

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**3/2021**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida. Il testo completo del codice etico è consultabile su <https://sistemapenale.it/it/codice-etico>

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2021, p. 5 ss.

## INDICE DEI CONTRIBUTI

S. QUATTROCOLO, <i>La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo in absentia e dei relativi rimedi</i> .....	5
D. PULITANÒ, <i>Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica</i> .....	21
A. BALSAMO – A. MATTARELLA, <i>Criminalità organizzata: le nuove prospettive della normativa europea</i> .....	35
M. BARGIS, <i>Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura</i> ...	63
M LANOTTE, <i>Sistema penale-tributario per la protezione degli interessi finanziari europei: adeguato e rispondente agli obblighi comunitari</i> .....	109
L. BARILE, <i>Appropriazione indebita di file informatici: tra interpretazione estensiva e divieto di analogia il diritto penale è ‘cosa mobile’</i> .....	139
N. GALANTINI, <i>Alla ricerca della ‘inutilizzabilità derivata’</i> .....	151
M. GRIFFO, <i>Quale connessione per la utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi ai sensi dell’art. 270 c.p.p.? Inevitabile una nuova investitura delle Sezioni unite</i> .....	165
* * *	
SCHEDE	
B. FRAGASSO, <i>Sulla retroattività dell’overruling in materia processuale, tra soggezione del giudice alla legge e giusto processo</i> .....	183



**LA CORTE DI CASSAZIONE SVELA IL VERO VOLTO  
DELLA RESCISSIONE DEL GIUDICATO?  
DUE RECENTI PRONUNCE SEGNANO UNA SVOLTA INTERPRETATIVA  
NEL SISTEMA DEL PROCESSO IN ABSENTIA E DEI RELATIVI RIMEDI**

*Nota a [Cass., Sez. un., sent. 28 novembre 2019 \(dep. 17 agosto 2020\),  
n. 23948, Pres. Carcano, est. De Stefano](#)  
e a [Cass., Sez. V, sent. 15 settembre 2020 \(dep. 9 novembre 2020\),  
n. 31201, Pres. Vessichelli, Rel. Pistorelli](#)*

di Serena Quattrocolo

*Due recenti pronunce della Suprema Corte hanno offerto un contributo molto rilevante e certamente originale alla ricostruzione della disciplina del processo senza imputato e del relativo rimedio, la rescissione del giudicato. Si va delineando, nella sfera giurisprudenziale, un netto superamento del dato normativo, nel tentativo di stabilire una lettura del 'sistema dell'assenza dell'imputato' in termini coerenti con la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché della Corte costituzionale italiana. Il commento cerca di offrire una lettura congiunta dei due provvedimenti, nell'ottica di una ricostruzione complessiva degli istituti.*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Riflessioni procedurali. – 3. Il percorso interpretativo tracciato da Sezioni Unite e Sezione V. – 4. Assenza e rescissione in un quadro convenzionalmente compatibile? – 5. Considerazioni conclusive.

**1. Premesse.**

Negli ultimi mesi del 2020 sono state depositate due importanti pronunce, una delle Sezioni Unite e, l'altra, della quinta Sezione della Corte di cassazione, che costituiscono fondamentali tasselli nella complessa e perdurante ricerca di una chiara identità dell'istituto dell'assenza dell'imputato, introdotto con la legge 67/2014. La prima delle due decisioni, Cass. SU 23948/20, Darwish, già segnalata in questa Rivista al tempo del deposito<sup>1</sup>, costituisce un approdo essenziale con riguardo al valore dell'elezione di

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019 (dep. 17 agosto 2020), n. 23948, imp. Ismail Darwish, in questa *Rivista*, 7 settembre 2020.

domicilio – in particolare, presso il difensore d’ufficio – indicata dall’art. 420-*bis* c.p.p. come rilevante indice di conoscenza del procedimento da parte dell’imputato non comparso in udienza preliminare. Prendendo le mosse da quella pronuncia – che, come si vedrà, ha offerto un quadro rielaborativo dell’intera disciplina in questione – la quinta Sezione ha poi ‘rimodellato’ l’istituto della rescissione del giudicato, con implicazioni sistematiche di grande rilevanza, cui sarà dedicata precipua attenzione.

Infatti, con la seconda pronuncia, 31201/20, Ramadze, la quinta Sezione della Corte di cassazione è stata chiamata a intervenire nel dibattito sulla natura e sulle funzioni dell’istituto della rescissione del giudicato. Il giudizio prendeva le mosse dal ricorso, proposto dal condannato, avverso l’ordinanza<sup>2</sup> della Corte d’appello di Firenze, di rigetto della sua istanza di rimozione del giudicato *in absentia*.

Il provvedimento impugnato aveva laconicamente rigettato l’istanza, tempestivamente presentata dal condannato (14.12.2018), a seguito di notificazione del decreto del p.m. di computo del presofferto. Si legge, nella concisa motivazione della corte territoriale, che il rigetto era basato sulla ritenuta assenza dei presupposti previsti per la rescissione del giudicato, essendosi legittimamente proceduto in assenza dell’imputato, il quale aveva eletto domicilio presso il difensore nominato d’ufficio. La Corte d’appello di Firenze rilevava, in forza dell’art. 420-*bis* c.p.p., la sussistenza della conoscenza del procedimento da parte dell’allora imputato, nonché la mancata dimostrazione dell’incolpevole ignoranza del processo, che graverebbe sull’istante, il quale, peraltro, aveva trasgredito all’obbligo assunto, in sede di elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio *ex art.* 161 c.p.p., di comunicare all’autorità procedente ogni successivo mutamento. Proprio tale trasgressione rappresenterebbe, secondo la Corte territoriale, l’indice della responsabilità del ricorrente nella mancata conoscenza del processo, ostativa all’accoglimento della richiesta di rimozione della sentenza definitiva di condanna.

Alla luce di tale argomentazione, l’interessato presentava ricorso per cassazione avverso l’ordinanza della Corte d’appello di Firenze, al solo fine di sollevare questione di legittimità costituzionale dell’art. 629-*bis* c.p.p., poiché, subordinando il rimedio che rimuove il giudicato *in absentia* alla verifica della incolpevole ignoranza del processo da parte dell’imputato, contrasterebbe con l’art. 6 § 3 Cedu (e con la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana). Infatti, il dettato convenzionale pone, quali condizioni di legittimità del processo *in absentia*, la certezza della conoscenza del processo e l’inequivoca volontà dell’imputato che si proceda in sua assenza, a prescindere

---

<sup>2</sup> Circa la dubbia natura del provvedimento che conclude il procedimento in camera di consiglio, in relazione al richiamo testuale all’art. 640 c.p.p., v., tra gli altri, M. BARGIS, [Lritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei deputati](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2015, p. 11; P. SPAGNOLO, *La rinnovata fisionomia della rescissione del giudicato*, in M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Torino, 2018, p. 142; come poi confermato dalla prassi, A. PRESUTTI, *sub art. 629 bis c.p.p.*, in G. Illuminati, L. Giuliani, *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Milano, 2020, p. 3116, osserva «più che alla forma della decisione, la questione attiene al suo regime di impugnazione».

dall'eventuale colpa di quest'ultimo (e dalle modalità di accertamento processuale della medesima)<sup>3</sup>.

## 2. Riflessioni procedurali.

La vicenda processuale presenta, di per sé, un profilo assai interessante, con riguardo all'ammissibilità del ricorso consistente in un unico motivo, volto a sollevare esclusivamente censura di illegittimità costituzionale di una norma applicata nel giudizio di merito e al susseguente esito del procedimento innanzi alla Corte di cassazione. Pur apparentemente al di fuori del tema qui più specificamente oggetto di attenzione – ovvero la portata interpretativa dell'art. 629-bis c.p.p. – pare opportuno sottolineare una certa 'peculiarità procedimentale' della decisione in commento, che deriva dall'intrinseco rapporto tra impugnazione proposta e questione di costituzionalità.

In primo luogo, la quinta Sezione ha ripreso il principio di diritto espresso dalla risalente S.U. 2958/1984, Galli<sup>4</sup>, che aveva sancito l'ammissibilità del ricorso fondato sulla sola doglianza costituzionale, quando, attraverso la rimozione della disposizione censurata, esso miri ad ottenere un risultato più favorevole per l'imputato. La decisione in commento riporta anche alcune pronunce successive, di sezioni semplici, che, riprendendo il dettato della composizione plenaria, ribadivano la centralità – ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione 'a motivo unico di incostituzionalità' – della rilevanza della questione sollevata dal ricorrente ai fini della definizione del giudizio pendente<sup>5</sup>.

Peraltro, la rilevanza della questione sollevata, in questa sede, è quanto mai evidente, mirando alla censura dell'art. 629-bis c.p.p. nella parte in cui subordina, appunto, il rimedio restitutorio alla condizione della non colpevole ignoranza del processo. Nessun dubbio, quindi, esprime il Supremo Collegio rispetto all'ammissibilità della questione, dichiarandola, poi, però, manifestamente infondata per le ragioni ampiamente sviluppate nei paragrafi 3-6 della motivazione, cui saranno dedicati i paragrafi successivi.

Merita, tuttavia, attenzione il dispositivo della sentenza in commento che – prese le mosse dall'*incipit* del paragrafo 6, ove si afferma che «alla manifesta infondatezza dell'eccezione di legittimità costituzionale non può conseguire il rigetto del ricorso» – dispone l'annullamento con rinvio per nuovo esame dell'ordinanza impugnata. Risulta non chiara, nel suo fondamento normativo, la scissione tra infondatezza dell'unico motivo proposto e rigetto del ricorso che lo propone ... Certo, per le ragioni meglio illustrate qui di seguito, il Collegio ha ritenuto che l'interpretazione dell'art. 629-bis c.p.p. operata dalla Corte di Firenze sia erronea, proprio in quanto contraria al dettato

---

<sup>3</sup> Per una recente e completa ricostruzione, v. A. PROCACCINO, [Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggestioni europee e problemi nazionali](#), in *Leg. pen.*, 16 dicembre 2020.

<sup>4</sup> Cass. Sez. Un., 24 marzo 1984, n. 2958, Galli, in *Giust. pen.*, 1984, II, 321.

<sup>5</sup> Cass. Sez. I, 11 novembre 2009, 45511, Papandrea; Sez. VI, 31 marzo 2008, 31683, p.m. in proc. Reucci.

convenzionale e costituzionale: l'esegesi corretta, delineata dalla decisione in commento, invece, renderebbe la disposizione censurata pienamente compatibile con le norme sovraordinate, determinando la manifesta infondatezza della questione.

A questo punto sembra innestarsi nel ragionamento della Corte un ulteriore passaggio che spinge all'accoglimento del ricorso per andare a correggere l'interpretazione dell'art. 629-*bis* effettuata dalla Corte fiorentina, eliminando il contrasto convenzionale e costituzionale che si perpetuerebbe se l'ordinanza rimanesse in vita, pur in assenza, apparentemente, di un *petitum* del ricorrente. Indubbiamente, la situazione fronteggiata dalla quinta Sezione presentava numerosi profili di complessità. Per un verso, difficilmente il ricorrente avrebbe potuto formulare altro o diverso motivo di ricorso, se non sulla scorta – certo piuttosto 'stiracchiata' – della apoditticità della motivazione dell'ordinanza della Corte d'appello, basata su un 'automatismo valutativo' proprio censurato dalla quinta Sezione, come si vedrà nel prosieguo.

Né il promovimento del giudizio di costituzionalità, con trasmissione degli atti alla Corte, avrebbe con elevata probabilità mutato lo scenario: se, infatti – avvalorando la lettura del sistema dell'assenza operata dalle recenti SU Darwish, e l'interpretazione dell'art. 629-*bis* c.p.p. che ne discenderebbe logicamente, secondo la quinta Sezione – la Corte costituzionale avesse verosimilmente ritenuto la questione infondata, l'esito non sarebbe stato diverso. Con il ritorno degli atti, la quinta Sezione si sarebbe trovata nella medesima situazione, ovvero di fronte al rischio di lasciar sopravvivere un provvedimento fondato su un'interpretazione della legge superata dalla giurisprudenza successiva all'atto impugnato ... Solo l'accoglimento della questione di costituzionalità – aleatorio, però, alla luce degli sviluppi interpretativi che stanno, appunto, consolidandosi – avrebbe garantito al ricorrente una rivalutazione dell'istanza rescissoria, secondo un'interpretazione dell'art. 629-*bis* c.p.p. certamente conforme a Costituzione e Convenzione europea.

La via percorsa dalla decisione in commento, apertamente ispirata ad un risultato 'di giustizia', supera però nettamente il sentiero al tempo tracciato dalle richiamate S.U. Galli, ove il giudice della legittimità, pur giudicato ammissibile il ricorso, volto esclusivamente a sollevare incidente di costituzionalità, ritenendo quest'ultimo infondato, si era visto costretto a rigettarlo<sup>6</sup>. Qui, invece, l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata rende certamente fruibili, per il ricorrente, gli effetti favorevoli di una giurisprudenza formatasi successivamente alla pronuncia di tale provvedimento, rimettendo alla Corte territoriale la rivalutazione dei fatti allegati dal condannato, alla luce di un diverso orientamento esegetico, asseritamente compatibile con i principi costituzionali e convenzionali. Sarà interessante verificare come la Corte d'appello di Firenze si pronuncerà nel rinvio disposto dalla quinta Sezione.

Questa 'digressione procedurale', lungi dal deviare dal tema principale della presente riflessione, ci porta proprio in *medias res*, poiché le considerazioni fin qui svolte sono incentrate sulla convinzione, espressa dalla sentenza in commento, che

---

<sup>6</sup> L'ultimo paragrafo della motivazione recita espressamente: «siccome l'unico motivo di impugnazione addotto consiste appunto nella disattesa illegittimità della norma di diritto applicata sul punto della sentenza contestato, il ricorso deve essere necessariamente rigettato».

l'interpretazione dell'art. 629-*bis* c.p.p. ivi promossa sia tale da superare ogni dubbio di compatibilità – costituzionale e convenzionale – del nuovo rimedio restitutorio avverso la mancata conoscenza del processo. Verifichiamo dunque la condivisibilità di tale assunto.

### 3. Il percorso interpretativo tracciato da Sezioni Unite e Sezione V.

L'analisi svolta in motivazione ripercorre dettagliatamente i passaggi dell'articolata vicenda, giurisprudenziale e normativa, che ha caratterizzato la disciplina italiana del processo *in absentia*, negli ultimi 35 anni. Prendendo le mosse dal quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la pronuncia ricostruisce la genesi e i capisaldi della tutela del diritto dell'imputato ad essere presente al proprio processo e, dunque, le rigide condizioni di legittimità del pur possibile processo senza imputato. Particolare attenzione è prestata, dunque, alla declinazione, nella giurisprudenza di Strasburgo, dei due parametri fondamentali: la certa, effettiva informazione dell'imputato circa la *vocatio in ius* e l'inequivocabile volontarietà della rinuncia dell'interessato a comparire in giudizio. La ricostruzione del quadro, con un particolare *focus* sul profilo degli oneri probatori eventualmente gravanti sul condannato, rispetto alla mancata conoscenza del processo, è prodromica all'approfondimento del tema dei rimedi avverso le decisioni adottate al di fuori delle ipotesi convenzionalmente legittime.

Il § 3 della decisione afferma, infatti, che proprio «l'esigenza di assicurare un rimedio effettivo al contumace 'inconsapevole' è stata la causa della profonda riforma» che ha dapprima riscritto l'art. 175 comma 2 c.p.p., con il d.l. 17/2005, conv. in l. 60/2005, e poi portato, anche in termini più ampi, alla successiva sostituzione dell'intera disciplina contumaciale, con la l. 67/2014. La pronuncia ricostruisce tutti i passaggi intermedi, attraverso i quali, anche dopo l'epocale riforma del 2005, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha contribuito a delineare la disciplina dei rimedi restitutori, ispirando altresì la Corte costituzionale italiana che, nella nota sentenza 317/2009, aveva riconosciuto la prevalenza dell'interesse dell'imputato contumace ignaro sulla stabilità della decisione definitiva.

Svolto questo *excursus*, il *focus* della riflessione si sposta sulla ricostruzione della disciplina vigente, nel tentativo di individuare la corretta interpretazione dell'art. 629-*bis* c.p.p. all'interno della cornice del 'nuovo' procedimento *in absentia*. Tale cornice è stata dettagliatamente delineata, secondo l'estensore, nella recente pronuncia delle SU, Ismail Darwish, depositata nell'agosto 2020<sup>7</sup>, che ha risolto il contrasto tra gli opposti orientamenti giurisprudenziali in materia di efficacia dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, ai fini della legittima declaratoria di assenza.

Infatti, in quella sentenza, le Sezioni Unite non solo hanno minuziosamente ricostruito la genesi e l'evoluzione della disciplina contumaciale nel nostro ordinamento,

---

<sup>7</sup> Cass., Sez. Un., Ismail Darwish, cit.

ma si si sono spinte ad offrire una lettura ‘potenziata’ del vigente sistema dell’assenza. Ecco cosa si intende per ‘potenziata’.

Secondo il Supremo Collegio, gli indici enunciati dall’art. 420-*bis* c.p.p., quali segnali dell’esistenza di un rapporto tra l’imputato e il procedimento, andrebbero sottoposti a duplice operazione interpretativa. In primo luogo, tali indici, lungi dal costituire presunzioni di conoscenza del processo<sup>8</sup> – come pur adombrato dalla giurisprudenza che le stesse SU ritengono più diffusa<sup>9</sup> – andrebbero invece considerati elementi per il raggiungimento della necessaria certezza della conoscenza dell’atto introduttivo del processo. Infatti, sulla base di una notifica dell’atto di *vocatio in ius* rituale ma avvenuta con modalità diversa dalla consegna *brevi manu*, tali indici significherebbero, semplicemente, che «è ragionevole ritenere che l’imputato abbia effettivamente conosciuto l’atto»<sup>10</sup>.

Inoltre, dovrebbe considerarsi «del tutto inconsistente» il dato letterale dell’uso alternativo, da parte del legislatore, dei termini ‘processo’ e ‘procedimento’, nell’art. 420-*bis* e nelle altre disposizioni che concorrono a regolare la disciplina dell’assenza. Con una serie di richiami testuali, la ricordata sentenza afferma che, con l’uso promiscuo del termine «procedimento» il legislatore «non intende affatto indicare espressamente una nozione più ampia di quella di processo»<sup>11</sup>.

Questa duplice precisazione concorrerebbe a confermare la discontinuità<sup>12</sup> tra la precedente disciplina contumaciale – che consentiva di procedere senza imputato in caso di mera conoscenza legale garantita da una qualsiasi notifica, purché rituale – e l’attuale regime nel quale, laddove «non sia acquisita la certezza della conoscenza della chiamata in giudizio, il processo verrà sospeso». Come anticipato, la certezza della *vocatio in ius* sarebbe garantita – a prescindere dall’irrelevante dato letterale del riferimento normativo al processo o al procedimento – o dalla consegna *brevi manu*, o dal congiunto operare di una notifica non a mani e di uno degli indici dell’art. 420-*bis* c.p.p., specificamente verificati dal giudice procedente nella prospettiva della certezza, appunto. Ne consegue che, nella ricostruzione operata dalle Sezioni Unite nella decisione depositata lo scorso agosto, il vigente sistema sarebbe tale da garantire la sospensione del processo, *ex art. 420-*quater* c.p.p.*, ogni qualvolta non sia raggiunta la certezza della conoscenza dell’atto introduttivo<sup>13</sup>. In tale quadro, dunque, le ipotesi elencate dall’art. 420-*bis* c.p.p.

<sup>8</sup> Per nulla infrequente, però, il riferimento al termine «presunzione» in letteratura: v., tra gli altri, G. DI PAOLO, *I presupposti della rescissione del giudicato*, in P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie*, Torino, 2016, p. 223; A. PRESUTTI, *sub art. 629 bis c.p.p.*, cit., p. 3111.

<sup>9</sup> La decisione richiama Cass., Sez. V, 13 luglio 2017, n. 40848, Fanici e altro, rv. 271015-01; Sez. IV, 16 ottobre 2018, n. 49916, F., rv. 273999; Sez. II, 23 maggio 2018, n. 25996, Geusa, rv. 272987; Sez. II, 10 settembre 2019, n. 39158, Hafid Aiumin, rv. 277100; Sez. IV, 7 maggio 2019, n. 32065, Cc. Bianchi, rv. 276707-01; Sez. V, 7 luglio 2016, n. 36855, Baron, rv. 268322; Sez. V, 13 novembre 2015 (dep. 2016), n. 12445, Degasperri, rv. 266368-01; Sez. II, 25 gennaio 2017, n. 14787, Xhami, rv. 269554-01; Sez. II, 14 luglio 2016 - dep. 1° agosto 2016, n. 33574, Suso, rv. 267499. Si segnala che, anche in dottrina, tale orientamento era considerato prevalente: A. PROCACCINO, *Informazione e consapevolezza*, cit., p. 52.

<sup>10</sup> Cass., Sez. Un., Ismail Darwish, cit., § 13.2, p. 26.

<sup>11</sup> Ivi, § 10, p. 21.

<sup>12</sup> Ivi, § 7.3, p. 17.

<sup>13</sup> § 7, p. 16: «nel caso in cui, invece, non sia acquisita la certezza della conoscenza della chiamata in giudizio,

rappresenterebbero dei meri elementi valutativi – e non degli automatismi, delle presunzioni – attraverso i quali il giudice, a fronte di una notifica rituale, ma non a mani, dovrebbe spingersi a valutare se, nel caso concreto, l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza del processo. Insomma, nella 'zona grigia' che intercorre tra l'evidente valore accertativo della consegna a mani dell'atto introduttivo e la sospensione prevista dall'art. 420-*quater* c.p.p. (che letteralmente recita «fuori dai casi previsti dagli articoli 420 *bis* e 420 *ter*...»), modellandosi come ipotesi di chiusura, in continuità con l'assenza), si apre un ampio spazio accertativo nel quale gli indici dell'art. 420-*bis* c.p.p. aiutano il giudice a valutare se, in presenza di una notifica non a mani, la *vocatio in ius* possa ritenersi comunque certamente conosciuta dal destinatario.

In particolare, poi, si ribadisce in quella decisione, il dato oggettivo della mera elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha, di per sé, alcun valore indicativo della conoscenza del processo da parte dell'imputato, come compendiato proprio nel principio di diritto stilato dalle SU<sup>14</sup>.

Fatto proprio questo principio di diritto e, in particolare, tutta la ricostruzione sulla quale esso si innesta, la quinta Sezione, nel caso Ramadze, procede, evidentemente, verso l'accertamento dell'infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente, ribadendo come il profondo mutamento di prospettiva alla base della declaratoria d'assenza influenzi, di conseguenza, anche tutto il quadro degli strumenti restitutori<sup>15</sup>, come già evidenziato dalle S.U. Burba<sup>16</sup>. In tale prospettiva, dunque, non andrebbe accreditato il dubbio – ritenuto dall'estensore semplicistico e frettoloso – pur da molte parti sollevato, che il nuovo rimedio, oggi confluito nell'art. 629-*bis* c.p.p., e basato sulla prova della «incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo», implichi un rischio di regressione delle garanzie per il condannato effettivamente ignaro<sup>17</sup>. Infatti, «il significato dei termini impegnati per descrivere i presupposti della rescissione deve invece essere calibrato sull'intenzione legislativa e, come ricordato, sulla funzione assegnata ai rimedi ripristinatori nel rinnovato sistema configurato dal legislatore sul centro di gravità costituito dall'accertamento preliminare

---

il processo verrà sospeso».

<sup>14</sup> P. 25: «La sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, da parte dell'indagato, non è di per sé presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza di cui all'art. 420-*bis* cod. proc. pen., dovendo il giudice in ogni caso verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla conoscenza del procedimento stesso».

<sup>15</sup> Sez. V, cit., § 4, p. 7.

<sup>16</sup> Cass., Sez. Un., 17 luglio 2014 (dep. 3 settembre 2014), n. 36848, Burba, in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2014.

<sup>17</sup> È noto che la riforma del 2014, nel suo complesso, sia stata giudicata severamente da buona parte della dottrina – difficile da richiamare qui nel dettaglio – che talvolta ha utilizzato espressioni molto icastiche: ha parlato di «truffa delle etichette» G. UBERTIS, *'Truffa delle etichette' nel processo penale: la 'contumacia' è diventata 'assenza'*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, IV, Milano, 2016, p. 226, mentre ha utilizzato l'espressione «passo indietro» G. GARUTI, *Ius superveniens e 'nuovo' processo in assenza*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1509. Con specifico riguardo al testo dell'art. 625-*ter* c.p.p., poi trasposto con lievi modifiche nell'odierno art. 629-*bis* c.p.p., M. BARGIS, [La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 163, parlava di «silenzii e sciatterie».

di conoscenza del processo da parte dell'imputato»<sup>18</sup>. Ne deriverebbe, come diretta conseguenza, che la locuzione «incolpevole mancata conoscenza» vada intesa dal giudice della rescissione come esclusione del rimedio nei soli casi in cui il condannato si sia «volontariamente posto nelle condizioni di non ricevere adeguata notizia del processo». Ai fini di tale indagine, gli indici dell'art. 420-*bis* c.p.p. non rappresentano, come già in precedenza chiarito dalle Sezioni Unite, automatismi applicativi avendo «il giudice della rescissione il compito di valutare [...] la sintomaticità dei comportamenti tenuti dall'imputato rimasto assente nel corso dell'intero processo»<sup>19</sup>.

#### 4. Assenza e rescissione in un quadro convenzionalmente compatibile?

La lettura congiunta delle due pronunce qui richiamate svelerebbe, dunque, come adombrato nel titolo, il vero volto della rescissione del giudicato. Ne scaturisce, infatti, una ricostruzione complessiva della disciplina dell'assenza e dei rimedi restitutori armoniosamente organizzata e incentrata su una *ratio legis* asseritamente evidente, tale da giustificare ripetute operazioni di superamento del dato letterale che, invece, sin da subito ha generato significativi dubbi interpretativi<sup>20</sup>: il *fil rouge* che lega le due sentenze richiamate è, infatti, la razionalizzazione, *a posteriori*, di tutte (*rectius*, di molte) le incongruenze riscontrate nella formulazione normativa della nuova disciplina dell'assenza e, in particolare, della rescissione del giudicato. Si tratta, tuttavia, di una operazione che – a prescindere, per il momento, dai risultati – forza il dato normativo.

Come già sottolineato, architrave dell'operazione interpretativa è l'assunto che i meccanismi degli artt. 420-*bis* e 420-*quater* c.p.p. funzionino in maniera perfettamente complementare, determinando la sospensione del processo ogni volta che non sia raggiunta la certezza della conoscenza della *vocatio in ius* (S.U. Darwish). Tale assunto è fondamentale anche ai fini della rilettura dell'art. 629-*bis* c.p.p., operata dalla quinta Sezione, poiché riallineerebbe la discrasia segnalata da molti commentatori<sup>21</sup>, tra presupposti del legittimo procedere in assenza, *ex* art. 420-*bis* c.p.p. – letteralmente consentito anche nel dubbio circa l'incontrovertibile conoscenza della *vocatio in ius*, sulla base degli 'indici' di conoscenza del mero procedimento – e, poi, il rimedio restitutorio, incentrato, invece, sulla mancata conoscenza, incolpevole, del solo atto introduttivo. Ciò determinerebbe, come implicita conseguenza, una profonda trasformazione dell'istituto dell'art. 629-*bis* c.p.p., che verrebbe, in fine, a rilevare e sanare una vera e propria

<sup>18</sup> Sez. V, cit., § 5.2, p. 8 ss.

<sup>19</sup> Sez. V, cit., § 5.3, p. 9.

<sup>20</sup> M. BARGIS, *La rescissione*, cit., p. 163, ricorda come la prima istanza di rescissione ammessa sia stata assegnata, con decreto del primo presidente della Corte di cassazione, alle Sezioni Unite (S.U. Burba, cit.), proprio per consentire un deciso intervento interpretativo sul lacunoso testo di legge.

<sup>21</sup> V., ad esempio, P. SPAGNOLO, *Un istituto nuovo ed uno vecchio: la rescissione del giudicato e la restituzione nel termine*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 643; EAD., *La rinnovata fisionomia*, cit., p. 147; H. BELLUTA, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, in M. Daniele, P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Torino, 2015, p. 268.

illegittimità<sup>22</sup>, essendosi proceduto *in absentia* in casi in cui, non raggiunta la certezza sulla conoscenza dell'atto introduttivo, si sarebbe invece dovuto sospendere il procedimento.

La premessa, tuttavia, si fonda su un passaggio interpretativo molto articolato. In nessun modo, infatti, la disciplina delle notificazioni all'imputato risulta modificata ai sensi della l. 67/2014 o di successive novelle, mentre l'interpretazione elaborata dalle Sezioni Unite Darwish esplicitamente sottrae alle forme di notificazione non a mani il valore di attestazione della conoscenza legale che il sistema, invece, vi attribuisce, investendo il giudice di un onere valutativo che non è contemplato dall'art. 420-bis c.p.p. O meglio, tale interpretazione sottintende che, ai soli fini della declaratoria di assenza, non qualsiasi forma di notifica sia sufficiente a dimostrare la conoscenza del processo da parte dell'imputato. E se è vero che da molte parti si è osservato come solo la notifica *brevi manu* sarebbe forma tale da garantire la condizione rigida, posta dalla giurisprudenza di Strasburgo, di certezza della conoscenza dell'atto di *vocatio in ius*, è altrettanto vero che né la l. 67/2014 né precedenti o successivi interventi normativi si sono spinti a prevedere questa quale unica, specifica, forma di notificazione degli atti introduttivi.

Allo stesso modo, pare difficile e potenzialmente rischioso affermare la irrilevanza dell'uso del termine 'procedimento' anziché 'processo'. Ancora una volta è evidente il senso dell'operazione, che riconduce quello che per lo più era parso un pericoloso e non del tutto consapevole balzo 'oltre l'ostacolo', a legittimità convenzionale, essendo rilevante, ai sensi dell'art. 6 §§ 1 e 3 Cedu la sola conoscenza del processo e non quella del semplice procedimento. In questa sede, infatti, l'interpretazione 'restrittiva' – che fa coincidere procedimento con processo – giova all'imputato e al condannato, ma è ben noto che altrove è proprio grazie al contesto più esteso del termine 'procedimento', che analogo effetto estensivo di certe garanzie si verifica ...

Coerente con questa impostazione e altrettanto 'rielaborativa' appare la lettura della locuzione «incolpevole mancata conoscenza», impiegata dall'art. art. 629-bis c.p.p. nel senso di 'volontaria sottrazione alla conoscenza del processo', locuzione peraltro utilizzata dal legislatore proprio nell'art. 420 bis c.p.p., nell'indicare un indice di chiusura che legittimano, secondo la lettura 'tradizionale' il giudice a procedere in assenza dell'imputato. Agganciandosi all'assunto esplicitato nelle S.U. Darwish, questa 'trasformazione' attiverrebbe la transizione della rescissione del giudicato verso uno strumento di denuncia di un vizio di legittimità. Infatti, se l'assunto di partenza è la sospensione del procedimento ove non ci sia certezza della conoscenza dell'atto introduttivo, l'imputato che si sia posto effettivamente in condizione di sottrarsi alla

---

<sup>22</sup> Mentre nella interpretazione letterale della legge, invece, si coglie la diversa prospettiva, perché «con la rescissione non si fa valere una invalidità della sentenza impugnata: P. SPAGNOLO, *Un istituto*, cit., p. 643; M. BARGIS, *La rescissione del giudicato*, cit., p. 165; F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, VII ed., Padova, 2014, p. 668; S. CHIMICHI, *Art. 625-ter: la rescissione del giudicato*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso (a cura di), *Le nuove riforme della giustizia penale*, Padova, 2014, p. 327 ss.

conoscenza del processo è un imputato che non conosce la citazione a giudizio, nei cui confronti si dovrebbe, allora, fare applicazione della sospensione *ex art. 420-quater c.p.p.* ... con conseguente black out del meccanismo restitutorio, che in questi casi non potrebbe essere riconosciuto. La scelta di agganciare la rescissione alla volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento funziona, invece, in modo più immediato se si ritiene che almeno uno tra gli indici del 420 bis c.p.p. – appunto la volontaria sottrazione alla conoscenza degli atti del procedimento – abbia (ancora!) l'effetto di legittimare il procedimento *in absentia* pur risultando non conosciuto l'atto introduttivo.

Fuori da questo caso, la mera conoscenza del procedimento non è (più), in questo quadro, legittimazione sufficiente a procedere in assenza dell'imputato il quale, ben avendo conosciuto il procedimento, potrà «ottenere»<sup>23</sup> (secondo la scelta lessicale operata dalla l. 103/2017) la rescissione del giudicato in tutti i casi in cui non si riscontri un suo atteggiamento volontariamente orientato ad escludere la conoscenza dell'atto introduttivo, mentre, al contrario, la lettera della legge suggerisce una lettura che nega l'accesso al rimedio in ogni caso in cui l'assenza dell'imputato «sia stata anche solo agevolata dalla negligenza del medesimo»<sup>24</sup>. Insomma, una rivoluzione quasi copernicana...

Rimane dubbio se, in questa prospettiva, potranno essere recuperate quelle situazioni che erano sempre rimaste fuori dall'ambito operativo del rimedio, ovvero i casi di impossibilità di portare a conoscenza del giudice procedente il legittimo impedimento<sup>25</sup>, non menzionate dal testo normativo. La transizione da «incolpevole mancata conoscenza» a 'non volontaria sottrazione alla conoscenza', infatti, non sembra lasciare molto spazio a queste ipotesi nelle quali l'attenzione non cade sul momento conoscitivo dell'atto introduttivo – che può indubbiamente essere certo – ma nella oggettiva e incolpevole impossibilità di partecipare al processo, che continua a rimanere condizione inidonea per l'accesso alla rescissione del giudicato.

---

<sup>23</sup> M. BARGIS, [I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei deputati](#), in *Dir. pen., cont.*, 19 ottobre 2015, p. 10, sottolinea questa come la più significativa novità nella configurazione sostanziale del rimedio; v. anche F. ALONZI, *Rescissione del giudicato: una nuova edizione non ancora soddisfacente*, in G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e 8/2016) alla legge Orlando*, Padova, 2017, p. 18, secondo il quale il mutamento lessicale implica una trasformazione di prospettiva, dall'ottica della domanda a quella della decisione, escludendo l'inammissibilità della richiesta in caso di mancata allegazione degli elementi valutativi.

<sup>24</sup> S. CHIMICHI, *Art. 625-ter, cit.*, p. 330.

<sup>25</sup> Condizione presa in considerazione, invece, dai rimedi *in itinere*: v. G. DI PAOLO, *I presupposti*, cit., 221 ss.; A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni e di restitutio in integrum* in D. Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Torino, 2014, p. 231; R. PUGLISI, *L'impedimento a comparire dell'imputato*, in D. Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 131. Sottolineava, peraltro, R. CASIRAGHI, *La rescissione del giudicato: molte questioni interpretative sul tappeto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 220, come un recupero in via interpretativa della pretermessa ipotesi di impossibilità di comunicazione del legittimo impedimento non sia scontata, data la natura tassativa del rimedio. Rimane altresì irrisolta l'ipotesi in cui il legittimo impedimento che l'imputato non è riuscito a portare a conoscenza del giudice si sia verificato dopo la comparizione in udienza preliminare, vista la condizione posta dall'art. 629 bis c.p.p. dell'assenza protratta «per tutta la durata del processo».

Questo dato suggerisce un'osservazione, riguardo ad una certa sovrapposizione, nella presentata giurisprudenza, dei due parametri convenzionali – certezza della conoscenza e inequivocabilità della rinuncia alla partecipazione – che finiscono per sfumare. Nell'approccio della Corte europea, infatti, l'indagine, difficilissima, sull'atteggiamento volitivo dell'imputato è concentrata nel secondo parametro, ovvero quello della consapevole scelta astensionistica. Il tema della conoscenza dell'atto introduttivo, in linea generale, è basato su una verifica fattuale del se e del come l'autorità abbia comunicato l'atto al suo destinatario. Del resto, la Corte europea è sempre stata esplicita nel ritenere l'informazione dell'imputato sulla *vocatio in ius* un onere gravante integralmente sull'ordinamento giuridico nazionale: liberi di darsi le regole ritenute più idonee, i legislatori devono trovare il modo di portare a conoscenza del destinatario l'atto introduttivo del processo. Se ciò accade, la consapevole scelta astensionistica dell'imputato legittima la celebrazione *in absentia*, talvolta anche sulla base di comportamenti concludenti, come altresì ricordato della sentenza qui in esame, con il richiamo ad alcune pronunce della Corte europea<sup>26</sup>. Se ciò non accade, si verifica una preclusione *in toto* alla celebrazione del processo. La Corte, peraltro, non pare escludere ipotesi di impossibilità di informare ufficialmente l'imputato della *vocatio in ius*: in tali casi, però, manca il primo necessario elemento per un legittimo processo contumaciale, con le conseguenze che ne discendono. È difficile, in verità, individuare una significativa casistica in cui i giudici di Strasburgo riconoscano che «la volontaria sottrazione alla conoscenza del processo costituisca legittimo presupposto per procedere in assenza dell'imputato»<sup>27</sup>. Piuttosto, in numerose sentenze, molte delle quali contro l'Italia, la Corte europea sembra aver costruito un test che si fonda, inevitabilmente, sulla conoscenza dell'atto introduttivo: le eccezioni che possono legittimare la prosecuzione del giudizio senza imputato si innestano, comunque, sul substrato di tale certa conoscenza, per riconoscere rilevanza all'eventuale scelta astensionistica, consapevole, di quest'ultimo<sup>28</sup>.

Per quanto nella realtà una netta distinzione tra le due situazioni, di volontaria sottrazione alla conoscenza del processo e di volontaria assenza dal processo, possa

---

<sup>26</sup> La sentenza richiama C. eur., dec. 4 dicembre 2001, Iavarazzo c. Italia e C. eur. 12 dicembre 2006, Battisti c. Francia. Quanto al ricorso Iavarazzo, dichiarato all'unanimità irricevibile, pare utile sottolineare che le doglianze formulate riguardavano due specifici profili, diversi dal diritto di partecipazione al processo dell'imputato. Per un verso, infatti, il ricorrente si doleva della violazione del proprio diritto di difesa, essendo stata ritenuta invalida la nomina del difensore di fiducia effettuata a mezzo telegramma; per altro verso, si contestava il rigetto della richiesta di esame del consulente tecnico della difesa, avanzata nel giudizio d'appello. Nella breve decisione, che non si occupa della natura contumaciale del processo subito dal ricorrente, un *obiter dictum* della Corte riconosce che «*l'impossibilité de communiquer avec l'accusé ne saurait être imputée aux autorités italiennes, étant due, au contraire, au fait que le requérant, dans la tentative de se soustraire à la juridiction d'un Etat adhérent au principe de la prééminence du droit, avait pris la fuite et était devenu introuvable*».

<sup>27</sup> Sez. V, p. 5. Tuttavia, il precedente, rilevante, ricordato in sentenza (v. nota precedente) è riferito ad atteggiamenti dai quali la Corte europea ha ritenuto desumibile la scelta consapevole di non partecipare, non la legittimità del procedere in assenza di un imputato volontariamente sottrattosi alla conoscenza del processo.

<sup>28</sup> A. PROCACCINO, *Informazione*, cit., p. 29.

apparire priva di rilevanza – dato l’ostentato disinteresse dell’accusato per il procedimento che lo riguarda – tutta la costruzione elaborata dalla giurisprudenza europea sembra reggere solo sul consolidamento di tale distinguo, come del resto pare ribadito<sup>29</sup>, senza dubbio, da uno dei più noti passaggi di C. eur. Sejdovic c. Italia, ovvero i §§ 87 e 88<sup>30</sup>, ove, al di fuori dell’ipotesi della notificazione *brevi manu*, il comportamento dell’imputato, nella fattispecie latitante, viene valutato insufficiente ai fini del riscontro dell’inequivoca volontà *di non partecipare al processo*, della quale, peraltro, è necessario che l’interessato comprenda appieno le conseguenze. Ecco l’elemento che differenzia la consapevole sottrazione allo svolgimento dal processo dalla consapevole sottrazione alla conoscenza dell’atto introduttivo del processo: solo con quest’ultima può venire l’effettiva comprensione delle conseguenze della propria eventuale rinuncia a partecipare al processo, indispensabile nell’opinione dei giudici di Strasburgo ai fini dello svolgimento del processo *in absentia*.

Peraltro, l’operazione interpretativa secondo la quale chi si sia volontariamente posto nelle condizioni di non ricevere adeguata notizia del processo dimostri «implicitamente di non volervi partecipare»<sup>31</sup> è resa meno immediata dal fatto che la Corte europea abbia sempre evitato di far riferimento, in tema di rimedi restitutori, all’atteggiamento volitivo del ricorrente. Un’indagine complessa, che certamente la pronuncia in commento tende opportunamente a spostare, in termini significativi, dalle spalle del condannato a quelle della Corte d’appello, rielaborando l’indicazione immediatamente venuta dalle S.U. Burba, che avevano già riconosciuto uno spazio istruttorio al giudice della rescissione – al tempo impersonato proprio dalla corte di legittimità – pur a fronte dell’onere di allegazione dei documenti comprovanti la mancata conoscenza della celebrazione del processo da parte dell’interessato<sup>32</sup>. Nello schema convenzionale, il rimedio consegue all’accertamento di mancata conoscenza, senza oneri valutativi – e, soprattutto, probatori, da parte dell’interessato – della sua sfera volitiva, in piena continuità con il dettato della regola n. 9 della risoluzione

---

<sup>29</sup> Sin dalla sentenza *Osu c. Italia*, 12 luglio 2002, la Corte europea aveva sottolineato come l’applicazione concreta dell’istituto (e della normativa correlata, nel caso di specie, in tema di sospensione feriale del decorso dei termini) potesse svuotare di efficacia il rimedio dell’art. 175 comma 2 c.p.p., nella sua versione originale.

