alla giustizia penale e la loro adeguatezza al caso di specie[5].

È stato, inoltre, osservato che prima di iniziare qualsiasi inchiesta il pubblico ministero deve tener conto dell'ulteriore criterio, ben radicato nel costume giudiziario nord-americano, rappresentato dal rapporto tra i costi delle investigazioni e del processo vero e proprio e i risultati presumibilmente attesi in termini di numero ed entità delle condanne e di risposta all'allarme sociale cagionato dal reato. Si tratta di un parametro selettivo di non secondaria importanza nelle scelte discrezionali del p.m., connaturato alla natura politica del pubblico ministero nel sistema americano[6].

È importante notare, infatti, che l'organo dell'accusa non solo non è un magistrato (rappresenta difatti il potere esecutivo), ma deve altresì la sua carica ad una pubblica investitura, e dovrebbe dunque rispondere o ad una autorità politica (come accade nelle giurisdizioni federali), o direttamente "al popolo che l'ha eletto", come avviene in gran parte degli stati[7], di un eventuale uso parziale ed arbitrario dello *screening*

---

[4] Così Neppi Modona, *Maxi processi e pentiti alla luce dell'esperienza nordamericana*, in *Doc. giust.*, 1988, n. 11, 188. Sul requisito della *probable cause* v., pure, Pizzi, *La discrezionalità del prosecutor statunitense nell'esercizio dell'azione penale*, in G*iust. proc.*, 1991, 299 e 303 secondo cui di solito il rappresentante dell'accusa, volendo assolutamente vincere la causa, preferisce avere nelle proprie mani elementi molto più gravi della *probable cause*. In tema cfr., pure, l'*American Bar Association, Standards of Criminal Justice, Standard* 3-3-9, *Discrezionalità nella decisione di procedere* che statuisce: (a) Un *prosecutor* non dovrebbe iniziare un procedimento penale, o fare in modo che sia iniziato, o consentire la pendenza di accuse penali quando egli sa che le accuse non sono supportate da *probable cause*. Un *prosecutor* non dovrebbe iniziare un procedimento penale, o fare in modo che sia iniziato, o consentire la pendenza di accuse penali in assenza di sufficienti ammissibili prove idonee a supportare la condanna.

[5] Neppi Modona, *Maxi processi e pentiti*, cit., 188-189. Secondo Pizzi, *La discrezionalità del prosecutor*, cit., 299 ss.

[6] Secondo Neppi Modona, *Maxi processi e pentiti,* cit.,190 il rapporto-costi-benefici è un presupposto fondamentale della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale.

[7] Fanchiotti, *La giustizia penale*, cit., 51. I rappresentanti della pubblica accusa negli Stati Uniti sono nominati, senza eccezione alcuna, in base a criteri strettamente politici: che essi vengano eletti dal voto popolare (come avviene in ben 48 stati su 50) oppure che siano scelti (*appointed*) come accade nelle giurisdizioni federali, essi fanno riferimento ad una autorità politica o direttamente al consenso dell'elettorato.

(valutazione sull'opportunità o meno di avviare un procedimento penale, formalmente doverosa[8], ma sostanzialmente insindacabile)[9].

La connotazione spiccatamente politica del ruolo dei *prosecutors* federale e statali[10], spiega perché l'aver esercitato funzioni d'accusa rappresenta spesso un lascia passare e di per se un viatico per l'assunzione di cariche pubbliche di assoluto rilievo (non a caso, la neo vicepresidente degli Stati Uniti, Kamala Harris, è stata prima Procuratrice distrettuale quindi Procuratrice generale della California, apprezzata anche per la sua severità e per l'alto numero di condanne ottenute durante i suoi mandati, per poi approdare al Senato ed al ruolo che tuttora ricopre). Tale sistema presenta ovvi problemi: infatti, partendo dalle giurisdizioni federali, il Procuratore Generale degli Stati Uniti, l'*Attorney General*, è il Ministro della giustizia, ed a lui spetta il compito di indicare le linee guida per i *District Attorneys* federali, che rappresentano il governo e dipendono funzionalmente da lui, così come le polizie federali (prima fra tutte l'FBI) e altre agenzie governative[11]. Ciò significa che le linee guida dell'azione penale vengono dettate sull'esclusiva base delle indicazioni politiche di una parte, e che le stesse sono in realtà dettate dalla volontà di vittoria nelle elezioni successive.

Altra caratteristica del processo penale statunitense è la presenza di una giuria laica, che, in piena autonomia, decide (all'unanimità o a larga maggioranza, a seconda delle legislazioni statali), nel *jury trial*, sulla colpevolezza dell'imputato. Una presenza che testimonia un'inclinazione naturale per una giustizia più sostanziale, ossia più individualizzata, e per un sistema meno gerarchizzato. Quest'ultima caratteristica implica una contrazione delle fasi processuali, tant'è che l'incidenza dell'appello è piuttosto ridotta, ritenendosi sufficiente, nella maggior parte dei casi, il giudizio di primo grado. La presenza di "profani del diritto" ha un peso notevolissimo sulla fisiologia processuale, in quanto impone al *Prosecutor* – che vuole ottenere sufficienti quote di "*conviction rate*"[12] ai fini di una futura rielezione – di selezionare le fattispecie più semplici e lineari, la cui prova possa essere fornita con modalità facilmente comprensibili al *quivis de populo*[13].

Proprio in tale prospettiva si colloca la disciplina sulla cumulazione processuale; per la funzionalità del modello processuale sopra delineato è assolutamente indispensabile che tale fenomeno sia contenuto entro limiti ridottissimi.

In primo luogo, ciò viene effettuato mediante un larghissimo ricorso ai procedimenti "speciali", consistenti spesso in accordi tra accusa e difesa (*plea bargaining e*

---

8 L'art. 547 (titolo 28) dell'United States Code (comprendente la legislazione penale processuale e sostanziale) prevede che, salvo diversa disposizione di legge, la Pubblica Accusa debba sempre procedere alla persecuzione dei reati.

9 Fanchiotti, *La giustizia penale*, cit., 64.

10 Per le tematiche generali connesse alla struttura degli organi dell'accusa nel sistema federale e statale degli USA, si vedano Landolfi, *Sintesi del processo penale negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2021; Fanchiotti, *La giustizia penale*, cit.; nonché Amodio Bassiouni, *Il processo penale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988; Farnsworth, *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1979; Fisher, *American Constitutional Law*; Wayne *et al.*, *The Politics of American Government*, St. Martin's/Worth, 1999.

11 Patrone, *Il prosecutor negli Stati Uniti. Un esempio da seguire?*, in *www.questionegiustizia.it.*

12 Ossia la percentuale di condanne ottenute.

13 V. Neppi Modona, *Maxi processi e pentiti*, cit., 189-190.

guilty plea), volti ad ottenere un trattamento punitivo più mite, mediante i quali trovano soluzione circa il 95% dei procedimenti penali attivati[14]. Ciò consente di portare al dibattimento solo i casi più gravi e definiti, senza per questo dovere necessariamente rinunciare alla repressione delle fattispecie meno gravi o più intricate[15].

A parte questo, un maxiprocesso "all'italiana", con numerosissimi imputati ed imputazioni (che implicherebbero una durata assai elevata del dibattimento) è implicitamente vietato dal VI Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America[16], che conferisce al cittadino accusato di un reato il diritto ad "un processo rapido (*right to a speedy trial*) e pubblico[17]. Dunque nessun maxi processo, in ambito statunitense, neppure in materia di contrasto alla criminalità organizzata: in questi casi il principio di discrezionalità dell'azione penale consente al *prosecutor* di selezionare un numero ristretto di soggetti da sottoporre alla *prosecution,* facendo un largo uso delle *immunity* nei confronti degli altri coimputati che spontaneamente o coattivamente si

[14] Cfr. Landolfi, *op. cit.*, 43; Neppi Modona, *Maxi processi e* pentiti, cit., 196-197; Pizzi, *Una tempesta perfetta: la discrezionalità del prosecutor negli stati Uniti d'America*, in *Arch. pen.*, 2012, 559.
Le parti che procedono alla materiale gestione negoziale della pretesa punitiva sono il pubblico ministero ed il difensore, mentre le parti che hanno potestà di accettazione sono, rispettivamente, l'Autorità di convocazione e l'accusato. L'iniziativa alla trattativa spetta ad entrambe le parti, le quali sono dotate di facoltà di contrattazione assai profonde, tanto da involgere la stessa qualificazione giuridica del reato. In merito, la dottrina statunitense suole fare una *summa divisio* tra le forme di patteggiamento. Una prima forma, detta *sentence bargaining*, comporta l'ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato in cambio dell'impegno da parte dell'accusa di raccomandare al giudice una pena contenuta. La seconda forma, detta *charge bargaining*, vede un'ammissione di reità per uno solo tra i reati di cui l'imputato è accusato ovvero per la derubricazione di uno o più qualificazioni giuridiche degli stessi. Il risultato del patteggiamento deve avere forma scritta e riportare la sottoscrizione autenticata dell'accusato, della Autorità di convocazione e del difensore: in tema vedi per la dottrina straniera Chambliss, *Courts, Law, and Justice*, Londra, 2011, 187-189; Gaines, Leroy Miller, *Criminal Justice in Action*, Belmond, California, 2007, 296; Rauxloh, *Plea Bargaining in National and International Law, Routledge*, New York, 25.

[15] Sul ruolo dominante progressivamente assunto dal *plea barginig* nel sistema americano Pizzi, *Una tempesta perfetta*, cit., 560, secondo cui proprio a causa del notevole incremento di questo meccanismo i dibattimenti stanno diventando *rara avis* negli USA. Peraltro va detto che, nonostante le critiche mosse a tale istituto, per l'eccesso di discrezionalità concesso alla pubblica accusa rispetto ad alcuni reati gravi, la Corte Suprema ha sancito la costituzionalità del rito del patteggiamento definendolo come una delle componenti fondamentali della giurisdizione, purché si svolga correttamente. Per tale motivo il giudice sente direttamente l'imputato per saggiarne la consapevolezza dell'ammissione della responsabilità e valutare la sussistenza degli elementi fattuali che giustificano l'applicazione della pena: in tal senso Landolfi, *op. cit.*, 45.

[16] Così recita dal lontano anno 1791 il sesto emendamento che stabilisce i criteri generali del giusto processo: *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.*

[17] V. Marafioti, *La separazione dei giudizi penali*, Milano, 1990, 3 ss.; Fanchiotti *Lineamenti del processo penale statunitense,* Torino,1987, 111 e ss. La giurisprudenza della Corte Suprema ritiene, peraltro, che il *right to a speedy trial* si applichi solo al primo grado di giudizio, e non all'*appeal.*

trasformano in testimoni d'accusa contro i complici[18]. Tale strumento che costituisce mezzo strategico fondamentale per l'accusa, permette di circoscrivere il maccanismo del *joinder of defendans* ad un numero limitato di soggetti: si ritiene possano essere gestiti fino ad una ventina di imputati. Non va, inoltre, dimenticato, che, come si è visto, "il *trial* è una fase di rara evenienza essendo sostituito quasi sempre *dal plea bargaining* che consente di sfoltire la rosa dei coimputati, se non di evitare il *trial* stesso"[19] e garantisce nel contempo una migliore allocazione delle risorse.

Altro indubbio fattore frenante la cumulazione processuale è l'inesistenza di fattispecie penali di tipi associativo[20]; più in generale, i casi di "connessione" ammessi dalla procedura penale statunitense sono: il concorso di persone nel reato; la pluralità di reati ascritti allo stesso agente, quando questi "derivino dagli stessi fatti o da fatti simili"[21]. A questo dato deve aggiungersi la tradizionale tendenza del sistema penale americano di occuparsi pressoché esclusivamente di singoli reati commessi da singoli imputati senza prendere in considerazione reati connessi ad atteggiamenti o modi di essere del soggetto[22].

Tutti questi espedienti rendono impossibile negli U.S.A. la celebrazione di veri e propri maxiprocessi; al riguardo una dottrina ricorda che il noto processo *Pizza Connection*, celebrato con "20 imputati, altrettanti difensori, 12 giurati effettivi e 12 supplenti" è stato considerato un evento eccezionale, e solo per una fortunata serie di circostanze ne è stata possibile la conclusione[23].

Passando alle regole processuali, va detto che l'imputato (o il *prosecutor*) può, *in limine litis*, proporre una *pretrial motion* (una sorta di questione preliminare di rito)[24] con la quale chiede la riunione (*joinder*) o la separazione (*severance*) dei procedimenti; come già rilevato, il sistema processuale statunitense è nettamente orientato verso il *favor separationis*[25], per cui gli aspetti di economia processuale, sottesi alla cumulazione processuale, vanno subordinati rispetto al *right to a speedy trial* e alle

---

[18] Il meccanismo dell'*immunity*, di uso generalizzato nei procedimenti contro la criminalità organizzata, amplia il novero degli strumenti a disposizione del *prosecutor*. Questo meccanismo che rappresenta una delle varie forme di estrinsecazione della discrezionalità dell'azione penale, consente al pubblico ministero anche di rinunciare all'esercizio dell'azione penale in cambio della collaborazione dell'imputato-testimone: sull'istituto e sulle diverse forme che lo stesso può assumere v., in particolare Bernasconi, *I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale e dell'ordinamento italiano e nell'esperienza statunitense*, in Aa.Vv., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 142 ss.; Fanchiotti, *La giustizia penale statunitense*, cit., 71-73; Neppi Modona, *Maxi processi e pentiti*, cit., 198 ss.

[19] Fanchiotti, *La giustizia penale*, cit., 81.

[20] Neppi Modona, *Maxi processi e pentiti*, cit., 195-196; Neppi Modona, *Il processo cumulativo nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 943 ss.

[21] Scaparone, *L'unione di procedimenti in Inghilterra e negli Stati Uniti*, in *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, 229; Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale,* cit., 113-115.

[22] Neppi Modona, *Maxi processi e pentiti*, cit.,191-192.

[23] Neppi Modona, *Maxi processi e pentiti*, cit., 192.

[24] Si tratta di questioni proposte dalle parti (imputato e spesso anche il *prosecutor*) che di solito vengono trattate e decise dopo l'*arraignement* prima del *trial* dal giudice del dibattimento in una udienza *ad Hoc*: sul punto *amplius* v. Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale*, cit., 111.

[25] Marafioti, *op. cit.*, 386 ss.; Fanchiotti, *ibidem*.

necessità difensive: si ritiene difatti che soprattutto queste ultime possano essere compromesse in un processo cumulativo, nel caso di una pluralità di imputazioni a carico di uno stesso soggetto potendo la giuria inferire da alcune di esse una particolare proclività a delinquere dell'imputato e decidere "emotivamente" sulla colpevolezza "globale" del prevenuto, ovvero, sommare le prove dei diversi reati così da pervenire all'accertamento della colpevolezza, non altrimenti ottenibile in processi separati. Vi è, poi, il rischio concreto che l'imputato possa mettersi in cattiva luce ove decida, come suo diritto, di presentarsi a testimoniare solo per alcuni reati oggetto di contestazione. I pericoli derivanti dalla cumulazione processuale sono dunque legati in gran parte alla presenza della giuria come giudice del fatto che, per la sua composizione non professionale, potrebbe lasciarsi fuorviare in danno dell'imputato. Altri pericoli derivano dalla fisionomia del processo *adversary* statunitense caratterizzato dalla prevalente acquisizione della prova nel *trial* in un contesto di rigida oralità e immediatezza e dal fatto che i giurati, salvo autorizzazione discrezionale del giudice, non dispongono di appunti e neppure del verbale del dibattimento: tutti questi fattori, data la limitata capacità di memoria dell'uomo, fanno ritenere scarsamente consigliabile la trattazione congiunta di casi particolarmente complessi come sono di solito, quelli riguardanti più imputazioni. A ciò deve aggiungersi che la giuria decide con verdetto immotivato ed è arduo verificare in sede d'appello se il giudizio di condanna sia stato sviato dai fattori appena descritti. Lo stesso discorso vale nel caso di pluralità di imputati posto che la presenza tra essi di delinquenti "incalliti" poterebbe indurre la giuria ad una poco meditata decisione di colpevolezza "generale". Né va dimenticato che un dibattimento con più imputati, portatori di interessi contrastanti ed opposte strategie difensive, può dar luogo ad aspri conflitti tra i difensori a discapito delle singole posizioni dei rispettivi clienti con pregiudizio per lo stesso corretto accertamento dei fatti. Ciò spiega perché il *prosecutor* quando decide di avviare discrezionalmente l'azione penale non può non tener conto anche delle dimensioni fisiologiche *dell'adversary trial* per non incorrere in sconfitte irragionevoli ed in particolare per evitare che il giudice, data la difficile gestione del dibattimento, possa disporre la separazione dei procedimenti[26].

Va, infatti, osservato che il procedimento di *joinder o severance* è affidato alla discrezionale valutazione del giudice[27], e che tale discrezionalità non può essere sindacata in sede di gravame, se non provando un effettivo pregiudizio subito dall'imputato a cagione del provvedimento di *joinder* (o di *severance*, benché assai meno probabile), emesso in seguito ad un *abuse of discretion* del magistrato e quindi insondabile: l'unica regola è che debba disporsi la separazione dei giudizi ove gli imputati intendano avvalersi di *antagonistic and mutually exclusive defences*, proponendo una versione dei fatti che porti necessariamente alla incriminazione del coimputato, qualora la giuria per ritenere veritiera la versione del primo imputato debba necessariamente considerare falsa quella del secondo". Diversamente si verrebbe a creare un fronte interno che vedrebbe gli imputati giocare "un ruolo *adversary* nei reciproci confronti, assolvendo contemporaneamente funzioni di difesa e di accusa"[28].

---

26 Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale*, cit., 113 ss.
27 Marafioti, *op. cit.*, 387.
28 Così Fanchiotti, *La giustizia penale*, cit., 83.

In alcuni Stati della federazione il *joinder* o la *severance* sono disciplinati in maniera differente; ad esempio, in California (nonché nei procedimenti di competenza federale) il *joinder* costituisce la regola, salvo una discrezionale valutazione del giudice sui suoi eventuali effetti pregiudizievoli, a seguito di esplicita istanza di *severance* proposta dalle parti; in Virginia, invece, il *joinder* è subordinato al consenso di tutti i coimputati[29].

Vi sono però due situazioni in cui il *joinder* non può essere disposto, in quanto presunto *juris et de jure* pregiudizievole per l'imputato.

La prima si verifica allorché il soggetto imputato di diversi reati decida di avvalersi del V emendamento della Costituzione[30] ("nessuno... potrà essere obbligato, in qualsiasi processo penale, a deporre contro sé medesimo") solo per alcune imputazioni; in tal caso la separazione è obbligatoria, in quanto si ritiene che la giuria possa da tale atteggiamento inferire la colpevolezza dell'accusato[31].

La seconda si verifica quando un imputato, durante le indagini (*pretrial*), ha affermato la propria innocenza ed attribuito il reato ad un altro soggetto, coimputato del medesimo reato. Nel 1968 la Corte Suprema[32] ha ritenuto in tal caso il *joinder* lesivo del VI Emendamento della Costituzione (per cui "in ogni processo penale l'imputato avrà diritto di essere messo di fronte ai testimoni addotti contro di lui") e ha quindi statuito l'obbligatorietà della *severance*[33].

3. Conclusioni.

Il quadro, pur sinteticamente delineato, consente di affermare che la principale barriera all'instaurazione di maxiprocessi nel sistema statunitense è costituita soprattutto dall'ampio potere di *screening* del *Prosecutor*, nell'esercizio dell'azione penale, che gli consente di selezionare gli imputati più "rappresentativi" da portare al dibattimento, quelli da "sistemare" con i riti speciali, e quelli infine per i quali non è opportuno esercitare l'azione penale; in tali scelte il *Prosecutor* è indubbiamente favorito dalla completa informalità e agiurisdizionalità della fase di *pretrial*, che gli consente di indagare nelle direzioni, forme e modalità che ritiene più opportune (ovviamente, nell'ambito del giuridicamente lecito, anche se sono note le accese polemiche suscitate dalle "poco ortodosse" prassi investigative adottate dalla polizia), senza i limiti

[29] Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale*, cit., 115.

[30] *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

[31] Scaparone, *op. cit.*, 229.

[32] Come rilevato in dottrina, il fenomeno del *joinder and severance* non è stato mai oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina né ha lasciato particolari tracce nella *caselaw*: così Fanchiotti, *La giustizia penale statunitense*, cit., 80, dove si sottolinea che in materia la Corte suprema è intervenuta una sola volta nel 1968 con la decisione Bruton v. U.S.

[33] Scaparone, *op. cit.*, 229-230.

imposti da un controllo giurisdizionale (necessario tuttavia per adottare o convalidare provvedimenti restrittivi della libertà personale)[34].

[34] V. Amodio, *Il nuovo processo penale a confronto con il modello anglosassone*, in *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, Padova, 1989, 227; Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale,* cit., 75 ss.

PROCESSO PENALE TRA MODELLO INQUISITORIO E MODELLO ACCUSATORIO*

Giorgio Spangher**

Il processo penale è uno strumento regolato dalla legge con il quale i giudici accertano se un fatto costituisce reato e se una persona lo ha o non l'ha commesso.

Tendenzialmente, regolato dai principi di progressione, non regressione e concentrazione, il relativo percorso è variamente governato dal legislatore.

Tuttavia, pur con le possibili numerose variabili normative, i processi storicamente si sono strutturati secondo due modelli, quello accusatorio, riconducibile alla Magna Charta e quello inquisitorio, riconducibile al processo canonico (religioso).

Nel tempo i due modelli si sono evoluti e hanno dato luogo a modelli misti, variamente composti.

I tratti del sistema inquisitorio puro sono individuati nell'identità del giudice con l'accusatore; nelle prove introdotte dall'accusa; nella presunzione di colpevolezza; nella carcerazione preventiva. Quelli del sistema accusatorio sono riconducibili alla distinzione tra accusatore e giudice; al diritto alla prova della difesa in condizioni di parità con l'accusa; alla libertà prima della condanna; alla presunzione di non colpevolezza.

Naturalmente questi elementi, considerati nella loro assolutezza, sono superati nelle attuali legislazioni, ma nella misura in cui sono declinati dalle leggi domestiche designano il modello di processo.

Oltre alla inevitabile evoluzione dei due modelli verso maggiori tutele dell'individuo determinata dall'evoluzione sociale, dalla cultura, dalle rivoluzioni (rinascimento e quella francese in particolare), resta il fatto che i modelli nella misura in cui regolano il rapporto tra l'autorità statale, tesa alla tutela della società, ed i diritti del singolo, sono condizionati oltre che dalla struttura ordinamentale, come si è venuta evolvendo, anche dalla storia di un paese, dalla sua società, dalla criminalità in essa presente.

Per queste considerazioni il processo penale, inevitabilmente, non è un elemento statico, ma dinamico, in tempi più vicini a noi, governati anche da Convenzioni internazionali e da Corti sovranazionali che fissano regole comuni in spazi che superano i confini dei singoli Stati.

Sotto tutti questi profili, così solo sommariamente delineati, l'Italia rappresenta un modello storico-evolutivo di quanto sin qui affermato.

Il modello processuale italiano risente della sua origine legata al Codice d'*instruction criminelle*, del 1808, francese, stante l'influenza avuta negli Stati italiani preunitari, con varie interferenze per effetto delle dominazioni (Austria, Borboni, Stato pontificio) che si sono succedute.

---

* Testo della relazione tenuta all'Università Kultur di Istanbul nel simposio in memoria dei Professori Mesut e Bulent.

** Professore emerito di diritto processuale penale – Sapienza Università di Roma.

Comunque dal codice unitario (1865) e successivamente con i codici del 1913 e del 1930 l'impianto è rimasto quello napoleonico, anche in relazione alla struttura ordinamentale.

Sotto il profilo del modello, per valutare la sua natura, l'elemento essenziale consiste nell'individuare il luogo dove si forma la prova.

Nel modello accusatorio, la prova si forma nel contraddittorio e nell'oralità del dibattimento, in presenza di un giudice o di una giuria (non è fondamentale quest'ultimo elemento), con parità delle armi tra accusa e difesa.

Nel modello inquisitorio la prova si forma nella fase investigativa, formata dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero o da un giudice (istruttore), con modalità, a seconda di quanto detto, più o meno garantite per la difesa: il dibattimento, sempre necessario, recupera quasi solo quanto fatto nella fase precedente.

Il primo modello, pertanto, è monofasico. Il secondo bifasico: il primo momento è teso alla ricostruzione sommaria del fatto; il secondo alla sua rappresentazione.

Nel 1988, con il nuovo codice, l'Italia aveva scelto il modello accusatorio, declinato secondo la propria struttura ordinamentale e costituzionale.

Complice la criminalità organizzata questo impianto nel nostro Paese non ha tenuto a vantaggio della non dispersione delle prove assunte nelle indagini. In questo modo l'equilibrio tra la fase investigativa e quella dibattimentale si è progressivamente ridisegnato a favore di una visione inquisitoria, cui peraltro non sono estranei aspetti di tutela del diritto di difesa, sicché il ruolo del giudice è solo quello di completare il materiale d'accusa con la possibilità di una attività investigativa integrativa.

Se il primo modello, in fondo, è anche unitario nel suo schema e sviluppo, quello bifasico si struttura in percorsi differenziati, ove opera l'accordo delle parti alla definizione anticipata favorita da incentivi premiali e sconti di pena.

Come anticipato in esordio, oggi le questioni strutturali e normative del processo penale intersecano principi, direttive, decisioni derivanti da Convenzioni multinazionali, o operanti in aree geograficamente e culturalmente omogenee; da pronunce di Parlamenti sovranazionali, da decisioni delle Corti con giurisdizione interstatuale, in una logica multilivello oggetto di dialogo tra le Corti sovranazionali e le Corti domestiche.

Si determina così spesso un ampio riconoscimento di diritti individuali che tendono o cercano di omologare i sistemi processuali, nel contesto della reciproca fiducia tra gli Stati, in vista della cooperazione e della circolazione delle prove, dei provvedimenti, delle decisioni.

Questi atti disegnano un percorso in progress, teso a rendere più efficace la giustizia penale senza sacrificare – secondo una logica di proporzione e ragionevolezza – i diritti delle persone, senza distinzione delle nazioni, perché si tratta di tutelare l'individuo dovunque esso affronti il suo rapporto con l'autorità, soprattutto in materia penale dove è in gioco la sua dignità, ma soprattutto il suo bene più prezioso, la libertà.

LA CONNESSIONE TELEOLOGICA ALLE MISURE CAUTELARI (E LE SPECIALI ESIGENZE DI TUTELA DELLA COLLETTIVITÀ) SALVANO LA COSTITUZIONALITÀ DELL'ARRESTO IN FLAGRANZA PER TENTATO FURTO AGGRAVATO*

Antonella Marandola**

ABSTRACT

L'Autrice analizza la decisione n. 41 del 2022 con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato non fondate delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate, in riferimento agli artt. 13 e 3, Cost., dell'art. 380, comma 2, lett. e), c.p.p., dal Tribunale ordinario di Firenze. Il giudice a quo *dubita del fatto che il delitto di tentato furto aggravato per violenza sulle cose, pur in assenza dell'attenuante* ex *art. 62, comma 1, n. 4, c.p., possa integrare un'ipotesi di tale eccezionale gravità da giustificare l'arresto obbligatorio, posto che nella categoria dei delitti di furto, tentati o consumati, aggravati dalla violenza sulle cose, potrebbero rientrare anche fatti connotati da una gravità limitata, incapaci di generare pericolo per l'incolumità delle persone e perciò estranei al novero di quei casi eccezionali di necessità ed urgenza che, ai sensi dell' art. 13, comma 3, Cost. , possono giustificare l'adozione di provvedimenti provvisori restrittivi della libertà personale da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Ma la questione ha investito anche la violazione dell'art. 3, Cost., posto che è configurabile, per il tentato furto, la causa di esclusione della punibilità di cui all' art. 131-*bis, *c.p., quando le modalità della condotta e l'esiguità del danno delineino un'offesa di particolare tenuità. La Corte non ha accolto la questione dato il carattere "servente" della restrizione anticipata che è criterio in virtù del quale va saggiata la legittimità costituzionale della stessa restrizione e sulla scorta della necessità di tutelare le speciali esigenze di difesa sociale della collettività, in cui si sostanzia quella «discrezionalità tecnica» che giustifica i casi eccezionali di necessità e di urgenza di cui all'art. 13, comma 3, Cost. Trattasi di parametri che l'Autrice condivide appieno e nel lavoro valorizza.*

*The Author analyzes decision no. 41 of 2022 with which the judge of the laws declared unfounded issues of constitutional legitimacy, raised, with reference to arts. 13 and 3, Constitution, of art. 380, paragraph 2, lett. e), c.p.p., by the criminal Court of Florence. The court doubted that the crime of attempted theft aggravated by violence against things, despite the absence of the extenuating circumstance pursuant to art. 62, paragraph 1, n. 4, c.p., can integrate a hypothesis of such exceptional gravity as to justify compulsory arrest, given that the category of crimes of theft, attempted or committed, aggravated by violence against things, could also include facts characterized by a limited gravity, unable to generate danger for the safety of persons and therefore unrelated to the group of those exceptional cases of necessity and urgency which, pursuant to art. 13, paragraph 3, of the Constitution, can justify the adoption of provisional measures restricting personal freedom by the public security authority. But the issue also affected the violation of art. 3, of the Constitution, given that the cause for the exclusion of punishment pursuant to art. 131-*bis, *c.p., when the modalities of the conduct and the insignificance of the damage outline a particularly tenuous offense. The Court did not accept the question given the "servant" character of the anticipated restriction which is a criterion by virtue of which the constitutional legitimacy of the same restriction must be tested and on the basis of the need to protect the special needs of social defense of the community, in which substantiates that "technical discretion" that justifies the exceptional case of necessity and urgency referred to in art. 13, paragraph 3, of the Constitution. These are parameters that the Author fully shares and values in the work.*

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Professoressa Ordinario di Diritto processuale penale nell'università del Sannio.

Con la decisione n. 41 del 2022 il giudice delle leggi ha dichiarato non fondate delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate, in riferimento agli artt. 13 e 3 Cost., dell'art. 380, comma 2, lett. e), c.p.p. dal Tribunale ordinario di Firenze.

In estrema sintesi, il giudice *a quo* dubita del fatto che il delitto di tentato furto aggravato dalla violenza sulle cose, pur in assenza dell'attenuante *ex* art. 62, comma 1, n. 4 c.p., possa integrare un'ipotesi di tale eccezionale gravità da giustificare l'arresto obbligatorio posto che nella categoria dei delitti di furto, tentati o consumati, aggravati dalla violenza sulle cose, potrebbero rientrare anche fatti connotati da una gravità limitata, incapaci di generare alcun pericolo per l'incolumità delle persone e perciò estranei al novero di quei casi eccezionali di necessità ed urgenza che, ai sensi dell'art. 13, comma 3, Cost., possono giustificare l'adozione di provvedimenti provvisori restrittivi della libertà personale dell'autorità di pubblica sicurezza; il remittente dubita del fatto che prescrivere l'obbligatorietà della misura dell'arresto nei casi in cui non sia possibile la sua conversione nella custodia cautelare in carcere sia rispettoso della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.

Il giudice remittente solleva dubbi di legittimità costituzionale, tenuto conto che, per effetto del combinato disposto degli artt. 56, 624 e 625, comma 1, n. 2, c.p., la pena massima applicabile per il tentato furto aggravato dalla violenza sulle cose è di anni quattro di reclusione, e dunque, in forza dell'art. 280, comma 2, c.p.p., non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, e ciò a conferma dell'assenza di un correlato particolare allarme sociale provocato dal delitto in esame. Ma l'ipotesi appena prospettata può considerarsi, secondo il Tribunale remittente, anche manifestamente irragionevole, con violazione dell'art. 3 Cost., posto che è configurabile, per il tentato furto, la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., quando le modalità della condotta e l'esiguità del danno delineino un' offesa di particolare tenuità.

Nel caso di specie, il g.i.p. ha rilevato la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza rispetto al contestato reato, mentre il Tribunale ordinario – davanti al quale verosimilmente è stato attivato il rito direttissimo – ha reputato che, per procedere alla convalida dell'arresto, come premesso, deve valutarsi la legittimità costituzionale dell'art. 380, comma 2, lettera e) c.p.p., rispetto agli artt. 13 e 3 Cost.

Nel dichiarare l'infondatezza delle questioni sollevate la Consulta si è mossa, tendenzialmente, lungo due direttrici, ma in premessa ha ammesso – nonostante l'intervenuta liberazione dell'arrestato, disposta in virtù dell'incertezza del tempo entro il quale sarebbe intervenuta la decisione della Corte, e, dunque, il mancato esaurimento del procedimento di convalida – la permanenza dell'interesse a sollevare la questione.

Scendendo nel merito, ad avviso dei giudici costituzionali due sono i presupposti che sorreggono la compatibilità costituzionale delle norme: in primo luogo il carattere servente della restrizione anticipata; in secondo luogo la tutela delle speciali esigenze di difesa sociale della collettività, in cui si sostanzia quella «discrezionalità guidata» che esplicita i casi eccezionali di necessità e di urgenza di cui all'art. 13, comma 3 Cost.

Invero, sulla scorta di quanto premesso, il tentato furto aggravato ai sensi dell'art. 625, primo comma, numero 2), prima ipotesi, c.p., salvo che ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62, primo comma, numero 4) c.p., pare possedere appieno lo *standard* per la compatibilità alla Carta fondamentale della restrizione della libertà disposta dall'autorità di polizia.

Com'è noto, in ossequio alle indicazioni prospettate nella direttiva n. 32 lett. a) e b) della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, il legislatore ha stabilito agli artt. 380 e 381 c.p.p. una duplice selezione dei delitti per cui può procedersi alla restrizione anticipata della libertà a fronte della flagranza di reato delineata all'art. 384 c.p.p. come puntualizzata dalle Sezioni Unite[1].

Una prima individuazione è stata effettuata sulla base della presunzione *iuris et de iure* circa la necessità e l'adeguatezza della misura precautelare nei casi in cui la condotta sia inquadrabile in una fattispecie delittuosa per la quale sia prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti. In tali casi la quantificazione muove su due ulteriori parametri volti a circoscrivere l'operatività dell'istituto; da un lato, infatti, vi è l'elemento psicologico del reato (la formulazione della norma è chiara quando dispone che l'arresto è obbligatorio solo rispetto ai delitti non colposi, siano essi consumati o tentati); dall'altro, la congiunzione che lega l'indicazione edittale vale ad escludere dal campo di applicazione della norma quelle fattispecie in cui i predetti limiti non siano comminati congiuntamente e, dunque, i delitti puniti con pene minime inferiori a cinque anni, anche se il massimo edittale è uguale o superiore ai venti anni ovvero i delitti puniti con la pena minima uguale o superiore ai cinque anni di reclusione ma per i quali il massimo edittale è inferiore ai venti anni di reclusione. Ma al di là di tale aspetto, la compatibilità delle ipotesi di reato per cui è consentito l'arresto obbligatorio non traspare – osservano i giudici costituzionali – dalle finalità indicate dal codice di rito che è, sul punto, silente, quanto dal sistema come ricostruito dalla stessa giurisprudenza costituzionale[2] che ha da tempo affermato che la «misura precautelare provvisoria facoltativa [...] può essere adottata solo sulla ragionevole prognosi di una sua trasformazione *ope iudicis* in una misura cautelare più stabile».

Quello che rileva è il «rapporto di strumentalità tra il provvedimento provvisorio di privazione della libertà personale e il procedimento penale, avente ad oggetto il reato per cui è stato disposto l'arresto obbligatorio in flagranza»: è questo l'oggetto su cui il giudice delle leggi è chiamato ad operare ogniqualvolta gli venga sottoposta una questione inerente la conformità alla Carta costituzionale di una fattispecie inserita all'interno del catalogo *ex* artt. 380 e 381 c.p.p.

È chiaro il raccordo funzionale con le misure e le esigenze di natura propriamente cautelare ovvero la capacità servente delle misure restrittive di polizia, rispetto alla tutela di esigenze previste dalla Costituzione (tra cui in primo luogo quelle connesse al perseguimento delle finalità del processo penale) che il giudice chiamato a convalidare l'arresto deve porre mente per escludere la manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della scelta legislativa di introdurre in quel catalogo una (nuova) fattispecie delittuosa (Corte cost. n. 223 del 2004[3] e n. 305 del 1996).

---

1 V., Cass. Sez. Un., 24 novembre 2015, n. 39131, in *www.Dirittopenalecontemporaneo*, 5 ottobre 2016, con nota di Todaro, *Le Sezioni Unite sulla nozione di "quasi flagranza": limiti logici e ontologici al potere di arresto*.

2 V., Corte cost., n. 305 del 1996

3 L'assunto ha trovato puntualizzazione nella sentenza n. 223/2004 (in *Cass. pen.*, 2004, 3997, con nota di Gallucci, *Illegittima la previsione dell'arresto da parte della polizia giudiziaria dell'autore di contravvenzioni*) con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-*quinquies*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina

Va, così, esclusa la compatibilità costituzionale di una restrizione provvisoria meramente «fine a sé stessa»: così, al di là del caso in esame, l'assunto rende problematico, ad esempio, ammettere la validità dell'ipotesi, recentemente introdotta, relativa alla possibilità di procedere all'arresto della persona colta in flagranza del reato previsto all'art. 387-*bis* c.p.: è noto come in questo caso la prevista pena fino a tre anni non consente l'applicazione di alcuna misura cautelare.

Colui che è, invece, colto in flagranza del delitto di tentato furto aggravato ai sensi dell'art. 625, primo comma, numero 2), prima ipotesi, c.p., salvo l'attenuante *ex* art. 62, primo comma, numero 4), c.p.[4], può essere destinatario di una misura cautelare, da intendersi non limitata, a dispetto di quanto afferma il giudice *a quo*, alla custodia cautelare in carcere: il furto aggravato dall'uso della violenza sulle cose (artt. 56 e 625, primo comma, numero 2, c.p.) è punito con la pena della reclusione pari nel massimo a quattro anni, per cui sono applicabili tutte le "altre" misure coercitive (art. 280, comma 1, c.p.p.), con esclusione certo dell'applicabilità della (sola) custodia cautelare in carcere, salvo che – aggiungiamo – l'arresto non segua una precedente ipotesi di trasgressione di una misura custodiale. La violazione consente, infatti, il superamento del limite edittale previsto all'art. 280 comma 2 c.p.p. Peraltro, l'arresto in flagranza è la condizione che legittima il giudizio direttissimo (artt. 449, comma 1, e 558, comma 1, c.p.p.) ed è possibile pervenire con immediatezza all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato.

Ma, per i giudici costituzionali a suffragare l'assenza di un possibile conflitto con l'art. 13 Cost. induce, anche, il limite posto al legislatore e oggetto di possibile sindacato da parte del giudice circa la riconduzione del reato nell'elencazione prevista agli artt. 380 e 381 c.p.p. alle «speciali esigenze di tutela della collettività»: che si collocano entro la direttiva n. 32, già richiamata, è la stessa Relazione al progetto preliminare del codice di rito a rinviare alla categoria di reati indicati nella nota sentenza n. 1 del 1980: trattasi dei reati che si connotano per l' uso di armi o di altri mezzi di violenza contro le persone**,** per la riferibilità ad organizzazioni criminali comuni e politiche, per la direzione lesiva delle condizioni di base della sicurezza collettiva e dell'ordine costituzionale.

È nell'ambito di tale locuzione, volutamente aperta – forse per adattarsi alla mutevolezza delle esigenze sociali e idonea, ancor oggi, ad assicurare dei livelli di sicurezza "preventiva" della comunità – qual è quella delle "speciali esigenze di tutela della collettività" che può essere annoverata anche l'ipotesi rimessa all'attenzione del giudice costituzionale.