<sup>30</sup> C. eur., GC, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*: «87. *The Court has held that where a person charged with a criminal offence had not been notified in person, it could not be inferred merely from his status as a “fugitive” (latitante), which was founded on a presumption with an insufficient factual basis, that he had waived his right to appear at the trial and defend himself (see Colozza, cited above, § 28). It has also had occasion to point out that, before an accused can be said to have implicitly, through his conduct, waived an important right under Article 6 of the Convention, it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be (see Jones, cited above). 88. Furthermore, a person charged with a criminal offence must not be left with the burden of proving that he was not seeking to evade justice or that his absence was due to force majeure (see Colozza, cited above, § 30). At the same time, it is open to the national authorities to assess whether the accused showed good cause for his absence or whether there was anything in the case file to warrant finding that he had been absent for reasons beyond his control.*».

<sup>31</sup> Sez. V, § 5.3, p. 9.

<sup>32</sup> Proprio nella formulazione impiegata dalle S.U. Burba, M. BARGIS, *La rescissione*, cit., p. 165, individuava una conferma dell’inversione dell’onere precedentemente stabilito dall’art. 175 comma 2 c.p.p., così come riformato nel 2005.

R(11)1975, ove la riapertura del processo celebrato *in absentia* è collegata all'emergere di un mero fattore indipendente dalla volontà dell'interessato...<sup>33</sup>.

Poiché tali oneri sono, invece, espressamente previsti dalla lettera dell'art. 629-bis c.p.p., era inevitabile, di fronte alla novella legislativa, segnalare perplessità per una scelta letterale che implica, sul piano del rimedio restitutorio, una condizione, per l'interessato<sup>34</sup>, decisamente più gravosa della precedente (a tutt'oggi in vigore per le ipotesi di opposizione al decreto penale di condanna non conosciuto)<sup>35</sup>. Ed era altrettanto evidente che l'esito dell'operazione novellistica sarebbe dipeso, in via prioritaria, dall'interpretazione che la giurisprudenza avrebbe offerto<sup>36</sup> del parametro dell'«incolpevole mancata conoscenza»<sup>37</sup>, così come, in termini più ampi, l'intera disciplina dell'assenza sarebbe stata legata al ruolo attribuito ai parametri dell'art. 420-bis c.p.p. Tuttavia, proprio il contrasto giurisprudenziale risolto dalle S.U. nella pronuncia Darwish dimostra come l'interpretazione oggi avvalorata anche dalla sentenza in commento non rappresenti affatto l'unico possibile risultato esegetico, a fronte di un dato normativo che ha un significato letterale assai diverso da quello proposto<sup>38</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive.

Quale il risultato raggiunto? Lo sforzo interpretativo operato dalla sentenza in commento, prendendo appunto le mosse dalla recente S.U. Darwish, è certamente ispirato a rendere il sistema dell'assenza e della rescissione del giudicato molto più affine al dettato convenzionale di quanto il legislatore del 2014 non abbia saputo fare<sup>39</sup>. L'esito

---

<sup>33</sup> Tra gli altri, E. LORENZETTO, [Violazioni convenzionali e tutela post iudicatum dei diritti umani](#), in *Leg. pen.*, 25 novembre 2016, p. 24; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate, per la celebrazione del rito*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 98 e 103. Ecco riemergere la questione, irrisolta, dell'impossibilità di portare a conoscenza del giudice il legittimo impedimento ...

<sup>34</sup> Senza dimenticare che la formula dell'art. 175 co. 2 c.p.p. previgente legittimava alla restituzione nel termine per proporre impugnazione coloro nei cui confronti fosse stata pronunciata una «sentenza contumaciale», ivi compresa quella proscioglitrice (R. CASIRAGHI, *La rescissione*, cit., p. 216).

<sup>35</sup> R. CASIRAGHI, *La rescissione*, cit., p. 221.

<sup>36</sup> J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti, l'istituto rimane problematico*, in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2014, p. 16; S. QUATTROCOLO, [Il contumace cede la scena all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, p. 106.

<sup>37</sup> Da molti definita anche «probatio diabolica»: tra gli altri, C. CONTI, P. TONINI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza 'consapevole'*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 518; P. SPAGNOLO, *Un istituto nuovo*, cit., p. 644; A. PROCACCINO, *Informazione e consapevolezza*, cit., p. 51.

<sup>38</sup> Si leggeva nella [Relazione predisposta dalla Corte di cassazione sulle novità legislative introdotte dalla l. 67/2014](#) (a cura di P. Silvestri, p. 41) che «quando, invece, [...], si abbia la prova della sola conoscenza da parte dell'imputato della esistenza del procedimento penale, il novellato art. 420-bis, cod. proc. pen. fa conseguire la possibilità di celebrare il processo in assenza, ma, al contempo, prevede rimedi restitutori ove si dimostri la incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo (art. 420-bis, comma 4)».

<sup>39</sup> R. CASIRAGHI, *La rescissione*, cit., § 4, secondo la quale l'insoddisfacente intervento normativo scarica sugli interpreti e, in particolare, sulla giurisprudenza, l'obbligo di rinvenire e attuare una interpretazione

dell'operazione è un netto rafforzamento delle garanzie dell'imputato, prima, e del condannato, successivamente, con la conferma di un significativo onere istruttorio e accertativo del giudice della rescissione rispetto alla condizione mentale (ovvero la volontaria sottrazione alla conoscenza del processo) di colui che non abbia partecipato, in nessuna fase o grado, al giudizio<sup>40</sup>.

Si deve però riconoscere che è una svolta che supera, talvolta rovesciandolo, il dato *normativo*. Non vi è dubbio, infatti, che, al di fuori della lettura complessiva recentemente offerta da Sezioni Unite e Sezione quinta, le caratteristiche del giudizio in assenza e, in particolare, della rescissione del giudicato, siano altre. Fuori da quella che potrà pur ritenersi la «verità nascosta»<sup>41</sup> che avrebbe guidato il legislatore, la l. 67/2014 e la successiva riforma operata dalla l. 103/2017 ci hanno consegnato strumenti diversi da quelli oggi riscritti dal Supremo Collegio. Nel rapporto tra art. 420-*bis* c.p.p. e art. 420-*quater* c.p.p. non emerge un meccanismo che dispone le sospensione del processo tutte le volte che il giudice non abbia acquisito la certezza della conoscenza dell'atto introduttivo, così come invece affermato dalle Sezioni Unite, poiché di certezza della conoscenza della *vocatio in ius* il testo di legge non parla: si può certamente accogliere l'invito, massimamente autorevole, a ritenere che questo fosse, invero, il fine perseguito dal legislatore, sulla scia della giurisprudenza europea, e ad adeguarsi a tale lettura, ma certamente non è ciò che emerge dalla lettera dei due articoli.

Allo stesso modo è indubbiamente migliorativa della posizione del condannato che presenti istanza di rescissione l'equivalenza, stabilita dalla pronuncia in commento, tra la nozione di «incolpevole mancata conoscenza» e «assenza di volontaria sottrazione alla conoscenza del processo», agganciata, peraltro, ad un ulteriore rafforzamento dell'onere valutativo in capo alla corte d'appello: ferma la difficoltà di provare un fatto negativo<sup>42</sup>, la prova fattuale contraria alla 'volontaria sottrazione' pare meno gravosa, soprattutto in un quadro di attenuata pretesa collaborativa nei confronti del condannato<sup>43</sup>.

Si tratta dunque di quella interpretazione convenzionalmente conforme, della cui possibilità si era dubitato, per via del dato letterale, ipotizzandosi proprio un intervento della Corte costituzionale?<sup>44</sup>

è davvero difficile esprimere un'opinione equilibrata. Per un verso, come anticipato, le due sentenze qui richiamate riscrivono completamente la disciplina dell'assenza, in tutte le sue declinazioni, superando il testo della legge sulla base di un argomento interpretativo non determinante, come quello della ritenuta volontà del

convenzionalmente conforme, entro il limite della legalità processuale.

<sup>40</sup> In questo senso v. R. CASIRAGHI, *La rescissione*, cit., p. 224.

<sup>41</sup> C. CONTI, *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto e spunti ricostruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 472. In termini analoghi, S. CHIMICHI, *Art. 625-ter*, cit., p. 336.

<sup>42</sup> G. DI PAOLO, *I presupposti*, cit., p. 223.

<sup>43</sup> C. CONTI, *Processo in absentia*, cit., p. 472 ss.

<sup>44</sup> M. BARGIS, *La rescissione*, cit., p. 168: «Con riguardo al delicatissimo profilo dell'onere probatorio in capo al richiedente, non si può neppure escludere un coinvolgimento della Corte costituzionale per l'impossibilità, di fronte alla lettera della legge, di dare un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'innovato procedimento *in absentia*».

legislatore, in un contesto, peraltro, contraddistinto da un significativo contrasto giurisprudenziale che, di per sé, attesta la non univocità del senso della disciplina normativa, al di là del dato letterale.

Per altro verso, non si può non riportare come l'eco della recente pronuncia delle SU circa l'insufficienza dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio a legittimare la prosecuzione del procedimento in assenza si sia rapidamente diffusa nelle sedi giudiziarie, inducendo un netto mutamento di atteggiamento. Tale dato assume un peso significativo nella valutazione dell'operazione interpretativa certamente *praeter legem* di cui sopra. In primo luogo, il lungo 'contenzioso' che ha visto, in passato, l'Italia difendersi, vanamente, nelle aule del *Palais de l'Europe*, ha fatto emergere come costante elemento contrario alla Convenzione la consolidata giurisprudenza in tema di art. 175 comma 2 c.p.p. (*ante* riforma), spingendo la Corte europea a sottolineare come l'istituto della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale fosse divenuto un rimedio inefficace per via del trend interpretativo consolidatosi. È evidente, infatti, che, ai fini convenzionali e ai sensi della particolare giurisdizione 'del caso concreto' della Corte europea, l'interpretazione 'libera' di una disposizione pur letteralmente incompatibile/aderente agli indici convenzionali, possa finire per determinare un esito in concreto soddisfacente/contrario all'art. 6 Cedu, a prescindere dalla formulazione normativa.

L'evoluzione interpretativa qui esposta, infatti – pur senza aver risolto tutti i dubbi che il testo dell'art. 629-bis ha nel tempo sollevato – è in linea generale ispirata ai capisaldi della giurisprudenza di Strasburgo e, pur forzando significativamente il dato normativo, non allarma perché si iscrive nel solido edificio di garanzie costruite a favore dell'assente inconsapevole.

Del tutto pleonastica, lo si sa, è la considerazione conclusiva di questa riflessione: pur volendo accogliere positivamente le nette sterzate interpretative che gli organi giurisdizionali, come in questo caso, sanno offrire, non si può non ricordare come il vincolo, oggi costituzionalmente rafforzato, del rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo gravi *in primis* sul legislatore. Se può essere rassicurante lo sforzo della giurisprudenza nel ricondurre a coerenza convenzionale testi normativi apertamente incompatibili, per altro verso può essere doveroso, in certi casi, domandarsi se certi testi meritino davvero di essere 'salvati'.



## IL PROBLEMA PRESCRIZIONE FRA PRINCIPI COSTITUZIONALI E POLITICA

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Il problema ‘prescrizione del reato’. – 2. Prescrizione e processo. – 3. Sospensione della prescrizione. – 4. Blocco della prescrizione. – 5. Tempi della giustizia e sistema penale.

### 1. Il problema ‘prescrizione del reato’.

**1.1.** Le riflessioni che qui propongo sul problema prescrizione sono, per così dire, al confine fra legittimità costituzionale e spazio della politica<sup>1</sup>. Punti di partenza sono principi condivisi, recepiti dalla giurisprudenza costituzionale.

*Cause di non punibilità*, come la prescrizione, *abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali, non necessariamente con disposizione espressa, purché l’esonero da pena sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco* (Corte cost. n. 148/1983). Viene in rilievo innanzi tutto il principio di legalità, principio di struttura dell’ordinamento penale (art. 25 Cost.), in tutti i suoi aspetti: riserva di legge, determinatezza, irretroattività *in malam partem*. La Corte costituzionale lo ha chiaramente affermato nel dialogo con la Corte di giustizia dell’Unione europea nella vicenda Taricco (ord. n. 24/2017 e sentenza n. 115/2018), e riaffermato nella sentenza n. 278/2020 sulla normativa dell’emergenza COVID.

Principi costituzionali pertinenti al problema prescrizione sono quelli (artt. 3 e 27) che la nostra civiltà giuridica riconosce come principi guida con riguardo a tutti gli istituti di cui si compone il sistema delle risposte al reato: *i principi sulle funzioni della pena e il principio d’eguaglianza nei suoi diversi significati*. Nella giurisprudenza costituzionale (da ultimo la citata sentenza n. 278/2020) è un riconoscimento significativo: rispecchia l’appartenenza della prescrizione, a pieno titolo, al campo dei problemi di conformazione delle possibili risposte a commessi reati.

La determinazione dei tempi di prescrizione *“appartiene alla discrezionalità del legislatore censurabile solo in caso di manifesta irragionevolezza o sproporzione rispetto alla gravità del reato”*: Si tratta di un bilanciamento tra valori di rango costituzionale: sono in gioco interessi sia dell’imputato, sia della comunità.

Problemi specifici di raffronto fra i tempi di prescrizione previsti per taluni reati, sollevati con riguardo al principio d’eguaglianza, sono stati decisi dalla Corte

---

<sup>1</sup> Fanno seguito a precedenti interventi nel dibattito. L’ultimo un anno fa: D. PULITANÒ, [Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia](#), in questa *Rivista*, 26 febbraio 2020.

costituzionale con sentenze sia di accoglimento<sup>2</sup> sia di rigetto<sup>3</sup>. Al di là dei problemi specifici, è ragionevole domandarsi se e che cosa i principi costituzionali abbiano da dire sul modello complessivo di disciplina della prescrizione.

Il tempo successivo al reato ha rilievo per tutte le cause di non punibilità sopravvenuta, fra le quali gli istituti che il codice penale raggruppa sotto l'etichetta di cause di estinzione del reato. Istituti eterogenei, accomunati dall'effetto sostanziale di inibizione o eliminazione delle conseguenze penali d'un reato commesso, in ragione di fatti *successivi*. Ciò che differenzia il problema prescrizione, è che la non punibilità viene collegata non a fatti specifici avvenuti nel tempo dopo il commesso reato, ma al semplice scorrere del tempo.

L'istituto prescrizione del reato poggia sulla condivisa valutazione che per la giustizia penale può essere una scelta saggia, a date condizioni, *tempori cedere*<sup>4</sup>: la rinuncia ad applicare la conseguenza del reato (la sanzione penale) che in un tempo ragionevole sarebbe stata legalmente dovuta. Come suggerisce l'etichetta (o metafora) di causa estintiva, la prescrizione è un estintore, come quelli previsti da un sistema antincendio: un presidio pensato per situazioni critiche, che in condizioni di buon funzionamento del sistema dovrebbe rimanere inattivo.

Si ataglia alla prescrizione anche la metafora del *farmakon*<sup>5</sup> – medicina o veleno – entrata in uso con riguardo al diritto penale in genere. Il farmaco della prescrizione ha ad oggetto il farmaco della pena; nei casi concreti può essere medicina o veleno, una risposta più o meno buona, più o meno cattiva, rispetto a problemi legati allo scorrere del tempo.

**1.2.** La disciplina della prescrizione costruita dal codice Rocco è stata oggetto di significative modifiche in anni recenti (2005, 2017, 2019), di segno diverso.

Il *problema prescrizione* riguarda tutto il tempo a partire dal momento in cui il reato è stato portato a compimento. Appunto il momento consumativo del reato è il *dies a quo* della prescrizione ai sensi dell'art. 158 c.p. Far decorrere la prescrizione dalla *notizia* di reato sarebbe una mossa pensata nell'ottica dell'autorità, un azzerare la rilevanza del tempo intercorso fra il commesso reato e la notizia ricevuta dall'autorità<sup>6</sup>.

Nel codice Rocco i tempi di prescrizione erano stabiliti in sede di parte generale, per *fasce di reati* raggruppati con riferimento a un certo *range* dei massimi edittali, considerati come indicatori delle valutazioni legislative di gravità dei fatti più gravi rientranti in un dato tipo di reato. Imprescrittibili i delitti puniti con l'ergastolo. Ne risultava un sistema (ancorché discutibile) coerente e strutturato.

---

<sup>2</sup> Corte cost. n. 143/2014. Nota di N. RECCHIA, [Le declinazioni della ragionevolezza nelle recenti decisioni della Corte costituzionale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 55 ss.

<sup>3</sup> Corte cost. n. 265/2017. [Nota](#) di F. LAZZERI in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2018.

<sup>4</sup> F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, Torino 2003.

<sup>5</sup> D. BIANCHI, [Limitless. Prescrizione e pretesa punitiva](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2020, p. 93.

<sup>6</sup> Come critica, basta l'esempio di Agostino divenuto vescovo, che confessa una giovanile partecipazione a un furto di frutta da un albero, a distanza di più decenni, in un testo fondante della nostra cultura (*Confessioni*, libro II).

La novella del 2005 ha modificato il criterio di struttura. I tempi di prescrizione dei delitti non sono più determinati da scelte 'di parte generale', ma sono fatti dipendere pedissequamente dalla contingente molteplicità e varietà dei massimi edittali stabiliti nella parte speciale. Solo per i reati meno gravi (le contravvenzioni e i delitti puniti con pena massima inferiore a sei anni) la scelta è operata compiutamente dal legislatore di parte generale.

Nel modello *per fasce* il riferimento ai massimi edittali era solo un ragionevole punto di partenza, preliminare ad una autonoma determinazione dei tempi di prescrizione in sede di parte generale, che tenesse conto della gravità comparativa dei tipi di reato. Il legislatore del 2005 ha nascosto questo problema, politicamente spinoso, dietro scelte (i massimi edittali) pensate in altra prospettiva.

Una seria politica del diritto penale richiederebbe di tornare a impostare il problema dei tempi di prescrizione come *problema autonomo*, sciogliendo il *linkage* rigido con i massimi edittali di pena, che rende oggi politicamente più difficile proporre abbassamenti di massimi edittali.

## 2. Prescrizione e processo.

**2.1.** La vigente disciplina processuale (art. 129 c.p.p.) prevede l'*immediata declaratoria di prescrizione* (e di altre cause di non punibilità) anche in assenza di un accertamento pieno e definitivo di responsabilità. La possibilità di rinunciare alla prescrizione, non prevista nel codice Rocco, è stata introdotta dalla Corte costituzionale (sentenza n. 275/1990). L'imputato ha diritto a un compiuto accertamento nel merito, che potrebbe sfociare in una sentenza di assoluzione piena, ed esercita questo diritto rinunciando alla causa estintiva. Si tratta di un diritto di cui viene fatto un uso assai parco, per comprensibili ragioni di prudenza. Anche persone *non colpevoli* accettano la chiusura del processo con declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

Sulla premessa che la prescrizione può funzionare come modo di *presidiare la ragionevole durata del processo*, ha preso corpo l'idea della prescrizione processuale, legata a tempi di durata del processo, nelle sue singole fasi<sup>7</sup>. A differenza del tradizionale istituto della estinzione del processo civile, che non pregiudica la possibilità di riproporre *ex novo* la medesima azione, la c.d. prescrizione del processo penale avrebbe come effetto voluto la preclusione definitiva di un nuovo giudizio per la medesima imputazione nei confronti della medesima persona. Ciò in concreto significa *non punibilità* dell'imputato che fosse autore dell'eventuale reato oggetto d'imputazione nel

---

<sup>7</sup> Ddl n. 260, presentato al Senato il 20.6.2001 dal sen. Fassone ed altri, e ddl n. 1302, presentato alla Camera dei deputati l'11.7.2001 dall'on. Kessler e altri. La stessa linea è stata ripresa in un disegno di legge del novembre 2009 sulla prescrizione del processo penale, etichettata nel linguaggio mediatico come *processo breve*. Riemerge nella discussione politica di questo periodo. O. MAZZA, [La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale](#), in questa *Rivista*, 21 gennaio 2020; A. DE CARO, [La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo](#), in *Archivio penale*, n. 1/2020.

processo dichiarato estinto. La formula ‘prescrizione del processo’ copre un *effetto sostanziale*.

Dietro le etichette, il problema è il criterio di determinazione dei tempi di prescrizione: lo pensiamo legato ai tempi del processo (alla sua ragionevole durata) o a ragioni relative al diritto penale sostanziale? Il principio di ragionevole durata del processo, iscritto nell’art. 111 Cost. novellato nel 1999, *non* è il fondamento storico di un istituto risalente nel tempo, né una ridefinizione del suo statuto costituzionale. Collegare la prescrizione del reato a un principio relativo al processo capovolge il rapporto fra processo penale e diritto penale sostanziale, fra strumento e fine.

2.2. I tempi del processo vengono in rilievo in quanto rilevanti rispetto al problema del *tempori cedere*. Nella vigente disciplina della prescrizione, la considerazione dei tempi del processo è alla base di istituti – interruzione e sospensione della prescrizione – che comportano di fatto un prolungamento del tempo necessario a prescrivere, al di là del tempo base collegato alla gravità del tipo di reato.

Al normale svolgimento del processo ha riguardo la disciplina degli atti interruttivi, dai quali riparte il tempo necessario a prescrivere. La novella del 2005, modificando il modello codicistico, ha differenziato per categorie soggettive il prolungamento massimo dei tempi in conseguenza di atti interruttivi. Ciò apre la possibilità di esiti diversi, a parità del decorso del tempo, persino fra concorrenti nel medesimo reato: condannato il recidivo, salvato il non recidivo.

La differenziazione per categorie soggettive non è coerente con le ragioni giustificative della prescrizione per decorso del tempo, legate alla gravità del reato e alla distanza temporale dal commesso reato. Differenziare i tempi effettivi di prescrizione per categorie soggettive evoca ragioni di prevenzione speciale, estranee alle ragioni dell’istituto, e calate in schemi presuntivi discutibili<sup>8</sup>.

Hanno pure riguardo al normale articolarsi del processo in più gradi le disposizioni introdotte dalla riforma Orlando del 2017 (art. 159 comma 3) come nuove ipotesi di sospensione della prescrizione, per tempi determinati, dopo le sentenze di primo e di secondo grado. Di fatto, si tratta di prolungamenti del tempo necessario a prescrivere, sottoposti a una disciplina diversa da quella collegata ai tempi di base di cui all’art. 157.

Il sovrapporsi dei due modelli di disciplina (interruzione e sospensione) come risposte al medesimo problema, incrina la coerenza tecnica della disciplina complessiva. Il problema sostanziale è sempre la determinazione complessiva dei tempi, comunque etichettata.

---

<sup>8</sup> Un’ipotetica questione di legittimità costituzionale potrebbe essere prospettata *in bonam partem*, con riferimento al principio d’eguaglianza/ragionevolezza.

### 3. Sospensione della prescrizione.

3.1. Gli istituti raggruppati sotto l’etichetta “sospensione del corso della prescrizione” formalmente sottraggono – di fatto aggiungono, con una disciplina diversa – un certo periodo di tempo dal computo della prescrizione, che “*riprende il suo corso dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione*” (artt. 159, comma 5). Il nucleo di base è la causa generale di sospensione “*nei casi di autorizzazione a procedere o di questione deferita ad altro giudizio, e in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o dei termini di custodia è imposta da una particolare disposizione di legge*” (art. 159 comma 1). Ipotesi specifiche sono disciplinate nei commi successivi.

Una questione di legittimità costituzionale è stata sollevata, con riferimento al principio d’irretroattività della legge penale, sulla normativa speciale emanata nell’emergenza pandemia del 2020, che ha previsto alcuni casi di sospensione temporanea della normale attività processuale, e vi ha espressamente collegato la sospensione della prescrizione. La Corte costituzionale la ha ritenuta infondata, pur riaffermando la pertinenza del principio di legalità sotto tutti gli aspetti, compresa l’irretroattività *in malam partem*. La *previa* base legale della sospensione della prescrizione sarebbe l’art. 159 comma 1.

Se la norma che fonda la sospensione della prescrizione, nel rispetto del principio d’irretroattività, è l’art. 159 c.p., quale rilevanza può essere attribuita alla legge successiva? Secondo la sentenza n. 278/2020 (§. 16) l’*avere fissato in modo espresso* (nella normativa d’emergenza) che la sospensione del processo comporta la sospensione della prescrizione, è un *non inutile* chiarimento; non dunque il fondamento della sospensione della prescrizione. Non avrebbe potuto esserlo, ostandovi il principio d’irretroattività. Sarebbe decisiva la “*collocazione della disposizione nell’alveo della causa generale di sospensione contenuta nell’art. 159, primo comma, cod. pen.*”. La breve durata della sospensione del decorso della prescrizione è stata ritenuta compatibile con il principio di ragionevole durata del processo, e con il principio di ragionevolezza e proporzione (art. 3, 1° comma, Cost.).

Davvero leggibile, nella *causa generale di sospensione* di cui all’art. 159 comma 1, un rinvio anche a sospensioni del processo che venissero introdotte da leggi future? La Corte costituzionale ha dato risposta affermativa (§. 13): “*al momento della commissione del fatto il suo autore sa ex ante che, se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell’applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione... la consapevolezza di questo automatismo è sufficiente ad assicurare il rispetto del principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost)*”.

È una motivazione sopra le righe: il nostro personaggio potrà non sapere nulla. Ciò che conta è che la legge vigente al tempo del fatto sia sufficientemente determinata, comprensibile per il destinatario. La *previa* determinazione legale, in materia di prescrizione, risponde a un’esigenza di *fairness* nel rapporto fra individuo e Stato, fra libertà e autorità: predeterminazione delle regole del gioco<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Ciò non significa possibilità di calcolare con certezza *ex ante* il tempo necessario a prescrivere, da parte di

I critici della sentenza hanno ravvisato una contraddizione: “*le disposizioni di legge richiamate, nel loro combinato disposto, concorrono a dettare la disciplina penale sostanziale della sospensione della prescrizione. La legge che prevede la sospensione del processo, considerato l’automatismo imposto dall’art. 159 co. 1 c.p., non è altro che la parte precettiva della legge penale sostanziale, come tale sottoposta alla regola della retroattività sfavorevole*”<sup>10</sup>.

3.2. La fattispecie di cui all’art. 159 comma 1 ha una struttura aperta, caratterizzata dal rinvio a norme d’altra natura: sono norme processuali, non penali, tutte quelle che disciplinano i casi di sospensione del processo, rilevanti per la disciplina della prescrizione. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>11</sup> hanno scritto che le particolari disposizioni di legge che impongono la sospensione del processo sono un mero *elemento normativo* della fattispecie cui consegue la sospensione. Elementi normativi della fattispecie, tipizzati dalla norma penale con rinvio a norme extrapenali o anche extragiuridiche, non perciò divengono *parte* della legge penale (si pensi alla disciplina dell’errore ex art. 47 u.c.).

È leggibile nell’art. 159 c.p. la possibile rilevanza di future cause di sospensione del processo? La risposta può essere affermativa: l’interpretazione del comma 1 consente di individuare (delimitare rigorosamente) le ‘sospensioni’ rilevanti ai fini della prescrizione. Il rinvio dell’art. 159 alla legge processuale va inteso come riferimento a una causa di sospensione che incide *sul singolo processo*, secondo il modello generale di causa di sospensione chiaramente leggibile nella disciplina penale vigente al tempo del fatto. Il lessico della sospensione non è di per sé decisivo<sup>12</sup>.

Nemmeno la sospensione dell’attività giudiziaria può di per sé essere tradotta in sospensione della prescrizione in tutti i procedimenti e processi pendenti, ai sensi dell’art. 159 comma 1. Su questa implicita ma inequivoca premessa le Sezioni Unite hanno formulato il principio di diritto sulla questione specifica di cui erano state investite, *relativa ai procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione*: la sospensione della prescrizione di cui all’art. 83 comma 3-bis del d.l. 18/2020 opera *esclusivamente con riferimento a quelli che siano pervenuti alla cancelleria nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020*.

chi sta per commettere un reato. La disciplina dell’interruzione e sospensione della prescrizione dà rilievo a variabili collegate ad eventuali vicende processuali.

<sup>10</sup> O. MAZZA, [La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile](#), in *Arch. Pen.*, n. 3/2020. Fra le voci critiche, G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale* (intervento in un corso organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, 2 febbraio 2021).

<sup>11</sup> Cass., S.U., 26 novembre 2020, dep. 10.2.2021, n.05292-21, in questa *Rivista*, 11 febbraio 2021, con scheda di G.L. GATTA, [Le Sezioni Unite, dopo la consulta, sulla sospensione emergenziale della prescrizione del reato: circoscritto l’ambito di applicabilità della disciplina](#).

In precedenza, G.L. GATTA, [Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull’art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell’art. 25, comma 2, Cost.](#), in questa *Rivista*, 26 dicembre 2020.

<sup>12</sup> Un esempio: i casi di ‘sospensione’ della prescrizione introdotti dalla riforma Orlando del 2017 sono prolungamenti del tempo necessario a prescrivere, non applicabili retroattivamente (e il legislatore non avrebbe potuto renderli tali, etichettandoli sospensione del processo).

L'informazione provvisoria sulla decisione delle Sezioni Unite aveva fatto pensare a un contrasto fra le due Corti<sup>13</sup>. Una ricomposizione ad unità appare possibile, leggendo nella sentenza delle Sezioni Unite l'approfondimento di problemi ermeneutici che la Corte costituzionale non ha affrontato. Al di là dei dettagli (dei problemi specifici della normativa speciale) interessa il senso del *dictum* delle S.U. con riguardo al problema della irretroattività *in malam partem*. Ciò che fonda la possibile rilevanza della disciplina processuale del 2020, in processi relativi (ovviamente) a fatti pregressi, è la concreta incidenza sul singolo processo, quale presupposto necessario dell'applicazione dell'art. 159, comma, 1 c.p., secondo una ragionevole lettura di tale fattispecie, costruita con elementi normativi.

In questi termini – e solo in questi termini – l'applicazione della normativa dell'emergenza può reggere alla censura di *surrettizio aggiramento del principio di irretroattività in peius*<sup>14</sup>. Per quanto concerne la legge processuale successiva, si pone un ulteriore, diverso problema: un controllo di legittimità alla luce dei principi del giusto processo. Appunto questo ha fatto la Corte costituzionale, controllando la misura della sospensione causa Covid alla luce del principio di ragionevole durata del processo.

#### 4. Blocco della prescrizione.

4.1. La più recente, più rilevante e più discussa novità normativa è la *sospensione del corso della prescrizione dalla data della sentenza di primo grado o dal decreto di condanna* (legge n. 3 del 2019). 'Sospensione' è qui un lessico fuorviante: quando si sia arrivati alla decisione in primo grado, la prescrizione non comincerebbe più a decorrere, e qualsiasi reato diverrebbe imprescrittibile.

La c.d. riforma Bonafede è entrata in vigore il 1° gennaio 2020. Si applica dunque ai reati commessi dopo tale data. Non sono toccati dalla riforma i delitti da ergastolo, imprescrittibili in via di principio.

Trattandosi di una riforma di un istituto del diritto penale sostanziale, il blocco della prescrizione di cui alla novella del 2019 va esaminato alla luce di ragioni (di politica del diritto, e di legittimità costituzionale) concernenti il diritto penale sostanziale<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> R. G. SANTALUCIA, [La sospensione delle prescrizione dei reati in tempi di pandemia. La Corte costituzionale promuove la legislazione dell'emergenza](#), in *Questione giustizia*, gennaio 2021.

<sup>14</sup> Formulata da N. MADIA, [La Corte costituzionale salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19](#), in *Giurisprudenza penale*, 2020.12.

<sup>15</sup> Nella discussione politica il blocco della prescrizione è stato collegato a prospettive di riforma del processo penale, finalizzate a maggiore efficienza e celerità. Molti approcci poggiano su ipotesi più o meno plausibili circa possibili effetti, auspicati o temuti, sul comportamento delle istituzioni del *law enforcement* e/o sulle scelte processuali degli imputati (riduzione di impugnazioni, più ampia scelta di riti alternativi?). Il collegamento del problema prescrizione all'efficienza del processo ha un aspetto paradossale: puntare sulla riforma del processo è una strada che dovrebbe evitare proprio i tempi lunghi resi possibili dal blocco della prescrizione.

4.2. Il più serio fra gli argomenti addotti a sostegno del blocco della prescrizione lo presenta come rimedio alla *“anomalia rappresentata da una prescrizione del reato che può maturare nonostante il processo sia in atto e lo Stato sta manifestando l’interesse ad accertare fatti e responsabilità, mentre le vittime, e la società con esse, stanno attendendo una risposta alle loro domande di giustizia”*. Se la prescrizione del reato *“sanziona il tempo che la collettività ritiene necessario per dimenticare”*, non dovrebbe più essere possibile dopo che sia *“iniziato il processo, che è il rito della memoria”*<sup>16</sup>.

Il messaggio trasmesso da questa formula presuppone che il rito istituzionale rispecchia la memoria sociale del reato e un conseguente (e persistente) bisogno di risposta. Ciò suona coerente con l’ideologia giuridica, ma non indiscutibile se guardiamo alla memoria e ai bisogni di giustizia realmente sentiti.

Nell’ordinamento italiano sono in via di principio imprescrittibili i delitti per i quali è previsto l’ergastolo: in concreto, strage e omicidi aggravati, delitti di massima gravità, per i quali la memoria perdura indefinitamente. Ma come valutare la prospettiva dell’eventuale imprescrittibilità (di diritto o di fatto) per delitti anche gravi, ma non *atrocissimi*? E per delitti meno gravi, per reati (anche contravvenzioni) bagatellari, per i quali un’imprescrittibilità *di principio* apparirebbe senz’altro eccessiva? È a questi livelli che il blocco della prescrizione produrrebbe i suoi effetti: cade su tempi abbastanza lontani dal commesso (o ipotizzato) reato, tanto da essere in via di principio considerati come tempi di prescrizione, cioè del venir meno delle conseguenze penali del reato.

Nella realtà sociale, memoria e oblio coesistono, si intrecciano, si sovrappongono nel medesimo tempo. Tempi e ragioni della memoria e tempi dell’oblio non sono separabili con un taglio netto. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 278/2000, ha fotografato questo intreccio, parlando di *affievolimento progressivo*, nel tempo, dell’interesse a punire.

L’idea che un esito di prescrizione non sia più accettabile, dopo che il rito istituzionale sia arrivato a una prima sentenza, sembra presupporre un’idea di giustizia per la quale lo scorrere del tempo, da quel punto in poi, perde rilievo. Nel bilanciamento fra ragioni dell’oblio e ragioni della memoria, a un certo punto il rito istituzionale afferma la prevalenza irrettrabile delle ragioni della memoria – più precisamente: del *law enforcement* penalistico – per qualsiasi reato, anche bagatellare e remoto nel tempo.

La metamorfosi del prescrivibile in imprescrittibile, generalizzata per qualsiasi reato, appiattisce situazioni nettamente diverse, tenute distinte dalla disciplina che differenzia i tempi di base della prescrizione avendo riguardo alla gravità dei tipi di reato. Sono differenziazioni che in via di principio vengono presentate come di giustizia, quantomeno come male minore: imprescrittibilità limitata ai i massimi delitti, prescrizione per gli altri, gravi e meno gravi, in tempi più o meno lunghi in ragione di differenti valutazioni sulla gravità dei tipi di reato e sulle ragioni della memoria sociale.

Bloccare la prescrizione di qualsiasi reato è una mossa coerente con l’idea di *certezza della pena come canone costituzionale*, enunciata dallo stesso ministro cui il

---

<sup>16</sup> G.L. GATTA – G. GIOSTRA, [Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo](#), in questa *Rivista*, 11 febbraio 2020. Citazione da p. 13.

linguaggio politico ha intestato il blocco, nella sintesi della relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019. *Certezza della pena*, dunque, come asserita traduzione del principio di legalità.

È una retorica autoritaria, che capovolge il significato liberale del principio di legalità. Il principio di legalità dice *nulla poena sine crimine*. Non dice *nullum crimen sine poena*. Legalità della pena significa predeterminazione legale dei modelli di risposta al reato, aperta alla possibilità di risposte anche diverse dall'applicazione della pena in concreto. Istituti della non punibilità hanno pieno e pacifico diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento costituzionale (si ricordi Corte cost. n. 148/1983).

Bloccare la prescrizione in via definitiva e a tutto campo, per qualsiasi reato dopo una prima sentenza, è una mossa propagandistica che trova consensi, divenuta simbolo del penale-spazza. Sul piano della politica del diritto non è ragionevole. Prefigura un uso dispersivo delle risorse disponibili per il *law enforcement*, all'inseguimento di responsabilità per fatti anche bagatellari, o che comunque hanno perso d'interesse attuale.

Prendiamo ad esempio il processo deciso dalle Sezioni Unite con la sentenza sulla normativa Covid, nel novembre 2020: è stata annullata senza rinvio, per prescrizione, una condanna a 1500 euro per porto abusivo di un coltello a serramanico il 18 aprile 2015. Se la giustizia ha a che fare con criteri di ragionevolezza e di proporzione nella commedia umana, casi di questo genere mostrano che la questione prescrizione può essere reimpostata con più sereno distacco.

È compatibile con gli artt. 3 e 27 Cost. il blocco della prescrizione? La censura si appunta sulla *metamorfosi da prescrivibile in imprescrivibile, svincolata da ogni criterio di proporzione e di finalismo*; sulla fuoriuscita dal modello di determinazione dei tempi di prescrizione ritenuti congrui dal legislatore, proporzionati alla gravità dei diversi tipi di reato; sulla possibilità astratta di un prolungamento indefinito della pendenza del processo, e di una sentenza di condanna in un tempo indefinitamente lontano dal fatto di reato, per qualsiasi reato. Parametri costituzionali di riferimento, gli artt. 3 e 27: i principi pertinenti alla pena e a tutti gli istituti che fanno parte del sistema di risposte al reato, richiamati anche dalla giurisprudenza costituzionale in materia di prescrizione.

La questione sarebbe ben agganciata a un *tertium comparationis*: il tempo di prescrizione risultante dal sistema legale, che, depurato dalla riforma Bonafede, è costruito secondo un criterio di proporzione, sia pure discutibile sotto tanti aspetti<sup>17</sup>.

## 5. Tempi della giustizia e sistema penale.

5.1. Come mostrano le discussioni di questo periodo, la questione prescrizione chiama in causa concezioni generali del diritto e della giustizia penale. Ha a che fare con il significato del tempo per la convivenza sociale. La dimensione temporale del vivere

---

<sup>17</sup> Nell'ottica processualistica che ha segnato il dibattito, sono stati evocati anche i principi relativi al processo, art. 24 e 111, nei quali alcuni hanno letto valenze anche sostanziali: A. DE CARO, *cit.*, cfr. in particolare p. 12 ss..

ha rilievo per i problemi di giustizia e per le possibili soluzioni: a livello normativo, nel *law enforcement*, nei rapporti fra persone cui il diritto è servente.

L'approccio ideologico al problema prescrizione parte dal tacito presupposto che la punizione legalmente prevista sia giusta per definizione, e giusta per sempre. L'evocazione di una giustizia punitiva ad oltranza risponde a sentimenti e risentimenti diffusi. Argomentazioni contro il blocco della prescrizione vengono stigmatizzate come ricerca di coperture per imputati più o meno eccellenti e potenti. È una preoccupazione ragionevole; non l'unica meritevole di considerazione con riguardo al problema dei tempi della giustizia.

La rilevanza del tempo successivo al commesso reato non emerge nella norma generale e astratta, che collega il precetto e la pena minacciata, ma è per così dire insita nella tecnologia penalistica. Emerge negli istituti che spezzano o modificano la sequenza fra reato e pena in ragione di fatti successivi al fatto illecito commesso (in particolare, ma non solo, condotte riparatorie)<sup>18</sup>. Il problema prescrizione si colloca per così dire al confine di questo campo: riguarda la rilevanza del puro e semplice scorrere del tempo per i problemi di giustizia penale.

Nella storia italiana la prassi della clemenza periodica<sup>19</sup>, per lungo tempo e con campo d'applicazione molto ampio, è servita ad alleggerire una macchina repressiva troppo pesante, pagando il prezzo di incrinare l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge. Tale strada è stata bloccata (di fatto) dalla riforma costituzionale del 1992 (unica eccezione, l'indulto del 2006). In questo contesto l'incidenza pratica della prescrizione è aumentata, nel bene e nel male, con effetti analoghi a quelli della clemenza periodica, quantitativamente più ridotti e più casuali. Di fatto, l'estintore della prescrizione funziona come *amnistia random*<sup>20</sup>.

Fare i conti con il passato può comportare per la giustizia penale problemi ancora più complessi, in passaggi storici fra regimi diversi o nella ricerca di vie d'uscita da situazioni fortemente conflittuali. Proprio nei passaggi più delicati per la ricostruzione della convivenza, l'esigenza astratta di giustizia si intreccia e si confronta con altre, e può accettare (storicamente ha accettato) compromessi o sacrifici<sup>21</sup> al cui confronto l'impunità per prescrizione appare insignificante.

---

<sup>18</sup> Hanno rilevanza attenuante il c.d. ravvedimento operoso (art. 56 u. c.) e il risarcimento o condotte riparatorie (art. 62 n. 6). Prospettive di non punibilità sono aperte, nei piani bassi del sistema, dall'oblazione speciale *ex art. 162-bis*, e da istituti più specifici che ne hanno perfezionato il modello (adempimento di prescrizioni dell'autorità in materia di lavoro e di ambiente). Nei piani intermedi (delitti di gravità non elevata) vengono in rilievo gli istituti costruiti in chiave di sospensione (sospensione condizionale della pena e sospensione del processo con messa alla prova), il meccanismo della procedibilità a querela con possibile remissione della querela, e il più recente istituto dell'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie (art. 162-ter). Altre cause di non punibilità sopravvenute sono previste da disposizioni di parte speciale.

<sup>19</sup> Nei primi decenni della Repubblica vi sono state concessioni di amnistia e di indulto nel 1953, nel 1959, nel 1963, nel 1966, nel 1970, nel 1978, nel 1981, nel 1986, nel 1990.

<sup>20</sup> Traggo questa formula da G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Roma-Bari 2020, p. 80.

<sup>21</sup> *Ex plurimis*, cfr. J. ELSTER, *Chiudere i conti*, Bologna 2008; P.P. PORTINARO, *I conti con il passato*, Milano 2011.

5.2. Il disagio di fronte a declaratorie di prescrizione, sentite come esiti *non* di giustizia, dipende (anche, non soltanto) dalla arbitrarietà della determinazione legislativa di tempi di prescrizione. Nessuna scelta appare ‘obbligata’. Ciò può dirsi anche per la determinazione delle pene edittali, ma il taglio secco fra il punire e il non punire per prescrizione, in un punto che non ha alcun significato specifico, produce effetti più radicali.

È ragionevole porsi il problema se il modello di disciplina possa essere articolato in modo diverso dalla dicotomia secca fra il punire e il non punire, distinguendo profili diversi delle risposte al reato.

Viene in particolare rilievo la diversità (la possibile tensione) fra le prospettive che riguardano l’imputato e quelle che interessano persone offese o danneggiate o la società.

Si pensi ai casi in cui l’imputazione è di delitti con evento naturalistico di danno (o di pericolo) che si assumono cagionati da condotte molto anteriori nel tempo. Un esempio vistoso sono i processi per morti cagionate (in ipotesi d’accusa) da esposizioni ad amianto: le lunghe latenze dei tumori da amianto allontanano enormemente i tempi del giudizio dai tempi delle condotte contestate. Per gli imputati – amministratori o dirigenti di un tempo lontano, in cui l’amianto poteva essere ed era largamente usato – anche qualora si arrivasse a una ben fondata affermazione di responsabilità (per delitto omissivo colposo) sarebbe francamente difficile riconoscere, dal punto di vista delle funzioni del diritto *penale*, un senso razionale a condanne a pene detentive (anche solo sulla carta, con pena sospesa) dopo trenta o quarant’anni da condotte che in ipotesi d’accusa sarebbero state colpose e causali. La condanna per colpe lontanissime non avrebbe alcuna valenza di prevenzione generale o speciale. Quanto al significato retributivo, sarebbe più che maturo il tempo dell’oblio. Ma non sarebbe maturo rispetto all’evento: sono in gioco interessi dei danneggiati, ed anche l’interesse della società per un *giudizio* relativo ad eventi significativi, non remoti nel tempo.

Avendo riguardo ai portatori di interessi offesi dal reato, un pur tardivo accertamento di responsabilità può avere senso, sia per il suo valore simbolico, sia (soprattutto?) come premessa della condanna al risarcimento.

Nel fare i conti con lo scorrere del tempo (e anche ad altri fini) scindere il giudizio di responsabilità dall’irrogazione di pena è una possibilità che può essere presa in considerazione dal legislatore, per la conciliazione di esigenze diverse e contrapposte. Nella sostanza, va già in questa direzione la possibilità del risarcimento del danno (art. 578 c.p.p) e della confisca (art. 578-*bis*) in assenza di una formale condanna, ma in presenza di un compiuto accertamento (Corte cost. n. 49/2015).

Anche con riguardo a delitti veri, non bagatellari, ragioni diverse da quelle del punire mantengono rilievo per tempi più lunghi. Le tensioni attorno al problema prescrizione dipendono anche dallo schematismo della disciplina in bianco e nero, là dove sarebbe possibile e ragionevole pensare distinzioni più articolate.

Prevedere l’*affermazione di responsabilità senza statuizione di pena* potrebbe essere una ragionevole soluzione intermedia, per esempio là dove il tempo di prescrizione collegato all’evento (il momento consumativo del reato) non sia scaduto, ma sarebbe scaduto con riferimento alle condotte.

Sono anche possibili (e auspicabili) eventuali articolazioni del trattamento sanzionatorio, che tengano conto del decorso del tempo, come ragione di *affievolimento progressivo* delle ragioni del punire, e quindi di revisione del rapporto di proporzione il commesso reato e la risposta al reato. Riduzioni di pena, secondo modelli già introdotti in altri ordinamenti, possono essere una strada ragionevole.

Riassumendo. La distanza temporale fra il reato e il giudizio, irrilevante per il giudizio sul reato, è rilevante per la risposta, che cade nei tempi della storia, della memoria sociale, della vita delle persone. Il *farmakon* prescrizione è un componente necessario del *farmakon* penalistico. Certo non è il trionfo della giustizia. È un modo di evitare l'ingiustizia e/o insensatezza di condanne e di punizioni fuori tempo massimo.

5.3. Strada maestra per politiche penali ragionevoli, nell'attuale contesto di risorse scarse e di (dis)funzionamento di un diritto penale ipertrofico, sarebbe una drastica restrizione dell'area del penalmente rilevante. La riduzione del carico sulla giustizia penale servirebbe anche a ridimensionare il problema prescrizione<sup>22</sup>.

Al di là del consenso su precetti che costituiscono il nucleo essenziale del diritto penale, e su principi generali di attribuzione di responsabilità, sono aperti sul piano delle politiche del diritto i problemi relativi all'ambito del penalmente rilevante e al sistema delle risposte al reato (sanzionatorie o d'altro tipo). Si può cercare di costruire (anche con adeguate decostruzioni) un sistema di diritto penale sostanziale che incanali il *law enforcement* verso obiettivi importanti; che mantengono importanza anche a distanza di tempo, nel contesto in cui viene emesso il giudizio.

Quale modello di disciplina adottare, quali tempi effettivi di prescrizione prevedere? Le riflessioni usuali dei penalisti ipotizzano scenari più o meno plausibili su mutamenti della personalità dell'autore del reato e/o del contesto, e propongono valutazioni dal punto di vista delle funzioni assegnate alla risposta al reato (retribuzione, prevenzione generale o speciale). Rileggere, oggi, le proposte avanzate nei progetti di riforma sui quali la cultura penalistica si è impegnata in un recente passato (progetti della Commissione Grosso del 2000<sup>23</sup>, della Commissione Pisapia nel 2007<sup>24</sup>) mostra i limiti di quanto abbiamo saputo fare, la difficoltà di fare i conti con il problema 'tempo e giustizia'. In questa riflessione ho ritenuto prioritaria – come punto di partenza – la critica sullo stato attuale, nelle norme e nei fatti: una messa in discussione del sistema vigente di risposte al reato, che va oltre il problema prescrizione.

La *pars costruens* è affidata al confronto fra concezioni diverse sul significato del tempo per il giudizio penale, nei suoi diversi (e distinguibili) aspetti: accertare e valutare fatti, esprimere un biasimo, punire, disporre risarcimenti e riparazioni. Prendere in considerazione il corso del tempo, come aspetto importante dei problemi di giustizia, è un punto significativo da considerare insieme a tanti altri. Il problema prescrizione dovrebbe essere impostato come problema specifico dentro i problemi di costruzione del

---

<sup>22</sup> G. GIOSTRA, *Prima lezione*, cit., p. 83.

<sup>23</sup> La relazione e il progetto sono pubblicati in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, p. 574 ss.

<sup>24</sup> In *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 7.

sistema di risposte al reato: si tratta di evitare che il *farmakon* penalistico produca effetti negativi (troppo negativi) in ragione del troppo tempo trascorso dal commesso delitto.

Potrebbe essere ragionevole, per evitare un attivarsi troppo tardivo della macchina istituzionale, prevedere che l'azione penale non possa essere esercitata dopo un certo termine dalla data dell'ipotizzato reato, più breve del tempo di prescrizione. L'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) non è d'ostacolo: si tratterebbe di prevedere, fra i presupposti dell'obbligo, un limite temporale.

L'effetto più pesante, che il *farmakon* della prescrizione dovrebbe prevenire, è l'incarcerazione troppo tardiva. A distanza di molto tempo dal commesso delitto, ha senso se si tratta di un delitto molto grave, per tipologia e per gravità in concreto. Per delitti non particolarmente gravi in concreto, a distanza di tempo sono sostenibili soluzioni che esprimano il biasimo e comportino il risarcimento, evitando l'incarcerazione. Parlo di delitti, e non di reati, immaginando (sognando?) un sistema penale sgravato dal carico di illeciti minori.

Per molti importanti tipi di delitto, sia nella vigenza del modello Rocco sia dopo la riforma del 2005 la prescrizione veniva applicata dopo che fossero trascorsi sette anni e mezzo dalla consumazione del reato. Prima della riforma del 2005, la gestione giudiziaria del bilanciamento fra circostanze premiava con la prescrizione il risarcimento del danno, in relazione a delitti significativi come l'omicidio colposo. Sette anni e mezzo: un tempo stretto per una macchina inefficiente; ma rispondente a esigenze non irragionevoli di limitazione del punire.

In un ripensamento del sistema, soluzioni più ragionevoli possono essere cercate superando il tradizionale modello dicotomico, nei modi accennati *supra*, § 5.2. Per la costruzione di modelli razionali c'è bisogno di tenere aperto il cantiere.



## CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: LE NUOVE PROSPETTIVE DELLA NORMATIVA EUROPEA

di Antonio Balsamo e Andrea Mattarella (\*)

SOMMARIO: 1. Dalla sottovalutazione delle mafie all'impegno globale nella lotta alla criminalità organizzata. – 2. L'impatto della Decisione quadro 2008/841/GAI sulle legislazioni nazionali: una armonizzazione solo apparente? – 3. Le prospettive di riforma della normativa europea. – 4. La recente risoluzione sui reati ambientali nel contesto della Convenzione di Palermo e la necessità di ripensare la tutela penale dell'ambiente in funzione della lotta alle ecomafie. Verso una nuova armonizzazione europea.

### **1. Dalla sottovalutazione delle mafie all'impegno globale nella lotta alla criminalità organizzata.**

In un recente saggio intitolato "Attacco all'Europa", il Vice Presidente di Eurojust, Filippo Spiezia, ha osservato che le mafie sono riuscite ad infiltrarsi abilmente nel tessuto economico e sociale di diversi Stati perché hanno sfruttato le debolezze del sistema, a partire dal deficit di comprensione dei caratteri tipici di questa forma di criminalità, con la conseguente incapacità di cogliere i dati sintomatici della sua operatività sul territorio.

Vi è stato quindi un clima di generale sottovalutazione delle mafie, considerate come un fenomeno essenzialmente italiano, ignorando le tracce della loro espansione all'estero.

Proprio questo clima ha permesso alle mafie di prosperare in maniera invisibile, ma inarrestabile, nei Paesi del Centro e Nord Europa, trovando nuovi canali per il riciclaggio, in un contesto nel quale lo strumento del mutuo riconoscimento per i provvedimenti di confisca è stato usato in pochissimi casi e la disomogeneità normativa sulle norme incriminatrici delle organizzazioni criminali ha introdotto ulteriori ostacoli nei meccanismi di cooperazione.

Da questa lucida diagnosi nasce la proposta di «una nuova cornice legale europea, che consenta di riconoscere, individuare e punire adeguatamente i tratti salienti che oggi esprimono i più agguerriti gruppi criminali: sono diventati transnazionali, sono in grado di esercitare forme pervasive di controllo su importanti settori dell'economia, anche fuori dei territori di origine, ed esprimono elevate capacità corruttive e di inquinamento delle istituzioni pubbliche»<sup>1</sup>.

---

(\*) Antonio Balsamo ha redatto i paragrafi 1 e 3, mentre Andrea Mattarella ha redatto i paragrafi 2 e 4.

<sup>1</sup> F. SPIEZIA, *Attacco all'Europa. Un atlante del crimine per comprendere le minacce, le risposte, le prospettive*, Piemme, 2020, p. 120-126.

È una riflessione che richiama da vicino quelle, di contenuto del tutto analogo, che sono state sviluppate nel nostro paese quando si è avvertita con forza l'esigenza di reagire a una diffusa sottovalutazione della dimensione nazionale e dell'influenza economica della mafia, considerata come l'espressione di una "cultura meridionale", quasi un "modo di essere" della società di determinate regioni del Sud, ovvero una «metafora di una supposta alterità dei codici culturali tradizionali rispetto ai valori del mondo moderno»<sup>2</sup>.

A questa percezione del tutto inadeguata del fenomeno si contrapponeva la visione, autentica e per certi versi profetica, espressa da un grande scrittore che conosceva in profondità il mondo Siciliano, come Leonardo Sciascia, il quale già all'inizio degli anni '60 scriveva: «Forse tutta l'Italia va diventando Sicilia ... A me è venuta una fantasia, leggendo sui giornali gli scandali di quel governo regionale: gli scienziati dicono che la linea della palma, cioè il clima che è propizio alla vegetazione della palma, viene su, verso nord, di cinquecento metri, mi pare, ogni anno ... La linea della palma ... Io invece dico: la linea del caffè ristretto, del caffè concentrato ... E sale come l'ago di mercurio di un termometro, questa linea della palma, del caffè forte, degli scandali: su su per l'Italia, ed è già oltre Roma ...»<sup>3</sup>.

Come è stato efficacemente osservato dalla dottrina nel quadro di una profonda riflessione sulla 'zona grigia' tra criminalità organizzata e società civile, la mafia appare tutt'altro che un fenomeno non esportabile, legato esclusivamente ad un territorio ed a una mentalità, avendo, invece, assunto le sembianze di un modello facilmente traslabile ovunque, anche in aree geografiche e contesti socio-culturali distantissimi da quelli del Sud della nostra penisola. Questa migrazione delle mafie non si può spiegare riduttivamente tramite la 'metafora del "contagio" proposta da una parte della riflessione sociologica. Per attecchire in un contesto molto diverso rispetto a quello d'origine, la mafia ha avuto bisogno prima di ogni cosa di appoggi esterni che le

---

<sup>2</sup> S. LUPO, *Mafia*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, 1996.

<sup>3</sup> L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, Einaudi, Torino, 1961. In proposito, v. anche il ricordo di Giampaolo Pansa, *I casalesi a Cuneo*, in *L'Espresso*, 25 settembre 2008: «Tanti anni fa si pensava che la mafia sarebbe rimasta confinata in Sicilia. E che la camorra e la 'ndrangheta non sarebbero uscite dalla Campania e dalla Calabria. Poi ci siamo accorti che non era così. Un italiano che aveva visto tutto per tempo è stato Leonardo Sciascia: grande scrittore e lucido pessimista, capace di guardare lontano. La prima volta che mi capitò d'intervistarlo fu per 'La Stampa' di Alberto Ronchey. Il direttore voleva pubblicare un colloquio con lo scrittore a proposito della mafia. E mi mandò in Sicilia. Era l'ottobre del 1970, trentotto anni fa. Andai a trovare Sciascia a Palermo. Tra le verità che mi offrì, una soprattutto mi colpì per la carica profetica. Lo scrittore mi domandò: "Conosce la teoria della palma?". Ammisi di no. Lui proseguì: "Secondo una teoria geologica, per il riscaldamento del pianeta la linea di crescita delle palme sale verso il nord di un centinaio di metri all'anno. Per questo motivo, fra un certo numero di anni, vedremo nascere le palme anche dove oggi non esistono". Gli chiesi: "Che cosa c'entrano le palme con la mafia?". Sciascia sorrise: "Anche la linea della mafia sale ogni anno. E si dirige verso l'Italia del nord. Tra un po' di anni la vedremo trionfare in posti che oggi sembrano al riparo da qualsiasi rischio. E anche al nord la mafia avrà gli stessi connotati che oggi ha in Sicilia. Qui da noi il mafioso si è mimetizzato dentro i gangli del potere. Una volta in Sicilia c'erano due Stati, adesso non ci sono più. Quello della mafia è entrato dentro l'altro. Un sistema dentro il sistema. Ha vinto il sistema di Cosa Nostra: più rozzo, più spregiudicato, più violento. E vincerà anche al nord"».

consentissero di penetrare nelle relazioni economiche, sociali e politiche di quel territorio e di assumere progressivamente il controllo delle attività repute più redditizie<sup>4</sup>.

Alla presa di coscienza culturale e sociale della reale natura e dimensione del fenomeno mafioso, fece seguito un coraggioso impegno di riforma della normativa italiana, che presenta oggi alcuni degli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata più avanzati in assoluto.

Non vi è dubbio, però, che la nuova frontiera del contrasto alle mafie si colloca sul contesto europeo e internazionale, dove negli ultimi anni si stanno manifestando importanti segnali di un “cambio di marcia” nella cooperazione tra gli Stati.

Estremamente significativo è, al riguardo, il contenuto della risoluzione 10/4 approvata il 16 ottobre 2020 dalla Conferenza delle Parti della Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale: per la prima volta in una risoluzione delle Nazioni Unite si parla di “dimensione economica” della criminalità organizzata transnazionale.

Si tratta di un concetto idoneo a ricomprendere molteplici profili, come:

- a) le radici economiche della criminalità;
- b) i mercati illegali gestiti dalle organizzazioni criminali;
- c) l’infiltrazione della criminalità organizzata nell’economia legale;
- d) gli effetti macroeconomici della criminalità organizzata sulla libertà di concorrenza e sullo sviluppo.

A questa ampia visione del problema, si accompagna la indicazione di una serie di misure operative, che nel loro complesso danno vita ad un vero e proprio programma per il futuro della lotta alle mafie su scala globale.

Trova così oggi concreta attuazione quella visione anticipatrice che è stata uno degli elementi di più forte continuità tra tutti coloro che hanno dedicato la loro vita alla lotta alla mafia, sin dagli anni ’80 del secolo scorso. L’analisi in termini collettivi, strutturali ed economici dei fenomeni criminali più gravi, e la necessaria proiezione dell’intervento giudiziario su uno scenario internazionale, erano due dei principali obiettivi perseguiti da Rocco Chinnici e da Giovanni Falcone.

Il “passaggio del testimone” tra questi due grandi magistrati è reso plasticamente evidente da una delle vicende che accompagnarono lo sviluppo della cooperazione giudiziaria internazionale in quegli anni drammatici: all’incontro operativo sulle attività internazionali della criminalità organizzata fra Italia, U.S.A. e Canada, inizialmente programmato ad Ottawa nei giorni 27-29 giugno 1983, avrebbe dovuto partecipare Rocco Chinnici, che aveva confermato la sua partecipazione con una nota del 7 aprile 1983. L’incontro fu poi spostato ai giorni 9-11 gennaio 1984. Frattanto, Rocco Chinnici fu assassinato nella strage di Via Pipitone Federico, un attentato che fu descritto dalla stampa con la drammatica espressione: “Palermo come Beirut”. Al nuovo incontro ad Ottawa, prese parte Giovanni Falcone<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> G. AMARELLI, *Contiguità mafiosa e controllo penale: dall’euforia giurisprudenziale al ritorno alla legalità*, in *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. Acocella, Giappichelli, Torino, 2018, p. 96-99.

<sup>5</sup> La documentazione sul tema è reperibile a questo [indirizzo web](#).

L'ispirazione ideale della risoluzione 10/4 è espressa in modo estremamente incisivo dal suo preambolo, dove si rende «un tributo speciale a tutte quelle persone, come il giudice Giovanni Falcone, il cui lavoro e sacrificio hanno aperto la strada all'adozione della Convenzione», e si afferma che «la loro eredità sopravvive attraverso il nostro impegno globale nella prevenzione e nella lotta alla criminalità organizzata».

A questo impegno globale, l'Europa è chiamata a dare oggi un contributo di forte valenza innovativa.

## 2. L'impatto della Decisione quadro 2008/841/GAI sulle legislazioni nazionali: una armonizzazione solo apparente?

Sin dall'inizio, l'ordinamento comunitario ha cercato di incidere sulla normativa penale degli Stati membri<sup>6</sup>. Ma una nuova fase dell'intervento europeo sulle questioni penali si è aperta soltanto dopo il Trattato di Amsterdam del 1997, che ha ridefinito il terzo pilastro dell'Unione. In particolare, l'articolo 31, par. 1, e) del Trattato dell'Unione Europea (TUE) ha costituito la base giuridica del ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia penale attraverso «la progressiva adozione di misure tese a stabilire norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni in tema di criminalità organizzata, terrorismo e traffico illegale di stupefacenti».

Il ravvicinamento può essere definito come il processo di modificazione delle legislazioni penali al fine di eliminare le differenze che risultano in contrasto con gli *standard* minimi stabiliti da una normativa europea. Lo specifico strumento per il ravvicinamento era la decisione quadro. Tali decisioni, adottate all'unanimità dal Consiglio dell'Unione Europea, erano «vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, lasciando alle autorità nazionali la scelta in merito alla forma e ai mezzi» (art. 34 par. 2 b) TUE)

Il 1° dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre 2007), la divisione in pilastri è stata abolita e lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia è adesso molto simile alle altre politiche europee.

Gli sforzi dell'Unione Europea verso il ravvicinamento in materia penale, animati dall'entusiasmo per lo sviluppo di uno spazio giuridico comune, si sono scontrati presto con forti resistenze. Per alcuni anni, la politica comunitaria di ravvicinamento ha svolto essenzialmente il ruolo di supporto per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento, divenuto la pietra angolare delle politiche europee del terzo pilastro, a partire dal Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999.

Lo stesso quadro istituzionale del terzo pilastro, richiedendo l'unanimità degli Stati dell'Unione Europea per l'adozione di un provvedimento, ha generato lunghe trattative e difficoltà nel raggiungere un consenso, anche in considerazione del processo di allargamento degli Stati membri. Inevitabilmente, le misure giuridiche adottate

---

<sup>6</sup> F. CALDERONI, *La decisione quadro dell'Unione Europea sul contrasto alla criminalità organizzata e il suo impatto sulla legislazione degli Stati membri*, in AA.VV., *Per un contrasto europeo al crimine organizzato e alle mafie. La risoluzione del Parlamento Europeo e l'impegno dell'Unione Europea*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 16 ss.

nell'ambito del terzo pilastro hanno corso il rischio di limitarsi a compromessi tra i diversi Stati, a scapito dell'incisività delle stesse.

Per tale ragione, le politiche dell'UE in questo settore spesso hanno portato all'adozione del "minimo comune denominatore" tra i vari Stati, la maggior parte dei quali non ha dovuto pertanto modificare la legislazione nazionale.

In alcuni settori, pertanto, l'impatto delle decisioni quadro europee è stato molto più limitato del previsto. In una certa misura, ciò vale anche per la normativa vigente in tema di criminalità organizzata, nonostante tale materia sia stata sempre considerata come uno dei settori-guida del processo di ravvicinamento delle legislazioni penali nell'Unione Europea.

In effetti, il consenso internazionale sulla necessità di un'azione internazionale contro la criminalità organizzata è stato sempre elevato. Non a caso, il crimine organizzato, al pari del terrorismo e del traffico di stupefacenti, rientrava nella lista dei reati per i quali era consentito il ravvicinamento delle legislazioni penali già dal Trattato di Amsterdam (art. 29 TUE).

La Decisione Quadro 2008/841/GAI, del 24 ottobre 2008, del Consiglio dell'Unione Europea, rappresenta il terzo, e più recente, strumento internazionale che affronta direttamente la questione delle legislazioni penali in materia di lotta contro la criminalità organizzata.

La prima misura normativa in ordine cronologico fu l'Azione comune del 21 dicembre 1998, adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione Europea, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione Europea. Si trattò della prima misura di armonizzazione delle legislazioni nazionali che fornisse una definizione normativa di organizzazione criminale<sup>7</sup>. Ad essa fece seguito, due anni più tardi, la Convenzione ONU del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale.

Viste le importanti analogie tra le misure dell'Unione Europea e quelle della Convenzione di Palermo, l'azione dell'UE in questo campo ha ricevuto particolare supporto risultandone rafforzata. La Decisione Quadro 2008/841/GAI e la Convenzione di Palermo costituiscono il principale *corpus* di diritto internazionale che cerca di armonizzare e ravvicinare le legislazioni nazionali in tema di contrasto alla criminalità organizzata.

Nonostante queste premesse, i menzionati strumenti internazionali sono stati oggetto di una serie di rilievi critici, che hanno riguardato particolarmente la Decisione

---

<sup>7</sup> V. MITSILEGAS, *Defining Organised Crime in the EU: the Limits of European Criminal Law in the Area of "Freedom, Security and Justice*, in *European Law Review*, 2001, p. 565; M. JOUTSEN, *The European Union and Cooperation in Criminal Matters, the Search for Balance*, HEUNI Papers, vol. 25, Helsinki, 2006; V. MILITELLO – B. HUBER, *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime. Proposals and Summaries of the Joint European Project to Counter Organised Crime*, Iuscrim, Freiburg, 2001; C. FIJNAUT, *Controlling Organized Crime and Terrorism in the European Union*, in AA.VV, *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, a cura di M.C. BASSIOUNI – V. MILITELLO – H. SATZGER, Cedam, Padova, 243-263, 2008). Inoltre, Ad esempio, diversi contributi significativi sono stati pubblicati in cinque numeri speciali della *Revue Internationale de Droit Pénal* (Vol. 68 n. 3-4, Vol. 70 n. 1-2 e 3-4, Vol. 71 n. 1-2 e 3-4) per il XVI Congresso internazionale di diritto penale, svoltosi a Budapest nel 1999, dal titolo "The criminal justice systems facing the challenge of organised crime".

Quadro. Essendo quest'ultima il terzo strumento internazionale in materia, durante le sue negoziazioni si sarebbe potuto trarre esperienza dagli errori e dalle critiche del passato, per correggere i punti più problematici. Ciò, tuttavia, non è accaduto e la Decisione Quadro ha privilegiato la coerenza con i precedenti strumenti internazionali rispetto alla promozione di soluzioni più penetranti ed efficaci.

Incisive critiche sono state prospettate dalla dottrina con riferimento alla stessa definizione di criminalità organizzata, dove si riscontra un approccio "minimalista" della Decisione Quadro, sicuramente mosso dalla considerazione delle differenti tradizioni normative in materia di reato associativo presenti negli Stati membri<sup>8</sup> (precisamente, l'associazione criminale dei sistemi di *civil law* e la *conspiracy* dei sistemi di *common law*).

In particolare, nel paragrafo 1 dell'art. 1 della Decisione Quadro, l'organizzazione criminale è definita in termini molto vaghi, come «un'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una più grave per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale».

A ciò deve aggiungersi che nel paragrafo 2 della stessa norma, l'associazione strutturata è identificata tramite una definizione negativa come «un'associazione che si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata». Si tratta di una disposizione che indica ciò che una organizzazione criminale non è, ma non fornisce alcuna precisazione sugli elementi che possono positivamente caratterizzare un'organizzazione criminale.

Inoltre, nella suddetta definizione normativa, manca una pregnante descrizione del *modus operandi* di un'organizzazione criminale. Ad esempio, la Decisione Quadro non si riferisce a elementi come l'intimidazione, la violenza e la minaccia, che sono caratteristiche tipiche della criminalità organizzata.

Una serie di altri importanti elementi forma oggetto di descrizione in termini assai sfuggenti. Per esempio, la caratteristica di continuità dell'organizzazione criminale è limitata al requisito di essere «stabilita da tempo». Questa indicazione, tuttavia, si presta ad una pluralità di interpretazioni assai diverse tra loro.

Pur essendo vero che requisiti come la stabilità, la continuità, la permanenza avrebbero escluso organizzazioni criminali più flessibili e allo stesso tempo avrebbero imposto *standard* probatori forse eccessivi, in particolare per alcuni ordinamenti nazionali, deve comunque rilevarsi che la soluzione adottata appare assai discutibile, anche perché si concentra sulla durata effettiva del gruppo («stabilita da tempo»), invece che sul suo potenziale di durata.

---

<sup>8</sup> V. sul tema E. APRILE – F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, Ipsa, Milano, 2009, p. 14.

Una formulazione più efficace avrebbe potuto focalizzarsi maggiormente sulla potenziale durata del gruppo e sulla idoneità a continuare le sue attività criminali per un periodo significativo o indeterminato.

Pertanto la definizione in esame rischia di entrare in tensione con i principi di legalità, di chiarezza e di proporzionalità della norma penale, assume una ridotta capacità selettiva rispetto alle diverse conformazioni criminali organizzate, è suscettibile di riferirsi a gruppi che non costituiscono una minaccia significativa per i beni giuridici penalmente tutelati, e presenta una “estremità inferiore” assai vicina alla figura del concorso di persone<sup>9</sup>.

La tematica *de qua* si ricollega alla più generale questione della determinatezza della nozione di criminalità organizzata, la quale rischia di divenire “talmente generica da abbracciare le attività criminose più disparate purché realizzate da soggetti che concorrano, con un minimo di organizzazione, nella preparazione e/o esecuzione dei reati”<sup>10</sup>.

Tuttavia, a ben vedere, i maggiori problemi sono generati dalla scelta di procedere ad una selezione solo “quantitativa” dei reati-scopo dell’organizzazione criminale, che sono indicati dall’art. 1 della Decisione Quadro mediante un parametro fisso: deve trattarsi di reati puniti con una sanzione detentiva massima non inferiore a quattro anni.

Ciò determina una incontrollabile variabilità del campo di applicazione del concetto di organizzazione criminale, che viene a dipendere dalle notevoli differenze riscontrabili tra le politiche sanzionatorie dei diversi Stati membri, dove spesso manca una adeguata repressione di condotte estremamente gravi, come quelle di lesione della libera concorrenza realizzate con metodi violenti e intimidatori, che vengono ricondotte a fattispecie incriminatrici di contenuto vistosamente generico, con la previsione di sanzioni di gran lunga inferiori al suddetto limite di pena detentiva, sotto il quale la nozione di criminalità organizzata non è configurabile.

È proprio questa la principale ragione per cui la decisione quadro 2008/841/GAI ha realizzato una armonizzazione soltanto apparente, che trascura le perduranti e significative differenze tra i vari sistemi sanzionatori penali dell’Unione Europea<sup>11</sup> e diviene un’arma spuntata contro il fenomeno della “mafia imprenditrice”.

La dottrina<sup>12</sup> ha osservato che la soluzione adottata dalla Decisione Quadro è discutibile anche perché alcuni Stati potrebbero aumentare le pene per alcuni reati al fine di includerli tra i reati scopo, mentre altri potrebbero ridurle per lo scopo opposto.

---

<sup>9</sup> Su tutte le questioni fin qui trattate v. F. CALDERONI, *La decisione quadro*, cit., p. 16-22.

<sup>10</sup> G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, p. 5. Si tratta, all’evidenza, di un tema che meriterebbe una adeguata attenzione da parte del legislatore europeo, alla luce delle importanti specificità che si riconnettono a tale nozione sul piano dell’applicazione di regole processuali nelle quali si rispecchiano in profondità i valori dello Stato di diritto.

<sup>11</sup> In proposito si richiamano le incisive osservazioni contenute nella ricerca su *La rilevanza della nozione di organizzazione criminale nell’Unione europea: percorsi di armonizzazione*, di cui è stato responsabile scientifico il Prof. Vincenzo MILITELLO.

<sup>12</sup> F. CALDERONI, *La decisione quadro*, cit., p. 22-23.

Una valida alternativa alla soluzione esistente sarebbe stata la previsione di un elenco di reati riconosciuti come tipici della criminalità organizzata. Questa impostazione era stata suggerita da un importante progetto di ricerca europeo<sup>13</sup> ed era stata ampiamente discussa durante i negoziati per la Convenzione ONU di Palermo<sup>14</sup>, dove tuttavia era stato infine scartata in favore della soglia quantitativa. Tale ultima soluzione è stata poi adottata anche dalla Decisione Quadro<sup>15</sup>.

Un ulteriore aspetto critico riguarda la duplicità dei modelli di partecipazione indicati nella Decisione Quadro. Al riguardo, l'art. 2 prevede che gli Stati membri debbano criminalizzare, alternativamente o cumulativamente, le seguenti due tipologie di condotta:

- a) il comportamento di una persona che, intenzionalmente ed essendo a conoscenza dello scopo e dell'attività generale dell'organizzazione criminale o dell'intenzione di quest'ultima di commettere i reati-scopo, partecipi attivamente alle attività criminali dell'organizzazione (anche attraverso la fornitura di informazioni o di mezzi materiali, il reclutamento di nuovi membri nonché qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività), essendo altresì consapevole che la sua partecipazione contribuirà alle attività criminali di tale organizzazione;
- b) il comportamento di una persona, consistente in un'intesa con una o più persone per porre in essere un'attività che, se attuata, comporterebbe la commissione dei reati-scopo, anche se la persona in questione non partecipa all'esecuzione materiale dell'attività.

Si tratta, chiaramente, di condotte che corrispondono ai due tradizionali modelli di reato associativo: da un lato, l'associazione criminale dei sistemi di *civil law*, e dall'altro lato la *conspiracy* dei sistemi di *common law*.

Alla base della scelta di includere entrambe le tipologie di condotte di partecipazione vi era l'intenzione di offrire una soluzione accettabile sia per i paesi di *civil law* sia per quelli di *common law*, assicurando un più elevato sostegno politico anzitutto per l'adozione della Decisione Quadro, e successivamente per la sua implementazione<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> V. MILITELLO, *Participation in an Organized Criminal Group as International Offence*, in AA.VV., *The Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000*, a cura di H.J. ALBRECHT – C. FIJNAUT, Iuscrim, Freiburg, 2002, p. 97-112.

<sup>14</sup> Le preoccupazioni emerse in tale sede riguardavano la natura mutevole della criminalità organizzata e il fatto che lo sviluppo di nuove forme di criminalità avrebbe potuto rendere la lista rapidamente obsoleta o troppo rigida. Inoltre, l'inclusione nella lista di alcuni reati specifici, come quelli di terrorismo, si era rivelata un punto molto sensibile per alcuni paesi.

<sup>15</sup> D. VLASSIS, *The global situation of transnational organized crime, the decision of the international community to develop an international Convention and the negotiation process*, in *Current situation of and countermeasures against transnational organized crime*, Unafei, Tokyo, 2002, p. 81.

<sup>16</sup> Sul tema v. F. CALDERONI, *La decisione quadro*, cit., p. 24, che osserva, sulla base dell'analisi dei lavori preparatori, che l'inclusione del doppio approccio è il risultato di un compromesso politico. Durante i negoziati, i paesi di *common law* contestarono la proposta della Commissione di un unico modello di reato basato sul concetto di organizzazione criminale. In particolare, Irlanda e Regno Unito rilevarono che l'opzione alternativa di criminalizzare la *conspiracy*, già presente nell'Azione comune del 21 dicembre 1998,

In dottrina si è osservato come l'attuale doppio modello di reato rappresenti il prezzo pagato per l'approvazione della Decisione Quadro all'unanimità da parte degli Stati membri, piuttosto che il risultato di una scelta di politica penale. Nonostante un forte sostegno politico sia fondamentale per l'implementazione di tale strumento giuridico internazionale, è ragionevole domandarsi se per tale obiettivo è stato pagato un prezzo troppo caro.

In proposito, si è rilevato che il doppio modello di reato non ha raggiunto l'obiettivo di una migliore armonizzazione tra i differenti sistemi giuridici. Al contrario, le principali caratteristiche della criminalità organizzata vengono diluite al punto che il reato di partecipazione ad un'organizzazione criminale diventa un contenitore senza significato che uniforma approcci penali molto distanti<sup>17</sup>. Non sorprende che la dottrina abbia rilevato come la maggior parte degli Stati non dovrà modificare la rispettiva legislazione nazionale per conformarsi agli strumenti giuridici internazionali. Oltretutto, l'inserimento dei due modelli di reato ha impedito l'elaborazione di una terza tipologia in grado di superare le difficoltà e i problemi che riguardano sia la *conspiracy* che l'associazione a delinquere<sup>18</sup>.

Negli ultimi dieci anni è cresciuta nelle istituzioni europee la consapevolezza che una nozione di criminalità organizzata così costruita non svolge una effettiva funzione di ravvicinamento dei sistemi penali nazionali.

Particolarmente significativa è la risoluzione sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea, adottata dal Parlamento europeo il 25 ottobre 2011, che, muovendo dalla considerazione dell' «impatto estremamente limitato esercitato sui sistemi legislativi degli Stati membri dalla decisione quadro 2008/841/GAI sul crimine organizzato, la quale non ha apportato significativi miglioramenti né alle legislazioni nazionali né alla cooperazione operativa volta a contrastare la criminalità organizzata», ha chiesto alla Commissione di presentare «una proposta di direttiva che contenga una definizione di criminalità organizzata più concreta e che individui meglio le caratteristiche essenziali del fenomeno, in particolare focalizzando l'attenzione sulla nozione chiave di organizzazione e altresì tenendo conto dei nuovi tipi di criminalità organizzata» ed identifichi una serie di reati tipici per i quali, indipendentemente dalla pena massima prevista negli ordinamenti degli Stati membri, sia configurabile la fattispecie associativa.

---

avrebbe dovuto essere mantenuta. Il Regno Unito segnalò le difficoltà probatorie che la pubblica accusa avrebbe incontrato per dimostrare l'appartenenza ad una organizzazione criminale. Alla luce di queste preoccupazioni e su suggerimento del Belgio, la Presidenza propose di reinserire l'alternativa con riferimento alla *conspiracy*.

<sup>17</sup> F. CALDERONI, *La decisione quadro*, cit., p. 24. V. anche G. VERMEULEN, *Where do we currently stand with harmonisation in Europe?*, in Aa.Vv., *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, a cura di A.H. KLIP – H.G. VAN DER WILT, Royal Netherlands Academy of Science, Amsterdam, 2002, pp. 71-74; S. MANACORDA, *La "parabole" de l'harmonisation pénale : a propos des dynamiques d'intégration normative relatives a l'organisation criminelle*, in Aa.Vv., *Les chemins de l'harmonisation penale / Harmonising criminal law*, a cura di M. DELMAS-MARTY – M. PIETH – U. SIEBER, Société de Législation comparée, Paris, 2008, p. 281.

<sup>18</sup> Così F. CALDERONI, *La decisione quadro*, cit., p. 24-25.

Tale risoluzione ha altresì invitato la Commissione a predisporre una proposta di direttiva sulla punibilità del reato associativo di stampo mafioso, concentrando il baricentro di disvalore del reato sulla forza di intimidazione e sulla capacità di incidere sul sistema economico, amministrativo, elettorale e dei servizi pubblici.

Proseguendo nella stessa direzione il Parlamento europeo con la risoluzione del 23 ottobre 2013, sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro, ha inviato la Commissione – a presentare una proposta legislativa che stabilisca una definizione comune di criminalità organizzata, formulata in modo da ricomprendere sia il reato di partecipazione ad un’organizzazione criminale transnazionale, sia quello di partecipazione ad un’organizzazione di stampo mafioso.

La Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio a norma dell'articolo 10 della Decisione Quadro 2008/841/GAI, presentata il 7 luglio 2016<sup>19</sup>, ha rilevato che «una visione d’insieme riguardante il recepimento della decisione quadro negli Stati membri mette in evidenza una serie di differenze, in larga misura attribuibili alle diversità nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri».

Assumono un particolare interesse, al riguardo, i dati desumibili dalla stessa Relazione in ordine alla implementazione della Decisione Quadro negli ordinamenti degli Stati membri.

Precisamente, per quanto concerne la definizione di associazione strutturata, tre Stati (Bulgaria, Croazia, Irlanda) hanno utilizzato la formulazione della decisione quadro, mentre altri quattro (Repubblica Ceca, Estonia, Lituania, Spagna) includono altri elementi, in particolare la suddivisione dei compiti o delle funzioni nell’ambito dell’organizzazione criminale.

Sette Stati (Belgio, Cipro, Finlandia, Grecia, Lussemburgo, Romania, Slovacchia) indicano che l’associazione deve essere strutturata, mentre undici Stati (Austria, Germania, Francia, Ungheria, Italia, Lettonia, Malta, Olanda, Polonia, Portogallo, Slovenia) non fanno alcun riferimento alla definizione di associazione strutturata.

Undici Stati (Austria, Belgio, Bulgaria, Finlandia, Grecia, Ungheria, Lussemburgo, Portogallo, Romania, Slovacchia, Spagna) riprendono il criterio della continuità (“stabilita da tempo”). In Estonia e Lituania le disposizioni nazionali si riferiscono a un’organizzazione permanente. Gli altri Stati (Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Germania, Francia, Irlanda, Italia, Lettonia, Malta, Olanda, Polonia, Slovenia) non inseriscono questo elemento nelle rispettive legislazioni nazionali.