Non s'ignora, certo, che data la sua vaghezza la dottrina e la giurisprudenza ne hanno, in più occasioni, messo in discussione la valenza, ma è stata la stessa Corte

dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), con cui si prevedeva l'arresto obbligatorio dello straniero colto nella flagranza della contravvenzione di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, d.lgs. 286/1998, per essersi trattenuto senza giustificato motivo nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro il termine di cinque giorni.: l'arresto in questione, infatti, non potrà mai trasformarsi in custodia cautelare in carcere, o in qualsiasi altra misura coercitiva, essendo previsto in relazione ad un reato contravvenzionale, sanzionato con una pena detentiva (da sei mesi a un anno) di gran lunga inferiore a quella per cui il codice di rito ammette la possibilità di disporre le predette misure

[4] V., in tal senso, la direttiva n. 32 della legge delega già indicata

costituzionale[5] a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 380, comma 2, lett. e) c.p.p., per eccesso di delega, nella parte in cui prevede l'arresto obbligatorio in flagranza per il delitto di furto aggravato ai sensi dell'art. 625, comma 1, n. 2, prima ipotesi, c.p., nel caso in cui ricorra l'attenuante prevista dall'art. 64, comma 1, n. 4, c.p. Si tratta di un precedente non ignorato né dal legislatore – che ha tradotto questa indicazione con legge 26 marzo 2001, n. 128 la quale ha previsto che, in presenza dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, l'arresto perda il carattere dell'obbligatorietà – né dalla sentenza in esame che, al contrario, fa leva proprio sulla circostanza che ad essere estranea al criterio delle "speciali" esigenze di tutela della collettività dettato dal legislatore delegante sia la fattispecie del furto (consumato o tentato) aggravato dalla violenza sulle cose nella sola ipotesi in cui esso sia tale da comportare un danno di speciale tenuità (art. 62, comma 1, n. 4, c.p., o comunque quando sia di speciale tenuità l'evento dannoso o pericoloso nei delitti determinati da motivi di lucro. D'altro canto si è, più di recente affermato[6] come sia proprio la valorizzazione della discrezionalità del legislatore, che risponde a motivi di "opportunità", a "chiudere il cerchio argomentativo" e, aggiungiamo, la dedotta questione. Nonostante non possa negarsi che sia questo un parametro eccessivamente vago e indeterminato sul quale si potrebbero addensare le maggiori critiche quanto a tassatività e legalità, è altrettanto vero che – come dimostra la sentenza da ultimo citata – il legislatore, prima, e la Consulta, poi, paiono in grado di farne buon uso.

È solo quando l'indicazione normativa si colloca ben al di fuori dei delineati criteri guida che il giudice potrà sollevare il contrasto innanzi al giudice delle leggi, affinché questi possa esercitare il suo sindacato.

In tal senso si è espressa la stesa Corte costituzionale nella sentenza n. 137 del 2020: la determinazione dei casi eccezionali di necessità e urgenza in cui possono essere adottati provvedimenti provvisori limitativi della libertà personale, ai sensi dell'art. 13, terzo comma, Cost. – e segnatamente di quelli in cui l'arresto può essere effettuato anche in deroga ai limiti edittali previsti in via generale dall'art. 380, comma 1 c.p.p. – rientra in un ambito caratterizzato dalla discrezionalità legislativa (v., anche, sentenza n. 188 del 1996 e ordinanza n. 187 del 2001), sindacabile – tanto più quando vengano in considerazione scelte legislative limitative della libertà personale – in caso di manifesta irragionevolezza o di arbitrarietà.

È questo l'aspetto di rilievo offerto all'interprete dalla Corte: ogni dubbio circa la conformità dell'ipotesi annoverata all'interno dell'art. 380 c.p.p. da parte del giudice chiamato ad applicare la norma deve passare, come indicato, per le due obbligate valutazioni: *tertium non datur*, indipendentemente della valutazione che il giudice chiamato ad applicare la legge possa ritenere dell'opportunità o meno di quell'inserimento.

È ipotesi, questa, che non ricorre nel caso di specie, tenuto conto che all'arresto obbligatorio potrà procedersi solo quando non ricorra la circostanza attenuante comune del danno di speciale tenuità: l'art. 380, comma 2, lett. e) c.p.p., infatti, già di per sé non opera allorché sia possibile desumere ragionevolmente, dalle modalità del

---

5 V., Corte cost. n. 54 del 1993.

6 Laregina, *L'arresto in flagranza per tentato furto aggravato supera il vaglio della Corte costituzionale*, in *www.llpenalista.it.*, 8 marzo 2022,

fatto e in base ad un preciso giudizio ipotetico che, se il reato fosse stato portato a compimento, il danno patrimoniale per la persona offesa sarebbe stato di rilevanza minima. Eccede, peraltro, dall'ambito del presente giudizio ogni considerazione in ordine alle determinazioni dei giudici comuni quanto alle condizioni di applicabilità dell'attenuante di cui al citato art. 62, primo comma, numero 4), c.p.

Infine, la soluzione raggiunta non è incrinata dall'illogica deduzione dell'impossibile operatività, nel caso del reato in questione, della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.: è fin troppo noto come si tratti, in tal caso, di un giudizio distinto che postula una valutazione complessiva e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, che tenga conto, ai sensi dell'art. 133, primo comma, c.p., delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo; valutazione, questa, riservata al giudice della cognizione all'esito del relativo giudizio ed estranea ai profili che vengono in rilievo in sede di convalida dell'arresto e di successiva, eventuale applicazione di una misura cautelare coercitiva: è questo un giudizio successivo e diverso da quello imposto al giudice chiamato a pronunciarsi sull'arresto che deve guardare unicamente al passato e verificare se la misura è stata legittimamente eseguita, *ergo* se rientra nelle fattispecie o pena delineata nell'art. 380 c.p.p., da un lato, o nell'art. 381 c.p.p., dall'altro, oltre, in tal caso, alla pericolosità del soggetto e gravità del fatto e se sono stati osservati i termini previsti dagli artt. 386 comma 3 e 390 comma 1 c.p.p.

LA RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE ESTINTO FRA FORZATURE PROCESSUALI E SEMPLIFICAZIONI CIVILISTICHE*

Nota a Cass., Sez. IV, 22 febbraio 2022, n. 9006, Pres. Serrao – Est. Cenci.

Francesco Compagna**

Sommario: 1. La disciplina delle vicende modificative dell'ente. – **2.** La mancata previsione delle cause di estinzione dell'ente e l'ipotesi di fallimento. – **3.** La cancellazione della società dal registro delle imprese e le inevitabili ricadute sul procedimento a suo carico. – **4.** Le contro-argomentazioni esposte in sentenza. – **5.** La doverosa tutela del diritto di difesa e il fondamento sostanziale della responsabilità da reato degli enti.

ABSTRACT

Il contributo esamina in chiave critica l'interpretazione da ultimo avanzata dalla Suprema Corte sulla possibilità di sottoporre a giudizio una società ritenuta responsabile del reato commesso nel suo interesse ex *d.lgs. n. 231/2001, ma nel frattempo estintasi, ai fini dell'eventuale applicazione ai soci della relativa sanzione pecuniaria.*

The paper critically examines the interpretation recently put forward by the Italian Supreme Court on the possibility of bringing before courts an extinct company, considerered responsible for the offence committed on its behalf, in order to possibly impose the relevant fines on its shareholders.

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Docente di diritto penale a contratto presso l'Università Internazionale degli Studi di Roma (UNINT).

1. La disciplina delle vicende modificative dell'ente.

Secondo la pronuncia di legittimità in esame, anche un ente definitivamente estinto potrebbe essere giudicato e sanzionato per la responsabilità derivante dall'avvenuta commissione di un reato nel suo interesse o a suo vantaggio.

Più precisamente, in caso di cancellazione dal registro delle imprese della società ritenuta responsabile del delitto di lesioni colpose commesso nel suo interesse, la relativa sanzione pecuniaria potrebbe essere direttamente rivolta nei confronti dei suoi soci, chiamati a risponderne, a seconda dei casi e sulla base dei comuni principi civilistici, in forma illimitata ovvero nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione.

In assenza di specifici riferimenti normativi alla possibile estinzione dell'ente convenuto, l'importante questione affrontata in sentenza – certamente dotata di una portata generale tutt'altro che trascurabile – sembra allora richiedere un breve richiamo delle disposizioni riguardanti le "vicende modificative", tenendo sempre a mente le ragioni ispiratrici di un'autonoma responsabilità degli enti e i delicati profili attinenti al loro diritto di difesa.

Nell'introdurre una responsabilità da reato a carico degli enti, il legislatore del 2001 non aveva infatti trascurato di considerare che qualsiasi soggetto giuridico diverso dalla persona fisica è inevitabilmente soggetto, nel corso del tempo, ad una serie di possibili trasformazioni destinate ad alterarne natura, fisionomia e consistenza patrimoniale.

Sotto tale profilo, la prospettiva da esso prescelta è stata pertanto rivolta a considerarne attentamente proprio le possibili "vicende modificative" in modo da garantire continuità al relativo giudizio di accertamento e da poter individuare al contempo, con chiarezza e precisione, anche il futuro destinatario della (eventuale) sanzione.

Più precisamente, gli artt. 27 e ss. del d.lgs. n. 231/2001 si sono fatti carico di disciplinare alcuni casi di successione nell'obbligazione patrimoniale derivante dall'applicazione di una sanzione pecuniaria, differenziando espressamente le ipotesi di fusione (semplice trasferimento dell'obbligazione), di scissione (obbligazione solidale dei diversi enti beneficiari, ma sempre nei limiti del patrimonio netto trasferito a ciascuno di essi) e di cessione di azienda (obbligazione solidale con preventiva escussione del cedente e limitazione dell'obbligazione del cessionario al valore dell'azienda trasferita ed all'ipotesi di previa conoscenza dell'illecito o della sanzione).[1]

Da un lato, viene pertanto evidenziato, in termini assolutamente espliciti, che "*dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune*", dall'altro risultano poi accuratamente delineate – in senso contrario – una serie di ipotesi di "assunzione" del patrimonio dell'ente che ben giustificano anche la contestuale "trasferimento" dell'obbligazione in esame, sia pur con l'introduzione di determinati limiti a garanzia dei terzi.

[1] Per un'applicazione estensiva/analogica della disciplina della cessione ad un'ipotesi di estinzione fraudolenta dell'ente con sostanziale successione di un diverso soggetto giuridico, cfr. Cass. Sez. V, sent. 27 aprile 2021, n. 25492, in *Diritto di difesa*, 9 marzo 2022, con nota critica di Sardella.

Inoltre, nell'estendere alle ipotesi di fusione o di scissione la peculiare ipotesi di esenzione dall'applicazione delle sanzioni interdittive prevista dall'art. 17, il legislatore sembra implicitamente avallare la possibile applicazione al "nuovo" ente anche di questo diverso tipo di sanzioni, sebbene le finalità di prevenzione speciale ad esse sottese e la difficile quantificazione economica del loro eventuale impatto pongano in questo caso all'interprete una serie di problemi di difficile soluzione.

Quanto infine alla confisca del prezzo o del profitto del reato prevista dall'art. 19, la sbandierata funzione di "riequilibrio" economico ad essa correlata non sembra invece incontrare alcun particolare ostacolo in caso di modificazioni dell'ente responsabile: in questo senso, il discutibile approccio giurisprudenziale volto a salvaguardare, sempre e comunque, l'effettività dell'intervento sanzionatorio indirizzandolo verso i diversi soggetti ritenuti responsabili (a vario titolo) ad esclusiva "garanzia" della pretesa statuale sembra suscettibile di espandersi agevolmente anche verso gli enti "trasformati".

2. La mancata previsione delle cause di estinzione e l'ipotesi di fallimento.

Viceversa, il diverso tema della possibile "estinzione" dell'ente non era stato espressamente affrontato dal legislatore del 2001[2] ed è stato poi impropriamente evocato – in alcune pronunce di merito – con specifico riferimento al tema delle procedure fallimentari, procedure attraverso le quali viene tuttavia a realizzarsi – almeno in prima battuta – una piena continuità nei rapporti patrimoniali attivi e passivi senza che si rinvenga quindi alcuna forma di modificazione soggettiva dell'ente.

Nel caso di fallimento, non si tratta infatti di invocare una pretesa estinzione dell'ente introducendo un discutibile parallelismo con la morte del reo[3], quanto semmai di interrogarsi a fondo sull'effettiva utilità di infliggere specifiche sanzioni ad un ente ormai sottoposto ad un penetrante controllo giurisdizionale, finendo di fatto per arrecare un ulteriore pregiudizio ai suoi creditori di buona fede[4].

---

[2] Sulla mancanza di una specifica previsione del fenomeno estintivo e sul conseguente "contrasto" che ne deriva rispetto alla disciplina appena richiamata cfr. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, in Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 416.

[3] Sul punto cfr. Cass, Sez. V, 26 settembre 2012, n. 44824, secondo la quale "Il fallimento dell'impresa collettiva può al più assimilarsi alla situazione di un malato; una società fortemente indebitata ed in stato di pesante dissesto (come quella tratteggiata nel provvedimento del gip di Roma) può paragonarsi ad un malato grave, la cui morte è altamente probabile, ma non certa nel se e nel quando. E fino al momento della morte effettiva del soggetto non è possibile dichiarare l'estinzione del reato solo perché il decesso è, in un futuro non lontano, altamente probabile. Solo la morte effettiva della persona fisica comporta l'estinzione del reato e dunque solo l'estinzione definitiva dell'ente può eventualmente determinare gli stessi effetti sulla sanzione per cui è giudizio". In dottrina cfr. invece Guerini, *Il fallimento della società non determina l'estinzione della sanzione a carico dell'ente*, in *Dir. proc. pen.*, 2013, 943 ss.; Ariolli, D'Urzo, *Fallimento ed illecito amministrativo dipendente da reato: spunti problematici di una quaestio ancora non definitivamente risolta*, in *Cass. pen.*, 2012, 3079 ss.

[4] Tuttavia, "per quanto possa sembrare irragionevole od inopportuna la perseguibilità della società fallita, non è consentito all'interprete correggere la norma, dovendo al più essere investito della questione il giudice delle leggi", come veniva appunto correttamente evidenziato proprio nella sentenza sopra richiamata.

Il tema, come è noto, è stato ampiamente affrontato dalla sentenza delle Sezioni Unite n.1170/2015, la quale – dopo aver preliminarmente escluso, in continuità con le precedenti decisioni di legittimità, che il fallimento della società determini l'estinzione dell'illecito dell'ente – ha attribuito proprio al giudice penale il compito di anteporre – già in sede di giudizio di merito ovvero nell'eventuale incidente di esecuzione promosso dal terzo – i diritti degli eventuali creditori di buona fede alla concreta applicazione della confisca alla massa fallimentare[5].

In una simile prospettiva, si è affermato pertanto che l'intervenuto fallimento dell'ente attribuirebbe una valenza assolutamente decisiva all'indicazione generale contenuta nell'art. 19 ("*sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi di buona fede*"), trasformando quelli che apparivano inizialmente come dei semplici diritti di credito (da far valere nei confronti dell'ente fallito responsabile dell'illecito) in dei veri e propri diritti reali sui beni già facenti parte dell'attivo fallimentare e poi ripartiti fra i creditori all'esito della procedura.

D'altra parte, considerato che un simile ragionamento non può essere invece automaticamente esteso alla sanzione pecuniaria, l'anteposizione di quest'ultima ai diritti dei creditori continua invece a costituire un'opzione interpretativa perfettamente percorribile.[6]

In definitiva, all'esito del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi negli ultimi anni la società sottoposta ad una procedura fallimentare continua pertanto a rappresentare – ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 231/2001 – un ente rimasto estraneo a trasformazioni rilevanti rispetto al quale "*resta ferma la responsabilità per i reati commessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto*", salvo il doveroso rispetto del diritto di difesa del medesimo e l'esplicito riconoscimento giurisprudenziale dei diritti dei creditori di buona fede in ipotesi di confisca.

3. La cancellazione della società dal registro delle imprese e le inevitabili ricadute sul procedimento a suo carico.

Ma cosa accade invece dopo la chiusura della procedura fallimentare e la conseguente cancellazione dell'ente dal registro delle imprese?

In questo caso non sembra davvero più esistere alcun ente "trasformato" astrattamente in grado di partecipare al giudizio, oltre che di subire, all'esito del medesimo, le eventuali sanzioni irrogate a suo carico, né sembra oggettivamente sussistere – alme-

[5] Cfr. Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015 (ud. 25.09.2014.), n. 11170, Pres. de Roberto, Rel. Marasca, ric. Cur. Fall U, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 aprile 2015 con nota di Riverditi.

[6] Come correttamente evidenziato da Trib. Vicenza, Sezione Penale, 19 marzo 2021, n. 348, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 7-8 nell'ipotesi di fallimento "la sanzione irrogata all'ente non è di per sé ineseguibile e la natura pecuniaria la rende recuperabile attraverso l'insinuazione al passivo del fallimento del relativo credito dello Stato al pagamento della stessa, che è, infatti, specificamente assistito da privilegio ai sensi dell'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 231/2001, norma che, altrimenti, perderebbe di utilità visto che è destinata a trovare applicazione perlopiù nell'ambito di procedure concorsuali. La sanzione, inoltre, non colpisce un soggetto diverso, incolpevole, ma lo stesso ente nel cui interesse il reato è stato commesso, che risponde col suo patrimonio ai sensi dell'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 231/2001".

no nella realtà fenomenica – alcun "patrimonio" o "fondo comune" attraverso il quale l'ente originario potrebbe (sia pur tardivamente) rispondere.

E cosa avviene nel diverso caso in cui l'estinzione dell'ente si verifichi per mera iniziativa dei soci ed in assenza di qualsiasi intervento di rilievo pubblicistico, con conseguente possibile elusione del complesso procedimento sanzionatorio previsto dal d.lgs. n. 231/2001?

Ai fini di un sintetico inquadramento del problema, la decisione annotata richiama opportunamente sul punto (salvo poi discostarsene integralmente per le ragioni di seguito esposte) le argomentazioni da ultimo svolte da Cass. Sez. II, n. 41082 del 10 settembre 2019, Starco S.r.l. Rv. 277107, secondo la quale l'estinzione dell'ente determinata dalla cancellazione dal registro delle imprese a seguito della chiusura della procedura fallimentare "*inibisce la progressione del processo a iniziativa pubblica previsto per l'accertamento della responsabilità da reato*", come chiaramente desumibile dalla scelta del legislatore di regolamentare "*solo le vicende inerenti la trasformazione dell'ente*".

In tal senso, la non percorribilità di un ipotetico giudizio penale a carico di enti estinti è stata da tempo evidenziata anche in dottrina[7], salva eventualmente la possibilità di provare ad irrogare ugualmente la sanzione pecuniaria nell'ipotesi in cui l'ente si sia estinto dopo la condanna definitiva ed il relativo patrimonio sia stato oggetto di successivo trasferimento[8].

4. Le contro-argomentazioni esposte in sentenza.

Viceversa, si afferma invece espressamente nella pronuncia in esame, "*in consapevole contrasto con il precedente legittimità richiamato*", che "*la cancellazione dal registro delle imprese della società alla quale si contesti (nel processo penale che si celebra anche nei confronti di persone fisiche imputate di lesioni colpose con violazione della disciplina antinfortunistica), la violazione dell'art. 25* septies*, comma 3, del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in relazione al reato di cui all'art. 590 c.p., che si assume commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, non determina l'estinzione dell'illecito alla stessa addebitato",* legittimando in tal modo la formale condanna di un ente pacificamente estinto.

Tuttavia, a fronte del ragionamento interpretativo posto a fondamento dell'opposto orientamento, corroborato altresì da insuperabili esigenze di coerenza sostanziali e processuali, le argomentazioni avanzate in motivazione a confutazione del medesimo non sembrano cogliere assolutamente nel segno.

In primo luogo, l'avvenuta previsione di *altre* cause estintive dell'illecito, diverse dall'estinzione dell'ente (quali la prescrizione o l'amnistia), che viene evocata a sostegno di una possibile interpretazione *a contrario*, non aiuta certo a delineare l'effettiva valutazione normativa del peculiare fenomeno in esame, intrinsecamente connesso alla natura stessa dell'ente collettivo e del tutto indipendente dalle *classiche* cause

---

[7] *Ex pluribis* Cerqua, *Diritto penale delle società*, tomo I, Padova, 2009, 1467; Ceresa, Gastaldo, *Procedura penale delle società*, Torino, 2021.

[8] In questo senso Sfameni, *Responsabilità patrimoniale dell'ente in Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, in Giarda, Mancuso, Spangher, Varraso (a cura di), Milano, 2007, 243 ss.

estintive del reato. Così argomentando, le ragioni per le quali il legislatore avrebbe ritenuto di non regolamentare in alcun modo un tema particolarmente rilevante quale quello dell'estinzione dell'ente, dedicando invece estrema attenzione alle sue possibili vicende modificative, resterebbero peraltro assolutamente inspiegabili[9].