Con riguardo alla composizione, la maggior parte degli Stati (Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Estonia, Finlandia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Romania, Slovacchia, Spagna) richiama direttamente il numero minimo di tre persone. La Lettonia limita il campo di applicazione a gruppi costituiti da almeno cinque persone. In Repubblica Ceca la legislazione prevede un minimo di due persone che agiscono in modo concertato, mentre sei Stati (Germania, Francia, Malta, Olanda, Polonia e Slovenia) non riprendono questo criterio nel rispettivo diritto nazionale.

---

<sup>19</sup> COM(2016) 448 final.

È significativo che soltanto tre Stati (Belgio, Lussemburgo, Slovacchia) facciano riferimento nella legislazione nazionale al criterio del vantaggio finanziario o materiale. Di conseguenza, in tutti gli altri Stati la definizione è più estesa e allarga il campo di applicazione della disposizione anche alle organizzazioni criminali non necessariamente motivate dal profitto.

Per quanto concerne i reati scopo, le normative nazionali prevedono le seguenti soglie minime riferite alla massima pena detentiva:

- almeno 3 anni in tre Stati (Belgio, Cipro, Estonia);
- più di 3 anni in cinque Stati (Austria, Bulgaria, Croazia, Lituania, Slovenia);
- almeno 4 anni in quattro Stati (Finlandia, Irlanda, Lussemburgo, Malta); la Finlandia ha esteso in aggiunta il campo di applicazione a due altri reati per i quali la pena massima è inferiore a 4 anni;
- almeno 5 anni in due Stati (Francia e Ungheria);
- più di 5 anni in uno Stato (Slovacchia);
- in otto Stati (Repubblica Ceca, Germania, Italia, Olanda, Polonia, Portogallo, Romania, Spagna) non vi è alcuna indicazione riguardo al livello dei reati presupposto, con un conseguente ampliamento del campo di applicazione a tutti i reati; la Germania restringe il campo di applicazione escludendo alcuni reati specifici commessi contro l'ordinamento giuridico democratico;
- Grecia e Lettonia hanno stilato un elenco di reati gravi considerati reati presupposto; tale elenco non include tutti i reati passibili di una pena detentiva massima di almeno 4 anni in Lettonia, mentre in Grecia non è chiaro se siano inclusi o meno.

Per quanto riguarda le condotte di partecipazione, previste dall'art. 2, si è rilevato che:

- quattro Stati (Bulgaria, Croazia, Grecia, Malta) contemplano entrambe le fattispecie;
- ventuno Stati (Austria, Belgio, Cipro, Repubblica Ceca, Germania, Estonia, Finlandia, Francia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Olanda, Polonia, Portogallo, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna) prevedono solo la condotta di partecipazione a un'organizzazione criminale. In Belgio la legislazione nazionale limita l'applicazione del reato di partecipazione a un'organizzazione criminale alle circostanze che implicano l'uso di intimidazioni, minacce, violenza, frode, corruzione o strutture commerciali.

La Relazione del 2016 ha quindi rassegnato le seguenti conclusioni: «secondo la Commissione, la decisione quadro non garantisce il livello minimo necessario di ravvicinamento per quanto concerne la gestione o la partecipazione di un'organizzazione criminale in base a una nozione unica di organizzazione criminale. In quanto tale, la Commissione ritiene che la decisione quadro permetta agli Stati membri di non introdurre il concetto di organizzazione criminale ma di continuare ad applicare il diritto penale nazionale vigente ricorrendo alle norme generali in materia di partecipazione a reati specifici e di preparazione degli stessi. Di conseguenza, potrebbero venirsi a creare ulteriori divergenze nell'attuazione pratica della decisione quadro».

Anche in dottrina, si è rilevato che l'analisi dell'impatto della Decisione Quadro sulla legislazione degli Stati membri evidenzia che si tratta di uno strumento di ravvicinamento molto debole, il quale ha mostrato difetti significativi fin dal momento della sua approvazione. A distanza di alcuni anni dalla sua entrata in vigore, è quasi impossibile riscontrare un impatto sostanziale dello strumento europeo nelle leggi degli Stati membri dell'Unione, sebbene l'analisi comparata mostri l'esistenza di concetti contrastanti nelle legislazioni nazionali sulla criminalità organizzata<sup>20</sup>.

La rilevazione di queste difficoltà non toglie che la Decisione quadro abbia lanciato un segnale importante a livello politico, tentando di consolidare una disciplina unificante nella materia del contrasto alla criminalità organizzata e mostrando una precisa volontà degli Stati membri in tale direzione.

In questo senso, è evidente il legame con la Convenzione di Palermo, che quindi rimane, anche per la futura produzione legislativa europea, un punto di riferimento imprescindibile<sup>21</sup>.

### 3. Le prospettive di riforma della normativa europea.

Le proposte di riforma più volte avanzate nell'ambito delle istituzioni europee traggono alimento da una singolare contraddizione che emerge dalla realtà attuale.

Da un lato, la criminalità organizzata è sicuramente uno dei fenomeni delittuosi più capaci di mettere a rischio tutti i principi portanti della costruzione europea: lo Stato di diritto, la tutela dei diritti fondamentali, la libertà di concorrenza.

Dall'altro lato, però, tra le materie rientranti nella competenza penale dell'Unione Europea, la criminalità organizzata è una di quelle in cui si avvertono maggiormente le criticità derivanti dalla mancanza di una normativa aggiornata e da un livello estremamente basso di armonizzazione.

È di immediata evidenza come la Decisione Quadro 2008/841/GAI sia uno dei pochi atti normativi di questo tipo che hanno "resistito" al profondo processo di rinnovamento avviato dal Trattato di Lisbona.

Si tratta, oltretutto, di un testo normativo che consta di pochi articoli, aventi un oggetto molto circoscritto: la definizione di criminalità organizzata (in termini che richiamano la Convenzione ONU di Palermo), l'incriminazione delle condotte di partecipazione, le pene, le attenuanti (o l'impunità) per la collaborazione con la giustizia, la competenza giurisdizionale e il coordinamento dell'azione penale, l'assenza di un obbligo di querela o denuncia della vittima.

A fronte del contenuto molto limitato della decisione quadro, risalta l'incisività e vastità delle obbligazioni imposte dalla Convenzione di Palermo, che comprendono l'incriminazione di una serie di fenomeni delittuosi, rilevanti misure processuali,

---

<sup>20</sup> Così F. CALDERONI, *La decisione quadro*, cit., p. 37-38.

<sup>21</sup> Sulle tematiche trattate in questo paragrafo v. *amplius* A. BALSAMO – A. MATTARELLA – R. TARTAGLIA, *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 241-251.

molteplici forme di cooperazione giudiziaria e di polizia, attività di prevenzione, di assistenza e tutela delle vittime, di protezione dei testimoni, di raccolta, scambio e analisi di informazioni, di formazione e assistenza tecnica, fino allo sviluppo economico.

Dunque, in questa materia, la normativa europea non comporta un progresso rispetto a quella già adottata a livello internazionale.

Muovendo da tale considerazione, e dall'impatto sostanziale assai limitato che la decisione quadro 2008/841/GAI ha prodotto sulle legislazioni nazionali, nelle più diverse sedi scientifiche e istituzionali è stata quindi segnalata l'esigenza di una nuova iniziativa delle istituzioni europee, capace di portare nel settore della criminalità organizzata la stessa forza innovatrice già sperimentata positivamente nelle direttive adottate in materia di terrorismo nel 2017 e di riciclaggio nel 2018.

Per questa via, sarebbe possibile raggiungere due obiettivi tra loro strettamente connessi:

- in primo luogo, l'obiettivo di programmare una strategia comune di contrasto contro la "circolazione di modelli criminali" che caratterizza l'evoluzione delle mafie a livello internazionale, sempre più contrassegnate dall'infiltrazione nel tessuto economico e istituzionale, fino a svuotare dall'interno il funzionamento dei principi della libera concorrenza e della democrazia;
- in secondo luogo, l'obiettivo di agevolare la cooperazione giudiziaria internazionale, che potrebbe impernarsi su un reato associativo presente nei diversi ordinamenti, invece che su singoli reati-scopo spesso difficili da provare, e che comunque non esauriscono il disvalore del fatto complessivamente considerato: la mancata comprensione dell'elemento organizzativo fa perdere l'essenza dei fenomeni criminali, trasformando l'attività di associazioni permanentemente operative in una semplice commissione di furti o truffe<sup>22</sup>.

Ogni progetto di riforma in questo settore si trova ad affrontare un problema di fondo, da lungo tempo segnalato dalla più autorevole dottrina: quello di conciliare la costruzione di una fattispecie incriminatrice di portata generalissima con la necessità di tenere conto anche degli elementi che, sul piano sociologico, contrassegnano specificamente le organizzazioni mafiose<sup>23</sup>.

In proposito, va tenuta in seria considerazione l'osservazione, formulata da qualificati ambienti scientifici, secondo cui l'idea che un'efficace azione di contrasto richieda necessariamente una legislazione antimafia modellata su quella del nostro ordinamento nazionale è attraente, ma «si fonda sull'erroneo presupposto che le organizzazioni criminali tendano ad operare nello stesso modo in ciascun territorio»<sup>24</sup>.

Si tratta di una osservazione sicuramente suggestiva; ad essa deve però accompagnarsi la consapevolezza che proprio nell'epoca della globalizzazione sono

---

<sup>22</sup> Cfr. F. SPIEZIA, *op. cit.*, p. 125.

<sup>23</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2008, 485.

<sup>24</sup> P. CAMPANA, *Understanding Then Responding to Italian Organized Crime Operations across Territories*, in *Policing*, 2013.

riscontrabili alcune costanti nell'operato delle organizzazioni criminali, al di là delle caratteristiche connesse alle specificità etniche e nazionali.

Identificando queste costanti attraverso un'analisi multidisciplinare, è possibile ottenere una ricostruzione visione aggiornata della realtà criminale collettiva, che può poi essere rispecchiata coerentemente nelle norme penali adottate a livello nazionale ed europeo.

In altri termini, il legislatore europeo potrebbe operare esattamente come ha fatto il legislatore italiano quando, nel 1982, ha deciso di introdurre nel Codice Penale l'art. 416-*bis*, cristallizzando in un testo normativo il nuovo volto della mafia, quale emergeva dalle indagini giudiziarie. Se proprio la figura di reato descritta dall'art. 416-*bis* c.p. appare, nell'ambito delle fattispecie associative, come una di quelle che meglio si conformano ai principi costituzionali di determinatezza e di offensività<sup>25</sup>, ciò è dipeso anche dalla circostanza che la legge Rognoni-La Torre, "filtrando" e valorizzando l'elaborazione giurisprudenziale maturata sul terreno delle misure di prevenzione, ha dato vita a una previsione che rispecchia un "tipo criminoso", espressivo di un omogeneo contenuto di disvalore penale, già ben profilato sul duplice piano della realtà sociale e della prassi giudiziaria<sup>26</sup>.

Se si intende costruire una normativa europea che valorizzi le più significative esperienze nazionali ed apporti un valore aggiunto fondato su una moderna analisi del multiforme fenomeno criminale da combattere, le soluzioni praticabili sembrano essenzialmente due, che possono coesistere integrandosi a vicenda.

a) La prima soluzione è quella di promuovere una armonizzazione "diretta" delle legislazioni dei diversi paesi al fine di rafforzare il contrasto alle organizzazioni criminali contrassegnate da una spiccata capacità di infiltrazione nel tessuto economico; verrebbe così rispecchiato nel testo normativo il volto attuale delle "mafie in movimento", quale emerge dalle indagini giudiziarie.

Il modo più semplice di realizzare tale obiettivo è quello di accompagnare la previsione incriminatrice della "partecipazione ad un'organizzazione criminale" (secondo il modello già contenuto nella decisione quadro 2008/841/GAI) con la introduzione di una circostanza aggravante relativa ai casi in cui la stessa associazione mira a ottenere la gestione o il controllo di attività economiche

Più ambiziosa è la prospettiva di introdurre, mediante una nuova direttiva, un obbligo europeo di incriminazione della "partecipazione ad un'organizzazione di tipo mafioso" (un "articolo 416-*bis* europeo"), incentrando la relativa fattispecie sulla presenza di condotte collettive di natura violenta, intimidatoria e corruttiva che producono una alterazione delle "regole del gioco" dell'economia di mercato, del funzionamento della pubblica amministrazione e della formazione del consenso politico, anche in aree territoriali o contesti sociali o settori economico-amministrativi specifici.

b) La seconda soluzione da percorrere è di lasciare immutata la descrizione della "organizzazione criminale" già contenuta nella decisione quadro 2008/841/GAI, ma di

<sup>25</sup> Sul punto cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 36.

<sup>26</sup> Sul tema si rinvia ad A. BALSAMO, *Codice antimafia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento, VIII, Utet, Torino, 2014.

realizzare in via “indiretta” una efficace opera di armonizzazione delle normative nazionali nella materia in esame, attraverso la previsione di un elenco di reati-scopo che comprenda necessariamente una serie di tipologie delittuose specificamente indicate, a prescindere dalla pena stabilita nei diversi ordinamenti.

Grazie ad una selezione “qualitativa” dei reati-scopo, l’ambito di applicazione della fattispecie associativa resterebbe sostanzialmente identica, negli aspetti essenziali, in tutti gli Stati europei. Esso non dipenderebbe più dalle mutevoli scelte sanzionatorie compiute dal legislatore nazionale, ma resterebbe saldamente ancorato a una forte base comune, capace di coprire tutti i fenomeni criminali emergenti.

Chiaramente, un simile percorso presuppone una armonizzazione delle normative nazionali sulla fattispecie di illecita concorrenza mediante violenza o minaccia.

Includendo una simile fattispecie tra i reati scopo, diverrebbe possibile contrastare efficacemente, su tutto il territorio dell’Unione, quella diffusa infiltrazione nel tessuto economico, accompagnata dal progressivo svuotamento della libertà di concorrenza, che costituisce un modello operativo costante delle “mafie in movimento” ormai da molti decenni

Andrebbe poi attentamente considerata la possibilità di includere nell’elenco dei reati-scopo quanto meno alcune delle più gravi forme degli “euro-delitti” che formano oggetto di una competenza penale “diretta” del legislatore europeo in forza dell’art. 83 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE).

Un simile metodo di armonizzazione “mediata” ma estremamente efficace delle legislazioni dei diversi Paesi in materia di criminalità organizzata è stato accolto da tre importanti risoluzioni approvate il 16 ottobre 2020 dalla Conferenza delle Parti della Convenzione di Palermo.

Si tratta, precisamente:

- della risoluzione 10/5 (intitolata: “*Preventing and combating the manufacturing of and trafficking in falsified medical products as forms of transnational organized crime*”), il cui paragrafo operativo n. 4 ha invitato gli Stati parte a disciplinare la fabbricazione e il traffico di prodotti medici falsificati, nei casi appropriati e in conformità con la legislazione nazionale, come un reato grave ai sensi dell’art. 2 par. b) della Convenzione;
- della risoluzione 10/6 (dal titolo: “*Preventing and combating crimes that affect the environment falling within the scope of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*”), il cui paragrafo operativo n. 4 ha rivolto un identico invito agli Stati parte con riferimento ai crimini che colpiscono l’ambiente;
- della risoluzione 10/7 (intitolata: “*Combating transnational organized crime against cultural property*”), il cui paragrafo operativo n. 2 ha invitato gli Stati membri ad incriminare il traffico di beni culturali, nonché il furto e il saccheggio in siti archeologici e altri siti culturali, in conformità con gli strumenti internazionali applicabili, ed a disciplinarli come reati gravi ai sensi dell’art. 2 della Convenzione, quando di tratta di delitti di natura transnazionale che coinvolgono un gruppo criminale organizzato.

È chiaro che l'effetto concreto della introduzione di norme che puniscano le suddette condotte illecite come reati gravi (cioè soggetti a una pena detentiva non inferiore nel massimo a quattro anni) si risolve nella loro inclusione tra i delitti-scopo che delineano i confini della fattispecie di "gruppo criminale organizzato" contenuta nella Convenzione di Palermo: una fattispecie costruita con la stessa tecnica normativa che caratterizza la definizione di "organizzazione criminale" nella decisione quadro 2008/841/GAI.

Dalle soluzioni sopra delineate può scaturire un duplice progresso in termini di efficacia dell'azione di contrasto e di sviluppo delle dimensioni garantistiche del principio di legalità sotto il profilo della certezza del diritto.

Oltre ai suddetti obblighi di incriminazione, una moderna normativa europea in materia di criminalità organizzata dovrebbe comprendere anche una serie di ulteriori contenuti che sono presenti nella Convenzione ONU di Palermo.

Per questa via, la legislazione europea può divenire la punta avanzata, e il modello di riferimento, di un crescente impegno comune degli Stati contro una minaccia altrettanto comune, costituita dalla criminalità organizzata.

In particolare, andrebbero inserite previsioni idonee a incidere sui seguenti profili di centrale importanza.

*a) La disciplina di tecniche investigative speciali adeguate al mutamento del sistema globale delle comunicazioni.*

In una nuova normativa europea potrebbero trovare spazio disposizioni che regolamentino, e inseriscano nel circuito della cooperazione internazionale, le più moderne tecniche investigative speciali, come le operazioni sotto copertura e la "sorveglianza elettronica".

È, anzitutto, evidente il contributo di conoscenza "dall'interno" dei fenomeni delittuosi di matrice straniera che può provenire dall'impiego di agenti sotto copertura accomunati da una medesima provenienza etnico-geografica ai membri dei gruppi criminali insediatisi di recente sul territorio di vari paesi.

Altrettanto evidente è l'importanza di quella vasta gamma di strumenti di indagine che rientrano nella categoria generale della "sorveglianza elettronica" in una fase storica che ha conosciuto una rapidissima evoluzione sia del sistema globale delle comunicazioni (sempre più spesso veicolate da sistemi informatici o telematici, tanto che ormai si riscontra un netto ridimensionamento delle distinzioni tra telecomunicazioni e flussi informatici), sia delle modalità di azione degli ambienti criminali (sempre più caratterizzate dall'uso della tecnologia informatica, anche al di fuori dell'area del *cybercrime* in senso stretto).

Anche i più semplici e diffusi sistemi di criptazione delle comunicazioni, utilizzati ogni giorno da moltissime persone, costituiscono un ostacolo difficilmente superabile per le intercettazioni di tipo tradizionale.

Diviene quindi indispensabile il ricorso alla "sorveglianza elettronica", che ricomprende tutte le forme più avanzate di raccolta della prova digitale e di

intercettazione di comunicazioni rese possibili dall'evoluzione tecnologica, come il "captatore informatico".

È chiaro, poi, che, in mancanza di una base giuridica adeguata che ne consenta l'impiego su obiettivi situati all'estero, la sorveglianza elettronica rischia di divenire un'arma spuntata: i confini nazionali, che non riescono a frenare la estrema mobilità dei traffici illeciti, imbriglierebbero inflessibilmente la più moderna attività investigativa.

La legislazione europea potrebbe quindi valorizzare con forza nel contrasto alla criminalità organizzata sia le nuove tecniche speciali di indagine rese possibili dalla tecnologia, sia la cooperazione giudiziaria internazionale finalizzata alla loro utilizzazione in comune da parte di più Stati, secondo le linee-guida contenute negli artt. 18, 19, e 20 della Convenzione di Palermo.

*b) La cooperazione con i Paesi terzi.*

Lo sviluppo della cooperazione con i Paesi terzi, non facenti parte dell'Unione Europea, è oggi indispensabile per realizzare un'azione di contrasto efficace rispetto a moltissimi fenomeni criminali, che vanno dalla tratta di esseri umani al terrorismo internazionale ed al *cybercrime*.

Proprio in questo settore si riscontra, nella più recente esperienza applicativa, un vero e proprio salto di qualità nelle forme della cooperazione giudiziaria.

Merita, infatti, di essere segnalata, anzitutto, la recente introduzione di una figura analoga a quella dei "magistrati di collegamento" sulla base dell'art. 18 della Convenzione di Palermo, nei rapporti tra alcuni paesi europei e alcuni paesi africani.

Assai importante è l'esperienza formatasi negli ultimi anni presso le Procure della Repubblica di Palermo e di Catania e la Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, dove, nel quadro di progetti realizzati con l'UNODC e il Ministero degli Affari Esteri, è stato possibile avvalersi della collaborazione di tre magistrati provenienti rispettivamente dalla Nigeria, dall'Etiopia e dall'Eritrea, non solo ai fini della intermediazione tra le autorità competenti dei rispettivi Paesi, ma anche nello svolgimento dell'attività di investigazione.

Attraverso questa forma di diretta e costante collaborazione di magistrati provenienti da Paesi terzi con magistrati di Stati membri dell'Unione Europea, è stato possibile attivare linee dirette di comunicazione tra le due autorità centrali nazionali, fornire informazioni riguardo alla struttura e al *modus operandi* delle reti criminali, prestare assistenza nella trasmissione di richieste di cooperazione giudiziaria e assicurare la pronta esecuzione delle stesse.

Tale modello potrebbe essere applicato a molteplici forme di manifestazione della criminalità organizzata, sulla base di una direttiva europea che ne favorisca lo sviluppo e preveda un quadro giuridico adeguato per la sua implementazione.

c) *I corpi investigativi comuni facenti uso delle moderne tecnologie.*

Una delle forme più avanzate di cooperazione giudiziaria e di polizia è rappresentata dalla costituzione di corpi investigativi comuni che facciano uso delle moderne tecnologie.

Si tratta di uno sviluppo fortemente incoraggiato dalla risoluzione 10/4 della Conferenza delle Parti della Convenzione di Palermo, il cui paragrafo operativo n. 11 ha invitato gli Stati parte ad istituire proprio questo tipo di meccanismi di cooperazione.

La nozione di “corpi investigativi comuni”, già presente nel testo dell’art. 19 della Convenzione di Palermo, può ricomprendere una pluralità di tipologie, delle quali alcune sono state già diffusamente sperimentate con importanti risultati – come nel caso delle squadre investigative comuni – mentre altre sono ampiamente da esplorare e possono dare vita a sviluppi ordinamentali di notevole interesse. Dal coordinamento delle indagini si potrebbe passare alla creazione di un soggetto giuridico ufficiale, dotato di funzioni investigative proprie, complementari con i compiti degli organismi inquirenti dei singoli Stati interessati<sup>27</sup>.

Di recente, nell’ambito dei Gruppi di Lavoro della Conferenza delle Parti della Convenzione di Palermo, si è sottolineata la possibilità di tracciare una distinzione tra gli “organi investigativi comuni” (*joint investigative bodies*), contrassegnati da una struttura permanente e competenti per le indagini su determinate tipologie di reato, e le semplici “squadre investigative comuni” (*joint investigative teams*), formate per svolgere attività di indagine su specifici casi entro un periodo limitato di tempo<sup>28</sup>. In entrambi i casi, è possibile includere tra i componenti delle squadre o degli organi sia magistrati (giudicanti e requirenti), sia ufficiali di polizia giudiziaria e altri esperti. La particolare utilità dello svolgimento di indagini con l’uso delle più moderne tecnologie da parte di queste strutture avanzate di cooperazione giudiziaria è stata posta in risalto, segnatamente, in relazione al contrasto del fenomeno del traffico illegale di migranti gestito da organizzazioni criminali transnazionali con modalità che non di rado si sovrappongono alla tratta di esseri umani<sup>29</sup>.

Anche in questo campo la legislazione europea può tradurre in appropriate previsioni di dettaglio i principi generali contenuti nella Convenzione di Palermo.

d) *La responsabilità degli intermediari di internet.*

Nel nostro ordinamento uno dei principali effetti della decisione quadro 2008/841/GAI è stato l’ampliamento dell’ambito applicativo della disciplina della

---

<sup>27</sup> Cfr. A. BALSAMO – A. MATTARELLA - R. TARTAGLIA, *op. cit.*, p. 360.

<sup>28</sup> Sul punto v. il *Background paper* preparato dal Segretariato per il *Working Group on International Cooperation* riunitosi a Vienna nei giorni 7-8 luglio 2020 sul tema: *The use and role of joint investigative bodies in combating transnational organized crime*.

<sup>29</sup> Cfr. l’intervento di F. SPIEZIA, nel corso del *Working Group on the Smuggling of Migrants* riunitosi a Vienna nei giorni 8-9 settembre 2020.

responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, in cui sono stati ricompresi anche i reati connessi alla partecipazione ad una organizzazione criminale.

Questa linea di tendenza potrebbe essere ulteriormente portata avanti attraverso una innovativa disciplina della responsabilità degli intermediari operanti su internet: una categoria vastissima, che comprende i motori di ricerca, gli *internet access provider* (che forniscono l'accesso alla rete), gli *online payments provider* (che consentono di effettuare i pagamenti *online*), i *domain name registrar* (dai quali si affittano i domini *web*), le società di *web hosting* (che ospitano i siti *web*), le reti pubblicitarie *online*, ecc.

Nell'ambito dell'attività di implementazione della Convenzione di Palermo, si riscontra un crescente interesse per l'applicazione alle molteplici figure di intermediari di internet della responsabilità delle persone giuridiche che, in forza dell'art. 10, gli Stati parte hanno l'obbligo di introdurre per la partecipazione a reati gravi che coinvolgono un gruppo criminale organizzato. In particolare, si avverte la necessità di specificare a quali condizioni gli intermediari di internet possono essere ritenuti responsabili per reati gravi commessi attraverso le loro reti e servizi.

La questione richiede necessariamente di essere affrontata a livello internazionale. Essendo internet una rete globale di servizi interconnessi, le misure di responsabilità degli intermediari in uno Stato producono inevitabilmente effetti anche in altri Stati. Eppure, in questa materia si registra la mancanza sia di strutture di cooperazione internazionale, sia di dati affidabili sulla base dei quali valutare l'efficacia e la proporzionalità delle misure da adottare<sup>30</sup>.

In relazione al contesto europeo, alcune proposte di notevole valore innovativo sono state avanzate in una recente ricerca realizzata dall'Università di Roma Tre<sup>31</sup>, che ha evidenziato la possibilità di aggiornare la normativa in materia di *Internet Service Provider*, al fine di meglio diversificare la responsabilità degli stessi in ragione della attività concretamente svolta. Lo svolgimento di certe attività, poi, dovrebbe svolgersi secondo procedure sempre più standardizzate, fondate (anche) sull'impiego di algoritmi che consentano un più efficace controllo della rete. Una risposta punitiva proporzionata dovrebbe probabilmente fondarsi sulla coesistenza di sanzioni penali e sanzioni amministrative, riservando le prime alle violazioni ritenute di maggiore gravità.

e) *La destinazione a fini sociali dei beni confiscati.*

Tra i profili di maggiore potenzialità innovatrice nella più recente fase di implementazione delle Convenzioni ONU contro la criminalità organizzata transnazionale e la corruzione, vi è sicuramente la valorizzazione nel contesto internazionale dell'esperienza del riuso a fini sociali dei beni confiscati.

---

<sup>30</sup> In questo senso v. il Rapporto dal titolo "*The age of digital interdependence*" predisposto nel 2019 dall'*High-Level Panel on Digital Cooperation* del Segretario generale delle Nazioni Unite. Sul tema v. *amplius* A. BALSAMO – A. MATTARELLA - R. TARTAGLIA, *op. cit.*, p. 384 ss.

<sup>31</sup> I risultati della ricerca, di cui è responsabile scientifico la Prof.ssa Antonella MASSARO, sono illustrati in due studi dal titolo: "*Intelligenza artificiale e giustizia penale*" e "*Pedopornografia online: strumenti di prevenzione e di contrasto*".

Com'è noto, tale esperienza è frutto della legge 7 marzo 1996, n. 109, fortemente voluta da importanti espressioni della società civile come Libera ed imperniata sulla considerazione della destinazione dei beni confiscati come una forma di risarcimento in favore delle comunità che sono state danneggiate dai fenomeni criminali.

Muovendo dalla stessa considerazione di fondo, il riuso a fini sociali dei beni confiscati è stato esplicitamente indicato come modello che gli Stati Parte sono incoraggiati a prendere in considerazione nelle loro rispettive normative nazionali, sia nel paragrafo operativo n. 9 della risoluzione 10/4 della Conferenza delle Parti della Convenzione di Palermo, sia nel paragrafo operativo n. 9 della risoluzione 8/1 adottata il 20 dicembre 2019 dalla Conferenza degli Stati Parte della Convenzione di Merida.

Per effetto di tali previsioni il *social reuse of assets for the benefit of communities* è stato incluso nell'ambito di quel quadro comune di "agreed language", di orientamenti e di impegni che rappresenta la base per una molteplicità di ulteriori iniziative multilaterali e bilaterali su una tematica, come quella della destinazione dei beni confiscati, che assume una speciale attualità non solo per la cooperazione internazionale, ma anche per l'assistenza tecnica a numerosi altri paesi, nei quali sono in corso significativi processi di riforma legislativa e istituzionale che trovano il loro naturale punto di riferimento nell'esperienza italiana.

Sotto questo profilo, le risoluzioni in esame hanno allineato la realtà giuridica delle Nazioni Unite alle più avanzate tendenze presenti nella legislazione dell'Unione Europea, dove l'art. 10 della Direttiva 2014/42/UE, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato, ha previsto un obbligo procedurale, per gli Stati membri, di valutare l'adozione di misure che permettano di utilizzare i beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale.

Tale materia si presta a formare oggetto di previsioni dettagliate contenute in una nuova normativa europea sul contrasto alla criminalità organizzata, che potrebbe dare un forte impulso alla estensione del riuso sociale dei beni confiscati in altri Paesi, per i quali la costruzione di una cultura della legalità assume un ruolo centrale.

*f) Lo status transnazionale per i collaboratori di giustizia.*

Nella risoluzione sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea, adottata dal Parlamento europeo il 25 ottobre 2011, l'esigenza di incentivare la fiducia dei cittadini nei confronti dell'autorità investigativa e giudiziaria ed il loro attivo contributo alle indagini, aveva portato alla proposta, diretta alla Commissione, di emanare direttive a favore dei testimoni di giustizia, dei collaboratori di giustizia, degli informatori e delle loro famiglie riconoscendo uno *status* giuridico transnazionale europeo alla loro condizione, anche con la creazione di un fondo europeo volto alla tutela e all'assistenza delle vittime e dei testimoni di giustizia (punto 12).

Nella stessa ottica, il Meccanismo di Revisione della Convenzione di Palermo, che rispecchia le migliori esperienze avviate dal nostro paese sin dagli anni '80 in cooperazione con U.S.A., Canada e altri Stati, include la richiesta di informazioni sulla conclusione di accordi internazionali per il trasferimento all'estero di testimoni, vittime e loro congiunti, per assicurare la loro protezione rispetto a condotte intimidatorie. Lo

scambio delle migliori prassi in questa materia costituisce, infatti, un netto passo avanti sulla via del riconoscimento di uno *status* transnazionale ai testimoni di giustizia e alle loro famiglie, auspicato da più parti.

La costruzione di un siffatto *status* potrebbe essere una delle più significative finalità di una nuova direttiva, che, attraverso la regolamentazione del trasferimento all'estero dei collaboratori di giustizia, accompagnato da adeguate misure di sostegno e reinserimento, rimuoverebbe le difficoltà che si frappongono alla protezione dei soggetti in questione in un contesto socio-geografico ristretto, dove la loro presenza è agevolmente percepibile per le organizzazioni criminali contro le quali essi hanno scelto di offrire il loro contributo processuale, spesso decisivo<sup>32</sup>.

#### **4. La recente risoluzione sui reati ambientali nel contesto della Convenzione di Palermo e la necessità di ripensare la tutela penale dell'ambiente in funzione della lotta alle ecomafie. Verso una nuova armonizzazione europea.**

L'attuale contesto normativo e politico si presenta quanto mai propizio per un cambio di passo nel contrasto ai crimini ambientali. È, infatti, dello scorso ottobre la risoluzione 10/6 approvata dalla Conferenza degli Stati parte della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, che contiene l'impegno dei Paesi membri di inserire i delitti che colpiscono l'ambiente, nei casi appropriati, tra i reati gravi rientranti nell'ambito di applicazione della stessa Convenzione di Palermo.

Si valorizza così il legame essenziale intercorrente tra la maggior parte dei reati contro l'ambiente e le organizzazioni criminali che operano su scala transnazionale.

La risoluzione assume carattere innovativo non solo per il suo contenuto, ma anche per essere un primo fondamentale passo verso una più profonda armonizzazione degli ordinamenti nazionali europei ed extraeuropei. Essa si inserisce infatti in un contesto di rinnovata attenzione alla tutela degli ecosistemi, un obiettivo primario alla luce delle sfide imposte dai cambiamenti climatici e dagli obblighi assunti dai paesi industrializzati e in via di sviluppo a partire dagli accordi di Parigi. In particolare, come si vedrà, è auspicabile sia in sede europea sia nel nostro ordinamento una reimpostazione della normativa sugli ecoreati.

La risoluzione riafferma che la Convenzione di Palermo, per la sua natura strumento globale contrassegnato da una *membership* pressoché universale, offre un ampio spazio per la cooperazione volta ad affrontare le forme emergenti di criminalità organizzata transnazionale, compresi i reati che colpiscono l'ambiente rientranti nella sua sfera di operatività.

Già nel 2012, con la Dichiarazione di Doha sull'integrazione della prevenzione della criminalità e della giustizia penale nell'agenda delle Nazioni Unite, gli Stati membri avevano affermato la volontà di adottare misure efficaci per prevenire e

---

<sup>32</sup> Sulle tematiche trattate in questo paragrafo v. *amplius* A. BALSAMO – A. MATTARELLA – R. TARTAGLIA, *op. cit.*, p. 251 ss.

contrastare i reati ambientali, come il traffico di specie selvatiche, flora e fauna, di legname, prodotti del legno e rifiuti pericolosi, nonché bracconaggio, rafforzando la legislazione, la cooperazione internazionale, le capacità, le risposte della giustizia penale e gli sforzi di applicazione della legge. La risoluzione riconosce l’impatto negativo che i crimini che colpiscono l’ambiente hanno anche sulle economie e sulla salute pubblica, rappresentando un’aggressione trasversale alle condizioni di esistenza della comunità.

Soprattutto, gli Stati parte prendono atto che i crimini che colpiscono l’ambiente sono diventati alcune delle attività criminali transnazionali più redditizie e sono spesso strettamente interconnessi con la corruzione e il riciclaggio di denaro. Sotto questo profilo, l’incriminazione dei delitti in esame risponde all’obiettivo del raggiungimento di uno sviluppo sostenibile, fondato su politiche industriali ecosostenibili e sulla libertà di concorrenza.

Pur riconoscendo che ogni Stato mantiene la piena sovranità su tutte le sue risorse naturali, la risoluzione richiede inoltre un’efficace cooperazione tra gli Stati parte. Nella specie, il passaggio centrale riguarda l’obbligo degli Stati di prevenire, indagare e punire efficacemente i crimini che colpiscono l’ambiente rientranti nell’ambito di applicazione della Convenzione, nonché i reati correlati ai sensi della Convenzione; esso va interpretato come l’acquisita consapevolezza dell’impossibilità di punire gli ecoreati senza considerare che questi ultimi assumono sovente il volto delle associazioni criminali. Al riguardo, gli studiosi segnalano da tempo una mutazione dei fenomeni connessi ai delitti ambientali, da una dimensione cd. “occasionale-individuale” ad una cd. “organizzata-complessa”, attraverso le modalità tipiche delle associazioni mafiose che si avvalgono dello schermo d’impresa<sup>33</sup>.

Ne consegue la diffusione di reti che collegano le organizzazioni criminali con le istituzioni e con una pluralità di figure specializzate dell’economia legale.

L’espressione “ecomafia” indica proprio l’intreccio tra sodalizi mafiosi e imprenditori, produttori, trasportatori, tecnici, pubblici funzionari e intermediari commerciali.

In questo contesto, è stato segnalato che giro di affari legato alla gestione dei rifiuti è in costante crescita in Europa e nel resto del mondo. È stato calcolato che, nell’ambito dei Paesi dell’Unione, i ricavi legati a tale attività siano superiori ai 100 miliardi di euro<sup>34</sup>. Negli ultimi anni si è segnalato un incremento del traffico di rifiuti sia pericolosi che non pericolosi, con un’estensione delle aree territoriali coinvolte.

Si tratta di un’attività criminosa, allo stesso tempo, ad alto profitto e a basso rischio per la scarsa probabilità di essere condannati.

Si è ipotizzato che il commercio e lo smaltimento illegali di rifiuti pericolosi abbiano un valore complessivo oscillante tra 10 e 12 miliardi di dollari l’anno e che,

---

<sup>33</sup> M. PALMISANO, *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2018, p. 95.

<sup>34</sup> *Report del 2012 della European Environment Agency (EEA)*, commentato da I. SAHRAMAKI – S. FAVARIN – S. MEHLBAUM – E.U. SAVONA – A. SPAPENS – T. KANKAANRANTA, *Crime Script Analysis of Illicit Cross-border Waste Trafficking, Project BlockWaste*, p. 2, consultabile a questo [indirizzo web](#).

nell'ambito di tali importi, una cifra annuale tra 1 e 2 miliardi di dollari sia appannaggio delle organizzazioni criminali dedite al traffico di rifiuti tossici<sup>35</sup>.

Il traffico illecito di rifiuti è un fenomeno strettamente legato all'economia legale, che trae beneficio dal fatto di liberarsi dai rifiuti con una significativa riduzione dei costi, di gestione delle imprese, i quali subiscono un notevole abbattimento laddove si presenti un'offerta di smaltimento "fittizio" da parte delle consorterie criminose; ciò pregiudica la libera concorrenza, scoraggiando le imprese sane e incentivando condotte illecite.

Tale fenomeno riguarda un settore in cui operano sia le imprese legali sia le organizzazioni criminali, con la conseguenza di richiedere approcci differenziati sul piano investigativo.

In particolare, molte imprese che per altri aspetti operano normalmente nell'ambito della legalità, scelgono invece di gestire in modo illegale i rifiuti per ridurre i costi e massimizzare i profitti. Tra le principali cause vi sono le lacune normative e la corruzione nelle Pubbliche Amministrazioni, oltre al carattere globale delle ecomafie, che ricercano nei mercati mondiali le migliori opportunità di arricchimento.

La connessione tra organizzazioni operanti in Paesi diversi, oltre a determinare problemi in ordine alla individuazione del *locus commissi delicti*, agevola anche il rischio del c.d. *forum shopping*, per il quale i gruppi criminali selezionano gli Stati nei quali l'attività illecita appare meno rischiosa.

Con riguardo all'area Mediterranea, in cui il sottosviluppo, la corruzione e la carenza di controlli hanno favorito l'espansione della criminalità ambientale, è indispensabile un aggiornamento degli strumenti di indagine, e lo sviluppo di una rete investigativa.

Un'opera di contrasto efficace richiede politiche sinergiche tra gli Stati coinvolti, con l'armonizzazione delle legislazioni e la cooperazione giudiziaria, il potenziamento dei controlli, il monitoraggio dei flussi e delle fasi di gestione dei rifiuti, la previsione di politiche marittime integrate tra i Paesi Mediterranei e di sanzioni adeguate.

Questa dimensione organizzata e non meramente occasionale dei reati ambientali denota una pericolosità ben maggiore, e non può essere sufficientemente contrastata con le tecniche di incriminazione adottate finora dalla maggior parte degli ordinamenti europei ed extraeuropei.

È infatti evidente che, nella misura in cui un sodalizio mafioso si proietta verso l'esercizio continuativo di attività nocive per l'ambiente, i tradizionali modelli basati sulla previsione di sanzioni amministrative, contravvenzioni o comunque delitti commessi in forma monosoggettiva non possono di per sé eliminare il pericolo che il gruppo criminale rappresenta per la salute e l'ordine pubblico, occorrendo piuttosto colpire specificamente l'associazione a delinquere contro l'ambiente e valorizzare il collegamento esistente tra mafie ed ecoreati.

Allo stesso tempo, essendo i reati ambientali legati prevalentemente ad attività d'impresa, di cui le associazioni mafiose si avvalgono per incrementare i propri profitti,

---

<sup>35</sup> Cfr. H.J. ALBRECHT, *The Extent of the Environmental Crime. A European Perspective*, in F. COMNTE – L. KRAMER, *Environmental Crime in Europe: Rules of Sanctions*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2004, p. 91.

è necessario neutralizzare con misure effettive anche i soggetti societari da esse costituiti per la conduzione di *business* illeciti.

In tal senso, la risoluzione esorta gli Stati parti ad adottare sanzioni penali o extrapenali effettive, proporzionate e dissuasive, comprese anche le sanzioni pecuniarie, nei confronti delle persone fisiche e soprattutto delle persone giuridiche coinvolte in crimini organizzati transnazionali contro l'ambiente rientranti nella Convenzione.

A tal riguardo, lo strumento internazionale in esame rinvia all'articolo 10 della Convenzione di Palermo, in base al quale gli Stati devono garantire adeguate forme di responsabilità degli enti. La norma in esame prevede, sia pure laconicamente, l'obbligo degli Stati membri di introdurre forme di responsabilità delle persone giuridiche, in relazione a reati gravi di criminalità organizzata. Si è così compreso che, di fronte all'utilizzo sistematico dello schermo societario per realizzare operazioni illecite, le sanzioni penali inflitte alle persone fisiche non sono sufficienti, essendo i singoli membri agevolmente sostituibili senza intaccare la politica d'impresa. Ne consegue l'ineludibilità di sanzioni a carattere patrimoniale o interdittivo, che colpiscano l'ente nella sua essenza, con effetti realmente dissuasivi rispetto alla reiterazione dell'illecito<sup>36</sup>.

La risoluzione promuove così una tutela penale più avanzata basata su uno schema triangolare che coglie l'attuale collegamento dei reati ambientali con le associazioni mafiose e le imprese illecite.