Del tutto improprio appare poi il parallelismo proposto nella motivazione con l'ipotesi di mero fallimento, la quale – come ormai acclarato anche in giurisprudenza – determina invece all'evidenza un meccanismo di trasformazione astrattamente suscettibile di garantire all'ente anche una prolungata continuità di azione. Al contrario, proprio le argomentazioni precedentemente spese dalla Corte di Cassazione in merito alla *reversibilità* del fallimento ed alla non riconducibilità del medesimo ad un fenomeno estintivo contribuiscono a loro volta a dimostrare la correttezza dell'assunto in contestazione.

Ma, soprattutto, il percorso logico svolto a sostegno del *revirement* interpretativo in oggetto mostra sorprendentemente di prescindere dalla principale norma di riferimento in tema di sanzione pecuniaria (ovvero dall'art. 27 sopra citato) che limita in modo esplicito l'obbligazione relativa al suo pagamento al solo "patrimonio dell'ente"[10].

A ben vedere, l'arresto in esame sembra muovere in realtà da una più banale esigenza di "prosecuzione" del giudizio già pendente e dalla volontà di sbarrare la strada a possibili tentativi di elusione del procedimento sanzionatorio, al cospetto di una prassi criminologica nella quale si è andato da tempo affermando un improprio ricorso alla cancellazione delle società dal registro delle imprese notoriamente finalizzato ad evitare le conseguenze penali del fallimento.

---

[9] Al fine di fornire una spiegazione alla "dimenticanza" in questione, si è sostenuto in dottrina che il tema della estinzione dell'ente mediante cancellazione del registro delle imprese abbia assunto effettiva rilevanza a seguito della riforma del diritto societario del 2003, prima della quale l'effettiva estinzione della società poteva invece verificarsi solo dopo la definizione di tutti i rapporti giuridici, così Sicignano, *Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità "da reato" dell'ente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2014, 158 ss. Tale precisazione, certamente corretta per quanto attiene alla disamina degli effetti pratici della riforma e all'ampio utilizzo della "cancellazione" quale strumento improprio ed elusivo, finisce tuttavia per confermare che il legislatore del 2001 avesse comunque dato per "scontato" che l'estinzione dell'ente precludesse la prosecuzione del procedimento, salvo eventualmente "confidare" su una diversa modulazione civilistica degli istituti in questione. Non a caso, le ampie considerazioni svolte inducono l'Autore a soffermarsi sui più ampi profili critici derivanti dall'attuale qualificazione civilistica della cancellazione dal registro delle imprese l'esigenza di un intervento normativo ed a prospettare egli stesso la ritenuta esigenza di un apposito intervento normativo che prenda spunto dal codice penale spagnolo.

[10] Come opportunamente evidenziato in dottrina l'importanza della norma in esame si coglie in particolare con riferimento alle società e associazioni prive di personalità giuridica per le obbligazioni delle quali i soci e gli associati rispondono negli altri casi solidalmente e illimitatamente, cfr. Palazzo, Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari, 2354*, Padova, 2007. Ma anche in relazione all'eventuale assegnazione di una parte dei beni dell'ente estinto a seguito di riparto o di liquidazione, l'esplicito riferimento al "patrimonio dell'ente" sembra escludere la possibilità di rivolgersi direttamente ai soci quali suoi possibili successori nell'obbligazione in questione, non trattandosi di una ipotesi prevista dal d.lgs. n. 231/2001. In questo senso cfr. anche Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2011.

5. La doverosa tutela del diritto di difesa e il fondamento sostanziale della responsabilità da reato degli enti.

In questo quadro, anche al di là dell'errore interpretativo denunciato, un simile approccio rischia a sua volta di contribuire ad annacquare ulteriormente il precipuo significato della responsabilità da reato degli enti, già messa attualmente in crisi dall'inutile proliferazione di nuovi reati presupposto. L'idea di una apposita responsabilizzazione degli enti, caratterizzati da profili organizzativi propri e da interessi autonomi rispetto a quelli dei soci, muove infatti proprio dall'esigenza di considerare le persone giuridiche quali diretti destinatari delle finalità preventive insite nelle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001 piuttosto che come semplici strumenti in mano ai privati.

Una volta che una società si sia materialmente estinta sarebbe pertanto assolutamente illogico prospettare una sua eventuale reviviscenza (il cui unico possibile effetto sarebbe quello di riaprire una procedura fallimentare o di provare a ricostruire "in astratto" un "patrimonio" che ormai non esiste più) senza che nessuno si sia posto nel frattempo il problema delle modalità di partecipazione al giudizio dell'ente estinto o almeno dei suoi eventuali successori nell'obbligazione in questione[11].

Un conto è allora sostenere che una società non dovrebbe in alcun modo potersi estinguere prima della conclusione del giudizio a suo carico, cercando eventualmente di tratteggiare le più opportune modalità di "coordinamento" fra cancellazione dal registro delle imprese e perdurante pendenza di un giudizio *ex* d.lgs. n.231/2001, altro è invece affermare – con possibili ricadute paradossali sia sul piano astratto che su quello concreto – che la giurisdizione penale debba essere deputata a processare ed a sanzionare degli enti ormai definitivamente estinti, lasciando prevalere il formalismo sulla coerenza del sistema.

[11] Sotto tale profilo, la previsione contenuta nell'art. 35, secondo la quale "all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili" dovrebbe indurre ragionevolmente ad escludere l'ammissibilità di una partecipazione meramente formale che veda l'ente rappresentato da un procuratore e/o da un difensore divenuti privi di qualsiasi legittimazione. In tal senso sembrano altresì deporre le previsioni contenute nell'art. 43 in tema di notificazioni al legale rappresentante, di elezione di domicilio e di sospensione del procedimento in caso di irreperibilità dell'ente. Del resto, la stessa giurisprudenza civile ha avuto modo di evocare una vera e propria "perdita della capacità processuale della società". Per altro verso, come correttamente evidenziato nei primi commenti, nel caso in cui l'estinzione dell'ente "intervenga a procedimento in corso" l'eventuale prosecuzione del procedimento stesso dinanzi al giudice penale avverrebbe di fatto non già nei confronti dell'ente quanto piuttosto proprio "nei confronti di soci e liquidatori" e "al solo fine di accertarne la responsabilità di natura civilistica per il mancato pagamento di una sanzione pecuniaria ancora da irrogare"; cfr. Colaianni, Colombo, *Cancellazione dal registro delle imprese e responsabilità 231: per la Cassazione l'illecito non si estingue*, in *Giurisprudenza penale web*, 1 aprile 2022.

REATO CONTINUATO E PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO: IL PUNTO DELLE SEZIONI UNITE*

Corte di Cassazione, Sez. un., sentenza 27 gennaio 2022 (dep. 12 maggio 2022), n. 18891, Cassano Presidente – De Amicis Relatore – P.M. Lignola

Valentina Aragona**

Sommario: 1. Il caso e la questione giuridica controversa. – **2.** La posizione della Suprema Corte. – **3.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT

*La realizzazione di più condotte di violenza privata avvinte dal 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. Essa può essere riconosciuta dal giudice all'esito di una valutazione complessiva della fattispecie concreta, che, salve le condizioni impeditive legislativamente previste, 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.*

*The carrying out of multiple conducts of private violence bound by the continuation is not in itself an obstacle to the configurability of the cause of exclusion of punishment due to particular tenuousness of the fact provided for by art. 131-*bis *of the Italian Criminal Code.*
It can be recognized by the judge upon the outcome of an overall assessment of the specific case, which, subject to the statutory impedimental conditions, takes into account a series of indicators represented, in particular, by the nature and severity of the offenses continuously, by the type of the legal assets protected, by the extent of the violated legal provisions, by the purposes and methods of execution of the conduct, by their motivations and by the resulting consequences, by the period of time and by the context in which the various violations occur, by intensity of the fraud and the relevance attributable to conduct subsequent to the facts.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Assegnista di ricerca – Università della Calabria.

1. Il caso e la questione giuridica controversa.

La Suprema Corte a Sezioni Unite è intervenuta a dirimere il contrasto circa la compatibilità tra la continuazione del reato e l'istituto delineato dall'art. 131-*bis* c.p.

In dettaglio, con sentenza del 12 maggio 2020, la Corte di appello di Ancona, in parziale riforma della sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Ancona il 17 aprile 2018, ha dichiarato la responsabilità dell'appellante in ordine al delitto di violenza privata continuata di cui agli artt. 81, secondo comma e 610 c.p.

Avverso la richiamata sentenza della Corte di appello di Ancona ha proposto ricorso la difesa dell'imputato, deducendo tra i motivi l'erronea applicazione della legge penale in relazione all'art. 131-*bis* c.p. e la mancanza della motivazione in ordine alla sussistenza dell'elemento dell'abitualità. Secondo la difesa, infatti, la Corte di appello avrebbe considerato, quale ragione ostativa alla declaratoria di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, il vincolo della continuazione tra le condotte poste in essere dall'imputato, sebbene le stesse, connotate dall'occasionalità e da modesti effetti lesivi, fossero state da lui realizzate solo per tre giorni e nel ristretto lasso temporale di un mese, nel medesimo luogo e nei confronti della stessa persona. In definitiva, la sentenza impugnata avrebbe dedotto l'elemento dell'abitualità dalla formale contestazione della continuazione, in assenza di una puntuale verifica degli elementi indicativi di una abituale propensione dell'imputato a commettere delitti.

Con ordinanza n. 38174 del 8 ottobre 2021 la quinta Sezione penale della Suprema Corte, prospettando l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza in merito alla compatibilità del reato continuato con il riconoscimento della particolare tenuità del fatto, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite, formulando il seguente quesito: «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».

In particolare, secondo un primo indirizzo interpretativo, essenzialmente fondato sul tenore letterale dell'art. 131-*bis* c.p., la continuazione tra reati sarebbe sintomatica di una condotta abituale espressamente esclusa dall'ambito applicativo della norma, la quale non trova attuazione nelle ipotesi in cui il reo sia stato dichiarato delinquente professionale, abituale o per tendenza, oppure commetta reati della stessa indole o aventi a oggetto condotte plurime, abituali o reiterate[1]. Ebbene, i reati esecutivi di un medesimo disegno criminoso, pur unificati al fine del trattamento sanzionatorio, «appaiono espressione di un "comportamento abituale", di una "devianza non occasionale", ostativa al riconoscimento del beneficio in quanto priva di quel carattere di trascurabile offensività che, invece, deve caratterizzare "il fatto" ove lo si voglia sussumere nel paradigma normativo di cui al citato art. 131-*bis*»[2]. Si è affermato 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"», che lo rende di «una gravità tale

[1] *Ex multis*, Cass. pen., Sez. I, 24/10/2017, n. 55450; Sez. V, 15/05/2017, n. 48352; Sez. II, 5/4/2017, n. 28341 1; Sez. V, 14/11/2016, n. 4852; Sez. II, 15/11/2016, n. 1, tutte in *De Jure*.

[2] Cass. pen., Sez. VI, 13/12/2017, n. 3353, in *De Jure*.

da non potere essere considerato di particolare tenuità»[3]. Seguendo la medesima impostazione ermeneutica, si è osservato, inoltre, che il riconoscimento del nesso della continuazione, valorizzando il profilo della identità del disegno criminoso, «incide sulla valutazione del complessivo disvalore della progressione criminosa, ma non elide la circostanza che osta al riconoscimento del beneficio, ovvero la "oggettiva" reiterazione di condotte penalmente rilevanti». Ne discende che «il riconoscimento della continuazione incide sul trattamento sanzionatorio nella misura in cui segnala la minore intensità del dolo espresso nel corso della progressione criminosa, ma non consente di ritenere il fatto, anche nella dimensione consolidata dal riconoscimento dell'unicità del disegno criminoso, come una devianza "occasionale", ovvero non reiterata»[4].

La diversa impostazione interpretativa muove dal rilievo che «non vi può essere una identificazione *tout court* tra continuazione e abitualità 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"»[5].

Al fine di escludere l'abitualità, quindi, sarebbe necessario un accertamento in concreto che valorizzi elementi quali la gravità del fatto, la capacità a delinquere, i precedenti penali e giudiziari, la durata della violazione, il numero delle disposizioni di legge violate, gli effetti della condotta antecedente, contemporanea e susseguente al reato, gli interessi lesi dal reo, oltre alle motivazioni, anche indirette, sottese alla condotta. Tali elementi possono contribuire ad escludere il connotato dell'abitualità della condotta nel caso della mera continuazione; sicché la non punibilità per particolare tenuità del fatto può essere dichiarata anche in presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, giacché quest'ultima, non individuando comportamenti di per sé stessi espressivi del carattere seriale dell'attività criminosa e dell'abitudine del soggetto a violare la legge, non si identifica automaticamente con l'abitualità nel reato, ostativa come tale al riconoscimento del beneficio[6].

Entro tale prospettiva si è affermato, in particolare, che anche l'autore del reato continuato può accedere alla predetta causa di non punibilità, dovendo il giudice verificare in concreto se il "fatto", nella sua unitarietà sia meritevole o meno di un apprezzamento di speciale tenuità. Ne discende che «la logica antinomia tra reato continuato e particolare tenuità del fatto è rilevabile solo nel caso in cui le violazioni, espressione del medesimo disegno criminoso, siano in numero tale da costituire di

[3] Cass. pen., Sez. III, 4/10/2019, n. 50002; Sez. III, 4/4/2017, n. 776; Sez. V, 14/11/2016, n. 4852, tutte in *De Jure*.

[4] Cass. pen., Sez. VI, 20/3/2019, n. 18192; Sez. IV, 25/9/2018, n. 44896; Sez. III, 29/3/2018, n. 19159; Sez. VI, 13/12/2017, n. 3353; Sez. I, 24/10/2017, n. 55450; Sez. V, 15/5/2017, n. 48352; Sez. II, 5/4/2017, n. 28341; Sez. II, 2/1/2017, n. 1, tutte in *De Jure*.

[5] *Ex multis* Cass. pen., Sez. IV, 15/9/2021, n. 36534; Sez. III, 13/7/2021, n. 35630; Sez. V, 13/7/2020, n. 30434; Sez. II, 27/1/2020, n. 11591; Sez. IV, 13/11/2019, n. 10111; Sez. II, 10/9/2019, n. 42579; Sez. III, 20/11/2018, n. 16502; Sez. IV, 11/12/2018, n. 4649; Sez. IV, 25/9/2018, n. 47772, tutte in *De Jure*. Cass. Pen., Sez. IV, 13/11/2019, n. 10111, in *Cass. pen.,* 2020.

[6] Cass. pen., Sez. IV, 15/9/2021, n. 36534; Sez. III, 13/7/2021, n. 35630; Sez. V 13/7/2020, n. 30434; Sez. II, 27/1/2020, n. 11591; Sez. IV, 13/11/2019, n. 10111; Sez. II, 10/9/2019, n. 42579; Sez. III, 20/11/2018, n. 16502; Sez. IV, 11/12/2018, n. 4649; Sez. IV, 25/9/2018, n. 47772, cit.

per sé dimostrazione di una certa serialità nel delinquere ovvero di una progressione criminosa, indicative di una particolare intensità del dolo o della versatilità offensiva tali da porre in evidenza un insanabile contrasto con il giudizio di particolare tenuità dell'offesa in tal modo arrecata, ovvero, in altre parole, ove detta reiterazione non sia espressiva di una chiara tendenza o inclinazione al crimine»[7].

La linea interpretativa tracciata da tale indirizzo giurisprudenziale affida pertanto alla discrezionalità del giudice la decisione, caso per caso, in ordine alla meritevolezza o meno della esclusione della punibilità nell'ipotesi della continuazione, dovendo egli valutare attentamente, in relazione alle modalità della condotta e all'esiguità del danno o del pericolo arrecato, l'incidenza della continuazione, al fine di risolvere i problemi legati all'applicazione di sanzioni penali formalmente ineccepibili, ma sostanzialmente sproporzionate, in concreto, al reale grado di offensività dei fatti oggetto del giudizio. L'orientamento in parola si fonda, altresì, sulla *ratio* dell'art. 131-*bis* c.p. ossia l'esigenza di deflazione che sarebbe frustrata dall'automatica esclusione del reato continuato dall'ambito applicativo dell'istituto in commento[8].

Si è osservato, peraltro, come la radicale esclusione dell'applicabilità dell'istituto in esame al reato continuato risulterebbe distonica rispetto alla sistematica sanzionatoria di cui è espressione l'art. 81 c.p., in quanto non solo pregiudicherebbe l'imputato che, pur beneficiando del regime di favore di cui al menzionato art. 81 c.p., non potrebbe poi beneficiare della disposizione di cui all'art. 131-*bis* c.p., ma comporterebbe, altresì, «un'ingiustificata, ed ingiustificabile, disparità di trattamento con la figura, per ampi tratti identicamente considerata dal legislatore ed identicamente configurante una unificazione di più illeciti operante esclusivamente *quoad poenam*, del concorso formale tra reati, prevista dal primo comma dell'art. 81 cod. pen., in cui l'unicità della condotta, pur considerata la risultante di una pluralità di violazioni commesse, consentirebbe l'eventuale applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen.» [9].

2. La posizione della Suprema Corte.

La Suprema Corte, nella pronuncia in commento, aderisce al secondo dei citati orientamenti, facendone proprie tanto le conclusioni sistematiche quanto quelle strutturali.

Sotto il primo profilo, è richiamata la *ratio legis* sottesa all'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., identificata con l'intento del legislatore di ampliare l'ambito della non punibilità di determinate condotte astrattamente integranti gli elementi di un reato, ma concretamente inoffensive, perseguendo in tal modo finalità strettamente connesse ai principi di proporzione e di *extrema ratio* della risposta punitiva, con la realizzazione di effetti positivi anche sul piano deflattivo. L'istituto in commento ha, quindi, come scopo principale «quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non

[7] Cass. Pen., Sez. IV, 13/11/2019, n. 10111, cit.

[8] Cass. pen., Sez. II, 29/3/2017, n. 19932; Sez. II, 6/6/2018, n. 41011; Sez. II, 10/9/2019, n. 42579, tutte in *De Jure*.

[9] Cass. pen., Sez. III, 20/11/2018, n. 16502, in *Diritto & Giustizia*, 2019.

mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo»[10].

Nella medesima prospettiva si è precisato, con la richiamata decisione, che «il fatto particolarmente lieve, cui fa riferimento l'art. 131-*bis* cod. pen., è comunque un fatto offensivo, che costituisce reato e che il legislatore preferisce non punire, sia per affermare la natura di *extrema ratio* della pena e agevolare la "rieducazione del condannato", sia per contenere il gravoso carico di contenzioso penale gravante sulla giurisdizione». Ne consegue che la condotta non è punibile non perché inoffensiva, ma perché il legislatore, pur in presenza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ritiene che sia inopportuno punirlo, ove ricorrano le condizioni indicate nella richiamata disposizione normativa.

La Suprema Corte muove dall'assunto secondo cui la causa di non punibilità in esame ha natura sostanziale e portata applicativa generale, come tale riferibile a tutte le ipotesi di reato rientranti nei parametri previsti dall'art. 131-*bis* c.p. Ne discende che, al di fuori delle ipotesi tassativamente escluse dalla sfera di applicazione dell'istituto, la regola generale è quella secondo cui, nell'ambito delle fattispecie incriminatrici rientranti nei limiti edittali di pena stabiliti dall'art. 131-*bis* c.p., qualunque offesa arrecata può sempre essere ritenuta di particolare tenuità, se in tal senso viene concretamente valutata dal giudice sulla base delle modalità della condotta e del danno o del pericolo cagionato al bene giuridico protetto.

Partendo da tale presupposto, la Suprema Corte ritiene dirimente per la risoluzione del quesito sottoposto alle Sezioni Unite la definizione del concetto di abitualità del comportamento del reo.

Al riguardo la pronuncia in esame evidenzia come il legislatore abbia utilizzato la nozione di "non abitualità" del comportamento, diversa da quella di mera "occasionalità" del fatto, ma non ne abbia definito espressamente la sostanza e i contorni applicativi, rimettendo all'interprete il compito di ricavarla indirettamente dalla definizione normativa di "comportamento abituale". In dettaglio, il terzo comma dell'art. 131-*bis* c.p. individua tre ipotesi di comportamento abituale che, sebbene considerate, nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 28/2015, di tipo meramente "esemplificativo", sono state ritenute tassative dalle Sezioni Unite, «anche in considerazione del fatto che il legislatore non fornisce una definizione positiva di comportamento non abituale a cui ricondurre ulteriori casi di comportamento abituale»[11]. In particolare, affinché la condotta possa essere qualificata come abituale e, quindi, ostativa all'applicazione della causa di esclusione della punibilità, occorre, in via alternativa: a) che l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza; b) ovvero che siano stati commessi più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità; c) o, infine, che si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate.

Al di là del richiamo alla dichiarazione di abitualità, professionalità e tendenza a delinquere del reo, che non pone particolari problemi interpretativi, essendo già definito dal legislatore con le disposizioni di cui agli artt. 102, 103, 105, 108 c.p., non altrettanto precisa appare la formulazione lessicale utilizzata per descrivere le altre

[10] Cass. pen., Sez. U., 25/2/2016, n. 13681, in *Guida al diritto,* 2016.
[11] Cass. pen., Sez. U., 25/2/2016, n. 13681, cit.

due ipotesi che connotano in termini di abitualità il comportamento del reo, escludendo l'applicabilità della causa di non punibilità, ossia l'aver commesso più reati della stessa indole o l'aver commesso reati aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Sul punto, la sentenza in commento si pone in linea di continuità con una precedente decisione che ha fornito una puntuale interpretazione dei concetti sopra richiamati[12].

Con riferimento alla locuzione "più reati della stessa indole" «il tenore letterale lascia intendere che l'abitualità si concretizza in presenza di una pluralità di illeciti della stessa indole (dunque almeno due) diversi da quello oggetto del procedimento nel quale si pone la questione dell'applicabilità dell'art. 131-*bis*» e che «i reati possono ben essere successivi a quello in esame», vertendosi in un ambito differente da quello della recidiva. Sotto tale profilo, inoltre, la Corte ha precisato che «la pluralità dei reati può concretarsi non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza; come ad esempio nel caso in cui il procedimento riguardi distinti reati della stessa indole, anche se tenui». La successiva locuzione "condotte abituali e reiterate" è stata presa in esame dalle Sezioni Unite, osservando che il legislatore fa riferimento ai reati «che presentano l'abitualità come tratto tipico» e ai reati «che presentano nel tipo condotte reiterate»: in tali situazioni, infatti, «la serialità è un elemento della fattispecie ed è quindi sufficiente a configurare l'abitualità che esclude l'applicazione della disciplina; senza che occorra verificare la presenza di distinti reati»[13].

Infine, con riguardo al concetto di "condotte plurime" la giurisprudenza di legittimità, una volta escluso che tale locuzione possa essere ridotta ad «una mera, sciatta ripetizione di ciò che è stato denominato abituale o reiterato», ha affermato che «l'unica praticabile soluzione interpretativa è quella di ritenere che si sia fatto riferimento a fattispecie concrete nelle quali si sia in presenza di ripetute, distinte condotte implicate nello sviluppo degli accadimenti»[14].

Dall'analisi del tenore letterale e del contenuto complessivo della disposizione in esame, quindi, non è desumibile alcuna indicazione preclusiva di una potenziale applicabilità della relativa disciplina al reato continuato. L'istituto della continuazione, infatti, non può essere considerato come sinonimo della nozione di "abitualità", né appare coincidente o necessariamente sovrapponibile all'ipotesi in cui l'autore abbia commesso "più reati della stessa indole". Per quel che attiene al primo profilo, il legislatore con la nozione di "non abitualità" – più ampia di quella di occasionalità - ha voluto garantire all'istituto regolato dall'art. 131-*bis* c.p. un più esteso ambito di operatività, escludendo dal suo raggio di applicazione solo quei comportamenti che siano espressione di una serialità nell'attività criminosa e di un'abitudine a violare la legge. Ebbene, tale concetto di abitualità è distinto da quello di continuazione poiché «l'identità del disegno criminoso, che caratterizza l'istituto disciplinato dall'art. 81, comma secondo, cod. pen., postula che l'agente si sia previamente rappresentato e abbia unitariamente deliberato una serie di condotte criminose e non si identifica con il programma di vita delinquenziale del reo, che esprime, invece, l'opzione del reo

12 Cass. pen., Sez. U., 25/2/2016, n. 13681, cit.
13 Cass. pen., Sez. U., 25/2/2016, n. 13681, cit.
14 Cass. pen., Sez. U., 25/2/2016, n. 13681, cit.

a favore della commissione di un numero non predeterminato di reati, che, seppure dello stesso tipo, non sono identificabili *a priori* nelle loro principali coordinate, rivelando una generale propensione alla devianza, che si concretizza, di volta in volta, in relazione alle varie occasioni ed opportunità esistenziali»[15]. L'abitualità presuppone un impulso criminoso reiterato nel tempo che è incompatibile con l'unitaria deliberazione criminosa che caratterizza l'ipotesi del reato continuato[16]. Ne consegue che «la volontà di commettere più reati per scelta delinquenziale, dovuta alla generica deliberazione di persistere nella condotta delittuosa, non ha nulla a che vedere con l'unicità del disegno criminoso tra due o più reati. Questa, consistendo in un progetto delinquenziale unitario, nell'ambito del quale la consumazione dei reati sia stata ideata e programmata, con riguardo ai mezzi e alle modalità di esecuzione, anche in un arco di tempo non necessariamente breve, non può essere confusa con l'abitudine a commettere un determinato tipo di reato»[17].

È dunque necessario distinguere l'identità del disegno criminoso da altre ipotesi di collegamento tra pluralità di reati, come l'abitualità o la professionalità criminosa, che giustificano, all'opposto, un giudizio di maggior gravità della condotta dell'agente.

Il rilievo assegnato alle diverse tipologie di comportamento elencate all'art. 131-*bis* c.p. giustifica, pertanto, la diversa interpretazione secondo cui la disposizione in esame costituisce il risultato di una complessa opera di selezione normativa dell'area di incidenza della non punibilità, sicché non ogni ripetizione del comportamento preclude il beneficio, rilevando solo quelle reiterazioni che esprimono una particolare inclinazione a delinquere dell'agente, idonea ad evidenziarne un verosimile rischio di persistenza o di ricaduta nel reato. Linea esegetica, questa, alla quale rimane estraneo il reato continuato.

3. Osservazioni conclusive.

La soluzione interpretativa offerta dalla Suprema Corte consente di sviluppare qualche considerazione di più ampio respiro.

Si osserva come la pronuncia in commento dia conto della funzione di depenalizzazione in concreto propria dell'istituto del 131-*bis* c.p. ponendosi in linea di continuità con la precedente sentenza del 2016, più volte espressamente richiamata[18].

In quest'ultima pronuncia relativa alla compatibilità tra l'art. 131-*bis* c.p. e i modelli d'incriminazione incentrati sui limiti soglia e sulla violazione di funzioni amministrative, la Suprema Corte ha riaffermato il valore costituzionale del principio di offensività, statuendo come non vi siano situazioni archetipicamente non tenuamente offensive e ribadendo l'obbligo del giudice di valutare in concreto l'eventuale esiguità dell'offesa o, di contro, la rilevante lesione di un bene giuridico tutelato[19].

---

15 Cass. pen., Sez. I, 8/1/2016, n. 15955, in *De jure.*

16 Cass. pen., Sez. I, 5/7/2018, n. 36036, in *De jure.*

17 Cass. pen., Sez. IV, 26/3/1993, n. 8897, in *De jure.*

18 Cass. pen., Sez. U., 25/2/2016, n. 13681, cit. Per un commento sulla pronuncia in questione si veda Caterini, *Inoffensività e tenuità del fatto nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, n. 2/2017, 623 ss.

19 Caterini, *op. cit.*, 623 ss.

Nella pronuncia citata la Suprema Corte, inoltre, ha fatto applicazione del principio di meritevolezza della pena, intesa in riferimento sia alla gravità oggettiva del fatto, sia alla sua adeguatezza rispetto alla finalità rieducativa, che costituisce il fondamento giustificativo dell'istituto e consente di orientarne l'interpretazione alla luce dei principi di *extrema ratio* e di proporzione, giustificando al contempo l'efficacia deflattiva che il legislatore ha inteso ricollegare alla realizzazione degli elementi richiesti.

Per altro verso, la decisione in commento merita di essere apprezzata alla luce di considerazioni di carattere sistematico: le Sezioni Unite, infatti, hanno risolto il problema della compatibilità tra reato continuato e non punibilità per particolare tenuità del fatto non solo ponendosi in linea di continuità con quanto affermato nel precedente arresto del 2016, ma anche in modo conforme alle indicazioni contenute nella c.d. riforma Cartabia.

L'art. 1 co. 21 l. 27 settembre 2021, n. 134, infatti, nel dettare le prescrizioni per le "modifiche al codice penale in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto", raccomanda al legislatore delegato di «dare rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa».

In tal senso, risulta di particolare interesse il passaggio della pronuncia che prescrive di valorizzare le condotte successive al reato quale ulteriore parametro da prendere in considerazione «nell'ambito del giudizio di particolare tenuità dell'offesa, rilevando ai fini dell'apprezzamento della entità del danno ovvero come possibile spia dell'elemento soggettivo».

IL DIBATTITO SULL'OMESSO VERSAMENTO DELLE RITENUTE D'ACCONTO IN CASO DI INSOLVENZA, TRA INESIGIBILITÀ E PROSPETTIVE DI RIFORMA* **

Commento alla sentenza del Tribunale di Milano, II Sez. penale, del 4 giugno 2021 (dep. 11 giugno 2021), n. 6254 – dott.ssa Ramundo*

Valentina Badalamenti***

ABSTRACT

La sentenza in commento richiama l'attenzione su un dibattito dotato di grande rilevanza attuale, quale quello relativo al reato di omesso versamento di ritenute d'acconto in situazioni connotate da una grave crisi di insolvenza. Il Tribunale di Milano, assolvendo l'imputato perché il fatto non costituisce reato, offre l'occasione di soffermarsi sulla casistica di specie, strettamente connessa non solo al periodo storico in corso – che configura un terreno fertile per gravi crisi imprenditoriali e aziendali – ma anche al controverso istituto delle cause di esclusione della colpevolezza e, più in generale, dell'inesigibilità.

The present judgment draws attention about a relevant current debate, relating to crime of failure to deposit of withholding tax in serious financial crisis. The Court of Milan, acquitting the defendant as the offense does not constitute a crime, offers the opportunity to reflect on these cases law, that are closely related not only with present historical period – which configures a fertile soil for serious corporate crises – but also with controversial institute of causes that exclude the culpability and, more generally, of write-off.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** La sentenza è stata altresì commentata da De Lisi, *L'omesso versamento di ritenute al tempo del Covid. Un'ipotesi di inesigibilità "sopravvenuta"?*, in *Giur. pen.*, 19 gennaio 2022.

*** Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università di Bologna.

Il Tribunale di Milano, con la sentenza in commento, ribadisce la sua adesione all'orientamento più garantista che si registra nella discussa materia dell'omesso versamento degli oneri fiscali per ragioni di illiquidità[1], qualificando lo stato di insolvenza, in presenza di determinati presupposti, alla stregua di una causa di esclusione della colpevolezza[2].

Il tema è attualmente oggetto di grande attenzione per plurimi fattori. In primo luogo, si evidenzia un progressivo ampliamento dell'applicabilità delle scusanti, soprattutto alla luce della recente pronuncia delle Sezioni Unite relativa all'art. 384 c.p. Inoltre, alla luce di una proposta di legge di cui si darà atto – presentata prima del recente scioglimento anticipato delle camere – sembrava che il legislatore avesse recepito le ragionevoli istanze non punitive che stanno alla base delle assoluzioni degli imputati che versano in condizioni economiche così drammatiche. D'altronde, l'attuale crisi economica che sta attraversando l'Europa a causa dell'emergenza epidemiologica – a cui fa riferimento anche la sentenza in commento – e che sembra destinata a protrarsi anche a seguito delle misure adottate a livello nazionale ed europeo in relazione al conflitto militare perpetrato in Ucraina, non può che alimentare ulteriormente il dibattito scientifico sulla delicata categoria casistica in oggetto.

Il Tribunale di Milano, in sede di opposizione al decreto penale di condanna, ha assolto l'imputato dal reato di omesso pagamento di ritenute d'acconto di cui all'articolo 10-*bis* del d.lgs. 74 del 2000[3], dichiarando che il fatto non costituisce reato a fronte dell'inesigibilità di una condotta alternativa a quella contestata. Il Giudice monocratico ha dapprima evidenziato la sussistenza di oggettive condizioni imprevedibili avverse, identificate nell'inarrestabile concorrenza asiatica nel settore di operatività della società amministrata dall'imputato, nello sviluppo tecnologico, nonché nel crollo del mercato russo, principale attore di scambio nel settore commerciale di

---

[1] Diffusamente sull'argomento Valsecchi, *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'Sistema (artt. 10* bis *e 10* ter*, d.lgs. 74/00) per insolvenza del contribuente*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 20 dicembre 2013.

[2] In maniera conforme Trib. Milano**,** III Sez., 15.12.2015 (dep. 18.2.2016), n. 13701, in *Dir. pen. contemporaneo*, con nota di Finocchiaro, *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e soggettiva inesigibilità*, 23 marzo 2016.

[3] Si premettono alcune caratteristiche della fattispecie incriminatrice che assumono rilievo ai fini della trattazione. L'art. 10-*bis* del D.lgs. 74/2000 punisce il sostituto di imposta che ometta di versare le ritenute dovute entro un dato termine, imponendo altresì una soglia della punibilità corrispondente a 150.000 euro. La fattispecie, al pari dell'articolo 10 *ter* (relativo all'omesso versamento dell'Iva), presuppone una dichiarazione fedele, e per questo si distingue da condotte fraudolente, connotate da un disvalore ben più grave; esse sono state reintrodotte nel 2005 e nel 2006 (in origine erano previste dall'abrogata l. 156/82, sostituita dal d.lgs. 74/2000), in aggiunta alle sanzioni amministrative già previste, per tutelare la tempestiva riscossione dei tributi da parte dell'Erario. Si tratta (analogamente al delitto citato di cui all'art. 10 *ter*) di un reato omissivo di mera condotta, a consumazione istantanea e proprio, in quanto solo un sostituto d'imposta può integrare il delitto. Si richiede un dolo generico, tale per cui è sufficiente la rappresentazione e la volontà del soggetto agente di omettere il dovuto pagamento nei confronti dell'Erario. Il d.lgs. 74/2000 è stato profondamente riformato dal d.lgs. 158/2015; con riguardo alle modifiche intervenute sui reati del sostituto d'imposta si rinvia a Ingrassia, *I reati del sostituto d'imposta dopo la revisione del sistema penale tributario tra scelte d'incriminazione irragionevoli ed eccessi di delega*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2 febbraio 2016. In generale, sulle ritenute d'acconto e sugli obblighi del sostituto d'imposta Carinci, Tassani, *Manuale di diritto tributario*, Torino, IV ed., 2021.

riferimento. Successivamente, ha valorizzato il comportamento tenuto dall'amministratore, il quale aveva rinunciato ad una parte del suo compenso, non mancando di avvalersi dei rimedi statali previsti nei confronti dei dipendenti – cassa integrazione e successivo licenziamento – e di concordare con l'amministrazione finanziaria un piano rateale per saldare le ritenute d'imposta non versate, nonostante l'aggravamento della crisi aziendale per gli effetti collaterali economici derivati dalle misure di restrizione finalizzate a ridurre il rischio di diffusione del virus Sars-CoV-2[4].

In origine, la giurisprudenza di legittimità escludeva che l'insolvenza del soggetto attivo potesse essere presa in considerazione con riguardo a questa tipologia di reati, in particolare ponendo l'accento sul ruolo di sostituto d'imposta (e non di contribuente) ricoperto dall'agente, il quale dovrebbe effettuare la ritenuta alla fonte in luogo del sostituito nella fase di distribuzione dei compensi, anche a costo di non corrispondere la retribuzione dovuta al lavoratore[5]. In quest'ottica, si riteneva difficilmente ipotizzabile un'illiquidità incolpevole e imprevedibile.

In seguito, si sono progressivamente sviluppate correnti di pensiero meno severe, orientate ad assolvere l'imputato a fronte di oggettive crisi di insolvenza[6]. Nello specifico, una parte delle Corti di merito e del Supremo Collegio tende ad escludere la sussistenza del dolo ovvero della c.d. *suitas* alla luce dell'articolo 45 c.p., soprattutto nelle ipotesi in cui l'imprenditore sia gravato da un'assoluta indisponibilità economica, che determina l'impossibilità oggettiva di pagare quanto dovuto[7]. Mentre, con riferi-

---

[4] Nello specifico, l'impresa produceva e distribuiva beni attinenti alla gioielleria. A causa della crisi del mercato la stessa subiva una contrazione del fatturato pari al 50% tra il 2012 e il 2015 che determinava un significativo dissesto economico, ulteriormente aggravato dalla liquidazione dei TFR dei dipendenti licenziati, nonché dalla ridotta linea di credito degli istituti bancari.

[5] A titolo esemplificativo, in questo senso, Cass., III Sez., 1.12.2010, n. 10120, in *De Jure,* 2011. La Suprema Corte effettuava un ragionamento analogo anche con riferimento all'articolo 10 *ter* d.lgs. 74/2000, osservando che sull'imprenditore incombe un preventivo obbligo di accantonamento dell'Iva (tributo gravante sul consumatore finale), divenendo, dunque, impossibile ipotizzare una successiva imprevedibile impossibilità di versare l'imposta europea. A tale linea di rigore la dottrina più attenta ribatte che la giurisprudenza, in questo modo, accerta il criterio di imputazione colpevole sulla base della condotta imprudente adottata prima della consumazione del reato, rimproverando all'agente di non essersi preventivamente tutelato da una futura crisi di liquidità. La sua sussistenza, al contrario, deve valutarsi al momento dell'omissione, e non con riferimento a condotte imprudenti antecedenti che possono rilevare solo con riguardo ai reati colposi. Cfr. Carotenuto, *Illiquidità dell'impresa e dolo nell'art. 10 bis del d.lgs. n. 74/2000*, in *Il Fisco*, 2005, 5194; Forte, *I reati in materia di dichiarazione ed omessa dichiarazione e le fattispecie minori*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna, Padova, 2010, 550 ss.; Valsecchi, *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'iva*, cit., ss. In giurisprudenza accoglie l'osservazione critica Trib. Pordenone, sent. 30.11.2016 (dep. 16.12.2016).

[6] Per citare la giurisprudenza di legittimità più recente, Cass., Sez. III, 16.3.2021 (dep. 2.8.2021), n. 30042, in *Redazione Giuffrè*, 2021.

[7] *Ex plurimis* Cass., S.U., 12.9.2013 (ud. 28.3.2013), n. 37425, in *Cass. pen.*, 2014, con nota di Ciraulo, *La punibilità degli omessi versamenti dell'IVA e delle ritenute certificate nella lettura delle Sezioni Unite*, 66 ss., in cui la Suprema Corte, nella sua composizione più autorevole, ha evidenziato che la crisi di liquidità può escludere la sussistenza del criterio di imputazione colpevole solo ove derivi da cause non imputabili all'agente e qualora si accerti che quest'ultimo abbia fatto quanto era in suo potere, agendo anche contro i propri interessi patrimoniali, al fine di adempiere all'obbligo giuridico. Ancora, Trib. Roma, sent. 7.5.2013; Trib. Roma, sent. 12.06.2013, entrambe commentate da Soana, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certi-*

mento ai casi in cui la crisi determina un'illiquidità solo relativa, tale per cui l'agente decide di destinare quelle poche somme detenute ad altre spese – come, ad esempio, al pagamento dei fornitori o dei dipendenti – altri filoni giurisprudenziali (soprattutto di merito) qualificano la suddetta insolvenza come una scusante idonea ad escludere la colpevolezza della condotta[8].

Quest'ultima soluzione ermeneutica si ripropone con la sentenza in commento. A fronte delle oggettive e imprevedibili circostanze intervenute nel settore commerciale dell'azienda amministrata, e tenuto conto della positiva condotta adottata dall'imputato, il Tribunale di Milano ha rilevato un'ipotesi di inesigibilità alla luce del principio di colpevolezza, istituto molto discusso che ha sempre trovato terreno fertile in materia di delitti tributari, soprattutto con riferimento a fattispecie omissive proprie, in quanto integrate da un mero "non fare" e connotate da un'offensività meno palpabile.