Ancora, è fondamentale sottolineare l'invito, contenuto nella risoluzione, ad inserire i crimini contro l'ambiente che rientrano nell'ambito della Convenzione nel novero dei reati presupposto ai fini del riciclaggio di denaro, in modo che i beni derivati da crimini organizzati transnazionali possano essere confiscati.

In altri termini, a completamento degli strumenti di contrasto alle ecomafie, la risoluzione incoraggia la prevenzione dell'abuso dei sistemi finanziari a fini di riciclaggio, in modo da eliminare gli incentivi al trasferimento all'estero dei proventi da reato, recuperare i proventi stessi ed eliminare il sostegno economico di cui godono i gruppi criminali.

Infine, la risoluzione disciplina gli obblighi di cooperazione giudiziaria e di protezione delle vittime, nella consapevolezza delle difficoltà poste dai crimini ambientali nell'individuazione delle responsabilità e nell'assistenza alle comunità colpite.

In relazione al primo punto, si prevede la possibilità di un'ampia cooperazione, che includa anche l'assistenza giudiziaria reciproca, nell'indagine e nel perseguimento dei crimini organizzati transnazionali che hanno ripercussioni sull'ambiente.

Lo strumento giuridico stimola poi l'adozione di forme di protezione efficaci per i testimoni e le vittime di crimini che colpiscono l'ambiente, attraverso procedure che garantiscano il risarcimento dei danni e le restituzioni. In tal senso, non sono sufficienti misure punitive, né provvedimenti ablativi dei patrimoni illecitamente accumulati, ma sono necessarie altresì forme di risarcimento civile e misure ripristinatorie degli ecosistemi violati, a carico dei responsabili.

---

<sup>36</sup> A. BALSAMO - A. MATTARELLA - R. TARTAGLIA, *op. cit.*, p. 375.

Come già segnalato, la citata Risoluzione interviene in una fase di particolare sensibilità al tema ambientale; solo di recente, infatti, a causa del processo di surriscaldamento globale e della distruzione degli *habitat* naturali, si è compresa a livello globale l'importanza del bene dell'ambiente. La complessità della materia non è data solo dall'aumento dell'inquinamento, ma anche dalla caratterizzazione del bene giuridico in oggetto.

Come sottolineato dalla più acuta dottrina, l'ecosistema è un bene "a lesività seriale", la cui compromissione passa nella maggior parte dei casi non da unici macroeventi violenti, bensì dal progressivo deterioramento causato dalle attività economiche e industriali, con l'ulteriore esclusione di singole condotte individuali delle quali non è spesso possibile dimostrare l'offensività.

In casi come questi l'ordinamento non può esimersi dal presidiare con una sanzione penale un bene così rilevante, sicché sono configurabili reati di pericolo astratto<sup>37</sup>. Infatti, se il legislatore subordinasse la tutela penale del bene ambientale al sorgere di un concreto pericolo, che la singola condotta non è in grado di fare sorgere, il presidio penale sarebbe irragionevolmente limitato a ipotesi eccezionali.

Inoltre, si tratta di un bene di cui tutti siamo fruitori, rispetto al quale nessun paese può vantare una titolarità esclusiva; si deve infatti considerare che i disastri naturali, come i cambiamenti climatici, superano ogni confine nazionale. Può dirsi, in tal senso, che i reati ambientali sono i crimini transnazionali per eccellenza, i cui effetti si estendono a vaste macro-aree del pianeta.

Se la prima affermazione impone di anticipare la soglia di punibilità in ottica prevenzionistica e di comminare pene severissime per ottenere un reale effetto deterrente, la seconda evidenzia l'importanza di prevedere una tutela uniforme nei diversi ordinamenti, per evitare forme di *law shopping* da parte di gruppi criminali o imprese in grado di contabilizzare i costi legati ai rischi penali prescegliendo quelle "zone franche" in cui le violazioni ambientali sono meno severamente punite.

A tal fine, insieme alle necessarie modifiche normative occorre, già a livello culturale, valorizzare il rango assolutamente primario dell'ambiente, che è essenziale per la esistenza stessa dello Stato, a differenza della collocazione che precedentemente esso ha ricevuto nella gerarchia dei beni giuridici.

Questa esigenza di reimpostazione e rafforzamento della tutela ambientale si manifesta nei principali ordinamenti europei, tra cui quello italiano.

Se nella sistematica originaria del Codice Rocco l'ecosistema non rivestiva rilievo apicale, la legislazione recente ha colmato le più evidenti lacune, introducendo, tra gli altri, i delitti di disastro ambientale, inquinamento ambientale, abbandono di materiale radioattivo.

Il legislatore ha così rimediato alla forzatura interpretativa dovuta alla riconduzione alla fattispecie di disastro innominato di condotte a rigore non compatibili col tenore letterale dell'art. 434 c.p.<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 421; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>38</sup> Per un commento alla riforma dei reati ambientali, v. C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22*

Tuttavia, la nuova disciplina non ha risolto alcune problematiche di rilievo.

In particolare, è criticabile la scelta di mantenere nel D.lgs 152/2006 alcune contravvenzioni, che riguardano condotte tristemente diffuse nella pratica e che presentano una marcata offensività, come l'abbandono di rifiuti, lo scarico di acque reflue, e la gestione di rifiuti non autorizzati. Di fronte all'allarmante aumento delle condotte di chi abbandona materiali inquinanti nelle strade, nelle campagne e nei parchi, le sanzioni finora previste si sono rivelate inefficaci.

Ancora, data la descritta caratterizzazione organizzata assunta dagli ecoreati, parte della dottrina suggerisce l'introduzione di una specifica normativa che valorizzi l'autonoma pericolosità delle ecomafie, attraverso il riferimento ad una associazione a delinquere contro l'ambiente, non ritenendosi sufficiente l'aggravante ambientale di cui all'art. 452-octies c.p. e la fattispecie di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti ex art. 452-quaterdecies c.p., norme nelle quali manca il riferimento al nucleo centrale dell'ecomafia, ossia l'utilizzo del metodo violento e intimidatorio derivante dalla forza del vincolo associativo<sup>39</sup>.

E infatti, tra l'attività di traffico illecito di rifiuti e l'ecomafia non vi è ancora coincidenza in termini di offensività, in quanto la prima presuppone la predisposizione di mezzi e uomini al fine del trasporto e dello scarico condotti in forma seriale, ma non anche la creazione di una vera e propria associazione a delinquere che si avvale del metodo violento proprio del sodalizio. La differenza non è solo quantitativa, ma qualitativa, connotandosi l'organizzazione mafiosa per un *quid pluris*, che giustifica una pena più severa a tutela dell'ordine pubblico e dell'ambiente.

Si tratta di una delle principali criticità nella lotta al traffico internazionale di rifiuti, che caratterizza i principali ordinamenti europei.

Anche nell'ordinamento francese e in quello tedesco l'inquinamento ambientale viene punito senza valorizzare la sua accresciuta dimensione criminale-associativa.

In definitiva, mancano a livello europeo norme idonee a colpire le ecomafie in quanto tali, che colgano la specifica offensività del traffico illecito di rifiuti in forma organizzata, basate su una definizione uniforme tra gli Stati membri di traffico illecito, al momento assente.

Sul punto vengono in rilievo la direttiva comunitaria 99/2008 del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente e la decisione quadro 2008/841/GAI del 24 ottobre 2008 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata.

La direttiva 99/2008 ha richiesto agli Stati l'introduzione di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive per una serie di reati ambientali, ma presenta anche significative limitazioni a causa della sua genericità, in quanto non descrive in dettaglio le singole figure criminose ambientali, né prescrive specifici tipi e livelli di sanzioni penali. Un problema fondamentale è dato dal fatto che essa non disciplina il fenomeno delle ecomafie, né fa riferimento ad una fattispecie eurounitaria di traffico illecito di

---

maggio 2015, n. 68, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>39</sup> M. PALMISANO, *op. cit.*, 107.

rifiuti o ai reati collegati a quelli ambientali, come la corruzione<sup>40</sup>. Infine, la direttiva non contiene alcuna previsione in ordine alla giurisdizione né alla cooperazione giudiziaria.

Per quanto riguarda la decisione quadro, deve rilevarsi che essa non contiene un riferimento esplicito ai reati ambientali; la previsione di delitti scopo puniti entro la soglia di pena citata può consentire soltanto in via mediata di includere il traffico illecito di rifiuti pericolosi, che vi rientra qualora sia punito nel massimo con almeno quattro anni di reclusione<sup>41</sup>.

La Decisione quadro risulta quindi affetta da una insufficiente specificità anche nel contrasto agli ecoreati.

Per tale ragione a livello europeo sarebbe di indubbia utilità una nuova direttiva sulla criminalità ambientale, che colga il collegamento tra reati contro l'ambiente e criminalità organizzata, in modo da valorizzare tra l'altro la soglia di pena prevista dalla decisione quadro.

La soluzione ottimale per rimediare alla inidoneità della decisione quadro e della direttiva sopra citate potrebbe essere la introduzione un obbligo di incriminazione delle associazioni a delinquere finalizzate alla commissione di illeciti ambientali, con le modalità precedentemente indicate.

Un salto di qualità nella tutela ambientale è stato raggiunto con la previsione di fattispecie di pericolo in ottica prevenzionistica, in luogo dei modelli contravvenzionali o di illeciti amministrativi adottati in passato. Un secondo decisivo *step* deve essere costituito dalla considerazione della rinnovata la dimensione imprenditoriale e criminale dell'inquinamento ambientale, che ha perso il suo carattere occasionale e locale per diventare un fenomeno globale.

Come premessa di metodo, il punto di arrivo potrebbe essere un doppio binario di responsabilità penale, per le condotte individuali e per l'organizzazione "ecomafiosa" in sé, insieme ad un rafforzamento della responsabilità amministrativa degli enti collettivi, prevista nei principali paesi europei, con il risultato di neutralizzare sia i sodalizi criminali sia gli organismi societari da questi costituiti; occorre infatti considerare che i reati ambientali possono essere realizzati sia nell'ambito di una comune attività di impresa, sia da associazioni mafiose che utilizzano per finalità tout court illecite società di comodo.

In prospettiva futura, la necessaria armonizzazione dovuta ad una nuova direttiva nel settore ambientale può essere la base del dibattito sulla introduzione di una fattispecie di associazione mafiosa europea sul modello dell'art. 416 bis c.p., che includa, tra le altre, la finalità di inquinamento. Le indagini più recenti dimostrano infatti che i sodalizi criminali hanno esteso il loro raggio di azione a tutto il Nord Italia e al territorio

---

<sup>40</sup> M. BELLACOSA, *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019 n. 4, p. 182.

<sup>41</sup> Sul tema, v. G.M. VAGLIASINDI, *The EU Environmental Crime Directive*, in *Environmental Crime in Europe*, a cura di A. FARMER – M. FAURE – G.M. VAGLIASINDI, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2017, pp. 31-55, nonché il progetto di ricerca "European Union Action to Fight Environmental Crime" (EFFACE), p. 40.

europeo, attraverso diverse forme di *business* illeciti e dando vita a proprie “cellule” territoriali delocalizzate<sup>42</sup>.

Su un piano procedurale, insieme agli obblighi di cooperazione previsti dalle direttive europee, parte della dottrina ipotizza un ampliamento delle competenze della Nuova Procura Europea ai sensi dell’art. 86 TFUE, costituendo i reati ambientali crimini di carattere tipicamente transnazionale<sup>43</sup>.

Nell’ambito della comunità internazionale, appare indispensabile un più ampio disegno riformatore, che affianchi alla tutela penalistica alcune misure economiche incentivanti delle imprese virtuose, che abbattano i costi di produzione e smaltimento dei rifiuti in forma lecita e concorrenziale, e semplifichino gli oneri burocratici, onde sottrarre spazio alle associazioni mafiose che in questo mercato hanno prosperato anche per l’assenza di regole certe che ha determinato la scarsità dell’offerta rispetto ad una domanda di smaltimento enorme<sup>44</sup>.

Si conferma, in definitiva, l’insufficienza di misure punitive, e l’inevitabilità di una parallela regolazione delle attività economiche, che rivitalizzi il circuito dell’economia legale oggi fatalmente inquinato dalla presenza di imprese mafiose. Solo in questo modo è possibile eliminare alla radice le precondizioni che favoriscono l’affermazione delle mafie.

Indubbiamente, la tradizione giuridica e il contributo culturale dell’ordinamento italiano possono essere trainanti in questo processo evolutivo, soprattutto per quanto riguarda la specificità degli strumenti di contrasto, in materia, tra le altre, di coordinamento delle indagini, confisca e misure di prevenzione.

---

<sup>42</sup> Cfr. Cass. Sez. II, 11 gennaio 2012, n. 4304, Romeo, che ha affermato la configurabilità del reato associativo in presenza di una “mafia silente”, ma pronta a ricorrere ai reati-fine tipici delle mafie; Relazione semestrale della Direzione nazionale antimafia sullo stato delle mafie, 2018; Eurojust, Relazione annuale, *Criminal justice across borders*, 2018; in dottrina, F. SERRAINO, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 264 ss., F. VARESE, *Mafie in movimento*, Torino, 2011, IX-X.

<sup>43</sup> P. FERRUA – R. GAMBINI – M. SALVADORI, *La nuova Procura europea. Indipendenza, coordinamento tra stati e tutela dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Torino, 2016.

<sup>44</sup> R. PICCIRILLO, *Mafia e ambiente*, Stati generali lotta alle mafie, Tavolo 3, p. 61.

**MEGLIO TARDI CHE MAI.  
IL NUOVO VOLTO DEL RECEPIMENTO  
DELLA DECISIONE QUADRO RELATIVA AL M.A.E.  
NEL D.LGS. 2 FEBBRAIO 2021, N. 10: UNA PRIMA LETTURA**

di Marta Bargis

*Il saggio offre una prima lettura del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10, analizzando l'ampia rivisitazione della l. 22 aprile 2005, n. 69, da valutare nel complesso positivamente, pur a fronte di taluni profili critici. In sede conclusiva vengono delineati gli scenari futuri a livello europeo.*

SOMMARIO: 1. Rilievi preliminari: dopo un ritardo davvero imbarazzante, la l. 22 aprile 2005, n. 69, con cui era stata recepita la decisione quadro relativa al m.a.e., cambia volto grazie al d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10. – 2. Il tenore della legge delega (art. 6 l. 4 ottobre 2019, n. 117), tra principi e criteri direttivi specifici e disposizioni immediatamente precettive. – 3. Il d.lgs. n. 10 del 2021 di fronte alle difformità della l. n. 69 del 2005 rispetto alla decisione quadro. – 4. La riscrittura delle disposizioni di principio e delle garanzie costituzionali. – 5. Modifiche e *addenda* per la procedura passiva di consegna: a) il contenuto del m.a.e. e la soppressione della documentazione a supporto non richiesta dalla decisione quadro. – 6. (*segue*): b) la problematica della doppia punibilità e l'adeguamento alla decisione quadro. – 7. (*segue*): c) il *distinguo* tra motivi di rifiuto obbligatorio e facoltativo (artt. 18 e 18-*bis* l. n. 69 del 2005) e la loro rivisitazione. L'inserimento dell'art. 18-*ter* l. n. 69 del 2005, sulle decisioni pronunciate in assenza. – 8. (*segue*): d) le modifiche in tema di consegna condizionata. – 9. (*segue*): e) i tempi per la decisione definitiva sulla consegna e i riflessi in materia di misure cautelari; la consegna e la sua eventuale sospensione. Nuove modalità telematiche di trasmissione degli atti fra uffici giudiziari. – 10. Minimi "aggiustamenti" per la procedura attiva di consegna. – 11. Il prossimo futuro della decisione quadro sul m.a.e.: le Conclusioni del Consiglio del 1° dicembre 2020 e la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021.

**1. Rilievi preliminari: dopo un ritardo davvero imbarazzante, la l. 22 aprile 2005, n. 69, con cui era stata recepita la decisione quadro relativa al m.a.e., cambia volto grazie al d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10.**

Una *excusatio non petita* è contenuta nel titolo del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10<sup>1</sup>, là dove si riferisce a disposizioni «per il compiuto adeguamento della normativa nazionale» alla decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al m.a.e., in attuazione della

---

<sup>1</sup> Il d.lgs. n. 10 del 2021 è pubblicato in [G.U., 5 febbraio 2021, n. 30](#).

delega ex art. 6 l. 4 ottobre 2019, n. 117 (*Legge di delegazione europea 2018*)<sup>2</sup>, che d'altro canto aveva anticipato un tale titolo nella sua rubrica<sup>3</sup>.

La menzione del «compiuto adeguamento» non costituisce un *lapsus* freudiano, ma riconosce una realtà davvero imbarazzante, come del resto emerge dalla stessa Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo<sup>4</sup>. Il motivo dell'imbarazzo risiede nel lungo lasso di tempo intercorso da quando, nell'ambito del quarto ciclo di valutazioni reciproche sull'applicazione pratica del m.a.e., è stato redatto il *Report on Italy* (23 febbraio 2009), che si concludeva con ventidue raccomandazioni al nostro Paese<sup>5</sup>, rimaste sostanzialmente inascoltate, dato che l'Italia, sia pure con ritardo a fronte del termine stabilito dalla Relazione finale del Consiglio (metà del 2011)<sup>6</sup>, ha fornito risposta scritta (17 novembre 2011) ad alcune di esse concernenti aspetti pratici della procedura attiva di consegna, mentre, quanto alla procedura passiva, cioè il vero nodo del contendere, ha annunciato possibili modifiche alla legge di adattamento, mai realizzate, o ha invocato l'opera adeguatrice della Corte di cassazione<sup>7</sup>. Certamente, infatti, talune difformità della nostra legge di recepimento rispetto alla lettera e/o allo spirito della decisione quadro erano state risolte, già a quell'epoca, dalla giurisprudenza interna, facendo leva sullo strumento dell'interpretazione conforme<sup>8</sup>: tuttavia, il *Report on Italy* riteneva preferibile che la legge attuativa venisse posta formalmente in linea con la decisione quadro, cancellando alcune previsioni e modificandone altre, perché l'interpretazione conforme seguita dalla Corte Suprema, «*although certainly welcomed*», era ritenuta «*still "second best" to a situation in which the Italian implementing law would be fully in line with the Framework Decision*»<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> La legge di delegazione europea 2018 è pubblicata in *G.U.*, 18 ottobre 2019, n. 245.

<sup>3</sup> L'art. 6 l. n. 117 del 2019 è infatti rubricato «Delega al Governo per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, e disposizioni in materia di mandato d'arresto europeo e procedure di consegna tra Stati membri». In proposito v. *infra*, § 2.

<sup>4</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, in *Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 201, Schema di decreto legislativo recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri* (trasmesso alla Presidenza del Senato il 2 novembre 2019), p. 3 ss. e 7 ss.

<sup>5</sup> V. il documento 5832/2/09 REV 2, CRIMORG 19, COPEN 18, EJM 8, EUROJUST 6, Brussels, 18 March 2009, che contiene la versione "declassificata", ma identica nel contenuto, del precedente documento 5832/1/09 REV 1, del 23 febbraio 2009. Per brevità, di qui in avanti il documento sarà citato come *Report on Italy*.

<sup>6</sup> Sulle vicende del quarto ciclo di valutazioni reciproche v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Procedura penale europea*, IV ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 405-407.

<sup>7</sup> Cfr. il documento 17113/11, CRIMORG 206, COPEN 326, EJM 164, EUROJUST 192, p. 1-4, con riguardo alle raccomandazioni rivolte all'Italia come Stato membro di emissione del m.a.e., e p. 4-6, in ordine alle raccomandazioni destinate al nostro Paese come Stato membro di esecuzione dell'euromandato.

<sup>8</sup> Su questo aspetto v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 418-420. Per un quadro aggiornato della giurisprudenza sulla legge attuativa del m.a.e. v. *Corte Suprema di cassazione, Sesta sezione penale, Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo* (a cura di E. CALVANESE – G. DE AMICIS), p. 11-146. Sulla l. n. 69 del 2005 v., di recente, E. ZANETTI, *Artt. 1-33 m.a.e.* e S. MELONI, *Artt. 34-40 m.a.e.*, in G. Illuminati – L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, rispettivamente p. 3577 ss. e p. 3641 ss.

<sup>9</sup> In questi termini v. *Report on Italy*, cit., p. 64.

Piuttosto semplice la ragione dell'odierna resipiscenza del legislatore italiano: la Relazione della Commissione del 2011, che deplorava il comportamento di quegli Stati membri, tra cui l'Italia, i quali non avevano apportato modifiche alle rispettive legislazioni, nonostante gli inviti in tal senso formulati da precedenti Relazioni del Consiglio e della Commissione<sup>10</sup>, era rimasta "lettera morta"; peraltro, entrato a regime il Trattato di Lisbona, si profilava all'orizzonte una possibile procedura di infrazione, il che spiega perché la legge di delegazione europea si sia occupata della tematica. Che il timore non fosse infondato trova conferma nell'ultima Relazione della Commissione (2 luglio 2020)<sup>11</sup>: nelle sue conclusioni, la Commissione osserva che «taluni Stati membri non hanno dato seguito ad alcune delle precedenti raccomandazioni della Commissione e alle raccomandazioni scaturite dal quarto ciclo di valutazioni reciproche» e che il «recepimento incompleto e/o errato della decisione quadro ostacola l'applicazione del principio di riconoscimento reciproco in materia penale»<sup>12</sup>, preannunciando, se necessario, l'avvio delle procedure di infrazione<sup>13</sup>.

Insomma, e per certi versi paradossalmente, una volta tanto ci siamo mossi per tempo. Semmai, l'aspetto da segnalare è un altro, sul quale torneremo in sede conclusiva: a livello europeo – oltre al fatto che, nell'ambito del nono ciclo di valutazioni reciproche, determinati aspetti della decisione quadro sull'euromandato sono oggetto di una ulteriore revisione *inter pares* – la soluzione delle problematiche concernenti il m.a.e. si mostra in divenire, nel senso che, anteriormente alla data di pubblicazione dell'ultima Relazione della Commissione, sono riprese le discussioni sulla eventualità di una ricalibratura dell'atto europeo<sup>14</sup>. Una riprova è offerta, come vedremo, dalle Conclusioni del Consiglio «Il mandato d'arresto europeo e le procedure di estradizione – Sfide attuali e prospettive future», adottate il 1° dicembre 2020 e presentate il successivo 2 dicembre in occasione della videoconferenza informale dei Ministri della giustizia, e dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> COM(2011) 175 def., 11 aprile 2011, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, p. 5, dove si osservava come l'inadempienza denunciata fosse «ancor più deplorabile nel caso di Stati membri che nella Relazione del 2007 della Commissione erano stati espressamente chiamati ad attivarsi per conformarsi pienamente alla decisione quadro del Consiglio» (tra questi Stati era ricompresa l'Italia).

<sup>11</sup> COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

<sup>12</sup> COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, Relazione della Commissione, cit., p. 24, dove si aggiunge che alcuni Stati membri non hanno ancora attuato talune sentenze della Corte di giustizia.

<sup>13</sup> La Relazione illustrativa, cit., p. 8, ammette che il d.lgs. n. 10 del 2021 mira a «scongiurare – tra l'altro – l'avvio nei confronti del nostro Paese di quelle procedure di infrazione» alle quali la Commissione europea si è richiamata nella sua ultima Relazione sull'attuazione del m.a.e.

<sup>14</sup> Quanto ai necessari approfondimenti v. *infra*, § 11.

<sup>15</sup> Cfr. Conclusioni del Consiglio «Il mandato d'arresto europeo e le procedure di estradizione – Sfide attuali e prospettive future», in G.U.U.E., 4 dicembre 2020, C 419; Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri (2019/2207[INI]) (in proposito v. *infra*, § 11).

Prima di analizzare l'innovato sembiante della l. 22 aprile 2005, n. 69<sup>16</sup>, è opportuno soffermarsi brevemente sulle prescrizioni dettate dalla legge delega, alle quali è dedicato il successivo paragrafo.

## 2. Il tenore della legge delega (art. 6 l. 4 ottobre 2019, n. 117), tra principi e criteri direttivi specifici e disposizioni immediatamente precettive.

L'art. 6 comma 1 l. n. 117 del 2019<sup>17</sup> delegava il Governo ad adottare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge (2 novembre 2019), «uno o più decreti legislativi per il più compiuto adeguamento della normativa nazionale» alla decisione quadro sul m.a.e., «apportando le opportune modifiche» alla l. n. 69 del 2005. Il successivo comma 3 dettava, alle lett. *a* e *b*, alcuni principi e criteri direttivi specifici: ai sensi della lett. *a*, il Governo era tenuto ad armonizzare le disposizioni della legge attuativa alla decisione quadro sul m.a.e., «sia in relazione alla procedura di consegna e agli obblighi di informazione che alla disciplina dei motivi di rifiuto, prevedendo in particolare quali motivi di non esecuzione facoltativa» del mandato quelli indicati dall'art. 4 dell'atto europeo, «al fine di assicurare il principio del mutuo riconoscimento e la salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento», secondo quanto stabilito dall'art. 1 e dal considerando n. 12 della decisione quadro, «tenuto conto del principio di presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, e di quanto stabilito dal titolo I-bis<sup>18</sup> del libro XI del codice di procedura penale»; a norma della lett. *b*, il Governo era delegato a risolvere i contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione dell'art. 31 della decisione quadro, «prevedendo che si possano continuare ad applicare gli accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della decisione quadro se contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato»<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Per un primo commento v. L. SCOLLO, [La riforma del Mandato d'Arresto Europeo. Meno diritto e più diritti](#), in *Giur. pen. web*, 2021, n. 2.

<sup>17</sup> Alcuni rilievi sulla disposizione sono formulati da M. BARGIS, [L'attuazione della direttiva \(UE\) 2016/1919 nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo fra scelte positive e lacune strutturali](#), in questa Rivista, 11/2019, p. 82-85; P. MAGGIO, *Le modifiche alla disciplina del MAE per effetto della legge di delegazione europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 724-731.

<sup>18</sup> Titolo, aggiunto dall'art. 3 comma 1 lett. *a* d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 (*Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in G.U., 16 ottobre 2017, n. 242), che disciplina i *Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea*: v., in specie, gli artt. 696-bis (*Principio del mutuo riconoscimento*), 696-ter (*Tutela dei diritti fondamentali della persona nel mutuo riconoscimento*) e 696-quinquies (*Limiti al sindacato delle decisioni giudiziarie degli altri Stati membri*) c.p.p. Sul tema v., di recente, G. DE AMICIS, *Il principio del reciproco riconoscimento e la sua attuazione nel diritto interno*, in M.R. Marchetti – E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine* (con il coordinamento di G. Barrocu), Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2019, p. 239 ss.

<sup>19</sup> V. *infra*, § 4.

Il comma 4 dell'art. 6 aggiungeva che, in sede di esercizio della delega in conformità ai criteri di cui al precedente comma 3 lett. *a*, potevano «essere apportate anche le opportune modifiche» alle disposizioni di cui agli artt. 18 e 18-*bis* l. n. 69 del 2005, come rispettivamente modificato e introdotto dal comma 5 del medesimo art. 6. Quest'ultimo comma, di immediato effetto precettivo<sup>20</sup>, aveva, infatti, estrapolato dal testo previgente dell'art. 18 l. n. 69 del 2005 (allora rubricato *Rifiuto della consegna*; in esito alla modifica *Motivi di rifiuto obbligatorio della consegna*) le originarie lett. *o*, *p*, *r* e le situazioni in esse considerate venivano a costituire altrettanti motivi di rifiuto facoltativo della consegna, contemplati nell'art. 18-*bis* lett. *a*, *b* e *c* l. n. 69 del 2005 (rubricato appunto *Motivi di rifiuto facoltativo della consegna*): la lett. *c* aveva tenuto conto della declaratoria di illegittimità costituzionale che nel 2010 aveva investito l'originaria lett. *r* dell'art. 18<sup>21</sup>. Quanto all'art. 18 l. n. 69 del 2005, ne era stato sì sostituito il testo, ma – salva la scomparsa delle originarie lett. *o*, *p*, *r*, con conseguente diversa elencazione alfabetica – il contenuto delle lettere superstiti era rimasto identico.

Fin dal tenore della delega emergeva in modo piuttosto evidente che il legislatore delegato, con riguardo ai motivi di rifiuto dell'esecuzione del m.a.e., avrebbe dovuto portare a termine un compito complesso, implicante operazioni sia di “travaso” dall'art. 18 all'art. 18-*bis* l. n. 69 del 2005 sia di soppressione dei motivi ultronei rispetto al dettato della decisione quadro. Analizzeremo in seguito le scelte compiute nel d.lgs. n. 10 del 2021, potendosi fin da ora anticipare che le sfaccettature di questo profilo sono assai variegate<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> M. LANOTTE, [Luci ed ombre della legge di delegazione europea 2018 \(e del sistema di trasposizione degli obblighi UE previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234\) con particolare riguardo alla materia penale](#), in [www.eurojus.it](#), 2019, n. 4, p. 89 ss. e 102 ss., sottolineava un uso improprio della legge di delegazione europea, perché le modifiche introdotte direttamente nella l. n. 69 del 2005 avrebbero dovuto essere operate mediante la legge europea oppure presentate come criteri direttivi rivolti al Governo nella legge di delegazione.

<sup>21</sup> Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227 ha dichiarato illegittimo, in riferimento agli artt. 11 e 117 comma 1 Cost., l'art. 18 comma 1 lett. *r* l. n. 69 del 2005 (testo originario) «nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno».

Quanto alla situazione di cittadini extracomunitari che legittimamente ed effettivamente risiedono o dimorano in Italia, è pendente una questione di legittimità costituzionale dell'art. 18-*bis* comma 1 lett. *c* l. n. 69 del 2005, come inserito dall'art. 6 comma 5 lett. *b* l. n. 117 del 2019, sollevata da Cass., sez. VI, ord. 4 febbraio 2020, n. 10371 (su cui v., in senso adesivo, M. DANIELE, [Mandato di arresto europeo e diritto degli extracomunitari al reinserimento sociale nello Stato di esecuzione. Una questione di legittimità costituzionale](#), in questa *Rivista*, 6 maggio 2020). La Corte costituzionale ha rinviato la discussione del giudizio, già fissata nella camera di consiglio del 10 febbraio 2021, alla camera di consiglio del 10 marzo 2021, «per la possibile incidenza» del sopravvenuto d.lgs. n. 10 del 2021 (v. *Ufficio Stampa della Corte costituzionale, Comunicato del 2 marzo 2021*, p. 10). Il d.lgs. n. 10 del 2021 ha infatti optato per la soluzione negativa: nei riguardi dei cittadini extracomunitari non sono previsti né il rifiuto della consegna nel caso di m.a.e. esecutivo né la subordinazione della consegna alla condizione del rinvio in Italia nell'ipotesi di m.a.e. processuale; identica disciplina è stata estesa all'evenienza di transito (v. *infra*, §§ 7-8).

<sup>22</sup> V. *infra*, § 7, sub lett. *a* e *b*. Il profilo intertemporale è coperto dall'art. 28 d.lgs. n. 10 del 2021 (su cui v. *infra*, § 4).

Meno vincolante, perché abbastanza generico, si mostrava l'incipit dell'art. 6 comma 3 lett. a l. n. 117 del 2019, riferito alla «procedura di consegna» e agli «obblighi di informazione»: si poteva comunque desumerne che, mediante l'armonizzazione della l. n. 69 del 2005 alla decisione quadro, il nostro Paese intendesse rispondere alle critiche rivolte alla legge di implementazione, a partire dalle prime Relazioni della Commissione europea<sup>23</sup> e dal *Report on Italy*, realizzando il fine esplicitato nell'ultima parte della medesima lett. a. In effetti, il legislatore delegato, come si potrà più avanti verificare, ha preso in considerazione le difformità rispetto all'atto europeo che connotavano la nostra legge di recepimento<sup>24</sup>, impegnandosi a risolverle, senza talora riuscire appieno nell'intento.

### 3. Il d.lgs. n. 10 del 2021 di fronte alle difformità della l. n. 69 del 2005 rispetto alla decisione quadro.

La Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo denuncia le «criticità ravvisabili nella normativa di implementazione interna»<sup>25</sup>, che si concentrano soprattutto sulla disciplina dettata per la procedura passiva di consegna.

Nell'intento perseguito dal presente commento, cioè quello di fornire una prima lettura coordinata delle novità ascrivibili al d.lgs. n. 10 del 2021, è utile premettere un breve *excursus* delle deviazioni dalla decisione quadro, sintetizzato dalla stessa Relazione illustrativa, che individua «tre principali nuclei tematici»<sup>26</sup>. Il primo riguarda il contenuto del m.a.e.: la normativa nazionale, nel suo testo originario, richiedeva alle autorità giudiziarie dello Stato membro di emissione l'invio di provvedimenti e atti ulteriori rispetto all'euromandato, in sostanza non discostandosi dalle procedure estradizionali<sup>27</sup>. Il secondo concerne l'incompleta ricezione del principio del mutuo riconoscimento: lo testimoniano, in particolare, il parametro normativo assunto per i casi di esclusione del controllo della doppia punibilità, che è stato «nazionalizzato», e la disciplina dei motivi di non esecuzione del m.a.e., nelle sue varie declinazioni (pur dopo la distinzione fra motivi di rifiuto obbligatorio e facoltativo introdotta, come si è illustrato nel precedente paragrafo, dalla l. n. 117 del 2019)<sup>28</sup>. Il terzo è riferibile alla «tempistica procedurale», che si riconosce «pressoché completamente disallineata», a

---

<sup>23</sup> Si tratta di COM(2006) 8 def., 24 gennaio 2006, *Relazione della Commissione a norma dell'art. 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (versione riveduta)* e di COM(2007) 407 def., 11 luglio 2007, *Relazione della Commissione sull'attuazione, dal 2005, della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*.

<sup>24</sup> Sulle quali v. *infra*, § 3.

<sup>25</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 7.

<sup>26</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 8. Sulle principali dissonanze fra il testo originario della l. n. 69 del 2005 e l'atto europeo, quanto alla procedura passiva di consegna, v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 411-416.

<sup>27</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 7. Per questo profilo v. *infra*, § 5.

<sup>28</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 7. Su tali aspetti v. *infra*, §§ 6-7.

fronte delle disposizioni della decisione quadro, nonché alle collegate problematiche attinenti al regime cautelare qualora si verifici l'inosservanza dei termini stabiliti per la decisione sull'esecuzione, eventualità a cui la versione iniziale della l. n. 69 del 2005 riconnetteva, diversamente dalle prescrizioni della decisione quadro, «sempre e immancabilmente la rimessione in libertà della persona richiesta in consegna»<sup>29</sup>.

Ancora in via di premessa, va evidenziato che, oltre ai nuclei tematici appena richiamati, il d.lgs. n. 10 del 2021 ha apportato altre modifiche alla nostra legge attuativa, dovute all'accoglimento delle osservazioni avanzate dalle Commissioni giustizia del Senato e della Camera nei loro pareri<sup>30</sup>: se ne darà conto, di volta in volta, nel prosieguo della trattazione.

Inoltre, appaiono di sicuro rilievo – richiedendo perciò un esame a sé<sup>31</sup> – gli interventi operati sugli artt. 1 e 2 l. n. 69 del 2005, relativi alle «Disposizioni di principio» e alle «Garanzie costituzionali», poste a fondamento della legge attuativa.

Va, infine, rammentato che, a norma dell'art. 28 d.lgs. n. 10 del 2021, i procedimenti relativi «alle richieste di esecuzione di mandati di arresto europeo in corso alla data di entrata in vigore» del decreto (20 febbraio 2021) «proseguono con l'applicazione delle norme anteriormente vigenti quando a tale data la corte d'appello abbia già ricevuto il mandato d'arresto europeo o la persona richiesta in consegna sia già stata arrestata».

#### 4. La riscrittura delle disposizioni di principio e delle garanzie costituzionali.

Seguendo, per comodità di esposizione, il percorso tracciato dalla Relazione illustrativa, prendiamo le mosse dalle modifiche apportate, dall'art. 2 d.lgs. n. 10 del 2021, all'art. 2 l. n. 69 del 2005, dedicato alle «Garanzie costituzionali»<sup>32</sup>: esse si sono tradotte nella sostituzione dell'articolo (attualmente rubricato «Rispetto dei diritti fondamentali e garanzie costituzionali»), ora composto da un unico comma, riformulato, ai sensi del quale l'esecuzione del m.a.e. «non può, in alcun caso, comportare una violazione dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato o dei diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici sanciti» dall'art. 6 t.u.e. o dei «diritti fondamentali garantiti» dalla c.e.d.u. e dai suoi Protocolli addizionali. Risultano dunque soppressi gli originari commi 2 e 3: il comma 2 prevedeva che, per le finalità individuate nel comma precedente, potessero venire richieste «idonee garanzie allo Stato membro di

<sup>29</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 8. In proposito v. *infra*, § 9.

<sup>30</sup> *Parere della Commissione giustizia del Senato*, approvato nella seduta del 1° dicembre 2020 (parere favorevole con osservazioni); *Parere della Commissione giustizia della Camera*, approvato nella seduta del 9 dicembre 2020 (parere favorevole con osservazioni).

<sup>31</sup> Per il quale v. *infra*, § 4.

<sup>32</sup> Secondo la *Relazione illustrativa*, cit., p. 9, le modifiche all'art. 2 l. n. 69 del 2005 assumono carattere «logicamente pregiudiziale». Sulla versione originaria di tale norma v. E. ZANETTI, *Art. 2 m.a.e.*, in G. Illuminati – L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 3580-3581.

emissione»<sup>33</sup>; il comma 3 riguardava la sospensione del meccanismo dell'euromandato decisa dal Consiglio dell'Unione europea, ma analoga previsione ricompare – lo si vedrà fra breve – nel nuovo comma 3-ter dell'art. 1 l. n. 69 del 2005, inserito dall'art. 1 comma 1 lett. c d.lgs. n. 10 del 2021.

La riscrittura dell'art. 2 l. n. 69 del 2005 chiarisce, a parere della Relazione illustrativa, che è inammissibile la «apposizione di “garanzie” diverse da quelle previste nell'articolo 4 della decisione quadro»<sup>34</sup> e che il «solo limite legittimamente opponibile all'applicazione del diritto dell'Unione» è costituito dall'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato o dei diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione; inoltre, esplicita «in forma chiara e precisa» il richiamo all'art. 6 t.u.e., che l'*incipit* dell'originario comma 1 dell'art. 2 l. n. 69 del 2005 effettuava con «un'impropria (oltre che incompleta) formula 'incidentale'», ed elimina «le altrettanto improprie (ma, specularmente, superflue) 'puntualizzazioni' interpolate nel riferimento ai diritti fondamentali riconosciuti» dalla c.e.d.u., che compariva nell'iniziale comma 1 lett. a del medesimo art. 2 della legge di adattamento.

Molteplici i cambiamenti introdotti, dall'art. 1 comma 1 lett. a-d d.lgs. n. 10 del 2021, nell'art. 1 l. n. 69 del 2005<sup>35</sup>, che si concretano, per un verso, nella modifica del comma 1 e nella sostituzione del comma 3, e, per l'altro, nell'inserimento dei nuovi commi 3-bis, 3-ter, 4-quater e 4-quinquies. La modifica del comma 1 consiste nella soppressione delle originarie parole finali («nei limiti in cui tali disposizioni non sono incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo») e si spiega, a detta della Relazione illustrativa<sup>36</sup>, in parte con la modifica dell'art. 2 comma 1 l. n. 69 del 2005, in cui «sono stati ora richiamati *tutti* i “principi supremi” dell'ordinamento costituzionale», in parte con l'impossibilità di limitare l'applicazione del diritto dell'Unione «invocando disposizioni costituzionali che non concretizzino detti “principi supremi” o che, quantomeno, ad essi non si ricolleghino». Di specifico risalto è il nuovo testo del comma 3, ai sensi del quale l'Italia «dà esecuzione al mandato d'arresto europeo in base al principio del mutuo riconoscimento, conformemente alle disposizioni della decisione quadro e della presente legge»<sup>37</sup>, sempre che il m.a.e. «provenga da un'autorità giudiziaria e che, quando sia emesso al fine dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, la sentenza da eseguire sia esecutiva»: oltre a recepire in via formale il principio del mutuo riconoscimento di cui l'euromandato costituisce la prima e più importante realizzazione, nel comma in discorso sono stati

---

<sup>33</sup> Il *Report on Italy*, cit., p. 71, osservava che l'art. 2 comma 2 l. n. 69 del 2005 «could result in refusal of surrender for a reason not set out in the Framework Decision». Pertanto, la raccomandazione n. 19 (*ivi*, p. 77) chiedeva di allinearla alle previsioni della decisione quadro.

<sup>34</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 10 e nota 13 (per le successive citazioni v. *ivi*, p. 10). Sull'attuale testo dell'art. 2 l. n. 69 del 2005, comparato con quello previgente, v. le considerazioni di L. SCOLLO, *La riforma*, cit., p. 4-7.

<sup>35</sup> Sulla sua versione originaria v. E. ZANETTI, *Art. 1 m.a.e.*, in G. Illuminati – L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 3577-3580.

<sup>36</sup> V. *Relazione illustrativa*, cit., p. 11, quanto alle due citazioni successive.