In linea generale, la ritenuta sussistenza di una clausola di inesigibilità preterlegale all'interno dell'ordinamento – che, soprattutto in passato, ha riscosso ampio successo nella comunità giuridica tedesca[9] – è sconfessata dalla dottrina prevalente, la quale sottolinea la mancata tipizzazione di un istituto di questo calibro, valorizzando la stretta legalità che deve connotare le cause di esclusione della colpevolezza, in quanto idonee a negare la rimproverabilità di un fatto tipico ed antigiuridico sulla base di circostanze anomale concomitanti all'agire; alcuni studiosi osservano altresì che il riconoscimento di uno strumento tanto elastico concederebbe al giudice un potere eccessivo, idoneo ad invadere il confine che distingue il prudente apprezzamento

ficate e di iva (artt. 10 bis *e 10* ter *d.lgs. n. 74/2000)*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 7 ottobre 2013, in cui la Corte di merito ha applicato l'articolo 45 c.p. In ultimo, Trib. Milano, ufficio G.I.P., sent. 7.01.2013, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013, che, in questo caso, ha escluso la sussistenza del dolo perché l'illiquidità derivava da «gravi e non prevedibili inadempimenti da parte di Enti pubblici, pur essendosi egli attivato per il recupero di quei crediti ed avendo effettuato i versamenti dovuti non appena in grado di farlo». Infine, interessante per quanto concerne la distinzione tra forza maggiore e insussistenza del dolo. Cass., III Sez., 23.11.2017 (dep. 12.1.2018), n. 6737 in *Giur. pen.*, con nota di Tomasinelli, *Omesso versamento delle ritenute fiscali e crisi di liquidità dell'imprenditore. La Cassazione alle prese con un'omissione necessitata, tra mancanza di dolo e causa di forza maggiore*, 5 aprile 2018. Da ultimo, per la giurisprudenza più recente con specifico riguardo alla forza maggiore v. Colombo, *La crisi di liquidità nei reati di omesso versamento di imposte: due recenti pronunce sulla valenza esimente*, in *Discrimen*, 11 novembre 2021, in cui l'Autore auspica un intervento legislativo per l'esclusione della responsabilità penale in caso di crisi di liquidità.

8 Oltre alla sentenza di merito in commento e a quelle già citate, nella giurisprudenza di legittimità v. Cass., III Sez., 9.10.2013 (dep. 7.2.2014) n. 5905, ossia la celebre sentenza "Maffei" che, in contrasto coi precedenti arresti giurisprudenziali della Suprema Corte, ha rilevato che la crisi di liquidità può operare in funzione di scusante; ancora, Cass., IV Sez., 22.5.2018 (dep. 27.11.2018), n. 53173.

9 Per alcuni contributi fondamentali della teorica tedesca v. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze,* Tübingen, 1911, 109 ss., considerato uno dei principali fondatori della tesi sull'esigibilità; in senso critico, Henkel, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, in *Festschrift für Mezger*, 1954, 251 ss.; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagend und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1991, 714 ss., il quale riconosce importanti potenzialità applicative all'istituto dell'inesigibilità con riferimento ai reati omissivi, oltre che a quelli colposi. In Italia, in particolare, Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

dal libero arbitrio e a fondare assoluzioni di condotte moralmente orientate[10]. Nonostante ciò, un'attenta dottrina evidenzia che l'indagine sull'esigibilità della condotta sia imprescindibile al fine di ritenere la stessa anche colpevole, oltre che tipica, senza la necessità di un'espressa previsione di legge, ma alla luce dell'articolo 27 Cost.; giudizio, invero, più agevole per le condotte colpose o omissive, piuttosto che per quelle commissive dolose[11]. Un'altra scuola di pensiero, invece, rinviene nell'art. 42 c.p. la legittimazione legale della categoria dell'inesigibilità, funzionale ad escludere la colpevolezza nei confronti di condotte non rimproverabili, seppur qualificabili come dominabili da parte del soggetto[12].

Ad ogni buon conto, le osservazioni critiche sopra esposte si pongono in netto contrasto con la recente pronuncia delle Sezioni Unite intervenuta sull'articolo 384 c.p., la quale ha statuito che le cause di esclusione della colpevolezza sono estranee al divieto di analogia, in quanto diretta espressione dell'articolo 27 della Costituzione, che impedisce di qualificare le stesse come norme eccezionali[13]. Nonostante la Supre-

---

[10] Nella manualistica si richiama, a titolo esemplificativo, Canestrari, Cornacchia, De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Bologna, II ed., 2017, 708 ss., i quali evidenziano i rischi connessi ad un'ipotesi di inesigibilità extralegale «che lascerebbe in pratica il giudice arbitro di decidere, secondo le proprie personali e insindacabili convinzioni, dell'esigibilità o inesigibilità di un comportamento conforme al precetto»; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, VIII ed., 2019, 425 ss. Contrario anche Romano, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 40 ss.

[11] Nello specifico, con riferimento alla doppia dimensione del dolo e alla c.d. misura soggettiva della colpa – *step* di accertamento indispensabile al fine di poter ritenere una condotta anche colpevole – parte della dottrina ritiene che all'interno dell'ordinamento non vi sia la necessità di introdurre una causa espressa e generale di inesigibilità, in quanto circostanze soggettive anomale concomitanti all'agire già dovrebbero essere prese in considerazione al fine di ritenere l'agente rimproverabile, alla luce dell'articolo 27 Cost., il quale impone un giudizio individualizzante della condotta, seppur in termini normativamente e socialmente apprezzabili. In altre parole, circostanze che incidano sul "momento volitivo" del reato, inficiando il processo motivazionale dell'agente, integrerebbero la dimensione colpevole del dolo e della colpa, dovendosi accertare la loro sussistenza tramite un'indagine positiva, e non negativa (che significherebbe limitarsi a constatare l'assenza di cause di esclusione della colpevolezza nel caso di specie). Pertanto, addebitare a un soggetto una condotta inesigibile sulla base di circostanze anomale di questo tenore si tradurrebbe in una violazione del principio costituzionale di responsabilità personale e colpevole. In argomento, limitatamente al reato colposo, Donini, *La colpa tra prassi e cultura. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. contemporaneo,* 2019, 27, il quale afferma che «Non è in colpa chi osserva il precetto cautelare; ma non è in colpa anche chi, pur avendolo violato, non poteva agire altrimenti: ciò applicando direttamente il principio della responsabilità personale (art. 27, co. 1, Cost.) per escludere l'esigibilità soggettiva di un'inosservanza non rimproverabile. Analogamente dicasi per il profilo omissivo in senso stretto che in parte si sovrappone alla colpa omissiva».

[12] De Lia, Sereni, Cadoppi, *La struttura oggettiva della fattispecie*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (a cura di), *Diritto penale*, I, Milano, 2022, 246 ss., in cui tra l'altro si richiama la casistica degli omessi versamenti fiscali in oggetto.

[13] Cass., S.U., 26.11.2020 (dep. 17.3.2021), n. 10381, in *Giur. it.*, con commento di Fornasari, *Cause di non punibilità - applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco* overruling *delle Sezioni Unite,* 2021, 1725 ss.; ancora, in *Cass. pen.*, Gallucci, *Le Sezioni Unite risolvono la questione dell'applicabilità dell'articolo 384, comma 1, c.p. ai conviventi* more uxorio, 2021, 1944 ss. Per un'analisi dell'art. 384 c.p. Petragnani Gelosi, *Esimente dell'art. 384 c.p. e la disciplina della punibilità prevista dall'art. 384*-bis *c.p.*, in *Diritto penale*, cit., II, 2746 ss.

ma Corte si sia "limitata" ad estendere analogicamente l'articolo 384 c.p. alle coppie *more uxorio* – non giungendo a riconoscere esplicitamente una sorta di clausola generale di inesigibilità all'interno dell'ordinamento – la sentenza dimostra una tendenza ad amplificare i limiti di operatività delle scusanti, avendo la Corte di legittimità, nella sua composizione più autorevole, effettuato una scelta ermeneutica di natura sistematica nettamente orientata[14].

Tornando al *dictum* del Tribunale di Milano, sono chiare le esigenze di giustizia sostanziale poste a fondamento della decisione, osservato che – si badi bene – le fattispecie criminose in oggetto sono integrate dal mero omesso adempimento del debito tributario, e presuppongono, dunque, l'avvenuto rilascio di una dichiarazione fedele, scevra da connotati fraudolenti e ingannatori tipici delle condotte dirette ad evadere il fisco[15]. Dall'altro lato, la dottrina evidenzia come ipotesi di inesigibilità di origine giurisprudenziale rischino di sovvertire scelte di politica criminale che, per quanto criticabili, restano di esclusivo monopolio del Parlamento.

In altre parole, quella dell'omesso versamento di ritenute d'acconto in caso di illiquidità altro non è che una delle numerose categorie casistiche in cui la giurisprudenza e la letteratura scientifica, a fronte di una disposizione di legge rigorosa o in disarmonia al cangiante contesto sociale (con riferimento al caso di specie, si pensi alla grave crisi economica del 2008 o a quella attuale[16]) tentano di "modellare" il diritto

[14] Non a caso, la Suprema Corte ha sostenuto quanto segue: «principio immanente al sistema penale, quello della inesigibilità di una condotta conforme a diritto in presenza di circostanze particolari, tali da esercitare una forte pressione sulla motivazione dell'agente, condizionando la sua libertà di autodeterminazione». Si osservi, sul punto, che persino l'orientamento giurisprudenziale minoritario che estendeva l'applicabilità dell'art. 384 c.p. alle coppie di fatto non si era spinta fino ad osservazioni così "estreme", limitandosi ad interpretare estensivamente il concetto di "prossimo congiunto" alla luce della Legge Cirinnà (nonostante quanto disposto dal quarto comma dell'articolo 307 c.p.).

[15] Peraltro, si evidenzia come, sul piano dell'offensività del reato, ai sensi dell'art. 13 del medesimo decreto legislativo la rilevanza penale dell'omissione venga meno nel caso in cui il soggetto attivo saldi il debito tributario nella sua interezza prima dell'apertura del dibattimento. Inoltre, la pena è ridotta qualora il debitore attui un piano di rientro con la GdF. Ad ogni buon conto, si precisa che anche la dottrina tradizionale, con riferimento all'inesigibilità, se da un lato nega che la stessa possa escludere la colpevolezza in mancanza di un'espressa previsione di legge, dall'altro specifica che si tratta comunque di un parametro fondamentale in sede di commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.

[16] Con specifico riferimento alle implicazioni della crisi economica derivante dall'emergenza sanitaria sui casi di omesso versamento dell'Iva *ex* art. 10 *ter* del d.lgs. 74/2000 v. Bolis, *Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore "vincibile" di derivazione europea*, in *Sistema pen.*, 4 marzo 2021. L'autore pone l'accento sull'applicabilità della causa di forza maggiore nel caso di grave crisi di liquidità, così come interpretata dalla Corte di Giustizia europea, la quale ha superato il brocardo *vis cui resisti non potest*. Tale causa di esclusione della *suitas* determinerebbe, quindi, l'assoluzione non solo quando sussista un'assoluta incapacità di adempiere agli oneri tributari, ma anche nel caso in cui l'assolvimento di quest'ultimi comporti un sacrificio eccessivo per l'agente, come potrebbe accadere qualora un'azienda in grave crisi di liquidità devolva le poche somme possedute all'Erario e non al mantenimento di una continuità aziendale. Paradossalmente, la Corte di legittimità ha recepito l'orientamento ermeneutico dell'Ue in materia amministrativa, ma fatica a garantirgli corretta applicazione in sede penale. Sul punto, appare significativa la recente sentenza Cass., III sez., 7.9.2021 (dep. 26.10.2021), n. 38177, in cui il Supremo Collegio statuisce che «poiché la forza maggiore postula

al fine di evitare ingiustizie e iniquità o colmare vuoti di tutela. Si tratta di operazioni ermeneutiche che potrebbero forzare i limiti degli istituti giuridici, rischiando di violare così il principio di legalità e i suoi corollari; dall'altro lato è purtroppo vero che il legislatore resta frequentemente in silenzio inducendo la giurisprudenza ad assumere un ruolo che non le compete[17].

Si ritiene che le istanze di giustizia sostanziale (in particolare, quelle che si ispirano al *favor libertatis*) non debbano passare in secondo piano rispetto ad una rigida applicazione delle norme, posto che lo scopo sotteso all'attività di sussunzione e di interpretazione che compete al giudice deve orientarsi tenendo conto delle peculiarità della fattispecie concreta, alla luce dei supremi valori sanciti in Costituzione. Premesso ciò, non può negarsi che lo stesso principio di legalità, insieme ai suoi corollari, concorra nel garantire un sistema giuridico equo, ugualitario e per questo giusto, operando in *bonam partem*; in primo luogo, rende un precetto prevedibile e, pertanto, conoscibile al destinatario; in secondo luogo, evita irragionevoli disparità di trattamento, e ciò risulta ancor più evidente alla luce degli articoli 6 e 7 della CEDU così come interpretati dalla cospicua giurisprudenza della Corte di Strasburgo[18].

Invero, l'inesigibilità, certamente connessa al principio di colpevolezza e nata per esigenze apprezzabili, è uno strumento da calibrare con cura, proprio per evitare risultati opposti a quelli idealmente perseguiti: decisioni diseguali, inique, moralmente orientate ed eccessivamente connesse alla sensibilità del giudicante[19]. È, però, altret-

la individuazione di un fatto imponderabile, imprevisto ed imprevedibile, che esula del tutto dalla condotta dell'agente» si esclude che «le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente possano integrare la forza maggiore penalmente rilevante».

[17] Si tratta, invero, di un tema molto caldo in dottrina, la quale ha coniato il concetto di "giurisprudenza legislativa", considerata da un lato lesiva della riserva di legge, ma dall'altro inevitabile al fine di colmare l'incapacità o l'inattività del potere legislativo. Fa riferimento all'argomento N. Mazzacuva, *Relazione di sintesi*, in *Diritto e medicina: due scienze convergenti?*, Atti del convegno multidisciplinare medico-giuridico, Taranto, 4-5 maggio 2018, 146, in relazione alla responsabilità penale del sanitario, altro ambito particolarmente delicato e discusso. Richiama, in termini critici, il medesimo fenomeno, in sede di commento della sentenza "Tarabori" (Cass., IV Sez., 20 aprile 2017, n. 28187) Caputo, *Promossa con riserva. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2017, 713 ss.

[18] È ormai noto l'approccio materiale e concreto che adotta la Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di evitare la c.d. "truffa delle etichette", imponendo agli Stati firmatari un effettivo rispetto delle garanzie connesse al principio di legalità procedimentale e sostanziale per ogni prescrizione che si traduca in un precetto penale, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito dal legislatore nazionale. Per una rassegna della giurisprudenza recente della Corte europea Muzzica, *Le frontiere sovranazionali della legalità: brevi note su alcune recenti pronunce della Corte di Strasburgo*, in *Pen. dir. e proc.*, 7 settembre 2020. Con riguardo, invece, al principio di colpevolezza, in occasione del celebre caso "Sud Fondi altri c. Italia" del 2009 la Corte EDU, in materia di confisca urbanistica (sanzione qualificata come sostanzialmente penale), ha affermato che dalla lettura dell'articolo 7 CEDU si può altresì desumere la necessità di un nesso psicologico tra autore e fatto materiale del reato. Nonostante ciò, la tendenza è quella di considerarlo un principio interno agli ordinamenti, similmente alla linea adottata dall'Unione europea sul punto. In argomento, F. Mazzacuva, *Un* "hard case" *davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punti Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1540 ss.

[19] In particolare, sul rapporto tra principio di legalità e principio di colpevolezza, Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 93 ss. L'Autore, partendo dalla celebre sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale – che ha determinato l'evoluzione moderna del principio di

tanto vero che l'istituto in esame nasce proprio al fine di permettere un apprezzamento delle singole circostanze concrete del fatto, posto che la legge per sua natura si configura come generale e astratta[20]; a tal proposito, una dettagliata regolamentazione di ogni singola scusante ipotizzabile appare pressoché impossibile, se non addirittura controproducente[21].

In definitiva, non può che accogliersi con favore quella giurisprudenza capace di calare lo sguardo nel caso concreto, cogliendone le peculiarità e effettuando un accertamento puntuale degli elementi che giustificano la punibilità, non cedendo ad automatismi e a un'applicazione asettica delle norme giuridiche; dall'altro fronte, si sono fatti emergere i vantaggi che potrebbero derivare da un intervento diretto del legislatore, atto ad autorizzare interpretazioni più elastiche sulla inesigibilità della condotta da parte della giurisdizione, ponendo altresì dei limiti ispirati al canone di ragionevolezza e coerenti con la colpevolezza normativamente intesa.

Tornando alla fattispecie in oggetto, si segnala il disegno di legge n. 3024 presentato alla Camera dei deputati il 16 aprile 2021, che avrebbe potuto determinare una svolta in materia[22]. Il d.d.l. proponeva una riscrittura degli articoli 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. 74 del 2000, richiedendo ai fini dell'integrazione dei delitti un dolo specifico, ed introducendo altresì la seguente disposizione: «Non è punibile chi ha commesso il fatto di cui al comma 1 per impossibilità sopravvenuta della prestazione a lui non imputabile». Il legislatore, come può evincersi dal testo, aveva recepito le oscillazioni della giurisprudenza, nonché le relative difficoltà a conciliare gli istituti penali di volta in volta chiamati in soccorso al fine di soddisfare esigenze di giustizia sostanziale. Lo stesso dimostrava, peraltro, di prendere atto della grave crisi del mercato derivante dall'emergenza pandemica – richiamata per la prima volta anche dalla sentenza in

colpevolezza mediante l'interpretazione del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost. – ha evidenziato che, differentemente da quanto emerge dal *dictum* della Consulta, si potrebbe ipotizzare che il principio di legalità sia capace di garantire un rispetto effettivo del principio di colpevolezza, e non viceversa, in quanto «la riconoscibilità della norma incriminatrice è funzionale a una reale libertà di autodeterminazione e il carattere necessariamente colpevole dell'illecito penale (che il malgoverno di tale libertà di autodeterminazione presuppone) siano garanzie riconducibili a una radice comune», posto che, non a caso, la valorizzazione dell'articolo 27 Cost. è derivata dalla declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 5 c.p. (p. 104 - 105).

[20] Si evidenzia, peraltro, che alcuni studiosi qualificano come una causa di esclusione della colpevolezza lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., osservando che la sua formulazione – in particolare laddove i beni giuridici coinvolti risultino equiparabili – non concederebbe di considerare l'azione propriamente lecita ma, semplicemente, non rimproverabile. Canestrari, Cornacchia, De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 703 ss.

[21] In particolare, potrebbe rivelarsi controproducente nella misura in cui una dettagliata tipizzazione delle scusanti induca il giudice a tralasciare un effettivo accertamento della colpevolezza, in realtà essenziale per ogni titolo di reato, capovolgendo il rapporto tra regola ed eccezione.

[22] In argomento Lucev, *Codificare un'esimente da crisi di liquidità nei reati di omesso versamento?*, in *Giur. pen. Web*, 18 gennaio 2022, 1. La relazione di presentazione del disegno di legge esordisce così: «Un'attenzione particolare da parte del legislatore merita oggi la materia tributaria e, in particolare, la disciplina penale in seno alla stessa, al fine di riportare nell'alveo di una giustizia a misura di impresa quelle che rischiano di essere, allo stato dell'arte, soltanto delle degenerazioni afflittive della stessa. L'emergenza sanitaria da COVID-19 ci lascia, infatti, in eredità una pesante crisi economica destinata, purtroppo, a protrarsi per lungo tempo». Cfr. Lucev, *Codificare un'esimente da crisi di liquidità nei reati di omesso versamento?*, cit.

commento – evidenziando le evidenti difficoltà legate alla severità di queste fattispecie.