<sup>37</sup> *Rectius*, del presente decreto legislativo.

espunti i riferimenti «alla necessità che il mandato di arresto nazionale posto alla base di quello europeo fosse “sottoscritto da un giudice” e risultasse “motivato”, prescrizioni entrambe apertamente incompatibili con il suddetto principio»<sup>38</sup>; da segnalare, da ultimo, una modifica «essenzialmente di natura tecnica»<sup>39</sup>, cioè la sostituzione del termine «irrevocabile» con il termine «esecutiva», per quanto concerne la sentenza da eseguire, posto che la precedente dizione si poneva in contrasto<sup>40</sup>, oltre che con l’art. 6 comma 1 lett. c della stessa l. n. 69 del 2005<sup>41</sup>, con l’art. 8 § 1 lett. c decisione quadro<sup>42</sup>.

Passando all’inserimento dei nuovi commi, il comma 3-*bis* stabilisce che il m.a.e. «è eseguito dalle autorità competenti con la massima urgenza», implementando così la disposizione dell’art. 17 § 1 decisione quadro<sup>43</sup>, mentre il comma 3-*ter*, come si è detto poc’anzi, si occupa della sospensione del meccanismo dell’euromandato, prescrivendo che l’Italia «non dà esecuzione» ai m.a.e. «emessi da uno Stato membro nei cui confronti il Consiglio dell’Unione europea abbia sospeso l’applicazione del meccanismo» in parola «per grave e persistente violazione dei principi sanciti all’articolo 6, paragrafo 1<sup>44</sup>, del

<sup>38</sup> In questi termini v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 11, dove si puntualizza come la soppressione di tali requisiti si riconnetta «anche all’analogia soppressione d’ogni documentazione ‘di supporto’ del mandato di arresto europeo» pretesa dal testo originario dell’art. 6 l. n. 69 del 2005 (v. *infra*, § 5). Il *Report on Italy*, cit., p. 70-71, puntualizzava che la richiesta di sottoscrizione da parte di un giudice avrebbe potuto essere erroneamente interpretata nel senso che l’autorità di esecuzione italiana «*should refuse the execution of an EAW if the domestic arrest warrant on which it was based is issued by a judicial authority other than a judge, in particular by a prosecutor*», mentre il riferimento alla motivazione avrebbe potuto venire inteso nel senso che la medesima autorità «*should proceed to a factual verification of the case which it is not supposed to do*», in contrasto con il principio del mutuo riconoscimento. Di conseguenza, la raccomandazione n. 18 (*ivi*, p. 77) richiedeva la modifica dell’art. 1 comma 3 l. n. 69 del 2005, in conformità alla interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, in modo da allinearla alla decisione quadro.

<sup>39</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 11.

<sup>40</sup> Come del resto ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità (v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 12, nota 18). Per la giurisprudenza relativa all’art. 1 comma 3 l. n. 69 del 2005 (testo originario), quanto alla sottoscrizione del provvedimento da parte di un giudice, v. *Corte Suprema di cassazione, Sesta sezione penale, Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo* (a cura di E. CALVANESE – G. DE AMICIS), cit., p. 19.

<sup>41</sup> Dove ci si riferisce alla «indicazione dell’esistenza di una sentenza esecutiva, di un provvedimento cautelare o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza [...]».

<sup>42</sup> Nel quale si parla di «indicazione dell’esistenza di una sentenza esecutiva, di un mandato d’arresto o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza [...]».

<sup>43</sup> Il nuovo comma 3-*bis* dell’art. 1 l. n. 69 del 2005 va collegato alle modifiche che l’art. 13 d.lgs. n. 10 del 2021 ha introdotto nell’art. 17 l. n. 69 del 2005, disciplinante la decisione sulla richiesta di esecuzione del m.a.e. (v. *infra*, § 9, sub lett. f).

<sup>44</sup> In realtà, dopo la modifica del t.u.e., il richiamo al suo art. 6 § 1 è superato: v. art. 7 § 2 t.u.e., secondo cui «Il Consiglio europeo, deliberando all’unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l’esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro *dei valori di cui all’articolo 2*, dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni» (il corsivo è nostro). Perciò, il considerando n. 10 decisione quadro va riletto in tal senso: cfr. Corte giust. (Grande Sezione), 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality v. LM*, C-216/18 PPU, punto 70 (v. pure punti 71-72). Rilievi critici sulla formulazione del comma 3-*ter* sono avanzati da L. SCOLLO, *La riforma*, cit., p. 4.

Per alcune considerazioni circa la necessità di distinguere la situazione prevista nel nuovo comma 3-*ter* da quelle in cui, in specifici casi concreti, si presenti «la necessità di apprestare tutela a diritti e principi fondamentali di garanzia della persona richiesta in consegna, oggetto – come visto – delle previsioni tuttora

trattato sull'Unione europea ai sensi del punto (10) del preambolo della decisione quadro».

Per finire, i commi 4-*quater* e 4-*quinquies*<sup>45</sup> attuano la delega contenuta nell'art. 6 comma 3 lett. b l. n. 117 del 2019<sup>46</sup>, stabilendo l'uno che il nostro Paese «continua ad applicare gli accordi o intese, bilaterali o multilaterali, vigenti al momento dell'adozione della decisione quadro, quando essi contribuiscono ad una migliore e più efficace realizzazione della decisione quadro e semplificano o agevolano ulteriormente la consegna delle persone ricercate»<sup>47</sup>, e l'altro che, entro trenta giorni dall'entrata in vigore della disposizione<sup>48</sup>, su proposta del Ministro della giustizia, il Governo notifica al Consiglio e alla Commissione l'elenco degli specifici accordi e intese che l'Italia intende continuare ad applicare.

### **5. Modifiche e *addenda* per la procedura passiva di consegna: a) il contenuto del m.a.e. e la soppressione della documentazione a supporto non richiesta dalla decisione quadro.**

Venendo al contenuto del m.a.e., il testo originario dell'art. 6 l. n. 69 del 2005 dettava delle previsioni aggiuntive rispetto alla decisione quadro, considerate dal *Report on Italy* fondamentalmente contrarie al principio del mutuo riconoscimento<sup>49</sup>. In particolare, la consegna era consentita, ricorrendone i presupposti, «soltanto sulla base di una richiesta alla quale sia allegata copia del provvedimento restrittivo della libertà personale o della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla richiesta stessa» (art. 6 comma 3). Inoltre, al m.a.e. dovevano essere allegati: a) una relazione sui fatti addebitati alla persona della quale è domandata la consegna, con l'indicazione delle fonti di prova, del tempo e del luogo di commissione dei fatti stessi e della loro qualificazione giuridica; b) il testo delle disposizioni di legge applicabili, con l'indicazione del tipo e della durata della pena; c) i dati segnaletici e ogni altra possibile informazione atta a determinare l'identità e la nazionalità della persona di cui è domandata la consegna (art. 6 comma 4). Il mancato invio, dopo sollecitazione del

---

contenute nell'articolo 2», v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 12.

<sup>45</sup> I precedenti commi 4-*bis* e 4-*ter*, riguardanti l'attuazione dell'Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia, fatto a Vienna il 29 giugno 2006, sono stati aggiunti dall'art. 8 l. 3 maggio 2019, n. 37 (*Legge europea 2018*), in *G.U.*, 11 maggio 2019, n. 109. In argomento v. M. BARGIS, *L'attuazione della direttiva (UE) 2016/1919*, cit., p. 80-82; P. MAGGIO, *Le modifiche alla disciplina del MAE*, cit., p. 721 ss.

<sup>46</sup> V. *supra*, § 2.

<sup>47</sup> Sui contrasti giurisprudenziali relativi all'applicazione dell'art. 31 decisione quadro v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 53-57.

<sup>48</sup> Il termine «disposizione» è stato sostituito al termine «decreto», usato nello Schema di decreto legislativo, in accoglimento dell'osservazione formulata dalle Commissioni parlamentari (cfr. *Parere della Commissione giustizia del Senato*, cit., osservazione n. 1; *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione a).

<sup>49</sup> Cfr. *Report on Italy*, cit., p. 68; la raccomandazione n. 13 (*ivi*, p. 76) richiedeva di eliminare i commi 3-6 dell'art. 6 l. n. 69 del 2005. Sulla versione originaria dell'articolo v. E. ZANETTI, *Art. 6 m.a.e.*, in G. Illuminati - L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 3585-3589.

Ministro della giustizia, della copia del provvedimento e dell'ulteriore documentazione preludeva al rigetto della richiesta (art. 6 commi 5-6).

Con specifico riguardo alla relazione sui «fatti addebitati»<sup>50</sup>, il riferimento alle «fonti di prova» aveva destato notevoli perplessità, traducendosi addirittura in un arretramento rispetto all'estradizione (l'art. 12 § 2 c.e.estr., infatti, non ne richiede l'indicazione), dato che in quest'ultimo settore gli elementi probatori vengono in rilievo solo nei casi di cooperazione giudiziaria extraconvenzionale.

Quanto alla necessaria allegazione al m.a.e. della pronuncia interna sulla quale si fonda la richiesta di consegna, va rammentato come per la decisione quadro il principio del mutuo riconoscimento rende sufficiente la indicazione dell'esistenza del provvedimento, accompagnata da una serie di informazioni.

Per il m.a.e. ricollegato a monte a un provvedimento cautelare, l'allegazione dell'originario provvedimento restrittivo della libertà personale appariva funzionale al rifiuto dell'esecuzione «se il provvedimento cautelare in base al quale il mandato d'arresto è stato emesso è mancante di motivazione» (art. 18 comma 1 lett. t)<sup>51</sup>: ma, per la decisione quadro, competente all'esame del provvedimento originario è l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, secondo il sistema di garanzie processuali ivi previsto.

Insomma, la nostra legge attuativa prevedeva una documentazione a supporto del m.a.e. ben più complessa rispetto a quella richiesta dall'atto europeo<sup>52</sup>.

L'art. 3 comma 1 lett. c d.lgs. n. 10 del 2021 ha fatto giustizia di queste difformità, mediante l'abrogazione dei commi 3, 4, 5 e 6 dell'art. 6 l. n. 69 del 2005<sup>53</sup>. Sono poi state introdotte altre due modifiche: l'art. 3 comma 1 lett. a d.lgs. n. 10 del 2021 ha inserito il comma 1-bis, dove si disciplina il contenuto del m.a.e. emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale applicate all'esito di un processo in cui l'imputato non è comparso personalmente: in tal caso il mandato deve contenere altresì l'indicazione di almeno una delle condizioni elencate, in via alternativa, nelle lett. a-d<sup>54</sup>. Il comma va letto in collegamento con il nuovo art. 18-ter l. n. 69 del 2005, immesso dall'art. 16 d.lgs. n. 10 del 2021, che disciplina la decisione sulla richiesta di consegna appunto nel caso di decisioni pronunciate in assenza: ritorneremo,

<sup>50</sup> L'uso di tale locuzione aveva indotto alcuni interpreti a circoscrivere la previsione al m.a.e. processuale/cautelare.

<sup>51</sup> Come meglio si vedrà (*infra*, § 7, sub lett. a e b), il d.lgs. n. 10 del 2021 ha operato una profonda rivisitazione dei motivi di rifiuto della consegna, in aderenza alla decisione quadro.

<sup>52</sup> Ma la giurisprudenza aveva svolto un'opera adeguatrice: sul punto v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 14-15. Per più ampie indicazioni sulla giurisprudenza concernente l'art. 6 commi 3-5 l. n. 69 del 2005 (testo originario), v. *Corte Suprema di cassazione, Sesta sezione penale, Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo* (a cura di E. CALVANESE – G. DE AMICIS), cit., p. 30-35.

<sup>53</sup> A tale abrogazione vanno ovviamente ricollegate le modifiche di altre norme della l. n. 69 del 2005 che facevano riferimento alla documentazione ulteriore richiesta dal testo originario dell'art. 6: si tratta degli artt. 9 comma 1, 10 comma 4, 11 comma 2 e 16 comma 1 l. n. 69 del 2005, modificati, rispettivamente, dagli artt. 6 comma 1 lett. a, 7 comma 1 lett. b, 8 e 12 comma 1 lett. a d.lgs. n. 10 del 2021.

<sup>54</sup> La versione finale dell'art. 6 comma 1-bis lett. a l. n. 69 del 2005 ha tenuto conto dell'osservazione formulata dalla Commissione giustizia della Camera: v. *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione b.

dunque, sulla questione<sup>55</sup>, ma è bene già qui porre in luce che la scelta di riservare all'ipotesi di processo *in absentia* disposizioni a sé attua l'art. 4-bis decisione quadro<sup>56</sup> in modo più aderente alle sue previsioni rispetto alla sostituzione – effettuata dall'art. 2 comma 1 lett. a d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 31 – della lett. a nell'art. 19 comma 1 l. n. 69 del 2005<sup>57</sup>. Dal canto proprio, l'art. 3 comma 1 lett. b d.lgs. n. 10 del 2021 ha interpolato il comma 2 dell'art. 6 l. n. 69 del 2005, dove, nell'attuale formulazione, si stabilisce che se il m.a.e. «non contiene le informazioni di cui alle lettere a), b), c), d) e) ed f) del comma 1 o l'indicazione dell'esistenza di almeno una delle condizioni di cui al comma 1-bis, l'autorità giudiziaria provvede ai sensi dell'articolo 16. Analogamente provvede quando ritiene necessario acquisire ulteriori elementi al fine di verificare se ricorra uno dei casi previsti dagli articoli 18, 18-bis, 18-ter e 19»<sup>58</sup>.

## 6. (segue): b) la problematica della doppia punibilità e l'adeguamento alla decisione quadro.

Passando alla problematica della doppia punibilità, la versione originaria della nostra legge di recepimento prevedeva casi di «doppia punibilità» e casi di «consegna obbligatoria» (artt. 7 e 8 l. n. 69 del 2005)<sup>59</sup>. Quanto ai primi sollevavano dubbi le precisazioni richieste dall'art. 7 comma 2 secondo periodo l. n. 69 del 2005 per non applicare la doppia punibilità «in materia di tasse e imposte, di dogana e di cambio» (laddove l'art. 4 n. 1 decisione quadro esclude *tout court* il rifiuto facoltativo di eseguire il m.a.e.)<sup>60</sup> e la previsione aggiuntiva, rispetto all'atto europeo, secondo cui ai fini del «calcolo della pena o della misura di sicurezza non si tiene conto delle circostanze aggravanti» (art. 7 comma 3 l. n. 69 del 2005). Quest'ultima scelta era stata considerata

<sup>55</sup> V. *infra*, § 7, sub lett. c.

<sup>56</sup> Come si sa, l'art. 4-bis decisione quadro m.a.e. è stato inserito dall'art. 2 comma 1 n. 1 decisione quadro 2009/299/GAI, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo (sul contenuto dell'art. 4-bis v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 423 ss.). Contestualmente, il medesimo art. 2 comma 1 decisione quadro 2009/299/GAI ha soppresso (n. 2) l'art. 5 n. 1 decisione quadro m.a.e. e ha sostituito (n. 3) la lett. d nel modello di m.a.e. allegato alla medesima.

<sup>57</sup> Per rilievi critici su tale attuazione v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 426 ss.

<sup>58</sup> L'art. 16 l. n. 69 del 2005 (testo originario) è stato modificato dall'art. 12 d.lgs. n. 10 del 2021. Gli artt. 18 e 18-bis l. n. 69 del 2005 (nel testo dovuto all'art. 6 comma 5 lett. a e b l. n. 117 del 2019) sono stati modificati, rispettivamente, dagli artt. 14 e 15 d.lgs. n. 10 del 2021 e l'art. 18-ter l. n. 69 del 2005 è stato inserito – come ricordato – dall'art. 16 d.lgs. n. 10 del 2021 (v. *infra*, § 7). L'art. 19 l. n. 69 del 2005 (nel testo modificato dall'art. 2 comma 1 lett. a d.lgs. n. 31 del 2016) è stato sostituito dall'art. 17 d.lgs. n. 10 del 2021 (v. *infra*, § 8).

<sup>59</sup> Sul testo iniziale degli artt. 7 e 8 l. n. 69 del 2005 v. E. ZANETTI, *Art. 7 m.a.e.*, in G. Illuminati – L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 3589 ss.; EAD., *Art. 8 m.a.e.*, *ivi*, p. 3592 ss.

<sup>60</sup> L'art. 7 comma 2 secondo periodo l. n. 69 del 2005 (testo originario) richiedeva che si trattasse «di tasse e imposte che siano assimilabili, per analogia, a tasse o imposte per le quali la legge italiana prevede, in caso di violazione, la sanzione della reclusione della durata massima, escluse le eventuali aggravanti, pari o superiore tre anni». Sul punto v. *Report on Italy*, cit., p. 66 e la raccomandazione n. 10 (*ivi*, p. 76), che ne consigliava l'eliminazione.

foriera di difficoltà applicative, sia perché non tutti i Paesi membri prevedono un meccanismo simile al nostro con il calcolo delle aggravanti/attenuanti sia perché alla previsione di un'aggravante in uno Stato potrebbe affiancarsi la previsione di un'autonoma ipotesi di reato in un altro. Nel *Report on Italy* si rimarcava che il nostro legislatore richiedeva così un più alto grado di punibilità, con possibili risvolti problematici rispetto agli Stati che puniscono lievemente il reato base (ad esempio, il furto) e con pene molto più severe le ipotesi aggravate<sup>61</sup>.

Nei casi di consegna obbligatoria, veniva rimproverato al legislatore italiano di avere reintrodotta il principio della doppia incriminazione per l'intero catalogo delle trentadue categorie di reati, presente nell'art. 2 § 2 decisione quadro (c.d. lista positiva). Da un lato (art. 8 comma 1 l. n. 69 del 2005), infatti, erano state tipizzate le fattispecie criminose rispetto alle categorie elencate nella decisione quadro, utilizzando una tecnica di trasposizione particolare, che sovente non teneva conto delle corrispondenti definizioni dei reati già elaborate a livello europeo oppure si presentava deviante rispetto a previsioni legislative interne, creando in tal modo parametri di riferimento tipici per la sola procedura di consegna (il *Report on Italy* evidenziava al riguardo il rischio di «a triple criminality test»)<sup>62</sup>. Dall'altro (art. 8 comma 2 l. n. 69 del 2005), veniva imposto all'autorità giudiziaria italiana di accertare «quale sia la definizione dei reati per i quali è richiesta la consegna, secondo la legge dello Stato membro di emissione, e se la stessa corrisponda alle fattispecie» indicate nell'art. 8 comma 1 l. n. 69 del 2005: viceversa, la decisione quadro fa esclusivo rinvio alle definizioni operate «dalla legge dello Stato membro emittente» e la previsione aveva ormai superato il vaglio della Corte di giustizia<sup>63</sup>. Infine, l'art. 8 comma 3 l. n. 69 del 2005 stabiliva in sostanza un motivo di rifiuto (negata consegna del cittadino italiano, per i reati compresi nella lista, in rapporto a un fatto non previsto come reato dalla legge italiana, nell'ipotesi di ignoranza incolpevole della norma penale dello Stato membro di emissione): il *Report on Italy* riteneva che tale motivo di rifiuto, strettamente legato al nostro diritto interno, e dunque non previsto dalla decisione quadro, avrebbe potuto richiedere un esame nel merito del caso, ponendosi in frizione con il principio del reciproco riconoscimento<sup>64</sup>.

Gli inconvenienti appena descritti sono stati sanati, attraverso aggiunte mirate o soppressioni, dal d.lgs. n. 10 del 2021. L'art. 4 comma 1 lett. a di quest'ultimo ha innanzitutto modificato l'art. 7 comma 1 l. n. 69 del 2005, statuendo che l'Italia «dà esecuzione al mandato d'arresto europeo solo nel caso in cui il fatto sia previsto come reato anche dalla legge nazionale, indipendentemente dalla qualificazione giuridica e dai singoli elementi costitutivi del reato»<sup>65</sup>: l'aggiunta dell'inciso finale pone la nostra

<sup>61</sup> Cfr. *Report on Italy*, cit., p. 70; la raccomandazione n. 17 (*ivi*, p. 77) invitava a eliminare la previsione aggiuntiva e quella analoga contenuta nell'*incipit* dell'art. 8 comma 1 l. n. 69 del 2005 (testo originario).

<sup>62</sup> *Report on Italy*, cit., p. 69. La raccomandazione n. 15 (*ivi*, p. 77) chiedeva di allineare la lista contenuta nell'art. 8 comma 1 l. n. 69 del 2005 a quella presente nell'art. 2 § 2 decisione quadro.

<sup>63</sup> Corte giust., 3 maggio 2007, *Advocaten voor der Wereld*, C-303/05.

<sup>64</sup> Il *Report on Italy*, cit., p. 69 ss., definiva la previsione come una «curious exception», assimilabile a un motivo di rifiuto, e la raccomandazione n. 16 (*ivi*, p. 77) ne caldeggiava la eliminazione.

<sup>65</sup> Come ricorda la *Relazione illustrativa*, cit., p. 18 e nota 30, la giurisprudenza di legittimità aveva già utilizzato nella prassi tale criterio interpretativo. Sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di art. 7

normativa in linea con l'art. 2 § 4 decisione quadro. L'art. 4 comma 1 lett. *b* d.lgs. n. 10 del 2021 ha provveduto a sostituire l'art. 7 comma 2 l. n. 69 del 2005, eliminando la parte relativa all'assimilabilità, per analogia, di tasse o imposte. L'art. 4 comma 1 lett. *c* d.lgs. n. 10 del 2021 ha riformulato l'art. 7 comma 3 l. n. 69 del 2005, sopprimendone, al contempo, il secondo periodo relativo alla mancata considerazione delle circostanze aggravanti: pertanto, nella odierna versione, si prevede che il m.a.e. «non è comunque eseguito se il fatto è punito dalla legge dello Stato membro di emissione con una pena o con una misura di sicurezza privativa della libertà personale della durata massima inferiore a dodici mesi».

L'art. 5 d.lgs. n. 10 del 2021 ha, da un lato (lett. *a*), sostituito l'art. 8 comma 1 l. n. 69 del 2005, e, dall'altro (lett. *b*), abrogato i successivi commi 2 e 3. Nella sua attuale stesura, l'art. 8 comma 1 l. n. 69 del 2005 prevede che «[i]n deroga all'art. 7 comma 1, il mandato di arresto europeo è eseguito indipendentemente dalla doppia punibilità per i reati che, secondo la legge dello Stato membro di emissione, rientrano nelle categorie di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro e sono puniti con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà personale pari o superiore a tre anni»: oltre a eliminare la pregressa esclusione delle circostanze aggravanti dal calcolo della pena o della misura di sicurezza, si è effettuato un «integrale rinvio»<sup>66</sup> all'art. 2 § 2 decisione quadro, sulla falsariga di quanto accade in altri Paesi membri<sup>67</sup>.

La riscrittura dell'art. 8 l. n. 69 del 2005 ha prodotto riverberi sull'art. 40 l. n. 69 del 2005<sup>68</sup>, dove, nel comma 3, si prevedeva che le disposizioni del primo «si applicano unicamente ai fatti commessi dopo la data di entrata in vigore della presente legge» (14 maggio 2005)<sup>69</sup>: l'art. 26 d.lgs. n. 10 del 2021 ha abrogato (lett. *b*) tale comma 3 e ha espunto (lett. *a*) il riferimento ad esso che compariva nel comma 2.

**7. (segue): c) il *distinguo* tra motivi di rifiuto obbligatorio e facoltativo (artt. 18 e 18-bis l. n. 69 del 2005) e la loro rivisitazione. L'inserimento dell'art. 18-ter l. n. 69 del 2005, sulle decisioni pronunciate in assenza.**

Di particolare incisività è la rivisitazione dei motivi di rifiuto realizzata con la riscrittura degli artt. 18 e 18-bis l. n. 69 del 2005 (nel testo dovuto alla legge delega, *ex art.*

---

comma 1 l. n. 69 del 2005, v. altresì *Corte Suprema di cassazione, Sesta sezione penale, Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo* (a cura di E. CALVANESE – G. DE AMICIS), cit., p. 37.

<sup>66</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 18.

<sup>67</sup> Lo evidenzia COM(2020) 270 *final*, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 13, dove ricorda che la «maggioranza degli Stati membri ha recepito in modo letterale» l'art. 2 § 2 decisione quadro, mentre alcuni Stati membri «hanno introdotto nella loro legislazione nazionale un riferimento diretto» a tale articolo.

<sup>68</sup> Sulla versione originaria dell'articolo v. S. MELONI, *Art. 40 m.a.e.*, in G. Illuminati – L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 3646 ss.

<sup>69</sup> Sulle dissonanze fra l'art. 40 l. n. 69 del 2005 (testo originario) e l'atto europeo, v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 417 ss. Cfr. *Report on Italy*, cit., p. 73 ss., e la pertinente raccomandazione n. 22 (*ivi*, p. 77), ove si chiedeva di porre l'art. 40 l. n. 69 del 2005 in linea con gli artt. 31 e 32 decisione quadro.

6 comma 5 lett. *a* e *b* l. n. 117 del 2019)<sup>70</sup>, in ottemperanza, del resto, a quanto stabiliva la stessa delega: l'art. 6 comma 4 l. n. 117 del 2019 prevedeva, infatti, che, in «sede di esercizio della delega in conformità ai criteri di cui al comma 3, lettera *a*», potessero apportarsi «anche le opportune modifiche alle disposizioni» degli artt. 18 e 18-*bis*. Da affiancare a questa riscrittura è l'inserimento dell'art. 18-*ter* l. n. 69 del 2005, che – come si è visto in precedenza<sup>71</sup> – va collegato al nuovo comma 1-*bis* dell'art. 6 l. n. 69 del 2005, che disciplina il contenuto del m.a.e. emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale applicate all'esito di un processo in cui l'interessato non è comparso personalmente. Le tre previsioni saranno di seguito partitamente prese in esame.

*a) i motivi di rifiuto obbligatorio della consegna (art. 18 l. n. 69 del 2005)*

L'art. 14 d.lgs. n. 10 del 2021, nel sostituire l'art. 18 l. n. 69 del 2005, ripropone, come sottolinea la Relazione illustrativa, «i soli motivi di rifiuto consentiti» dall'art. 3 decisione quadro, adottando anche il medesimo ordine espositivo<sup>72</sup>. Fatto salvo nell'esordio quanto previsto dagli artt. 1 commi 3 e 3-*ter*, 2 e 7<sup>73</sup>, la corte di appello rifiuta la consegna: *a)* se il reato contestato nel m.a.e. «è estinto per amnistia ai sensi della legge italiana, quando vi è la giurisdizione dello Stato italiano sul fatto»; *b)* se risulta che nei confronti della persona ricercata, per gli stessi fatti, sono stati emessi, in Italia, sentenza o decreto penale irrevocabili o sentenza di non luogo a procedere non più soggetta a impugnazione, o, in altro Stato membro dell'Unione europea, sentenza definitiva, purché, in caso di condanna, la pena sia già stata eseguita ovvero sia in corso di esecuzione, ovvero non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato che ha

---

<sup>70</sup> Com'è noto, il testo originario dell'art. 18 l. n. 69 del 2005 aveva introdotto motivi di rifiuto nuovi rispetto a quelli previsti dalla decisione quadro (dei venti casi elencati, nove erano del tutto nuovi, mentre altri tre erano collegati ai considerando n. 12 e n. 13 della decisione quadro: in proposito v. *Report on Italy*, cit., p. 65 ss.) e contemplava solo motivi obbligatori (v. M. LIPANI – S. MONTALDO, [I motivi ostativi di esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la corte di cassazione: uno sguardo d'insieme alla luce dei principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia](#), in [lalegislationepenale.eu](#), 5 luglio 2017). La prima scelta veniva considerata contraria alla lettera e allo spirito dell'atto europeo, che ha stabilito un numero chiuso ed esaustivo di tali motivi (v. *Report on Italy*, cit., p. 65); la seconda – pur presente in altri Stati membri – veniva criticata perché privava l'autorità giudiziaria di esecuzione del potere di decidere caso per caso se rifiutare o no la consegna, con conseguenze che erano considerate particolarmente preoccupanti con riguardo al motivo di rifiuto relativo alla territorialità (art. 18 comma 1 lett. *p* l. n. 69 del 2005), quando un'altra giurisdizione avrebbe potuto invece trovarsi in una situazione migliore per iniziare e concludere il procedimento (v. *Report on Italy*, cit., p. 67; per le raccomandazioni nn. 9, 11 e 12, v. *ivi*, p. 76). In ordine all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 t.u.e. (art. 1 § 3 e considerando 10, 12 e 13 decisione quadro), v. COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 8 ss.

<sup>71</sup> V. *supra*, § 5.

<sup>72</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 21. Per un panorama attuale dell'implementazione dell'art. 3 decisione quadro v. COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 14 ss.

<sup>73</sup> V. *supra*, §§ 4 e 6.

emessa la condanna; c) se la persona oggetto del m.a.e. era minore di anni 14 al momento della commissione del reato.

Qualche rilievo si impone per i motivi di rifiuto obbligatorio previsti dalle lett. b e c. Il primo è stato riformulato rispetto a quello anteriormente contenuto nell'art. 18 lett. m l. n. 69 del 2005: accanto alla menzione della sentenza emessa negli altri Stati membri dell'Unione europea, è stata inserita quella dei provvedimenti emessi, per gli stessi fatti, in Italia; inoltre, si è utilizzata la locuzione «definitiva»<sup>74</sup>, al posto di quella «irrevocabile», per la sentenza emessa negli altri Stati membri, riservando quest'ultima locuzione ai provvedimenti (sentenza o decreto penale) emessi in Italia, mentre per le sentenze di non luogo a procedere ci si è richiamati alla stabilità (relativa) che esse assumono allorché, non essendo più soggette a impugnazione, «hanno forza esecutiva» (art. 650 comma 2 c.p.p.)<sup>75</sup>.

Quanto al secondo, già sappiamo che questo motivo obbligatorio di rifiuto è ora allineato alla decisione quadro, mentre la precedente versione (art. 18 lett. i l. n. 69 del 2005) contemplava altresì, come riconosce la Relazione illustrativa, «un ampio ventaglio di ulteriori ipotesi riferibili al minore degli anni 18, essenzialmente ricavate dalle previsioni contenute nella disciplina interna»<sup>76</sup>. L'allineamento alla decisione quadro rende applicabile al motivo di rifiuto obbligatorio concernente il minore non imputabile la pronuncia della Corte di giustizia sul caso *Piotrowski*<sup>77</sup>, peraltro non immune da critiche<sup>78</sup>. Il richiamo all'art. 2 l. n. 69 del 2005, collocato in esordio dell'art. 18 l. n. 69 del 2005, consentirà comunque – lo sottolinea la Relazione illustrativa<sup>79</sup> – di far valere quei principi sovraordinati e assoluti che risultino comuni all'ordinamento dell'Unione e a quello dello Stato membro emittente, consentendo alla nostra autorità giudiziaria di esecuzione di valutare la preminenza dell'«interesse superiore del minore» (art. 24 § 2 c.d.f.u.e).

Per concludere, a parte le tre ipotesi di motivi di rifiuto facoltativo ora previste nell'art. 18-bis l. n. 69 del 2005 (nel testo sostituito dall'art. 15 d.lgs. n. 10 del 2021), tutte le altre previsioni contemplate nell'art. 18 l. n. 69 del 2005 non sono più riprodotte<sup>80</sup>. Analoga sorte è toccata all'art. 17 comma 4 l. n. 69 del 2005 (testo originario) nella parte in cui, nel caso di m.a.e. processuale, subordinava la consegna alla sussistenza di «gravi indizi di colpevolezza»<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> Sul concetto di «sentenza definitiva» nella giurisprudenza della Corte di giustizia v. P.P. PAULESU, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Procedura penale europea*, IV ed., cit., p. 534 ss.

<sup>75</sup> La *Relazione illustrativa*, cit., p. 23, puntualizza che non è stato riproposto, nel nuovo testo, il motivo di rifiuto contemplato dall'art. 18 comma 1 lett. o l. n. 69 del 2005 (testo previgente), che legittimava la consegna nel caso di ricorrenza dei presupposti di revocabilità della sentenza di non luogo a procedere (art. 424 c.p.p.).

<sup>76</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 23.

<sup>77</sup> Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, C-367/16.

<sup>78</sup> Per le quali v. M. BARGIS, [Mandato di arresto europeo e minorenni nella visione della Corte di giustizia: profili critici del caso Piotrowski](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2019, p. 169 ss.

<sup>79</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 24 ss.

<sup>80</sup> Ne spiega le ragioni la *Relazione illustrativa*, cit., p. 25-30.

<sup>81</sup> Cfr. art. 13 comma 1 lett. d d.lgs. n. 10 del 2021 (v. *infra*, § 9, sub lett. f). Sull'art. 17 comma 4 l. n. 69 del 2005 (testo originario) v. *Report on Italy*, cit., p. 68 ss., secondo cui la condizione della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza implicava una valutazione in contrasto con il principio del reciproco riconoscimento e

*b) i motivi di rifiuto facoltativo della consegna (art. 18-bis l. n. 69 del 2005)*

La scelta del nostro legislatore in ordine ai motivi di rifiuto facoltativo si connota in senso minimalista: infatti, nel sostituire il testo dell'art. 18-bis l. n. 69 del 2005 (come introdotto dall'art. 6 comma 5 lett. b l. n. 117 del 2019), l'art. 15 d.lgs. n. 10 del 2021 ha operato varie modifiche, su cui tra breve ci soffermeremo, ma non ha implementato l'art. 4 decisione quadro con la previsione di ulteriori motivi di rifiuto. Ora, è certamente vero che gli Stati membri non sono tenuti a recepire i motivi facoltativi di rifiuto<sup>82</sup>, così come possono implementarne solo alcuni, ma il legislatore delegato pare incorso in un difetto di delega, dato che l'art. 6 comma 3 lett. a l. n. 117 del 2019, con riguardo alla disciplina dei motivi di rifiuto, imponeva di prevedere «in particolare quali motivi di non esecuzione facoltativa del mandato di arresto europeo quelli indicati nell'art. 4 della decisione quadro».

A parte quanto già detto circa la verifica della doppia punibilità per i reati “fuori lista” e la modifica adeguatrice in materia di tasse e di imposte, di dogana e di cambio (v. art. 4 n. 1 decisione quadro)<sup>83</sup>, l'attuale versione dell'art. 18-bis l. n. 69 del 2005 distingue fra m.a.e. processuale (comma 1) e m.a.e. esecutivo (comma 2), trasponendo, rispettivamente, i motivi di rifiuto elencati nell'art. 4 n. 7, n. 2 e n. 6 decisione quadro<sup>84</sup>.

L'art. 18-bis comma 1 l. n. 69 del 2005 ripropone (lett. a) il motivo di rifiuto connesso alla c.d. territorialità, senza apportarvi modifiche rispetto al testo originario<sup>85</sup>, e (lett. b) quello sulla c.d. litispendenza, variato in confronto al testo iniziale<sup>86</sup>. Tenendo

dunque non appariva in sintonia con la decisione quadro, perché l'autorità italiana avrebbe dovuto riferirsi alla valutazione compiuta dalla competente autorità di emissione del m.a.e. Derivandone «una seria violazione della lettera e dello spirito» dell'atto europeo, la raccomandazione n. 14 (*ivi*, p. 76) invitava ad allineare la previsione alla decisione quadro, conformemente alla giurisprudenza della Corte di cassazione (sulla quale, per un panorama recente, v. *Corte Suprema di cassazione, Sesta sezione penale, Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo* [a cura di E. CALVANESE – G. DE AMICIS], cit., p. 71 ss.).

<sup>82</sup> Così COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 16. V. Corte giust. (Grande Sezione), 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, punti 59-61; Corte giust., 29 giugno 2017, *Poplawski*, C-579/15, punto 21.

<sup>83</sup> In proposito v. *supra*, § 6.

<sup>84</sup> Non sono stati implementati, quindi, i motivi di rifiuto previsti dall'art. 4 n. 3, n. 4 e n. 5 decisione quadro. Quanto alle ragioni che hanno portato alla mancata implementazione dell'art. 4 n. 3 v. *infra*, nel testo e nota 87; quanto ai motivi sottesi alla non implementazione, come motivo di rifiuto facoltativo, dell'art. 4 n. 4 (cfr. art. 18 comma 1 lett. n l. n. 69 del 2005, testo previgente), v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 28 ss. L'art. 4 n. 5 decisione quadro non era stato implementato fin dall'origine.

<sup>85</sup> Si tratta del motivo di rifiuto obbligatorio previsto nell'art. 18 comma 1 lett. p l. n. 69 del 2005 (testo originario), poi travasato nell'art. 18-bis comma 1 lett. b l. n. 69 del 2005 (testo previgente) e ora immesso nell'art. 18 comma 1 lett. a l. n. 69 del 2005, come sostituito dall'art. 15 d.lgs. n. 10 del 2021.

<sup>86</sup> Ci si riferisce al motivo di rifiuto obbligatorio previsto nell'art. 18 comma 1 lett. o l. n. 69 del 2005 (testo originario), poi riversato nell'art. 18-bis comma 1 lett. a l. n. 69 del 2005 (testo previgente) e ora immesso nell'art. 18 comma 1 lett. b l. n. 69 del 2005, come sostituito dall'art. 15 d.lgs. n. 10 del 2021: nell'attuale versione manca la specificazione «in Italia», riferita a un procedimento penale in corso, e non compare più l'inciso finale «esclusa l'ipotesi in cui il mandato d'arresto europeo concerne l'esecuzione di una sentenza definitiva di condanna emessa in uno Stato membro dell'Unione europea». Mentre l'eliminazione di tale inciso (non previsto, del resto, dall'art. 4 n. 2 decisione quadro) non comporta particolari problemi (v. il motivo di rifiuto

conto dell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza del motivo di rifiuto basato sulla c.d. territorialità, la Relazione illustrativa chiarisce che «si è ritenuto non opportuno procedere all'implementazione degli ulteriori motivi di rifiuto facoltativo contemplati dall'art. 4(3) della decisione quadro», che, riflettendo «situazion[i] di 'stasi' del procedimento interno», «appaiono sostanzialmente assimilabili (oltre che, in larga parte, ricomprese)»<sup>87</sup> nel motivo di cui alla lett. *a*.

Il comma 2 dell'art. 18-*bis* l. n. 69 del 2005 riproduce, con una modifica di rilievo, il motivo di rifiuto facoltativo stabilito nel testo originario dell'art. 18 comma 1 lett. *r*<sup>88</sup> della medesima legge e poi trasferito nell'art. 18-*bis* comma 1 lett. *c* l. n. 69 del 2005, nella versione dovuta all'art. 6 comma 5 lett. *b* l. n. 117 del 2019. Vi si prevede che quando il m.a.e. «è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, la corte di appello può rifiutare la consegna della persona ricercata che sia cittadino italiano o cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea legittimamente ed effettivamente residente o dimorante nel territorio italiano da almeno cinque anni, sempre che disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno»<sup>89</sup>.

Due i profili da evidenziare. Il primo concerne il nuovo requisito richiesto per tutelare il cittadino di un altro Stato membro: la legittima ed effettiva residenza o dimora

---

obbligatorio *ex art.* 18 comma 1 lett. *b* l. n. 69 del 2005, nel testo sostituito dall'art. 14 d.lgs. n. 10 del 2021), va ricordato che il suddetto art. 4 n. 2 dell'atto europeo parla di un'azione in corso «nello Stato membro di esecuzione».

<sup>87</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 32, con richiami (*ivi*, note 61 e 62) alla giurisprudenza, la quale, per la configurabilità del motivo di rifiuto, richiede la sussistenza di una situazione oggettiva, desumibile da indagini sul fatto che costituisce oggetto del m.a.e., che denoti una effettiva volontà dello Stato di affermare la propria giurisdizione; o, circoscrivendo il presupposto, postula la pendenza sul territorio nazionale di un procedimento penale per il medesimo fatto alla base del m.a.e. In proposito v. *Corte Suprema di cassazione, Sesta sezione penale, Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo* (a cura di E. CALVANESE – G. DE AMICIS), cit., p. 94.

<sup>88</sup> Come già ricordato *supra*, nota 21, l'originaria lett. *r* dell'art. 18 l. n. 69 del 2005 era stata dichiarata illegittima da Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, cit., la quale aveva peraltro sottolineato che resta «riservata al legislatore la valutazione dell'opportunità di precisare le condizioni di applicabilità al non cittadino del rifiuto di consegna ai fini dell'esecuzione della pena in Italia, in conformità alle conferenti norme dell'Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia» (punto 9 del *Considerato in diritto*). Nella pronuncia (punto 8 del *Considerato in diritto*), la Corte si era richiamata alle sentenze *Wolzenburg* e *Kozlowsky* della Corte di giustizia (v. *infra*, note 89 e 92-95).

<sup>89</sup> Corte giust. (Grande Sezione), 18 luglio 2008, *Kozlowsky*, C-66/08, ha provveduto a definire le nozioni di «dimora» e di «residenza», considerate come «nozioni autonome» (punto 43) del diritto dell'Unione: una persona ricercata «risiede» nello Stato membro di esecuzione qualora «abbia *ivi* stabilita la propria residenza effettiva», mentre vi «dimora» quando, «a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata nel medesimo, abbia acquisito legami di collegamento con tale Stato di intensità simile a quella dei legami di collegamento che si instaurano in caso di residenza» (punti 46 e 54). Allo scopo di verificare la «dimora», spetta all'autorità giudiziaria dell'esecuzione effettuare una «valutazione complessiva di un certo numero degli elementi oggettivi caratterizzanti la situazione della persona», tra cui, in particolare, «la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici che essa intrattiene con lo Stato membro di esecuzione» (punti 48 e 54).

in Italia deve risalire ad «almeno cinque anni»<sup>90</sup>. La scelta non solleva problematiche di sorta, visto che la Corte di giustizia<sup>91</sup> ha ritenuto conforme all'art. 4 n. 6 decisione quadro l'analoga normativa dei Paesi Bassi, muovendo dalla premessa che la *ratio* del disposto è quella di «accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata, una volta scontata la pena»<sup>92</sup>, e che gli Stati membri devono inoltre rispettare l'art. 12 § 1 t.c.e. (ora art. 18 t.f.u.e.), che vieta «ogni discriminazione»<sup>93</sup> in base alla nazionalità. A parere della Corte, è compatibile con tali disposizioni una normativa nazionale sulla cui base l'autorità giudiziaria competente, da un lato, rifiuta di eseguire un m.a.e. *in executivis* nei riguardi di un suo cittadino, e, dall'altro, subordina il rifiuto, quando si tratta di cittadino di un altro Stato membro, avente un diritto di soggiorno (art. 18 § 1 t.c.e: v. ora art. 21 t.f.u.e.), alla condizione che quest'ultimo abbia soggiornato legalmente in via continuativa per cinque anni nello Stato membro di esecuzione<sup>94</sup>: in sostanza, è legittimo per quest'ultimo Stato perseguire il reinserimento sociale soltanto nei confronti delle persone che abbiano dimostrato «un sicuro grado»<sup>95</sup> di inserimento. Del resto, come emerge dall'ultima Relazione della Commissione sull'attuazione del m.a.e.<sup>96</sup>, nella diversificata implementazione dell'art. 4 n. 6 decisione quadro alcuni Stati membri «hanno ulteriormente precisato i criteri del requisito della residenza (ad esempio, avere soggiornato nello Stato membro legalmente e in via continuativa per un periodo di 2 o 5 anni o essere in possesso di un permesso di soggiorno)»<sup>97</sup>.

Il secondo profilo concerne la non considerazione dei cittadini extracomunitari. Va osservato, infatti, che l'art. 4 n. 6 decisione quadro si riferisce alla persona ricercata che dimori o risieda nello Stato membro di esecuzione, senza distinguere tra cittadini di

<sup>90</sup> Cfr. art. 16 direttiva 2004/38/CE, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (il testo rettificato di tale direttiva è pubblicato in *G.U.U.E.*, 29 giugno 2004, L 229), ove si richiede che il cittadino dell'Unione «abbia soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante» per avere diritto «al soggiorno permanente»; v. pure il considerando n. 17 di tale direttiva.

<sup>91</sup> Corte giust., 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, cit., su cui si sofferma diffusamente la *Relazione illustrativa*, cit., p. 33-35.

<sup>92</sup> Corte giust., 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, cit., punto 62, precisando che «tale scopo, anche se importante, non può escludere che gli Stati membri», nell'attuazione della decisione quadro, «limitino, nel senso indicato dal principio fondamentale enunciato al suo art. 1, n. 2, le situazioni in cui dovrebbe essere possibile rifiutare di consegnare una persona rientrante nella sfera di applicazione» dell'art. 4 n. 6.

<sup>93</sup> Corte giust., 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, cit., punto 63, ricordando che il principio di non discriminazione in base alla nazionalità «impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato».

<sup>94</sup> Corte giust., 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, cit., punto 74.

<sup>95</sup> Corte giust., 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, cit., punto 67.

<sup>96</sup> Cfr. *COM(2020) 270 final*, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 18.

<sup>97</sup> In proposito Corte giust., 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, cit., punto 53, ha deciso che l'art. 4 n. 6 decisione quadro «dev'essere interpretato nel senso che, quando si tratta di un cittadino dell'Unione, lo Stato membro di esecuzione non può, in aggiunta ad una condizione relativa alla durata di soggiorno in detto Stato, subordinare l'applicazione del motivo di non esecuzione facoltativa di un mandato di arresto europeo previsto da tale disposizione ad ulteriori requisiti amministrativi, quali il possesso di un permesso di soggiorno a durata indeterminata».

un altro Stato membro e cittadini extracomunitari (lo stesso discorso vale per l'art. 5 n. 3 decisione quadro, dove si menziona solo la residenza). La nostra normativa di adattamento, nel suo testo originario, nel caso di m.a.e. esecutivo aveva limitato l'operatività dell'art. 18 comma 1 lett. *r* l. n. 69 del 2005 al solo cittadino italiano, ma la norma era stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, e dunque estesa al cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea; nel caso di m.a.e. processuale, invece, l'art. 19 lett. *c* l. n. 69 del 2005 aveva riprodotto la lettera dell'art. 5 n. 3 decisione quadro, sia pure rendendo obbligatoria, invece che facoltativa, la subordinazione della consegna alla garanzia ivi espressa.

Il d.lgs. n. 10 del 2021 ha deciso di operare una sorta di *reductio ad unum*: come vedremo<sup>98</sup>, l'art. 19 l. n. 69 del 2005, nel testo sostituito dall'art. 17 del decreto, replica (al comma 1 lett. *b*), per il m.a.e. processuale, l'art. 18-*bis* comma 2 l. n. 69 del 2005, continuando però a mantenere obbligatoria la subordinazione della consegna alla garanzia *de qua*. Le ragioni addotte dal legislatore saranno analizzate nel paragrafo seguente, dedicato appunto all'art. 19 l. n. 69 del 2005.

Per completezza, va ricordato che la disciplina contenuta nell'art. 18-*bis* comma 2 l. n. 69 del 2005 vale anche, in accoglimento dell'osservazione formulata nei pareri espressi dalle Commissioni parlamentari<sup>99</sup>, per il transito (v. art. 27 comma 2 lett. *b* l. n. 69 del 2005, come modificato dall'art. 22 comma 1 lett. *a* d.lgs. n. 10 del 2021).

*c) il motivo di rifiuto facoltativo nel caso di decisioni pronunciate in assenza (art. 18-ter l. n. 69 del 2005)*

Come già sappiamo<sup>100</sup>, il legislatore del 2021 è intervenuto sull'implementazione dell'art. 4-*bis* decisione quadro (originariamente posta dal d.lgs. n. 31 del 2016, con scelta criticabile, nell'art. 19 comma 1 lett. *a* l. n. 69 del 2005), dedicando alla tematica delle decisioni pronunciate in assenza due disposizioni *ad hoc*, e continuando così a discostarsi dall'atto europeo, che condensa la disciplina in un unico disposto normativo.

Da un lato, dunque, la normativa di attuazione italiana, attraverso il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 6 l. n. 69 del 2005, ha specificato l'ulteriore contenuto del m.a.e. nei casi *de quibus*<sup>101</sup>; dall'altra, con l'art. 18-*ter* della medesima legge (inserito dall'art. 16 d.lgs. n. 10 del 2021) ha disciplinato la decisione sulla consegna.

Ai sensi dell'art. 18-*ter* comma 1 l. n. 69 del 2005, trattandosi di m.a.e. emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza applicata all'esito di un processo in cui l'interessato non è comparso personalmente, «la corte di appello può altresì rifiutare la consegna» se il m.a.e. «non contiene l'indicazione di alcuna delle

<sup>98</sup> V. *infra*, § 8.

<sup>99</sup> Cfr. *Parere della Commissione giustizia del Senato*, cit., osservazione n. 2; *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione g. La disciplina previgente faceva riferimento al ricercato «residente in Italia», senza distinguere fra cittadini europei ed extraeuropei.

<sup>100</sup> V. *supra*, § 5.

<sup>101</sup> La *Relazione illustrativa*, cit., p. 36, spiega che l'inserimento del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 6 l. n. 69 del 2005 si è reso necessario perché quest'ultimo articolo, a differenza dell'art. 8 decisione quadro, «non contiene alcun riferimento al modulo da compilarsi all'atto dell'emissione» del m.a.e.

condizioni di cui all'articolo 6, comma 1-*bis*, e lo Stato di emissione non ha fornito indicazioni su tali condizioni neppure a seguito della richiesta inoltrata ai sensi dell'art. 16»<sup>102</sup>. Tuttavia, il comma 2 del medesimo articolo aggiunge che, nelle eventualità descritte dal comma precedente, la corte di appello «può, comunque, dar luogo alla consegna se risulta provato con certezza che l'interessato era a conoscenza del processo o che si è volontariamente sottratto alla conoscenza del processo»: a questo riguardo, la Relazione illustrativa pone in luce che la corte di appello dovrà valutare se, «nonostante le carenze riscontrate nella compilazione del modulo, sia comunque possibile accertare la ricorrenza di talune delle condizioni che, secondo l'articolo 420-*bis*, comma 2, del codice di procedura penale (tra cui figura, come noto, il caso in cui “risulti comunque con certezza che [l'imputato era] a conoscenza del processo”), anche secondo il nostro sistema processuale consentono di procedere in assenza»<sup>103</sup>.

Orbene, a parte il fatto che l'art. 420-*bis* comma 2 c.p.p., nel suo inciso finale, non parla di «processo» ma di «procedimento», le situazioni alle quali si riferisce hanno sollevato problemi interpretativi nel diritto interno<sup>104</sup>, cosicché non sembra particolarmente felice l'idea di riprodurle nel procedimento di esecuzione del m.a.e., utilizzando parametri decisori provenienti dalla disciplina domestica.

Sebbene sia vero che limitare le situazioni in cui l'autorità giudiziaria di esecuzione può rifiutare la consegna non fa che agevolare la consegna stessa, sulla base del principio del reciproco riconoscimento, è altrettanto vero che bisogna operare un bilanciamento con la tutela del diritto di difesa dell'interessato. Perciò, la soluzione migliore appare quella di attenersi alle precisazioni offerte dalla Corte di giustizia<sup>105</sup>: si

<sup>102</sup> Dalla formulazione del comma si ricava implicitamente che se il m.a.e. contiene l'indicazione di una delle condizioni elencate nell'art. 6 comma 1-*bis* l. n. 69 del 2005 la consegna va effettuata. Ben diversa l'implementazione ad opera del d.lgs. n. 31 del 2016: infatti, l'*incipit* della lett. a dell'art. 19 l. n. 69 del 2005 stabiliva che quando il m.a.e. fosse stato emesso per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza irrogate mediante decisione pronunciata *in absentia* e l'interessato non fosse comparso personalmente nel processo concluso con tale decisione, «la Corte di appello può, comunque, dar luogo alla consegna se il certificato attesta una delle condizioni» enunciate nei nn. 1-4: a parte l'uso improprio del termine «certificato», dovendosi invece richiamare il modello di m.a.e. allegato alla decisione quadro, in questo modo il legislatore italiano disattendeva di fatto l'impostazione dell'art. 4-*bis* § 1 dell'atto europeo, che prevede un motivo facoltativo di rifiuto dell'esecuzione dell'euromandato, salvo che si verifichi una delle quattro eccezioni, indicate in modo alternativo, in presenza delle quali lo Stato membro di esecuzione è tenuto viceversa a eseguire il m.a.e.

<sup>103</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 36.

<sup>104</sup> Sui quali v. M. NOFRI, *Art. 420-bis*, in G. Illuminati – L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 2037-2039.

<sup>105</sup> Per altre pronunce della Corte di giustizia, oltre alla notissima Corte giust. (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, v. Corte giust., 10 agosto 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU e Corte giust., 10 agosto 2017, *Zdziaszek*, C-271/17 PPU, le quali hanno chiarito che l'espressione «processo terminato con la decisione», contenuta nell'art. 4-*bis* § 1 decisione quadro, deve essere intesa come una nozione autonoma del diritto dell'Unione; Corte giust., 22 dicembre 2017, *Ardic*, C-571/17 PPU (v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 424 ss.). Va infine segnalata la sentenza con cui la Corte ha affrontato il rapporto fra l'art. 4-*bis* decisione quadro e la direttiva 2016/343/UE, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (Corte giust., 17 dicembre 2020, *TR*, C-416 PPU): sulla scorta della propria giurisprudenza in tema di processo *in absentia*, per i giudici di Lussemburgo l'art. 4-*bis* decisione quadro va interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione

pensi al caso *Dworzecki*<sup>106</sup>, in cui la Corte si è occupata del significato da attribuire alle espressioni «citato personalmente» e «di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si è stabilito inequivocabilmente che era al corrente del processo fissato», contenute nell'art. 4-bis § 1 lett. a (i) decisione quadro. Premesso che tali espressioni costituiscono «nozioni autonome del diritto dell'Unione e devono essere interpretate in modo uniforme»<sup>107</sup> sul territorio di quest'ultima, con riferimento al caso concreto la Corte ha stabilito che una citazione, non notificata direttamente all'interessato, ma consegnata, presso l'indirizzo di quest'ultimo, a un adulto convivente che si è impegnato a recapitargliela, senza che il m.a.e. permetta di determinare se ed eventualmente quando tale incombenza sia stata effettivamente assolta<sup>108</sup>, non soddisfa, da sola, i requisiti richiesti<sup>109</sup>. Toccherà dunque all'autorità giudiziaria emittente indicare nel m.a.e. gli elementi in base ai quali abbia constatato che l'interessato ha di fatto ricevuto le informazioni necessarie<sup>110</sup>. I giudici di Lussemburgo hanno peraltro precisato che, essendo le fattispecie in oggetto concepite come eccezioni rispetto a un motivo facoltativo di rifiuto di eseguire il m.a.e., l'autorità giudiziaria di esecuzione, ove abbia verificato che non vi rientra il caso specifico, può tenere conto di altre circostanze che le permettano di garantire che la consegna dell'interessato non comporterà violazioni dei suoi diritti di difesa: potrà, ad esempio, tenere conto della condotta del soggetto destinatario del m.a.e., in particolare quando risulti che egli abbia cercato di evitare la notifica dell'informazione a lui indirizzata, nonché delle garanzie offerte dalla legislazione dello Stato membro emittente in ordine al diritto dell'interessato di chiedere un nuovo processo quando la notifica della citazione non è avvenuta personalmente<sup>111</sup>.

---

non può rifiutare di eseguire un m.a.e. emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora l'interessato abbia ostacolato la sua citazione personale e non sia comparso personalmente al processo a causa della sua fuga nello Stato membro di esecuzione, per il solo motivo che essa non dispone dell'assicurazione che, in caso di consegna allo Stato membro emittente, il diritto a un nuovo processo, come definito agli artt. 8 e 9 della direttiva 2016/343/UE, sarà rispettato. Secondo la Corte, infatti, invocare le disposizioni di una direttiva per ostacolare l'esecuzione di un m.a.e. consentirebbe di aggirare il sistema istituito dalla decisione quadro, che prevede in maniera esaustiva i motivi di non esecuzione, anche considerando che la direttiva in discorso non contiene disposizioni applicabili all'emissione e all'esecuzione dei m.a.e. Peraltro, l'interessato, in caso di consegna allo Stato membro emittente, potrà far valere davanti ai giudici di tale Stato quelle disposizioni della direttiva che, nel loro contenuto, siano incondizionate o sufficientemente precise, quando lo Stato membro non abbia recepito nei termini la direttiva stessa o l'abbia recepita in modo non corretto.

<sup>106</sup> Corte giust., 24 maggio 2016, *Dworzecki*, C-108/16 PPU. In proposito, con riguardo all'implementazione dell'art. 4-bis decisione quadro, v. COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 19.

<sup>107</sup> Corte giust., 24 maggio 2016, *Dworzecki*, cit., punti 29-32.

<sup>108</sup> Corte giust., 24 maggio 2016, *Dworzecki*, cit., punto 33.

<sup>109</sup> Corte giust., 24 maggio 2016, *Dworzecki*, cit., punto 47, puntualizzando che tale modalità di citazione non permette di stabilire «inequivocabilmente né la circostanza che l'interessato abbia “di fatto” ricevuto l'informazione relativa alla data e al luogo del suo processo né, se del caso, il momento preciso in cui l'ha ricevuta».

<sup>110</sup> Corte giust., 24 maggio 2016, *Dworzecki*, cit., punto 49.

<sup>111</sup> Corte giust., 24 maggio 2016, *Dworzecki*, cit., punti 50-52.

L'art. 18-ter comma 2 l. n. 69 del 2005 implementa la disposizione procedurale contenuta nell'art. 4-bis § 2 decisione quadro<sup>112</sup>, non considerata dal d.lgs. n. 31 del 2016 perché ritenuta "assorbita" dall'allora vigente comma 3 dell'art. 6 l. n. 69 del 2005 che, in via generale, imponeva all'autorità giudiziaria emittente di allegare al m.a.e. copia della sentenza di condanna<sup>113</sup>: peraltro, una trasposizione avrebbe dovuto essere varata ugualmente, in quanto la nostra normativa non prevedeva che l'interessato potesse chiedere la copia di tale sentenza, venendo informato solo del contenuto del m.a.e. (art. 10 comma 1 l. n. 69 del 2005).

Oggi, quando ricorrono le condizioni descritte nell'art. 6 comma 1-bis lett. d l. n. 69 del 2005<sup>114</sup>, la persona interessata «che non sia stata precedentemente informata del procedimento penale svoltosi nei suoi confronti, può chiedere la trasmissione di copia della sentenza» su cui il m.a.e. si fonda. La richiesta, che «non costituisce, in alcun caso, causa di differimento della procedura di consegna o della decisione di eseguire il mandato di arresto europeo», viene immediatamente inoltrata dalla corte di appello all'autorità giudiziaria emittente (art. 18-ter comma 3 l. n. 69 del 2005).

#### 8. (segue): d) le modifiche in tema di consegna condizionata.

L'art. 17 d.lgs. n. 10 del 2021 ha sostituito l'art. 19 l. n. 69 del 2005, adesso rubricato «Garanzie richieste allo Stato membro di emissione in casi particolari». Com'è ovvio, non vi compare più la disciplina del processo *in absentia*, collocata nella lett. a di tale disposto dal d.lgs. n. 31 del 2016, al fine di implementare l'art. 4-bis decisione quadro, e ora invece contenuta negli artt. 6 comma 1-bis e 18-ter l. n. 69 del 2005.

Va premesso che, rispetto all'art. 5 decisione quadro, ove si costruisce come facoltativa la subordinazione della consegna a determinate condizioni<sup>115</sup>, l'art. 19 l. n. 69 del 2005, anche nella sua veste attuale, ne mantiene l'obbligatorietà<sup>116</sup>.

L'art. 19 comma 1 l. n. 69 del 2005 si occupa di due situazioni: la prima (lett. a) concerne l'ipotesi in cui «il reato in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato

<sup>112</sup> Accogliendo l'osservazione formulata dalla Commissione giustizia della Camera (*Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione c).

<sup>113</sup> La *Relazione illustrativa*, cit., p. 37, afferma che la necessità dell'intervento di modifica discende dall'avvenuta abrogazione dell'art. 6 comma 3 l. n. 69 del 2005 (su cui v. *supra*, § 5).

<sup>114</sup> Riferita all'ipotesi in cui «l'interessato non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione, ma la riceverà personalmente e senza indugio dopo la consegna nello Stato membro di emissione e sarà espressamente informato sia del diritto di ottenere un nuovo processo o di proporre impugnazione per un giudizio di appello, al quale abbia diritto di partecipare e che consenta il riesame nel merito, nonché, anche a mezzo dell'allegazione di nuove prove, la possibilità di una riforma di detta decisione, sia dei termini entro i quali egli potrà richiedere un nuovo processo o proporre impugnazione per un giudizio di appello».

<sup>115</sup> Nell'*incipit* dell'art. 5 decisione quadro, infatti, si stabilisce che l'esecuzione del m.a.e. da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione «può essere subordinata dalla legge dello Stato membro di esecuzione a una delle seguenti condizioni» (il corsivo è nostro); la stessa locuzione è riprodotta nei nn. 2 e 3.

<sup>116</sup> L'art. 19 comma 1 l. n. 69 del 2005 prevede, nel suo esordio, che l'esecuzione del m.a.e. «da parte dell'autorità giudiziaria italiana, nei casi sotto elencati, è subordinata alle seguenti condizioni» (il corsivo è nostro); la medesima locuzione è ripetuta nelle lett. a e b.

emesso è punibile con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà personale a vita». L'esecuzione del m.a.e. «è subordinata alla condizione che lo Stato membro di emissione preveda nel suo ordinamento giuridico una revisione della pena inflitta, su richiesta o trascorsi al massimo venti anni, oppure l'applicazione di misure di clemenza alle quali la persona ha diritto in virtù della legge o della prassi dello Stato membro di emissione, affinché la pena o la misura di sicurezza non siano eseguite». Minime le differenze rispetto al previgente art. 19 comma 1 lett. *b* della nostra legge attuativa: una – lodevole – a carattere lessicale, essendo utilizzata l'espressione «pena inflitta» in luogo di «pena comminata»<sup>117</sup>; l'altra, la cui *ratio* in verità non è di immediata comprensione, costituita dall'impiego della locuzione «trascorsi al massimo venti anni», che forse si avvicina di più al dettato dell'atto europeo<sup>118</sup>, al posto di «entro venti anni».

Sicuramente di maggior rilievo è la seconda situazione (lett. *b*), che regola la garanzia del rientro in Italia richiesta allo Stato membro di emissione nel caso di cittadini italiani o di cittadini di altri Stati residenti nel nostro Paese, quando il m.a.e. è stato emesso «ai fini di un'azione penale»: nell'introdurre una disciplina speculare, quanto ai presupposti soggettivi, a quella inserita nell'art. 18-*bis* comma 2 l. n. 69 del 2005 con riguardo al m.a.e. esecutivo<sup>119</sup>, il legislatore del 2021 si è orientato in senso restrittivo rispetto al passato. Infatti, la versione attuale si riferisce al «cittadino italiano» o al «cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea legittimamente ed effettivamente residente nel territorio italiano da almeno cinque anni», e l'esecuzione del m.a.e. processuale «è subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata sottoposta al processo, sia rinviata nello Stato italiano per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà eventualmente applicate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione», mentre la versione previgente (art. 19 comma 1 lett. *c* l. n. 69 del 2005) si rivolgeva, in ossequio alla decisione quadro, al «cittadino o residente dello Stato italiano»<sup>120</sup>.

La Relazione illustrativa si dilunga a esporre le ragioni della scelta di escludere dall'ambito di applicazione della norma i cittadini extracomunitari, ricostruendo la "storia" a partire dall'iniziale struttura della l. n. 69 del 2005, che utilizzava «criteri di scelta divergenti a seconda della natura del provvedimento 'sottostante' al mandato di arresto europeo»<sup>121</sup>, e soffermandosi sulla più volte rammentata sentenza costituzionale

<sup>117</sup> Va detto, peraltro, che anche la versione italiana della decisione quadro impiega, nell'art. 5 n. 2, l'espressione «pena comminata». Nella versione inglese, viceversa, compare la frase «*the penalty or measure imposed*».

<sup>118</sup> L'art. 5 n. 2 decisione quadro usa la locuzione «al più tardi dopo 20 anni»: qui la versione italiana corrisponde a quella inglese («*at the latest after 20 years*»).

<sup>119</sup> Su tale disciplina v. *supra*, § 7, *sub* lett. *b*, in specie quanto alle ragioni sottese alla previsione della soglia temporale di «almeno cinque anni» per il cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea, che valgono anche per l'art. 19 comma 1 lett. *b* l. n. 69 del 2005.

<sup>120</sup> L'art. 5 n. 3 decisione quadro parla infatti di «cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione».

<sup>121</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 39, dove si rimarca che «nel mantenere l'obbligatorietà della consegna dei cittadini degli altri Stati in caso di mandato di arresto europeo esecutivo e nel prescegliere il regime condizionato nell'ipotesi di mandato di arresto europeo processuale» si generavano «conseguenze pratiche fortemente contraddittorie».

n. 227 del 2010<sup>122</sup>, che aveva esteso l'art. 18 comma 1 lett. r l. n. 69 del 2005 (testo originario) al cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, il quale legittimamente ed effettivamente avesse residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno. In esito a tale pronuncia, residuava comunque un disallineamento tra il motivo di rifiuto (per il m.a.e. esecutivo) e la garanzia del rientro in Italia richiesta allo Stato membro emittente (per il m.a.e. processuale) in ordine ai cittadini di Stati terzi, cui conseguiva «l'intermittente tutela delle finalità di reinserimento sociale»<sup>123</sup> della persona oggetto del m.a.e.

Subito dopo, la Relazione illustrativa analizza la questione di legittimità dell'art. 18-bis comma 1 lett. c l. n. 69 del 2005 (come inserito dall'art. 6 comma 5 lett. b l. n. 117 del 2019), sollevata dalla sesta sezione della Corte di cassazione<sup>124</sup>, che mira a estendere il motivo di rifiuto facoltativo, nel caso di m.a.e. esecutivo, ai cittadini extracomunitari, in modo da sovrapporne l'ambito soggettivo a quello presente nell'art. 19 comma 1 lett. c l. n. 69 del 2005 (testo originario). Rilevato che il dubbio espresso dalla Suprema Corte sulla «ragionevolezza dei meccanismi di funzionamento della normativa sul mandato di arresto europeo, in relazione alla diversa rilevanza del 'radicamento' della persona richiesta in consegna a seconda della natura processuale o esecutiva del suddetto mandato, evidenzia l'estrema delicatezza del tema»<sup>125</sup>, la Relazione illustrativa tenta di supportare l'opposta scelta, che esclude in entrambe le eventualità la tutela del cittadino extracomunitario radicato nel nostro Paese, sottolineando che l'obiettivo va individuato, da un canto, nell'esigenza di rimediare alla «vistosa contraddittorietà» che emerge dall'impianto normativo, e, dall'altro, in quella di cercare «una soluzione appropriata»<sup>126</sup>. A quest'ultimo proposito, la soluzione auspicata dall'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale si presenta non solo «difficilmente compatibile con la costante diversità dei regimi cui le categorie indicate sono soggette»<sup>127</sup>, ma «addirittura impercorribile» nell'ottica degli obblighi derivanti dall'atto europeo, nel senso che un ampliamento dei motivi di rifiuto «implica una riduzione dell'ambito di operatività del principio di mutuo riconoscimento», tanto più che la soluzione opposta, consistente nell'eliminazione della garanzia di rientro per il m.a.e. processuale, «sortisce un effetto diametralmente opposto, di segno positivo, sulla valutazione del grado di 'armonizzazione' del sistema nazionale»<sup>128</sup> al suddetto principio e all'elevato grado di fiducia reciproca su cui esso si basa.

---

<sup>122</sup> Sulla quale v. *supra*, note 21 e 88.

<sup>123</sup> In questi termini v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 39.

<sup>124</sup> V. *supra*, nota 21.

<sup>125</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 40 ss.

<sup>126</sup> Per questa conclusione v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 41.

<sup>127</sup> Così *Relazione illustrativa*, cit., p. 41, dove si osserva che, in particolare, solo i cittadini dell'Unione europea godono «del diritto di stabilimento, di libera circolazione e, più in generale, del diritto alla parità di trattamento». Di diverso avviso Cass., sez. VI, ord. 4 febbraio 2020, n. 10371, cit., punto 6.4 del *Considerato in diritto*, su cui v. M. DANIELE, *Mandato di arresto europeo e diritto degli extracomunitari*, cit., § 5, sub lett. a.

<sup>128</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 41, anche per le due precedenti citazioni.

Sono affermazioni non convincenti. La decisione quadro ha individuato le eccezioni alla regola della consegna, fondata appunto sul principio del mutuo riconoscimento: per il m.a.e. esecutivo, l'art. 4 n. 6 dell'atto europeo considera la persona ricercata che «dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda», all'evidenza non distinguendo, quanto al dimorante/residente, tra cittadini degli Stati membri e cittadini extracomunitari. E quando uno Stato membro decide di implementare un motivo di rifiuto facoltativo, è tenuto ad attuarlo in conformità alla decisione quadro – fatte salve le interpretazioni della Corte di giustizia – perché la possibilità di scelta si colloca a monte, cioè nell'opzione, del tutto legittima, di non implementarlo<sup>129</sup>. Non pare sostenibile, perciò, l'assunto della Relazione illustrativa, riferito all'art. 5 n. 3 decisione quadro (dove si parla di «cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione»), la cui «natura meramente facoltativa» implica, «per consequenzialità logica, anche la possibilità di opzioni solo parziali, e cioè nella specie limitate a singole categorie di soggetti residenti»<sup>130</sup>. Senza contare la contraddizione insita nel valorizzare la natura facoltativa dell'art. 5 n. 3 dell'atto europeo, per poi implementarlo con carattere di obbligatorietà<sup>131</sup>.

Per completezza, va ricordato che la disciplina contenuta nell'art. 19 comma 1 lett. b l. n. 69 del 2005 vale anche, in accoglimento delle osservazioni espresse nei pareri delle Commissioni giustizia del Senato e della Camera dei deputati<sup>132</sup>, per il transito (v. art. 27 comma 3 l. n. 69 del 2005, come modificato dall'art. 22 comma 1 lett. b d.lgs. n. 10 del 2021).

### **9. (segue): e) i tempi per la decisione definitiva sulla consegna e i riflessi in materia di misure cautelari; la consegna e la sua eventuale sospensione. Nuove modalità telematiche di trasmissione degli atti fra uffici giudiziari**

Il nucleo tematico oggetto di questo paragrafo si irradia in maniera multiforme, accorpando modifiche e sostituzioni relative sia a norme-base concernenti la tempistica per giungere alla decisione definitiva sulla consegna nonché il rapporto fra il superamento dei termini fissati e la persistente restrizione della libertà personale, sia a norme di dettaglio che “chiudono il cerchio”; si aggiungono inserimenti di nuove norme e abrogazioni di disposti anteriori.

La Relazione illustrativa premette un *excursus* sulle distonie della disciplina previgente rispetto alla decisione quadro, focalizzandosi sugli artt. 17 e 21 l. n. 69 del

---

<sup>129</sup> In questo senso, del resto, v. Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, cit., punto 8 del *Considerato in diritto*. La Corte si è occupata dei soli cittadini degli Stati membri dell'Unione europea perché nei giudizi *a quibus* erano coinvolti cittadini polacchi e rumeni.

<sup>130</sup> Per questa affermazione v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 41.

<sup>131</sup> V. *supra*, nota 116. Sull'implementazione dell'art. 5 decisione quadro v. COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 19 ss.

<sup>132</sup> Cfr. *Parere della Commissione giustizia del Senato*, cit., osservazione n. 2; *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione g. La disciplina previgente faceva riferimento a «una persona residente in Italia», senza distinguere fra cittadini europei ed extraeuropei.

2005, nel loro testo originario. Sicuramente l'art. 17 l. n. 69 del 2005 si mostrava dissonante a fronte dell'art. 17 dell'atto europeo (dedicato ai termini e alle modalità della decisione di esecuzione del m.a.e.): infatti, la nostra legge attuativa ancorava i termini alla pronuncia di primo grado (art. 17 comma 2 l. n. 69 del 2005) e rendeva così possibile il superamento del limite massimo di novanta giorni, fissato dalla decisione quadro per la pronuncia definitiva sulla consegna, qualora venisse presentato ricorso per cassazione (art. 22 l. n. 69 del 2005), che, pur disciplinato in modo da contenerne i tempi, sortiva effetto sospensivo sull'esecuzione della sentenza (art. 22 comma 2 l. n. 69 del 2005). Nell'ipotesi di consegna non consensuale si producevano dunque ricadute sull'effettiva consegna, ricollegata alla «sentenza irrevocabile con cui è data esecuzione» al m.a.e. (art. 23 comma 1 l. n. 69 del 2005). Quanto all'art. 21 l. n. 69 del 2005, esso prescriveva che se la decisione non fosse intervenuta nei termini di cui agli artt. 14 (consegna consensuale) e 17 della medesima legge, la persona ricercata era posta immediatamente in libertà, con l'ulteriore conseguenza che, nell'eventualità di consenso, non producendosi l'effetto sospensivo ex art. 22 comma 2 l. n. 69 del 2005, perché la consegna veniva disposta con ordinanza, la persona poteva comunque essere consegnata allo Stato membro emittente in pendenza del ricorso<sup>133</sup>. In ogni caso, la normativa interna non si preoccupava di accertare che fossero soddisfatte «le condizioni materiali necessarie per la consegna effettiva» (artt. 12 e 17 § 5 decisione quadro).

Il legislatore del 2021 ha rimodulato la tempistica procedimentale descritta nell'art. 17 l. n. 69 del 2005, in modo che il termine complessivo massimo di novanta giorni (che scendono a quaranta se viene espresso il consenso) possa essere rispettato, a meno che ricorrano circostanze eccezionali; ha dettato un'autonoma disciplina dei termini di durata della misura custodiale eventualmente applicata alla persona richiesta in consegna, sopprimendo qualsiasi automatismo fra il superamento dei termini fissati per la decisione sulla consegna stessa e la perdita di efficacia della misura (nuovo art. 22-bis l. n. 69 del 2005 e contestuale abrogazione dell'art. 21 della stessa legge), tenuto conto delle pronunce della Corte di giustizia nel frattempo intervenute<sup>134</sup>. Ma, come si diceva poc'anzi, si è occupato pure di aspetti di dettaglio, cioè di altre norme della nostra legge di adattamento che rientrano nella costellazione in discorso.

Seguendo la Relazione illustrativa, le varie modifiche saranno analizzate secondo «l'ordine progressivo delle disposizioni che ad esse si riferiscono»<sup>135</sup>.

*a) ricezione del m.a.e. e misure cautelari (art. 9 l. n. 69 del 2005)*

L'art. 6 comma 1 d.lgs. n. 10 del 2021 modifica (lett. a) l'art. 9 comma 1 l. n. 69 del 2005 e ne sostituisce (lett. b) il comma 5. La modifica dell'art. 9 comma 1 concerne l'originario terzo periodo, dal quale viene espunto il richiamo alla «documentazione di

<sup>133</sup> In tal senso v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 43.

<sup>134</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 43 ss. (per gli opportuni richiami alle sentenze dei giudici di Lussemburgo v. *infra*, in questo stesso paragrafo, sub lett. f, nota 175).

<sup>135</sup> V. ancora *Relazione illustrativa*, cit., p. 44.

cui all'articolo 6», e si ricollega all'avvenuta abrogazione dei commi 3, 4 e 5 di quest'ultimo articolo<sup>136</sup>.

Con la sostituzione del comma 5 dell'art. 9 l. n. 69 del 2005 vengono richiamate, in quanto applicabili, «le disposizioni dei capi I, II, IV e VIII del titolo I del libro IV del codice di procedura penale»: la finalità è quella di «rendere palese l'applicabilità alla persona di cui è richiesta la consegna delle sole misure cautelari coercitive e, in relazione ad esse, l'esclusione della disciplina codicistica in materia di estinzione e di impugnazione»<sup>137</sup>; rispetto al testo previgente, viene ampliato il novero delle norme del codice di rito penale, che, sebbene ricomprese nei capi ricordati, non sono applicabili alla persona destinataria del m.a.e.<sup>138</sup>; infine, sono menzionate, sempre in quanto applicabili, le disposizioni degli artt. 299 e 300 comma 4 c.p.p. e dell'art. 19 commi 1, 2 e 3 d.p.R. 22 settembre 1988, n. 448, che disciplina le misure cautelari personali per i minorenni<sup>139</sup>.

*b) inizio del procedimento (art. 10 l. n. 69 del 2005)*

L'art. 7 d.lgs. n. 10 del 2021 interviene in vario modo sull'art. 10 l. n. 69 del 2005, mediante l'interpolazione del comma 1, la sostituzione del comma 4 e l'aggiunta del comma 4-bis.

L'interpolazione del comma 1 si concreta nell'inserimento di un periodo finale, secondo cui la persona richiesta in consegna «è altresì informata che il consenso e la rinuncia, una volta resi, non sono revocabili»: la previsione espressa chiarisce senza ombra di dubbio il carattere irrevocabile delle dichiarazioni con le quali l'interessato acconsente alla propria consegna e rinuncia al principio di specialità, così superando, come nota la Relazione illustrativa, «i dubbi in merito alla irrevocabilità della rinuncia che la formulazione adottata all'articolo 14 dal legislatore del 2005 aveva ingenerato»<sup>140</sup>.

Il nuovo testo del comma 4 è improntato a soddisfare esigenze di celerità: innanzitutto viene ridotto da venti giorni a quindici giorni (dall'esecuzione della misura) il termine per fissare l'udienza in camera di consiglio per la decisione sulla consegna<sup>141</sup>;

<sup>136</sup> V. *supra*, § 5 e nota 53.

<sup>137</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 45. Con riguardo alla stesura originaria dell'art. 9 comma 5 l. n. 69 del 2005 v. E. ZANETTI, *Art. 9 m.a.e.*, in G. Illuminati – L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 3595 ss. L'art. 9 comma 7 l. n. 69 del 2005, prevedendo l'applicazione delle disposizioni dell'art. 719 c.p.p., consente di proporre ricorso per cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti relativi a misure cautelari emessi per l'esecuzione di un m.a.e.

<sup>138</sup> Oltre alle disposizioni già presenti nella versione iniziale (artt. 273, 274 comma 1 lett. a e c e 280 c.p.p.), non si applicano gli artt. 275 comma 2-bis, 278, 279 e 297 c.p.p.: l'art. 273 c.p.p., peraltro, viene richiamato nella sua interezza, mentre il testo anteriore limitava l'esclusione ai commi 1 e 1-bis.

<sup>139</sup> In proposito v. A. PRESUTTI, *Le misure cautelari*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, III ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 122 ss.

<sup>140</sup> Così *Relazione illustrativa*, cit., p. 45. In effetti, il testo originario dell'art. 14 comma 3 l. n. 69 del 2005 (anch'esso modificato dal d.lgs. n. 10 del 2021: v. *infra*, in questo stesso paragrafo, *sub* lett. d) era formulato in maniera non limpida.

<sup>141</sup> Contestualmente è disposto il deposito del m.a.e., mentre è stato espunto il riferimento alla «documentazione di cui all'articolo 6», il che si ricollega all'avvenuta abrogazione dei commi 3, 4 e 5 di quest'ultimo articolo (v. *supra*, § 5 e nota 53).

in secondo luogo, del relativo decreto viene data «immediata lettura alla persona richiesta, in una lingua alla stessa conosciuta, e al suo difensore», mentre al procuratore generale il decreto è comunicato immediatamente e, comunque, non oltre il giorno successivo<sup>142</sup>.

Il comma 4-*bis*, inserito *ex novo*, regola il caso in cui la corte di appello non abbia applicato alcuna misura cautelare alla persona richiesta in consegna: il termine, sempre di quindici giorni, per la fissazione dell'udienza in camera di consiglio per decidere sulla consegna decorre dalla deliberazione sulla non necessità di applicare la misura (art. 9 comma 4 l. n. 69 del 2005). Il relativo decreto è comunicato al procuratore generale e notificato alla persona richiesta in consegna e al suo difensore almeno cinque giorni prima dell'udienza.

*c) arresto ad iniziativa della polizia giudiziaria e convalida (artt. 11 e 13 l. n. 69 del 2005)*

L'art. 8 d.lgs. n. 10 del 2021 inserisce una modifica minimale nell'art. 11 comma 2 l. n. 69 del 2005, sopprimendo il riferimento alla «documentazione di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 6», che, secondo il testo originario, doveva venire inviata, insieme al m.a.e., dallo Stato membro richiedente in seguito alla immediata comunicazione, da parte del Ministro della giustizia, dell'avvenuto arresto. La soppressione è collegata all'abrogazione dei predetti commi<sup>143</sup>.

Più corpose le modifiche all'art. 13 comma 1 l. n. 69 del 2005 ad opera dell'art. 9 d.lgs. n. 10 del 2021, in parte volte a coordinare la disciplina della convalida dell'arresto con le modifiche apportate – come poc'anzi illustrato<sup>144</sup> – all'art. 10 della nostra legge di adattamento. Infatti (lett. *a*), l'art. 13 comma 1 l. n. 69 del 2005 viene interpolato mediante l'aggiunta, alla fine del primo periodo, delle parole «e a fornirle tutte le informazioni in merito alle facoltà indicate nell'art. 10, comma 1»: anche in sede di convalida dell'arresto, quindi, la persona richiesta in consegna va avvertita della facoltà di acconsentire alla propria consegna e di rinunciare al principio di specialità nonché della non revocabilità del consenso e della rinuncia, una volta resi<sup>145</sup>. Inoltre (lett. *b*), l'interpolazione investe il comma 2 dell'art. 13 l. n. 69 del 2005: quanto al primo periodo di quest'ultimo, se l'arrestato viene posto in libertà perché risulta evidente che l'arresto è stato eseguito per errore di persona o fuori dei casi previsti dalla legge, il presidente della corte di appello (o il magistrato della corte da lui delegato) «procede agli adempimenti previsti dall'articolo 10, comma 4-*bis*», mentre, quanto al secondo periodo, relativo alla convalida

---

<sup>142</sup> Il testo originario dell'art. 10 comma 4 l. n. 69 del 2005 prevedeva invece che la comunicazione al procuratore generale e la notificazione alla persona richiesta in consegna e al suo difensore fossero effettuate almeno otto giorni prima dell'udienza.

<sup>143</sup> V. *supra*, § 5 e nota 53.

<sup>144</sup> V. *supra*, in questo stesso paragrafo, *sub* lett. *b*.

<sup>145</sup> La *Relazione illustrativa*, cit., p. 46, osserva che in questo modo la normativa si adegua all'art. 13 §§ 1 e 2 decisione quadro, laddove stabiliscono che il consenso ed eventualmente la rinuncia espressa al beneficio della regola della specialità siano «raccolti dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione in conformità con il diritto interno dello Stato membro di esecuzione» e «in condizioni dalle quali risulti che l'interessato li ha espressi volontariamente e con piena consapevolezza delle conseguenze».

dell'arresto, disposta con ordinanza ai sensi degli artt. 9 e 10 l. n. 69 del 2005, si aggiunge in fine il riferimento «all'emissione del decreto di cui all'articolo 10, comma 4, di cui si dà lettura».