Apprezzata la presa di coscienza del legislatore circa la necessità di un temperamento della disciplina in esame, si segnalano, dall'altro lato, le obiezioni di quella parte della dottrina che auspica un'abrogazione *tout court* dei due titoli di reato, considerata la loro sanzionabilità a livello amministrativo e in virtù del fatto che presuppongono una dichiarazione fedele, estranea a condotte ingannatorie[23]. A questo proposito, è stata altresì messa in luce la scarsa applicabilità concreta di un dolo specifico nei casi di specie, posto che la genuinità di quanto dichiarato renderebbe difficile ipotizzare una volontà finalizzata all'inadempimento dei debiti tributari, alla luce del ruolo di sostituto d'imposta dell'agente. Con riferimento alla specifica clausola (di non punibilità?) proposta col disegno di legge, richiamando le riflessioni svolte in precedenza sui rischi di una tipizzazione dettagliata delle scusanti, si osserva come una soluzione alternativa a fattispecie concrete di questo tipo potrebbe rinvenirsi nel riconoscimento di una priorità gerarchica all'adempimento dei crediti vantati dai dipendenti rispetto a quelli fiscali in caso di illiquidità oggettiva ed imprevedibile, in un'ottica di tutela del lavoro e del mercato[24].

[23] Lucev, *Codificare un'esimente da crisi di liquidità nei reati di omesso versamento?*, cit., 1. A questo riguardo si segnala che a breve il reato di cui si discute sarà sottoposto all'attenzione della Consulta, per sospetto eccesso di delega e presunta violazione dell'art. 3 Cost. Difatti, il Parlamento, nel 2015, ha incaricato il Governo di effettuare una revisione della disciplina ispirata al principio di proporzionalità, tenendo conto del disvalore sociale di ogni condotta tipizzata. A tal riguardo, imponendo il mantenimento dell'illecito penale per i delitti connotati da elementi fraudolenti e ingannatori, ha altresì esplicitato, quale criterio direttivo residuale, la possibilità di depenalizzare le fattispecie meno gravi. Orbene, con riferimento all'art. 10 *bis*, la riforma ha sì innalzato la soglia di punibilità, ma allo stesso tempo ha esteso la tipicità facendovi ricomprendere il mero omesso versamento delle ritenute. Per un approfondimento dell'ordinanza di remissione del Tribunale di Monza si rimanda a Franzetti, *Omesso versamento di ritenute ex art. 10 bis d.lgs. 74/2000: sollevata questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega e violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza*, in *Sistema pen.*, 8 marzo 2022, 1 ss. In ogni caso, critiche inerenti alla violazione degli artt. 25 e 76 Cost. nei riguardi del d.lgs. 158/2015 erano già state mosse dalla dottrina su più fronti. Per una compiuta panoramica si veda Ingrassia, *Incostituzionalità delle nuove fattispecie incriminatrici penali-tributarie?*, in *Sistema pen.*, 10 luglio 2020, 1 ss.

[24] A fronte del sistema di tutela previsto per gli oneri fiscali, e alla luce della loro diretta correlazione al principio costituzionale contributivo, la dottrina evidenzia la natura privilegiata dei crediti dell'Erario. Senonché la retribuzione dei lavoratori sovente è presupposto per la tutela di valori parimenti di prioritaria importanza, essendo strumentale al mantenimento di soggetti che percepiscono quale unica o principale fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare la retribuzione. D'altronde, una riflessione di questo tenore è emersa altresì dalla giurisprudenza; interessante sul punto quanto osservato dalla Suprema Corte: «Può escludersi il dolo generico del soggetto agente, per mancanza della consapevolezza dell'illiceità dell'omesso versamento delle ritenute certificate, *ex* art. 10-*bis* del d.lgs. 74/2000, quando la decisione di pagare dipendenti in preferenza rispetto al fisco, derivi dalla convinzione che gli stessi abbisognino dell'immediata corresponsione (non di somme di denaro di per sé, bensì) di "mezzi di sostentamento necessari" per loro e per le loro famiglie». Cass., Sez. III, 23.11.2017 (dep. 12.2.2018), n. 6737, in *Il penalista*, con nota di Bergamaschi, *Il movente solidaristico e assistenziale verso i dipendenti nel reato di omesso versamento delle ritenute certificate,* 18 aprile 2018. Peraltro, si evidenzia che già in materia esecutiva e fallimentare il legislatore riconosce un privilegio ai crediti da lavoro dipendente rispetto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2777 co. 2 e 2778 co. 1 c.c. Nonostante la Corte di cas-

In conclusione, la sentenza dimostra che, a fronte del contesto sociale post pandemico, la materia dell'omesso versamento di tributi in caso di insolvenza è destinata a subire ulteriori sviluppi. Al Tribunale di Milano si riconosce il merito di aver svolto un accertamento rigoroso e puntuale sulle circostanze che escludono la colpevolezza, non essendosi limitato all'analisi dei fattori che hanno determinato la crisi, ma avendo altresì indagato la concreta condotta dell'imputato volta ad evitare la commissione del reato. In ogni caso, se da un lato si ritiene opportuna una tutela degli imprenditori in grave difficoltà, nonché dei loro dipendenti, anche allo scopo di proteggere il mercato nel suo complesso, dall'altro canto devono essere evitate violazioni dei presidi di legalità e di riserva di legge, parimenti orientati a garantire una corretta applicazione del diritto.

Infine, pur rimarcando la giusta tutela delle risorse pubbliche e del rispetto del principio contributivo *ex* art. 53 Cost., si sottolinea come, a fronte di una dichiarazione fiscale genuina, la mera riscossione del tributo ben potrebbe essere assicurata mediante una sanzione solo amministrativa, lasciando nel campo del penalmente rilevante le condotte fraudolente finalizzate ad evadere il fisco[25]. Dopotutto, con le fattispecie in esame non si contrasta di certo il deleterio fenomeno dell'evasione, ma si finisce solo con l'infliggere una pena a dei debitori, il che suscita dei dubbi anche con riguardo al principio di proporzione e di *extrema ratio* del diritto penale.

È proprio per quanto appena osservato che, a prescindere dai dubbi e dalle osservazioni rilevate, si auspica un temperamento ragionevole a favore degli imprenditori in grave difficoltà economica, soprattutto a fronte della crisi che ha colpito il mercato, destinata con ogni probabilità a protrarsi per molto tempo.

---

sazione, con riferimento all'omesso versamento dell'Iva, abbia escluso che anche in ambito penale possa avere rilevanza il citato ordine gerarchico, si ritiene che la *ratio* sottesa alle disposizioni civilistiche risponda alla medesima esigenza di tutela che emerge con riferimento alla casistica di cui si sta trattando. Cass. Sez. III, 6.7.2018 (dep. 26.11.2018), n. 52971, in *Il tributario.it*, con nota di Mirarchi, *Omesso versamento IVA: privilegiare il pagamento dei debiti da lavoro dipendente non integra forza maggiore*, 25 febbraio 2019.

[25] Peraltro, è curioso evidenziare che nella relazione di accompagnamento del d.lgs. 74/2000, il quale ha abrogato l'antenato dell'art. 10-*bis*, si affermava che «scompare, così, in particolare, il delitto di omesso versamento delle ritenute da parte del sostituto d'imposta, previsto dall'art. 2 del decreto legge n. 429 del 1982: figura criminosa che, più di altre, è stata al centro di vivaci polemiche».

UNA PRONUNCIA IN TEMA DI RIFORMULAZIONE DELL'ART. 323 C.P. E RISERVA DI LEGGE 'TENDENZIALMENTE' ASSOLUTA*

Vittorio Santoro**

Sommario: 1. La vicenda giudiziaria. – **2.** La pronuncia nel contesto degli orientamenti giurisprudenziali in argomento. – **2.1.** Gli orientamenti della dottrina. – **2.2.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT

Il lavoro analizza una recente sentenza della Corte di Cassazione, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e del dibattito dottrinale in tema di rilevanza della violazione di regolamenti che specifichino sul piano tecnico una disposizione di legge sufficientemente determinata.

The paper analyzes a recent ruling by the Italian Supreme Court, in light of the jurisprudential evolution and the doctrinal debate on the relevance of the violation of regulations that specify a sufficiently specific legal provision on a technical level.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Magistrato in servizio presso la Corte di Appello di Potenza.

1. La vicenda giudiziaria.

Con la sentenza n. 16609 del 11 novembre 2021, depositata il 17 gennaio 2022, la Sezione VI della Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui "in tema di abuso di ufficio, anche a seguito della riformulazione dell'articolo 323 c.p. a opera dell'articolo 23 del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020 n. 120, la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare ai fini della integrazione del reato nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria e purché questa sia conforme ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale".

La Corte di appello di Milano, a seguito di gravame interposto dall'imputato Y avverso la sentenza emessa in data 23 maggio 2019 dal locale Tribunale, aveva confermato la decisione, nella parte in cui era stata affermata la responsabilità del predetto imputato in ordine ai reati di cui al capo A) e B) (artt. 110, 323 cod. pen.).

Ad Y era ascritta: *sub A)* la condotta tenuta quale Responsabile unico del procedimento (RUP) nominato con deliberazione del DG n. 165/2015 in data 13.3.2015, con la quale era stata data attuazione alla prima e seconda fase della sperimentazione del Presidio Ospedaliero Territoriale di Bollate, in quanto in violazione dell'obbligo di vigilanza e controllo previsto dall'art. 10 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e relativo regolamento D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, autorizzava via e-mail, in data 15.1.2016, il subappalto dei lavori alla SGE S.r.l. per la realizzazione dei lavori elettrici nel padiglione 70CUP e uffici da parte della ditta appaltatrice, il cui direttore dei lavori [...] era in conflitto di interessi - che ometteva di segnalare, violando l'obbligo di astensione - in ragione della compartecipazione societaria propria e del fratello X alla ditta subappaltatrice [...]. Con ingiusto vantaggio patrimoniale consistito nell'essere la predetta [...] incaricata del subappalto del valore di 8.328 euro senza averne i requisiti; *sub B)* la condotta tenuta quale (RUP) nominato con la succitata deliberazione, in quanto in violazione del predetto obbligo di vigilanza e controllo non impediva che alla società [...]fosse assegnato il subappalto per la realizzazione di lavori elettrici nel padiglione 63 piano 4, versando il direttore dei lavori [...]in una situazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, comparendo nella compagine sociale della società subappaltante – circostanza che ometteva di segnalare –, violando l'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio ed emettendo certificazione di regolare esecuzione dei lavori, con ingiusto vantaggio patrimoniale [...] del valore di 18 mila euro.

Avverso la sentenza di secondo grado aveva proposto ricorso per cassazione l'imputato Y**.**

Con la sentenza in 16609 del 11 novembre 2021 depositata il 17 gennaio 2022 la Sezione VI della Corte di Cassazione accoglieva il ricorso dell'imputato annullando senza rinvio la sentenza della Corte di Appello di Milano perché il fatto non sussiste.

2. La pronuncia nel contesto degli orientamenti giurisprudenziali in argomento.

Con l'articolo 23 del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, recante «misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120 (testo coordinato in "Gazzetta Ufficiale" n. 228 del 14 settembre 2020), l'art. 323 c.p. è stato modificato con l'apprezzabile scopo di circoscrivere e definire in modo più concreto la condotta rilevante ai fini della configurabilità del reato, restringendo gli spazi di operatività della fattispecie incriminatrice[1].

La riforma dell'abuso d'ufficio ha in sostanza inciso sullo spettro applicativo della fattispecie, limitandolo sia sul versante della rilevanza degli atti discrezionali che delle norme di legge che costituiscono il parametro della violazione richiesta.

La principale modifica al precedente assetto normativo è da individuarsi nella fonte normativa la cui violazione può assumere rilevanza ai fini della configurabilità dell'abuso penalmente rilevante.

In base alla nuova formulazione dell'art. 323 c.p. (ove al I comma le parole «di norme di legge o di regolamento» sono state sostituite dalle parole «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge»), assume rilievo solo la violazione di norme primarie, di legge o atti assimilati; mentre non assumono diretta rilevanza le violazioni di regolamenti, né di altre eventuali fonti secondarie (decreti ministeriali, circolari e/o delibere di enti pubblici, ecc.).

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione – ponendosi in linea con altra precedente decisione[2] – ha però ribadito che può rilevare anche la violazione di una norma regolamentare, precisando che, restando impregiudicata la necessità della sussistenza di una violazione di una norma di legge, è possibile ammettere un livello minimo di etero-integrazione da parte di una fonte secondaria, che si risolva solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria, cosicché – in tal caso – anche la violazione delle indicazioni prescrittive di fonte secondaria potrà assumere concorrente rilievo ai fini della configurabilità del reato.

Aspetto fondamentale è che la norma di legge violata, nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 323 c.p., si conformi ai canoni della tassatività/determinatezza propri del precetto penale, atteso che solo in tali casi è possibile ammettere un livello minimo di eterointegrazione della fonte secondaria che si risolva solo in una specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già compiutamente definito nella norma primaria[3].

È stato anche precisato che la modifica introdotta con l'art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76 ha sicuramente ristretto l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p., determinando una parziale "abolitio criminis" in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma, realizzate mediante violazione di norme regolamentari o di

---

1 Sulla legittimità della nuova disciplina si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. 25 novembre 2021-18 gennaio 2022 n. 8.

2 Cass., sez. VI, 16 febbraio 2021, Del Principe.

3 Cfr. Cass.pen., Sez. VI, sent. n. 33240 del 16/02/2021 Ud., dep. 08/09/2021, Rv. 281843 – 01.

norme di legge generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che lascino residuare margini di discrezionalità[4].

Il delitto di abuso di ufficio è configurabile non solo quando la violazione di una specifica regola di condotta è connessa all'esercizio di un potere previsto già in origine come vincolato dal legislatore, ma anche nei casi in cui l'inosservanza della regola di condotta sia collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto 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[5].

A titolo di esempio, è stato stabilito che il rilascio del titolo abilitativo edilizio, avvenuto senza il rispetto del piano regolatore generale o degli altri strumenti urbanistici, integra la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge, così come richiesto dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p., atteso che l'art. 12, co. 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prescrive espressamente che il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi agli strumenti urbanistici ed il successivo art. 13 detta la specifica disciplina urbanistica che il direttore del settore è tenuto ad osservare, non residuando margini di discrezionalità amministrativa[6].

Con la sentenza in commento, la Sezione VI della Corte di Cassazione – condividendo l'orientamento secondo il quale, anche a seguito della riformulazione dell'art. 323 c.p., la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare ai fini della integrazione del reato nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria e purché questa sia conforme ai canoni della determinatezza/ tassatività propri del precetto penale, e richiamando l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, secondo il quale l'autorizzazione alla stipula del subappalto (disciplinata dall'art. 18, co. 3, l. 19 marzo 1990, n. 55) va qualificata come provvedimento amministrativo adottato non quale espressione di autonomia di un soggetto contraente, bensì quale espressione di un pubblico potere (Sez. 2, parere n. 142 del 12/02/1992) – non ha ritenuto fondato l'assunto posto a base della affermazione di responsabilità, secondo il quale l'art. 10 d.lgs. n. 163/2006 e le correlate norme del d.P.R. n. 207/ 2010 – che riguardano i rapporti tra l'affidatario delle opere ed il subappaltatore – avrebbero individuato un obbligo di controllo da parte del responsabile della stazione appaltante in ordine ad eventuali conflitti di interesse tra il direttore dei lavori e la ditta subappaltatrice. La Corte ha ritenuto apodittica e priva di fondamento normativo la motivazione resa dalla Corte di Appello di Milano, laddove si era limitata a ritenere che l'attività di vigilanza demandata all'imputato Y ricomprendeva anche quella di rilevare il preteso conflitto di interessi in questione, in quanto "già il solo fatto che il subappalto andasse autorizzato implica che lo stesso avrebbe potuto non esserlo", essendo "l'autorizzazione [...] subordinata alla verifica dell'insussistenza dei motivi ostativi, operazione rimessa al potere del solo appellante".

La Suprema Corte ha evidenziato che l'art. 10, co.2, d.lgs. n. 163/2006, secondo cui "Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di

4 Cass.pen., Sez. VI, sent. n. 442 del 09/12/2020 Ud., dep. 08/01/2021, Rv. 280296 – 01.

5 Cass. pen. Sez. VI, sent. n. 8057 del 28/01/2021 Ud., dep. 01/03/2021, Rv. 280965 – 01.

6 Cass. pen. Sez. VI, sent. n. 31873 del 17/09/2020 Ud., dep. 12/11/2020, Rv. 279889 – 01; Sez. III, sent. n. 26834 del 08/09/2020 Cc., dep. 28/09/2020, Rv. 280266 – 01.

affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti", non prevede alcun obbligo di verifica, da parte del responsabile del procedimento, dell'assetto societario della ditta subappaltatrice, non essendo previsti correlati oneri di comunicazione a riguardo da parte della ditta appaltatrice alla stazione appaltante; né, d'altra parte, tale specifico obbligo di controllo si desume dalle condizioni previste per il rilascio dell'autorizzazione al subappalto; un tale specifico obbligo di verifica non può essere desunto neppure dall'art. 10, co. 1 lett. r) d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, secondo cui "il responsabile del procedimento svolge la funzione di vigilanza sulla realizzazione dei lavori nella concessione di lavori pubblici, verificando il rispetto delle prescrizioni contrattuali", in quanto queste ultime – all'evidenza – non coinvolgono l'assetto societario della ditta subappaltante.

La Sezione VI ha quindi ravvisato l'insussistenza dell'elemento costitutivo della violazione di legge da parte del ricorrente Y, sia nella condotta di autorizzare il subappalto sub A) che nel non aver impedito il subappalto sub B) emettendo la relativa certificazione di regolare esecuzione dei lavori.

La Cassazione ha ribadito che per riconoscere la sussistenza di condotte penalmente sussumibili nell'art. 323 c.p. il giudice deve prima di tutto individuare le norme di legge o gli atti aventi forza di legge concretamente violati dal reo, sindacando poi la specificità delle regole e relativi obblighi imposti dal dettato normativo, potendo anche riconoscere alla fonte normativa secondaria un ruolo di eterointegrazione ai soli fini di una specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria.

Si può ricorrere allo schema della eterointegrazione soltanto qualora non sia ravvisabile una diretta violazione di legge. La Cassazione aderisce quindi all'orientamento già condiviso in altre sentenze di legittimità successive alla riforma, in base al quale la «norma di legge» di cui all'art. 323 c.p. integrerebbe il precetto penale, di cui deve, quindi, necessariamente condividere i canoni di determinatezza/tassatività propri delle norme penali, con la conseguenza che non sarebbe ammesso che la norma di legge richiamata rinvii a sua volta a una fonte secondaria.

Il riferimento alla funzione di "specificazione tecnica", propria della norma secondaria, allude alla nota concezione della riserva di legge c.d. tendenzialmente assoluta.

2.1. Gli orientamenti della dottrina.

L'orientamento giurisprudenziale si allinea con quella parte della dottrina che ha prontamente circoscritto gli effetti della modifica normativa del 2020, affermando che occorreva essere prudenti nel ritenere che fosse intervenuta un'*abolitio criminis*[7].

Si è evidenziata la necessità innanzitutto di accertare la riconducibilità del fatto concreto, oggetto del giudizio, alla nuova e più circoscritta ipotesi di abuso d'ufficio penalmente rilevante.

[7] Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2020.

Ravvisata la sussumibilità del fatto concreto nella previsione incriminatrice così come novellata, la dottrina ha sostenuto che non si sarebbe verificata una *abolitio criminis*, poiché il fatto, prima punibile, continuerebbe ad esserlo alla luce della più ristretta formulazione della disposizione, con "persistenza dell'illecito"[8].

È stato anche chiarito che la riforma non ha esplicato alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al *genus* della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale, salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti. In rapporto a questi ultimi, non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio – ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto – ad altre fonti normative extrapenali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione[9].

Parte della dottrina ha sostenuto che, piuttosto che lavorare di cesello sul testo dell'art. 323 c.p., vista la clausola "salvo che il fatto non costituisca un più grave reato", sarebbe stato probabilmente preferibile immaginare un'abrogazione secca dell'art. 323 c.p., non mancando – nel ricco panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, quali ad esempio quelle in materia di peculato o corruzione, ovvero meno gravi, come l'omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 c.p. – applicabili ai fatti realmente meritevoli di pena[10].

2.2. Considerazioni conclusive.

Chi scrive condivide in pieno l'interpretazione della norma in questione resa dalla giurisprudenza di legittimità.

È interessante riflettere sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale che nel tempo ha attraversato il delitto di cui all'art. 323 c.p., originariamente rubricato «abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge».

Tale norma rappresentava una sorta di norma di chiusura del sistema, ritenendosi che i delitti contro la pubblica amministrazione fossero destinati a tutelare il normale e buon funzionamento, nonché il prestigio della pubblica amministrazione e la probità dei pubblici funzionari che la "incarnavano".

Con l'entrata in vigore della Costituzione, all'art. 97, comma 2, sono stati delineati i "veri" beni giuridici tutelati, ossia il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione: il primo garantirebbe l'efficienza dell'azione amministrativa in aderenza al pubblico interesse; la seconda sarebbe posta a presidio della parità di trattamento tra tutti i cittadini, che non dovrebbe essere alterata dalla condotta (illecita) dei pubblici agenti.

---

8 Cfr. Romano, *Diritto penale, pt. g.*, 4ª ed., Milano, 2020, 143 ss.

9 V. sul punto Romano, nota a Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442 in *Penale. Diritto e Procedura.*

10 In tal senso cfr. ancora Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, ne *Il Penalista*, *Focus* del 28 luglio 2020.

Nel tempo, però, com'è noto si è avvertita la necessità di eliminare i difetti di tecnica normativa che caratterizzavano l'art. 323 c.p., in presenza delle sempre più avvertite esigenze di determinatezza, nel quadro di una moderna lettura del principio di legalità ed in presenza del ruolo di vera e propria supplenza assunto talora dall'intervento della magistratura penale.

Molti processi intentati in materia di abuso d'ufficio si risolvevano in diatribe e riflessioni sulla legittimità dei singoli atti, sfociando in dibattimenti spesso articolati relativi a profili che avrebbero dovuto trovare la loro naturale sede di trattazione nella giustizia amministrativa.

Si ritiene che fosse necessaria, quindi, una ridefinizione del campo delle condotte punibili a titolo di abuso d'ufficio, senza, però, eliminare dal sistema penale una norma che comunque consente il necessario controllo sulla legalità e legittimità degli atti e sullo svolgimento delle pubbliche funzioni, non prospettabile in termini di reale efficienza mediante i soli rimedi del diritto amministrativo.

In tale ottica si colloca la novella dell'art. 323 c.p. e la sua interpretazione resa dalla sentenza in commento. Quest'ultima, con un apprezzabile sforzo interpretativo, attribuisce rilevanza alla violazione di norme contenute in regolamenti, riconoscendo loro il solo compito di operare, quali norme interposte, ai fini dell'esigenza, tanto avvertita nel tempo, di specificazione tecnica del precetto comportamentale già definito nella norma primaria, pure sempre nel rispetto dei canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale.

PAROLE CRIPTICHE: IL PRIMO PROCESSO PENALE SUL "GERGO" DEL CRIMINE*

Iacopo Benevieri**

In un articolo pubblicato dal Wall Street Journal si legge come nei giorni successivi ai noti fatti accaduti a Capitol Hill i sostenitori di Trump avessero adottato strategie per continuare a comunicare senza incorrere nelle varie forme di rimozione dei post attuate da parte delle principali piattaforme di social media[1].

Nell'ambito di questa strategia la parola d'ordine «*Stop the steal*» ("Fermate il furto"), coniata con riferimento alla teoria secondo la quale nel corso delle elezioni presidenziali americane del 2020 si sarebbe verificata una frode elettorale, è stata oggetto di fantasiosi anagrammi come "Lotta pets", "Athlete posts", "Host palettes". La funzione principale di queste nuove espressioni era, di tutta evidenza, quella di permettere ai sostenitori dell'ex Presidente di continuare a comunicare tra di loro, senza farsi intendere da altri.

Negli studi di linguistica questa è, sostanzialmente, la funzione del "gergo".

Sotto questa definizione possiamo raggruppare quelle varietà espressive proprie di categorie o gruppi particolari di parlanti che ricorrono a un lessico specifico con lo scopo non solo di dichiarare e consolidare la propria appartenenza al gruppo ma anche, soprattutto quando il gruppo è espressione di una controcultura o anti-cultura rispetto a quella dominante, di impedire che membri estranei possano prender parte alla comunicazione e comprenderla[2]. Dunque la nozione di gergo richiama quella di "segreto", informazione conosciuta e conoscibile da pochi soggetti. Il gruppo di parlanti ricorre a un linguaggio che è inclusivo ed esclusivo: include e aggrega gli intranei ed esclude la partecipazione degli estranei.

La formazione gergale è legata all'oralità e, come avviene per altre forme di comunicazione popolare, il parlante sente la necessità di comunicare in modo immediato, senza la riflessione e i ripensamenti che la forma scritta concede. L'aspetto dell'oralità rende difficile la registrazione e la documentazione dei termini gergali. Una delle

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Avvocato del Foro di Roma.

1 https: //www.wsj.com/articles/facebook-says-it-is-removing-all-content-mentioning-stop-the-steal-11610401305.

2 Berruto, *Sociolinguistica dell'italiano contemporaneo*, Roma, 2018, 28.

caratteristiche distintive della varietà gergale è la praticità, in quanto «*l'invenzione gergale è tutta plastica, strettamente figurativa, visiva: un mondo di "cose", di colori sgargianti, di sensi spalancati e avidi...un mondo espressionista*»[3].

Con specifico riferimento al cd. "gergo della malavita" questo è caratterizzato, oltre all'uso di uno lessico specifico, anche dal ricorso a una semantica prevalentemente metaforica, con una finalità di contrapposizione alla società cd. "per bene" [4].

Il trattato antico *Donats proensals*, risalente alla metà del sec. XIII circa, contiene un breve ma significativo riferimento al gergo che il testo glossa con l'espressione latina "*vulgare trutanorum*", cioè "parlata dei mendicanti" o dei "ladri"[5]. Nel medesimo periodo l'ignoto autore del romanzo *Richard li biaus* racconta di come il suo eroe, entrando in un covo di ladri, avesse cercato un ben informato scudiero che sapeva tutto sul "gergo" ("gargoun") dei truffatori e dei rapinatori[6].

Sono, questi, i primi segnali della comparsa dell'idioma artificiale della malavita.

Nel 1484 Teseo Pini di Urbino scrisse lo "*Speculum cerretanorum*", un trattato che descriveva le tecniche dei mendicanti che ingannavano chi, ingenuamente, credeva alla loro apparente miseria. Pini identifica trentanove distinte classi di falsi mendicanti e in appendice offre un glossario di molti termini gergali utilizzati per l'inganno.

A distanza di pochi anni viene pubblicata la più approfondita analisi moderna delle astuzie linguistiche messe in atto dai malfattori: il "*Liber vagabondorum*". Il trattato contiene sia una classificazione dei truffatori, sia un lungo dizionario delle loro espressioni gergali e fu redatto dopo il 1509 da un autore ignoto, il quale si firmò come un "*expertus in truffis*", cioè esperto in furfanteria.

In Italia l'attenzione per il gergo dei criminali si attestò fin dal Rinascimento, allorquando nacque l'interesse per lo studio dell'idioma "furbesco", termine utilizzato per distinguere il gergo dei malviventi da quello delle altre categorie di parlanti che praticavano mestieri diversi prevalentemente ambulanti[7].

Successivamente Lombroso intravide nel gergo una forma di devianza, in quanto espressione di emarginazione malavitosa. Per Lombroso l'attuazione del crimine in forme associative e organizzate determinava la creazione di un proprio linguaggio, la cui conoscenza è requisito indispensabile per accedere al gruppo.

Le teorie lombrosiane hanno avuto un riflesso nelle opere degli epigoni come Alfredo Niceforo, il quale nel 1897 pubblicò il "*Gergo nei normali, nei degenerati e nei criminali*", prendendo in esame i tipi di gergo parlati presso alcuni gruppi sociali, tra i quali si contavano la "coppia amante", la coppia "prostituta e souteneur" e i vari gruppi appartenenti agli strati sociali più bassi. Secondo Niceforo l'individuo che si trova in contrasto con l'ambiente che lo circonda ricorre in primo luogo all'arma del gergo, con la conseguenza che «*la lingua si traveste coprendosi di maschere ipocrite, di cenci orridi, di metafore orribili che nascondono il male e la lotta*»[8].

---

3 Ferrero, *I gerghi della malavita dal 500 ad oggi*, Milano, 1972, 14.

4 Berruto, *op. cit.*, 185.

5 Trumper, *Slangs and Jargons*, in Maiden, Smith e Ledgeway (a cura di), *The Cambridge History Of The Romance Languages*, Cambridge, Vol. 1, 660.

6 *Richars li Biaus: Roman du XIIIe siècle (Les Classiques français du Moyen Age)*, Libraire Honoré Champion, 1983, vv. 3333-3353, 92.

7 Borello, *Le parole dei mestieri. Gergo e comunicazione*, Alinea, 2001, 11.

8 Niceforo, Il *gergo nei normali, nei degenerati e nei criminali*, Forni, 1972, 82.

D'altronde è proprio in quegli anni, in particolare nel 1861, che in Italia viene attestato per la prima volta il termine "camorra", il cui etimo è tuttora oggetto di pareri difformi[9].

La prima attestazione di un processo penale che si occupò del gergo della malavita è contenuta in uno studio di Marcel Schowb.

Del francese Marcel Schowb la storiografia ufficiale ci consegna una precisa identità: quella di scrittore erudito di fine Ottocento, dallo stile onirico e sospeso; quella di filologo e di attento traduttore delle opere di Oscar Wilde; quella di un uomo stretto a illustri amici (si ricordi Paul Valéry) ma afflitto da una salute precaria, indebolita da malattie mai diagnosticate, che nel 1903 posero fine alla sua breve e tormentata vita.

Nel 1890 Schwob pubblicò sulla rivista "*Mémoires de la Socieété Linguistique de Paris*" uno studio su un processo penale celebratosi tra l'ottobre e il dicembre del 1455 a Digione, capitale della Borgogna, contro una banda di malfattori, chiamati "Coquillards"[10].

Secondo il procuratore della città, Jean Rabustel, in quel periodo un gruppo di persone avevano terrorizzato le campagne limitrofe a Digione, mettendo in atto rapine e furti, irrompendo nelle case e nelle locande, assaltando le carrozze.

La composizione del gruppo era eterogenea: accanto a mercenari o vagabondi, si contava anche chi aveva abbandonato professioni e mestieri, alcuni militari, molti ex detenuti e ciascuno di loro, una volta reclutato, forniva all'intero gruppo le proprie capacità e, conseguentemente, vi introduceva espressioni e parole proprie del proprio mondo di provenienza[11].

Il procuratore Rabustel eseguì subito alcune misure cautelari: su circa sessanta soggetti ricercati, riuscì ad arrestarne poco più di dieci. Nei confronti di costoro, dunque, il processo ebbe inizio il 3 ottobre 1455[12].

Nel corso dei numerosi interrogatori nessuno degli arrestati ebbe a confessare, tranne un tale (Domenico "le Loup") che fornì la chiave per accedere all'idioma secreto, il cd. "gergo" ("jargon")[13]. La caratteristica principale di questo gruppo di malfattori, infatti, era l'uso di un linguaggio criptico per non farsi intendere dalle autorità di polizia. Avevano attribuito convenzionalmente a vocaboli comunemente in uso significati del tutto diversi da quelli ordinari, trasformando così la lingua comune in un gergo incomprensibile a chi non avesse fatto parte della congrega, vale a dire in un «*linguaggio raffinato che gli altri non riescono a comprendere*»[14].

---

9 Per approfondimenti, cfr. Nocentini *Camorra e ma(f)fia* in *Archivio Glottologico Italiano*, 2009, vol. 94, 79-87.

10 Schwob, *Le jargon des Coquillars en 1455*, in *Mèmoires de la Société Linguistique de Paris*, 1890, 168-183, ristampato in Schwob, *Etudes sur l'argot francais*, Allia, 2004, 61-150.

11 Sainéan, *Les sources de l'argot ancien. Des origines à la fin du XVIIIe siècle*, Honoré et Edouard Champion Ed., 1912, 110 in https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2993546/f100.item

12 Toureille, *Une contribution à la mythologie des monarchies du crime: le procès des coquillards à Dijon en 1455*, in *Association Revue du Nord*, 2007/3 n° 371, 497 ss.

13 Toureille, *op. cit.*, 500.

14 Schwob, *op. cit.*, 61: «*un langaige exquis, que aultres gens ne seuvent entendre*»; cfr. altresì Delaplace, *Le Jargon des Coquillars à Dijon au milieu du xve siècle selon Marcel Schwob (1892)*, in *Classiques de l'argot et du jargon*, Classiques Garnier, n. 5, 2011, 406.

La stessa parola "Coquillars" era non solo il nome del gruppo, ma anche il vocabolo segreto usato dagli affiliati per riconoscersi. Il termine "coquillar" è stato tradotto con "Gente della Conchiglia", "Popolo della Conchiglia" o "Conchiglianti"[15], ipotizzando la derivazione da "coquille" ("conchiglia"), parola tradizionalmente associata ai falsi pellegrini in viaggio a Compostela, i quali portavano con sé quest'oggetto (notoriamente simbolo del pellegrinaggio) per ingannare i benefattori e approfittare indebitamente di cibo e ospitalità lungo il cammino[16].

Schwob nel proprio studio riferiva dunque come uno dei temi principali affrontati nel processo fosse quello relativo al linguaggio usato dal gruppo di criminali, i quali ricorrevano, appunto, a «*un certo linguaggio in gergo*» («*certain langaige de jargon*»)[17].

Lo stesso pubblico ministero Jean Rabustel ebbe a riferire nel corso della propria relazione che «*ogni trucco di cui essi fanno uso ha un suo nome, nel loro gergo, e nessuno potrebbe comprenderlo se non fosse membro della loro società, o se uno di loro non lo rivelasse all'altro*»[18].

Il Procuratore Rabustel dunque, per provare l'esistenza di queste convenzioni comunicative usate dal gruppo, presentò alla Corte un erudito glossario di parole e frasi criptiche, compilando in relazione a ciascun vocabolo in gergo il corrispondente significato nella lingua comune: "crocheteur" per "scassinatore", "vendegeur" per "scippatore", "pipeur" per indicare il truffatore nel gioco dei dadi, "rouhe" per indicare il Tribunale, "gaffres" per indicare il sovrintendente di polizia[19], mentre i "mittenti" erano i sicari, i "piantatori" coloro che "seminavano" nella società soldi falsi, i "raccoglitori" coloro che erano specializzati in furto con scasso[20].

Il ricorso a questo linguaggio "segreto" consentiva agli affiliati di riferirsi in modo riservato ai ruoli gerarchici interni gruppo, che risultava suddiviso tra coloro che erano "apprendisti" denominati "gaschatres" o "coquarts" e coloro che appartenevano alla élite, i più esperti ("fin de la Coquille")[21].

In alcuni casi il significato delle parole poteva essere dedotto con la metonimia, come nel caso di «rouhe», ruota, che indicava la Corte di giustizia in quanto la ruota era tra gli strumenti di punizione più severi previsti dalle leggi all'epoca vigenti. In altri casi gli affiliati ricorrevano alla metafora, come quando definivano la vittima dei loro inganni con il nome di «dupe» o «huppe», cioè «piccione»[22].

Nell'introduzione al suo rapporto Rabustel individua anche un ruolo apicale nel gruppo criminale, definito "Re delle Conchiglie"[23]. Tuttavia questa pare essere stata una semplice deduzione dello zelante pubblico ministero, smentita da alcuni testi-

---

15 Heller-Roazen, *Dark Tongues. The Art of Rogues and Riddlers*, Zone Book, 2013; Guiraud, *Le jargon de Villon, ou Le gai savoir de la Coquille*, Paris, 1968, 8.

16 Chereau, *Le Jargon ou Langage de l'Argot reformé*, Delaplace (a cura di), Champion, 2008.

17 Schwob, *op. cit.*, 82.

18 Schwob, *ibid.*

19 Schwob, *op. cit.*, 86-90.

20 Toureille, *op. cit.* 500.

21 Toureille, *op. cit.* 501.

22 Guiraud, *L'argot*, Paris, 1956, 49, secondo il quale questo termine sarebbe la prima parola in gergo mai registrata.

23 Toureille, *op. cit.*, 501: «*lesquels, comme l'en dit, ont ung Roy, qui se nomme le Roy de la Coquille*».

moni, i quali nel corso del processo riferirono come anche il termine "Roy" fosse una parola "criptica", riservata a più di un componente del gruppo. Per esempio nel corso della propria testimonianza, Perrenet le Fournier indicò la presenza di una guida, tale Regnauld Dambour, che viene indicato come "*il padre guida dei detti Coquillars alle fiere, marce e altri luoghi a Bourgoigne*"[24]. Un altro testimone si limitò a riferire che un certo Nicolas Le Besgue veniva chiamato Nicolas "Le Roy" o "Tartas", nome che cambiava spesso «*come fanno quasi tutti gli altri*»[25].

Nei documenti processuali sui "Conchiglianti" questo linguaggio veniva definito con un termine preciso: "jargon". Questa, peraltro, era la parola usata dallo stesso Schowb nel titolo del proprio saggio: "*Le jargon des Coquillars en 1455*".

È stato rilevato come questo termine medioevale francese, nonché le forme derivate (jargoun, gargon, ghargun, gergon, gorgon), per molto tempo avesse indicato un modo di parlare non troppo denso di significato, come appunto quel linguaggio usato nella comunicazione tra gli animali o con i bambini[26]. Solo in seguito il termine indicò una lingua incomprensibile, come quella degli stranieri[27].

Dopo il processo e la condanna del gruppo criminale che terrorizzava Digione, i "Conchiglianti" scomparvero per riapparire qualche anno dopo: in una lettera indirizzata nel 1464 a Jean Bourré, fidato uomo di Luigi XI, veniva denunciata di nuovo l'esistenza di una banda di ladri che ricorrevano a un lessico segreto simile a quello usato dai Coquillards[28].

Il processo intentato da Rabustel costituì una novità nell'approccio al contrasto con le nuove forme organizzate di crimine. A partire dalla metà del 1400, infatti, qualsiasi attività criminale attuata mediante organizzazioni o gruppi incomincia a essere affrontata senza trascurare l'aspetto linguistico: come non esiste società senza linguaggio, altrettanto non può darsi una "contro-società" senza un proprio codice comunicativo[29]. Il fenomeno gergale, infatti, rivelava l'esistenza di veri e propri gruppi sociali con precise identità collettive consolidate tramite comuni usi linguistici[30].

Nel 1968 Jan Svartvik pubblicò "*The Evans Statements: A Case for Forensic Linguistics*"[31]. In questo studio Svartvik evidenziò come alcune frasi incriminanti rese ai funzionari di polizia da Timothy Evans, sospettato dell'omicidio della moglie e della figlia, fossero caratterizzate da uno stile e da strutture sintattiche del tutto diverse da quelle proprie della gran parte delle sue dichiarazioni. Per la prima volta fu coniata l'espressione "linguistica forense" e una nuova disciplina nacque.

---

[24] Toureille, *ibid.*: «*le pere conduiseur desdits Coquillars es foires, marchiez et aultres lieux de Bourgoigne*».

[25] Toureille, ibid: «*a dit qu'il congnoit bien ung nommé Nicolas de Besgue : et aulcunes fois s'appelle Nicolas le Roy, et aulcuns fois Tartas. Et change souvent son nom, ainsi que quasi tous les aultres font*».

[26] Godefroy, *Dictionnaire de l'ancienne langue francaise et tous les dialects du IX au XV siecle*,. Ed. Viewig, vol. 10, 1881-1902.

[27] Heller, Roazen, *op. cit.*, 23.

[28] Lettre rédigée au Puy et signée par Guillaume de Varye, Bibliothèque Nationale de France, fr. 20600, n° 53, 16 avril 1464: «*Ilz ont jargon que autres n'entendent*».

[29] Schmitt, *Mort d'une hérésie. L'Église et les clercs face aux béguines et aux béghards du Rhin supérieur du XIVe au XVe siècles, in Revue du Nord,* 1982, 951-953.

[30] Toureille, *op. cit.*, 504.

[31] Svartvik, *The Evans Statements: A Case for Forensic Linguistics,* Gothenburg Studies, 1968.

Potremmo tuttavia riconoscere nel processo ai Coquillards una prima, antica sperimentazione di questa disciplina.

L'importante opera di glossa curata da Rabustel, infatti, è l'opera di un pubblico ministero che indagò le condotte criminali con le lenti del giurista e del filologo, è la fatica di un uomo di legge che indossò i panni del linguista, evidenziando forse per la prima volta nella storia quell'ampia terra di confine tra il linguaggio e il diritto, che avrebbe dovuto attendere il Novecento per costituire oggetto di una disciplina specifica, la linguistica forense.