Diversa la *ratio* alla base dell'intervento (lett. *c*) operato sull'art. 13 comma 3 l. n. 69 del 2005 attraverso la soppressione dell'intero primo periodo e la modifica, solo formale, del secondo periodo, sulla cui base la «segnalazione della persona nel SIS effettuata dall'autorità competente equivale al mandato d'arresto purché contenga le indicazioni di cui all'articolo 6». Quanto all'eliminazione del primo periodo, ove si stabiliva che, qualora il m.a.e. o la segnalazione della persona nel SIS effettuata dall'autorità competente non fossero pervenuti nel termine di dieci giorni dall'applicazione della misura cautelare, il relativo provvedimento perdeva efficacia, l'intento è quello di «armonizzare tutta la disciplina delle misure cautelari alle disposizioni» dell'art. 12 decisione quadro, che «non contempla in alcuna fase del procedimento, per addivenire all'adozione di una decisione definitiva sulla consegna, l'obbligo di "rilascio" della persona»<sup>146</sup>.

*d) consenso alla consegna (art. 14 l. n. 69 del 2005)*

Di vario genere le modifiche introdotte dall'art. 10 comma 1 d.lgs. n. 10 del 2021 all'art. 14 l. n. 69 del 2005, che disciplina l'ipotesi di consenso alla consegna da parte dell'interessato: sono stati sostituiti (lett. *a* e *d*) i commi 1, 2 e 5 e interpolati (lett. *b* e *c*) i commi 3 e 4.

Il comma 1 stabilisce che il presidente della corte di appello (o il consigliere da lui delegato), quando sente la persona di cui è richiesta la consegna ai sensi degli artt. 10 comma 1 e 13 comma 1 (cioè dopo l'esecuzione della misura cautelare o in sede di convalida dell'arresto), se quest'ultima esprime il consenso alla propria consegna o rinuncia al beneficio della regola della specialità, raccoglie tali dichiarazioni alla presenza del difensore e, se necessario, dell'interprete. Del consenso e della rinuncia «è dato atto in apposito verbale, in cui sono riportate le circostanze e le modalità con le quali la persona richiesta in consegna ha dichiarato di avvalersi di tali facoltà». Se è stato prestato il consenso alla consegna, viene fissata nei quattro giorni successivi l'udienza in camera di consiglio per la decisione, con decreto del quale viene data immediata lettura alla persona interessata, in una lingua alla stessa conosciuta, e al suo difensore, mentre al procuratore generale il decreto viene comunicato immediatamente e, comunque, entro le successive ventiquattro ore. Come si può constatare, la riscrittura del comma è stata condotta sulla falsariga delle modifiche introdotte agli artt. 10 e 13 l. n. 69 del 2005 e riducendo i tempi di fissazione dell'udienza per decidere sulla consegna, al fine di garantire che tale decisione possa effettivamente essere assunta, come prescrive l'art. 17 § 2 decisione quadro, entro dieci giorni dall'espressione del consenso<sup>147</sup>.

<sup>146</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 47, secondo cui la pregressa disciplina configgeva «con l'essenziale esigenza di garantire che la persona di cui è richiesta la consegna non si dia alla fuga».

<sup>147</sup> V. *Relazione illustrativa*, cit., p. 47, dove si puntualizza che il termine di dieci giorni dovrebbe essere osservato anche se la corte di appello ravvisasse la necessità di chiedere informazioni aggiuntive all'autorità

A norma del comma 2 dell'art. 14 l. n. 69 del 2005, il consenso e la rinuncia possono essere espressi anche nell'udienza davanti alla corte di appello fissata *ex art.* 10 commi 4 e 4-*bis*, fino alla conclusione della discussione. La corte raccoglie il consenso e la rinuncia, con le modalità descritte al comma 1, dopo avere fornito alla persona richiesta in consegna «tutte le informazioni in merito alle facoltà indicate nell'articolo 10, comma 1, salvo che la persona le abbia già ricevute». Dunque, è stata soppressa la facoltà, prevista dal testo originario del comma *de quo*, di esprimere il consenso con dichiarazione indirizzata al direttore del carcere, sempre in ossequio all'art. 13 § 1 decisione quadro, ove si prevede che sia l'autorità giudiziaria dell'esecuzione a raccogliere il consenso<sup>148</sup>.

Di tipo formale la modifica del comma 3 dell'art. 14 l. n. 69 del 2005, nel quale è stato soppresso il secondo periodo perché l'avvertimento in ordine all'irrevocabilità del consenso e della rinuncia è stato immesso nell'art. 10 comma 1 della legge attuativa<sup>149</sup>.

Rispondono a esigenze di tipo acceleratorio tanto la modifica del comma 4 quanto la sostituzione del comma 5 dell'art. 14 l. n. 69 del 2005. Nel comma 4, eliminato il riferimento contenuto nel primo periodo al termine di dieci giorni per la pronuncia dell'ordinanza, è stato aggiunto un ulteriore periodo, ove si prevede che quando, «per la necessità di acquisire le informazioni di cui all'articolo 16 o per altre circostanze oggettive, non è possibile adottare la decisione nel termine di cui al comma 1», tale termine «può essere prorogato, con decreto del presidente della corte di appello, sino a tre giorni». Il nuovo testo del comma 5 stabilisce che la corte di appello, all'esito dell'udienza prevista al comma 1 terzo periodo e al comma 4 secondo periodo, o a quella prevista all'art. 10 commi 4 e 4-*bis*, dà immediata lettura dell'ordinanza. La lettura «equivale a notificazione alle parti, anche se non presenti, che hanno diritto ad avere copia del provvedimento». L'ordinanza, decorso il termine per la presentazione del ricorso *ex art.* 22 comma 5-*bis* l. n. 69 del 2005<sup>150</sup>, «è immediatamente comunicata al Ministro della giustizia, che provvede a informare le competenti autorità dello Stato membro di emissione e altresì, quando non è stato presentato ricorso e l'ordinanza dispone la consegna, il Servizio per la cooperazione internazionale di Polizia». Qualora il ricorso sia stato proposto, il Ministro informa le competenti autorità dello Stato membro emittente che «l'avvenuta proposizione dell'impugnazione è il motivo che ha impedito la decisione definitiva sull'esecuzione del mandato di arresto nel termine di dieci giorni successivi all'espressione del consenso». La Relazione illustrativa afferma che l'ipotesi del ricorso per cassazione, per la sua «limitata ricorrenza, stante l'irrevocabilità del consenso manifestato alla consegna, può essere effettivamente ricondotta a quei casi particolari» per i quali l'art. 17 § 4 decisione quadro «consente una proroga di trenta giorni del termine per l'adozione della decisione definitiva»<sup>151</sup>.

---

giudiziaria dello Stato membro emittente.

<sup>148</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 47 ss.

<sup>149</sup> *V. supra*, in questo stesso paragrafo, *sub lett. b*.

<sup>150</sup> Come si vedrà *infra*, in questo stesso paragrafo, *sub lett. f*, il comma 5-*bis* è stato inserito *ex novo* nell'art. 22 l. n. 69 del 2005 dall'art. 18 d.lgs. n. 10 del 2021, unitamente ad altre modifiche.

<sup>151</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 48.

L'affermazione non ha un solido fondamento, perché l'art. 17 § 2 decisione quadro parla di «decisione definitiva» sull'esecuzione del m.a.e., che «dovrebbe essere presa entro 10 giorni dalla comunicazione del consenso», e l'impugnazione – se prevista nel diritto interno dello Stato membro di esecuzione – rientra ovviamente nell'*iter* per giungere alla decisione definitiva<sup>152</sup>.

*e) provvedimenti in attesa della decisione; informazioni e accertamenti integrativi (artt. 15 e 16 l. n. 69 del 2005)*

Le modifiche all'art. 15 l. n. 69 del 2005, apportate dall'art. 11 d.lgs. n. 10 del 2021, sono dovute all'accoglimento delle osservazioni espresse dalle Commissioni parlamentari: lo schema iniziale del decreto, infatti, non interveniva sul disposto in oggetto.

La Commissione giustizia della Camera aveva chiesto al Governo di valutare «l'opportunità di un più completo adeguamento» dell'art. 15 comma 1 della legge attuativa all'art. 18 § 1 decisione quadro, «eliminando la previsione secondo cui l'interrogatorio o il trasferimento della persona richiesta in consegna possano essere autorizzati solo quando siano necessari "a consentire le indagini urgenti"»<sup>153</sup>: l'art. 11 comma 1 lett. *a* d.lgs. n. 10 del 2021 ha operato in tal senso<sup>154</sup>.

Le Commissioni giustizia del Senato e della Camera avevano poi chiesto al Governo di valutare l'opportunità di inserire nell'art. 15 l. n. 69 del 2005 una previsione volta a consentire alla corte di appello competente per l'esecuzione del m.a.e. di delegare al giudice per le indagini preliminari l'audizione della persona ricercata eventualmente richiesta dall'autorità giudiziaria di emissione<sup>155</sup>. L'art. 11 comma 1 lett. *b* d.lgs. n. 10 del 2021 ha provveduto a inserire un nuovo comma 2-*bis*, che consente al presidente della corte di appello, quando «risulta che la persona richiesta in consegna si trova in altro distretto», di «delegare l'interrogatorio di cui al comma 2 al presidente del tribunale territorialmente competente».

L'art. 16 l. n. 69 del 2005 ha subito due modifiche ad opera dell'art. 12 comma 1 lett. *a* e *b* d.lgs. n. 10 del 2021.

Quanto all'art. 16 comma 1, allo scopo di operare «un riallineamento degli atti che la corte di appello deve valutare nell'ambito della procedura» di esecuzione del m.a.e.<sup>156</sup>, è stato soppresso il riferimento alla «documentazione», contenuto nel primo

<sup>152</sup> Secondo COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 23, in alcuni Stati membri «le difficoltà nel rispettare i termini previsti dalla decisione quadro sembrano derivare anche dall'eccessiva lunghezza dei procedimenti di impugnazione»: ma non pare questo il caso dell'Italia (sul punto v. *infra*, in questo stesso paragrafo, *sub* lett. *f*).

<sup>153</sup> Cfr. *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione *d*.

<sup>154</sup> Nell'art. 15 comma 1 l. n. 69 del 2005 sono state infatti soppresse le parole «e al fine di consentire le indagini urgenti dalla stessa [*id est*: autorità giudiziaria emittente] ritenute necessarie».

<sup>155</sup> *Parere della Commissione giustizia del Senato*, cit., osservazione n. 3; *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione *e*: si notava, infatti, che, dopo la modifica dell'art. 725 c.p.p., la competenza a eseguire le rogatorie è attribuita al pubblico ministero distrettuale.

<sup>156</sup> *Relazione illustrativa*, cit., p. 48.

periodo; la stessa sorte è toccata al terzo periodo, che richiamava l'art. 6 comma 6 l. n. 69 del 2005 per il caso in cui l'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione non desse corso alla richiesta. Entrambe le soppressioni si ricollegano all'abrogazione dei commi 3, 4, 5 e 6 dell'art. 6 della nostra legge di trasposizione<sup>157</sup>.

Sempre nell'art. 16 comma 1 primo periodo va registrata una ulteriore modifica: nel caso di ritenuta insufficienza delle informazioni trasmesse dallo Stato membro emittente, per la corte di appello diventa doverosa la richiesta delle informazioni integrative occorrenti, e perciò le parole «può richiedere» sono state sostituite dalle parole «richiede con urgenza»; si realizza così l'adeguamento all'art. 15 § 2 decisione quadro<sup>158</sup>. Infine, nell'art. 16 comma 1 secondo periodo, le parole «non superiore a trenta giorni», riferite al termine fissato dalla corte di appello per la ricezione di quanto richiesto, sono state sostituite dalle parole «tenendo conto della necessità di rispettare i termini» stabiliti dall'art. 14 comma 4 o dall'art. 17 comma 2-*bis* per l'adozione della propria decisione: anche qui si verifica un maggiore adeguamento all'art. 15 § 2 decisione quadro, che prevede la possibilità<sup>159</sup> per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione di «stabilire un termine per la ricezione» delle informazioni, «tenendo conto dell'esigenza di rispettare i termini fissati all'articolo 17».

L'art. 16 comma 2 l. n. 69 del 2005, riguardante ogni ulteriore accertamento che la corte di appello può disporre, d'ufficio o su richiesta delle parti, è stato interpolato mediante la sostituzione delle parole conclusive «al fine della decisione» con le parole «rispettando i termini» stabiliti dall'art. 14 comma 4 o dall'art. 17 comma 2-*bis* «per l'adozione della decisione».

*f) decisione sulla richiesta di esecuzione; ricorso per cassazione; comunicazioni allo Stato membro emittente; termini per la decisione e provvedimenti in ordine alle misure cautelari (artt. 17, 22 e 22-bis l. n. 69 del 2005)*

La disciplina scaturente dagli artt. 17, 22 e 22-*bis* l. n. 69 del 2005 fornisce i tasselli essenziali del percorso verso la decisione definitiva sulla consegna. I primi due articoli sono stati ampiamente rimaneggiati dal d.lgs. n. 10 del 2021, il terzo è stato inserito *ex novo*.

L'art. 13 comma 1 d.lgs. n. 10 del 2021 interviene (lett. *a*, *c* e *d*) sull'art. 17 commi 2, 3 e 4; inserisce (lett. *b*) il nuovo comma 2-*bis* e sostituisce (lett. *e*) il comma 7. Secondo la Relazione illustrativa, gli interventi sul comma 2 e l'inserimento del comma 2-*bis* mirano ad accelerare i tempi del procedimento in modo da «rispettare il termine per l'adozione definitiva» sull'esecuzione del m.a.e. che l'art. 17 § 3 decisione quadro indica in «60 giorni dall'arresto del ricercato»<sup>160</sup>: nell'attuale versione del comma 2, la decisione

<sup>157</sup> V. *supra*, § 5 e nota 53.

<sup>158</sup> Dove compare la locuzione «richiede urgentemente».

<sup>159</sup> La nostra normativa si esprime peraltro in termini di doverosità, usando la locuzione «stabilisce un termine». Sull'implementazione dell'art. 15 § 2 decisione quadro negli Stati membri v. COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, Relazione della Commissione, cit., p. 11 ss.

<sup>160</sup> Relazione illustrativa, cit., p. 49.

deve essere emessa «nel più breve tempo possibile e, comunque, entro quindici giorni dall'esecuzione della misura cautelare di cui all'articolo 9 o, nel caso previsto dall'articolo 11, dall'arresto della persona ricercata»<sup>161</sup>. A sua volta, il comma 2-*bis* regolamenta l'ipotesi in cui, per la necessità di acquisire le informazioni previste dall'art. 16 o per altre circostanze oggettive, non è possibile rispettare il termine di quindici giorni fissato nel comma 2: in questa eventualità, tale termine può essere prorogato con decreto del presidente della corte di appello «sino a dieci giorni».

Gli interventi sul comma 3, non presenti nello schema iniziale di decreto, sono dovuti all'accoglimento dell'osservazione della Commissione giustizia della Camera<sup>162</sup>: si tratta di modifiche di dettaglio, che inseriscono il riferimento ai «privilegi», da affiancare a quello alle «immunità», già presente nella stesura originaria.

Quanto al comma 4, sono state soppresse le parole «se sussistono gravi indizi di colpevolezza ovvero se esiste una sentenza irrevocabile di condanna»: la soppressione si ricollega all'abrogazione del comma 3 dell'art. 6 l. n. 69 del 2005 (testo originario)<sup>163</sup>.

Infine, il nuovo dettato del comma 7 prevede che la sentenza, decorso il termine per proporre ricorso *ex art.* 22 comma 1 l. n. 69 del 2005, «è immediatamente comunicata al Ministro della giustizia che provvede ad informare le competenti autorità dello Stato membro di emissione» e altresì, qualora non sia stato presentato ricorso e la decisione è di accoglimento, il Servizio per la cooperazione internazionale di polizia.

Si connota come particolarmente incisivo – seppur criticabile per il sin troppo accentuato intento acceleratorio nel fissare i termini per presentare l'impugnazione – l'intervento del legislatore del 2021 sul ricorso per cassazione previsto dall'art. 22 l. n. 69 del 2005<sup>164</sup>, che, peraltro, già nella versione originaria era disciplinato in modo da realizzare il contenimento dei tempi<sup>165</sup>. Anche questa volta si è operato mediante sostituzioni di alcuni commi, modifiche di altri e l'inserimento del nuovo comma 5-*bis*, dedicato al ricorso avverso l'ordinanza *ex art.* 14 comma 5 della legge, nel caso di consenso alla consegna.

L'art. 18 comma 1 lett. *a* d.lgs. n. 10 del 2021 riscrive integralmente i primi due commi dell'art. 22 della nostra legge di trasposizione, che disciplinano il ricorso per

<sup>161</sup> La modifica ha portato con sé la soppressione del secondo e del terzo periodo dell'art. 17 comma 2 l. n. 69 del 2005 (testo originario).

<sup>162</sup> Cfr. *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione *f*, dove si segnalava l'opportunità di intervenire altresì sull'art. 29 l. n. 69 del 2005, che non è stato viceversa modificato.

<sup>163</sup> V. *supra*, § 5. Sull'art. 17 comma 4 l. n. 69 del 2005 (testo originario), con riguardo ai «gravi indizi di colpevolezza», v. *supra*, § 7, *sub* lett. *a*, e nota 81.

<sup>164</sup> Nel 2020 sono stati iscritti in cassazione 127 procedimenti concernenti la l. n. 69 del 2005, pari allo 0,3% del totale dei procedimenti iscritti (38.508), e la Corte ne ha definiti 118, pari allo 0,3% del totale dei procedimenti definiti (37.344); quanto all'esito, si sono avuti 18 annullamenti con rinvio (15,3%), 8 annullamenti senza rinvio (6,8%), 69 inammissibilità (58,5 %) e 23 rigetti (19,5 %): v. *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio di statistica, La Cassazione penale – Annuario statistico 2020*, Tab. 2.1 (dove sono riportati anche i dati riguardanti gli anni 2016-2019: rispettivamente 160, 183, 144 e 112 procedimenti iscritti), Tab. 5.6 (dove sono riportati pure i dati relativi agli anni 2016-2019: rispettivamente 162, 181, 146 e 109 procedimenti definiti), Tab. 5.6 dettaglio uno e Tab. 5.6 dettaglio due.

<sup>165</sup> In proposito v. E. ZANETTI, *Art. 22 m.a.e.*, in G. Illuminati – L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 3624.

cassazione contro la sentenza emessa *ex art. 17* della medesima legge: ai sensi del comma 1, la persona interessata, il suo difensore e il procuratore generale presso la corte di appello possono proporre ricorso, entro cinque giorni dalla conoscenza legale della sentenza, solo per i motivi, contestualmente enunciati, di cui all'art. 606 comma 1 lett. *a*, *b* e *c* c.p.p., cioè solo per violazione di legge. In base al comma 2, il ricorso è presentato nella cancelleria della corte di appello che ha emesso la sentenza, la quale «lo trasmette alla Corte di cassazione, con precedenza assoluta su ogni altro affare e comunque entro il giorno successivo, unitamente al provvedimento impugnato e agli atti del procedimento. La presentazione del ricorso sospende l'esecuzione della sentenza di cui all'articolo 17, comma 1». Da un confronto con la disciplina anteriore emerge la soppressione della possibilità, ammessa dal previgente comma 1 dell'art. 22 l. n. 69 del 2005, di proporre ricorso «anche per il merito»<sup>166</sup>: ora, anzi, il ricorso si può proporre solo per violazione di legge, in linea, come ricorda la Relazione illustrativa, «con la significativa riduzione del materiale sottoposto al vaglio» della corte di appello e con i «ridisegnati confini della sua valutazione»<sup>167</sup>; inoltre, il termine per proporre ricorso viene drasticamente dimezzato, portandolo da dieci giorni a cinque. Quanto al comma 2, che nella sua stesura originaria prevedeva unicamente l'effetto sospensivo del ricorso, è stato arricchito di contenuto, sia individuando come unico luogo di presentazione del ricorso la cancelleria della corte di appello, sia imprimendo accelerazione agli adempimenti successivi in ordine alla trasmissione alla Suprema Corte. I soggetti legittimati alla proposizione del ricorso sono invece rimasti gli stessi: il legislatore non ha quindi tenuto conto – non è dato sapere se consapevolmente o no – dell'interpretazione offerta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione<sup>168</sup> della modifica dell'art. 613 comma 1 c.p.p.<sup>169</sup>. Un'interpretazione assai ampia, secondo cui il ricorso per cassazione «avverso qualsiasi tipo di provvedimento non può essere personalmente proposto dalla parte, ma deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione»: e, in motivazione, le Sezioni unite richiamano l'art. 22 l. n. 69 del 2005<sup>170</sup>.

L'art. 18 comma 1 lett. *b* e *c* d.lgs. n. 10 del 2021 introduce alcune modifiche agli originari commi 3 e 4 secondo periodo dell'art. 22 l. n. 69 del 2005, tutte di carattere acceleratorio: quanto al comma 3, è ridotto da quindici a dieci giorni dalla ricezione degli atti il termine per la decisione da parte della corte di cassazione e da cinque a tre giorni prima dell'udienza quello relativo alla notificazione o comunicazione dell'avviso alle parti; quanto al comma 4 secondo periodo, è stato analogamente portato da cinque a tre

<sup>166</sup> Sull'argomento v. E. ZANETTI, *Art. 22 m.a.e.*, cit., p. 3625.

<sup>167</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 50.

<sup>168</sup> Sez. un., 21 dicembre 2017, Aiello, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2368, sulla quale v. G. MANTOVANI, *Art. 613*, in G. Illuminati – L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 3033 ss.; anteriormente alla pronuncia delle Sezioni unite, v., appunto con riguardo all'art. 22 comma 1 l. n. 69 del 2005 (testo originario), Cass., 13 settembre 2017, Lissandrello, n. 42062.

<sup>169</sup> La modifica, dovuta all'art. 1 comma 63 l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), ha soppresso la clausola di salvezza iniziale dell'art. 613 comma 1 c.p.p. («Salvo che la parte non vi provveda personalmente»).

<sup>170</sup> Cfr. Sez. un., 21 dicembre 2017, Aiello, cit., punto 7 del *Considerato in diritto*.

giorni il termine, decorrente dalla pronuncia, per il deposito della motivazione della decisione, allorché non è stato possibile depositare la decisione, con contestuale motivazione, a conclusione dell'udienza. L'art. 18 comma 1 lett. *d* d. lgs. n. 10 del 2021 interviene poi sul comma 5 dell'art. 22 l. n. 69 del 2005, prevedendo ulteriori incombenze per il Ministro della giustizia, una volta che abbia ricevuto copia del provvedimento (a meno, ovviamente, che la Corte di cassazione abbia annullato con rinvio).

L'art. 18 comma 1 lett. *e* d.lgs. n. 10 del 2021 inserisce nell'art. 22 l. n. 69 del 2005, come si è anticipato, il nuovo comma 5-*bis*, nel quale si disciplina il ricorso avverso l'ordinanza con cui la corte di appello, in caso di consenso, decide sulla consegna<sup>171</sup>. All'insegna della massima accelerazione – visto il presupposto del consenso – il termine per proporre ricorso è di tre giorni dalla conoscenza legale del provvedimento; la corte di cassazione, nel termine di sette giorni dalla ricezione degli atti, giudica in camera di consiglio sui motivi di ricorso e sulle richieste del procuratore generale senza intervento dei difensori e deposita la decisione con contestuale motivazione a conclusione dell'udienza, provvedendo, fuori dei casi di annullamento con rinvio, agli adempimenti indicati nel comma 5, cioè a trasmettere immediatamente al Ministro della giustizia copia del provvedimento. Rispetto alla normativa previgente, che limitava l'effetto sospensivo del ricorso all'esecuzione della sentenza, il comma 5-*bis* stabilisce espressamente che la presentazione del ricorso «sospende l'esecuzione della ordinanza di cui all'articolo 14, comma 4», garantendo in tal modo «l'effettività del vaglio richiesto sull'ordinanza emessa dalla corte di appello, altrimenti impedito dal sopraggiungere dell'esecuzione della consegna»<sup>172</sup>.

Infine, l'art. 18 comma 1 lett. *f* d.lgs. n. 10 del 2021 ha sostituito il comma 6 dell'art. 22 l. n. 69 del 2005, che regolamenta il giudizio di rinvio dopo l'annullamento da parte della Corte di cassazione: in questa eventualità, la Suprema Corte trasmette gli atti «immediatamente, con precedenza assoluta su ogni altro affare e comunque entro il giorno successivo al deposito della decisione completa di motivazione, al giudice di rinvio», il quale, trattandosi di annullamento della sentenza emessa ai sensi dell'art. 17 l. n. 69 del 2005, «decide entro dieci giorni dalla ricezione degli atti, avvisando le parti con decreto notificato o comunicato almeno quattro giorni prima dell'udienza»; i termini appena richiamati sono ridotti della metà, se l'annullamento concerne l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 14 comma 5 l. n. 69 del 2005. Il previgente comma 6 si limitava a stabilire che, in caso di annullamento con rinvio, gli atti erano tramessi al giudice di rinvio, che disponeva di venti giorni dalla ricezione per decidere.

In una valutazione d'insieme dell'innovato testo dell'art. 22 l. n. 69 del 2005, non si può fare a meno di notare che il termine per la proposizione del ricorso appare assai breve per consentire una compiuta estrinsecazione del diritto di difesa<sup>173</sup>. Positiva è

---

<sup>171</sup> Il *Report on Italy*, cit., p. 71 ss., riteneva che la possibilità di proporre ricorso per cassazione fosse «*redundant, even more so since consent, once given, is irrevocable*» (v. la raccomandazione n. 20, *ivi*, p. 77, che invitava a eliminare tale possibilità).

<sup>172</sup> Così *Relazione illustrativa*, cit., p. 50. Sugli aspetti problematici della mancata previsione v. E. ZANETTI, *Art. 22 m.a.e.*, cit., p. 3623.

<sup>173</sup> Per analogia critica v. L. SCOLLO, *La riforma*, cit., p. 14.

invece la previsione di scadenze ravvicinate per la corte di appello, al fine della trasmissione del ricorso, e per la corte di cassazione, al fine della trasmissione degli atti al giudice di rinvio: si tratta però di termini meramente ordinatori e dunque non si può essere granché ottimisti circa la loro osservanza, sebbene vada tenuto in conto quanto dispone il nuovo art. 27-*bis* l. n. 69 del 2005, in tema di modalità telematiche di trasmissione degli atti fra autorità giudiziarie<sup>174</sup>. Pure i termini – a loro volta ridotti – relativi alla decisione della corte di cassazione e del giudice di rinvio sono ordinatori: e non induce all’ottimismo constatare che il nuovo art. 22-*bis* l. n. 69 del 2005 documenta come il legislatore del 2021 reputi che, nonostante le buone intenzioni, i termini fissati, in astratto, per giungere alla decisione definitiva sulla consegna potranno venire largamente superati.

L’art. 22-*bis* l. n. 69 del 2005, inserito dall’art. 19 d.lgs. n. 10 del 2021, si occupa appunto dell’eventualità in cui i termini ordinari (sessanta giorni; dieci giorni nel caso di consenso) o prorogati (di trenta giorni), per addivenire alla decisione definitiva sulla consegna, non siano stati rispettati e dei riflessi sulla misura della custodia cautelare in atto<sup>175</sup>. Ai sensi del comma 1, infatti, se la decisione definitiva sulla consegna non interviene «nei sessanta giorni successivi all’esecuzione della misura cautelare o all’arresto della persona ricercata o alla deliberazione di non applicare alcuna misura», la corte davanti alla quale pende il procedimento (la corte di appello o la corte di cassazione) «informa immediatamente del ritardo e delle ragioni che vi hanno dato causa il Ministro della giustizia, affinché ne sia data comunicazione all’autorità giudiziaria richiedente». Analogamente, in presenza di consenso alla consegna, la corte di appello informa il Ministro dei motivi che hanno impedito l’adozione della decisione nel termine di dieci giorni dall’espressione del consenso.

Il comma 2 ipotizza che, «per circostanze eccezionali», la decisione definitiva sulla consegna non intervenga nei trenta giorni successivi alla scadenza dei termini indicati al comma 1 (arrivando così a novanta giorni; quaranta giorni nel caso di consenso): pure in tale evenienza la corte davanti alla quale pende il procedimento «informa immediatamente del ritardo e delle ragioni che vi hanno dato causa il Ministro della giustizia», che «ne dà urgente comunicazione all’Eurojust». Si nota qui un imperfetto adeguamento all’art. 17 decisione quadro, perché il § 2 di quest’ultimo prevede la possibilità di una proroga di trenta giorni in «casi particolari», mentre il § 7 primo periodo stabilisce l’informativa all’Eurojust se, «in circostanze eccezionali, uno

---

<sup>174</sup> V. *infra*, in questo stesso paragrafo, *sub* lett. *h*. Inoltre, il numero di ricorsi, sia iscritti sia definiti, è molto circoscritto (v. *supra*, nota 164), circostanza che può giocare a favore del rispetto dei termini.

<sup>175</sup> L’art. 27 d.lgs. n. 10 del 2021 ha abrogato l’art. 21 l. n. 69 del 2005, secondo cui la persona ricercata veniva posta immediatamente in libertà se la decisione sulla consegna non fosse intervenuta nei termini stabiliti dagli artt. 14 e 17 della medesima legge. In tema, per le pronunce dei giudici di Lussemburgo, cfr. Corte giust. (Grande Sezione), 16 luglio 2015, *Lanigan*, C-237/15 PPU e Corte giust., 12 febbraio 2019, *TC*, C-492/18 PPU, sulle quali v. M. BARGIS, [Libertà personale e processo: i nuovi scenari del M.A.E.](#) (in “Processo e garanzie della persona” – Atti del Convegno in onore di Mario Chiavario), in [lalegislazionepenale.eu](#), 19 ottobre 2020, p. 174-179. In ordine al recepimento dell’art. 17 § 5 decisione quadro v. *COM(2020) 270 final*, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 23.

Stato membro non è in grado di rispettare i termini stabiliti» dall'art. 17 dell'atto europeo.

A norma del comma 3, alla scadenza dei termini previsti dal comma precedente, cioè dei termini prorogati di trenta giorni, la corte di appello valuta se la custodia cautelare è ancora assolutamente necessaria per garantire l'esigenza di cui all'art. 9 comma 4 l. n. 69 del 2005 e se la sua durata è proporzionale rispetto all'entità della pena (art. 6 comma 1 lett. f l. n. 69 del 2005), disponendone, in caso contrario, la revoca o la sostituzione con altre misure cautelari meno gravose, applicabili anche cumulativamente, ritenute comunque idonee a garantire che la persona non si sottragga alla consegna.

Il comma 4, infine, detta una "norma di chiusura": vi si stabilisce che quando il ritardo «nella adozione della decisione definitiva sulla richiesta di consegna si protrae ingiustificatamente oltre la scadenza dei termini di cui al comma 2» (cioè oltre novanta giorni; oltre quaranta giorni nel caso di consenso) e, «comunque, quando sono decorsi novanta giorni dalla scadenza di detti termini» (arrivando cioè a centottanta giorni; centotrenta giorni nel caso di consenso), la corte di appello revoca la misura della custodia cautelare e, se persiste l'esigenza di garantire che la persona non si sottragga alla consegna, «applica, anche cumulativamente, le misure» di cui agli artt. 281, 282 e 283 c.p.p. (divieto di espatrio, obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, divieto e obbligo di dimora) e, trattandosi di persona minorenni, la misura delle prescrizioni disciplinata dall'art. 20 d.p.R. n. 448 del 1988<sup>176</sup>.

Dopo la sbandierata riforma che dovrebbe servire a far rispettare i termini contemplati nell'art. 17 decisione quadro, come più volte ribadito nella Relazione illustrativa, presupporre che possano passare centottanta giorni (centotrenta giorni nel caso di consenso) senza che si sia pervenuti alla decisione definitiva lascia perplessi, tanto più se si guarda ai dati statistici europei: nella sua ultima Relazione, la Commissione ha precisato che nel 2018 una media del 54,5% dei ricercati ha acconsentito alla consegna (nel 2017 la percentuale si attestava sul 62,96%) e la durata media della procedura è stata di circa sedici giorni dall'arresto; altrimenti, la consegna è avvenuta nella media in circa quarantacinque giorni<sup>177</sup>.

*g) consegna della persona; sospensione della consegna; principio di specialità; transito (artt. 23, 26 e 27 l. n. 69 del 2005)*

L'art. 20 comma 1 lett. a, b e c d.lgs. n. 10 del 2021 introduce modifiche all'art. 23 commi 1, 2 e 4 l. n. 69 del 2005, concernente la consegna e la sua eventuale sospensione. Nel comma 1 si provvede a chiarire che, ai fini della consegna, l'ordinanza di cui all'art. 14 comma 4 l. n. 69 del 2005 deve essere «definitiva»: la precisazione si è resa necessaria perché il ricorso per cassazione, come si è appena detto, sospende anche l'esecuzione di

---

<sup>176</sup> Si tratta della meno afflittiva tra le misure cautelari, ma la sua idoneità a evitare che il minore si sottragga alla consegna appare dubbia.

<sup>177</sup> COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, Relazione della Commissione, cit., p. 1.

tale ordinanza<sup>178</sup>. Nel comma 2 è stato aggiunto un secondo periodo che completa l'implementazione dell'art. 23 § 3 decisione quadro, considerando pure le cause di forza maggiore addotte dallo Stato membro emittente<sup>179</sup>, in presenza delle quali il presidente della corte di appello, o il magistrato da lui delegato, sospende l'esecuzione del provvedimento. Tale completamento ha poi prodotto la sostituzione del primo periodo del comma 4, al fine di adeguare le procedure informative che consentono al Ministro della giustizia di concordare una nuova data di consegna con l'autorità dello Stato membro di emissione.

L'art. 21 d.lgs. n. 10 del 2021 modifica l'art. 26 comma 3 l. n. 69 del 2005, che disciplina l'assenso da parte della corte di appello alla non applicazione del principio di specialità, successivamente alla consegna, su richiesta dello Stato membro emittente, sostituendo l'ultimo periodo della versione originaria, secondo cui la corte rifiutava «l'assenso quando ricorre uno dei casi di cui all'articolo 18». Nell'attuale stesura, la corte «può rifiutare l'assenso unicamente quando ricorre uno dei casi di cui agli articoli 18, 18-bis e 18-ter»: ma, con riguardo all'art. 18, cioè ai motivi di rifiuto obbligatorio della consegna, il rifiuto dell'assenso dovrebbe essere ugualmente obbligatorio<sup>180</sup>.

Quanto, infine, alle modifiche che l'art. 22 d.lgs. n. 10 del 2021 ha apportato all'art. 27 l. n. 69 del 2005, con riguardo al transito, si rinvia a quanto illustrato in precedenza<sup>181</sup>.

*h) modalità di trasmissione degli atti tra uffici giudiziari (art. 27-bis l. n. 69 del 2005)*

L'art. 23 d.lgs. n. 10 del 2021 ha inserito nella l. n. 69 del 2005 il nuovo art. 27-bis, che regola le modalità di trasmissione telematica degli atti tra gli uffici giudiziari. La Relazione illustrativa afferma che l'innesto si è reso necessario «per i tempi ridottissimi che connotano il procedimento giudiziario nella procedura passiva di consegna», in modo da contrarre «il più possibile i tempi di ricezione degli atti da parte dell'ufficio al quale sono destinati»<sup>182</sup>. Pertanto, a norma dell'art. 27-bis comma 1, nei procedimenti relativi alla richiesta di esecuzione del m.a.e., con decreto del Ministro della giustizia è autorizzata la trasmissione con modalità telematica degli atti tra gli uffici giudiziari, secondo le disposizioni stabilite con provvedimento del DGSIA<sup>183</sup>; la trasmissione degli atti si intende eseguita al momento del rilascio della ricevuta di accettazione da parte dei sistemi ministeriali, secondo le modalità stabilite dal menzionato provvedimento direttoriale (comma 2). Il decreto del Ministro della giustizia

<sup>178</sup> Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 52.

<sup>179</sup> L'art. 23 § 4 decisione quadro si riferisce, infatti, al caso in cui la consegna «sia impedita da cause di forza maggiore per uno degli Stati membri», ricomprendendo quindi nella fattispecie altresì lo Stato membro emittente. Sull'implementazione dell'art. 23 decisione quadro v. *COM(2020) 270 final*, 2 luglio 2020, *Relazione della Commissione*, cit., p. 23 ss.

<sup>180</sup> Cfr., infatti, l'art. 27 § 4 decisione quadro.

<sup>181</sup> V. *supra*, §§ 7, sub lett. b, e 8.

<sup>182</sup> In questi termini *Relazione illustrativa*, cit., p. 53.

<sup>183</sup> Anche in deroga alle previsioni del decreto emanato ai sensi dell'art. 4 comma 1 d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito dalla l. 22 febbraio 2010, n. 24.

è però adottato previo accertamento da parte del DGSIA della «funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici» (comma 3): di conseguenza, nelle more, la trasmissione degli atti fra gli uffici giudiziari «è consentita anche mediante posta elettronica certificata», secondo le modalità stabilite con provvedimento del DGSIA, da emanarsi entro quindici giorni dalla pubblicazione del decreto legislativo nella Gazzetta Ufficiale (comma 4). L'inciso finale del comma 4 è stato inserito in parziale accoglimento delle osservazioni formulate dalle Commissioni parlamentari<sup>184</sup>.

## 10. Minimi “aggiustamenti” per la procedura attiva di consegna.

Gli interventi sulla procedura attiva di consegna concernono la sostituzione dell'art. 30 l. n. 69 del 2005 e l'inserimento del nuovo art. 31-*bis*: non erano presenti nello Schema di decreto e si collegano alle osservazioni formulate dalle Commissioni parlamentari.

L'art. 24 d.lgs. n. 10 del 2021 ha sostituito l'art. 30 l. n. 69 del 2005, che disciplina il contenuto del m.a.e. nella procedura attiva. Le Commissioni parlamentari avevano ravvisato una contraddizione tra l'*incipit* dell'art. 30, dove si rinviava al modello standardizzato allegato alla decisione quadro sul m.a.e., come modificato dalla decisione quadro 2009/299/GAI sul procedimento *in absentia*, e l'elenco successivo, incompleto rispetto al suddetto modello<sup>185</sup>: il legislatore del 2021 ha mantenuto invariato l'*incipit*, eliminando il successivo elenco<sup>186</sup>. Il disposto si arricchisce poi di un secondo comma, che regola, dal lato attivo<sup>187</sup>, la situazione prevista nell'art. 18-*ter* comma 3 l. n. 69 del 2005 dal lato passivo<sup>188</sup>: il pubblico ministero, non appena riceve dallo Stato membro di esecuzione notizia della richiesta formulata dalla persona nei cui confronti è stato emesso il m.a.e. dal nostro Paese, inoltra copia della sentenza all'autorità dello Stato di esecuzione.

L'art. 25 d.lgs. n. 10 del 2021, su suggerimento della Commissione giustizia della Camera<sup>189</sup>, ha inserito nella l. n. 69 del 2005 il nuovo art. 31-*bis* (Divieto di consegna o di estradizione successiva)<sup>190</sup>. Il comma 1 stabilisce la regola generale secondo cui la persona consegnata in esecuzione di un m.a.e. «non può essere consegnata ad altro Stato membro in esecuzione di un mandato d'arresto europeo, né estradata verso uno Stato terzo, per un reato anteriore alla consegna medesima senza l'assenso dello Stato membro

<sup>184</sup> *Parere della Commissione giustizia del Senato*, cit., osservazione n. 5; *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione h.

<sup>185</sup> *Parere della Commissione giustizia del Senato*, cit., osservazione n. 4; *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione j.

<sup>186</sup> Il *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione j, aveva invece ipotizzato di mantenere l'elenco, prevedendovi tutte le informazioni richieste dal modello standardizzato.

<sup>187</sup> Accogliendo l'osservazione della Commissione giustizia della Camera (*Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione c).

<sup>188</sup> V. *supra*, § 7, sub lett. c.

<sup>189</sup> *Parere della Commissione giustizia della Camera*, cit., osservazione i.

<sup>190</sup> V. art. 28 decisione quadro.

di esecuzione». Il comma 2 prevede tre deroghe, richiamando le condizioni stabilite nell'art. 26 comma 2 lett. a, e ed f l. n. 69 del 2005.

### 11. Il prossimo futuro della decisione quadro sul m.a.e.: le Conclusioni del Consiglio del 1° dicembre 2020 e la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021.

L'Italia si è finalmente attivata e nel complesso – pur con talune criticità segnalate – ha innalzato il livello di adeguamento della sua normativa di attuazione alla decisione quadro. L'iniziativa si situa in un frangente nel quale anche l'Unione europea non ha più una posizione “immobile” nei riguardi dell'euromandato: oltre al fatto che alcuni aspetti della decisione quadro sono oggetto, come ricorda l'ultima Relazione della Commissione, «di una nuova revisione *inter pares* nell'ambito del nono ciclo di valutazioni reciproche, finalizzata a valutare determinati aspetti pratici e operativi»<sup>191</sup> del m.a.e., anteriormente alla data di pubblicazione di tale Relazione (2 luglio 2020) erano riprese le discussioni sulla eventualità di una revisione dell'atto europeo. Nel febbraio 2020, l'*European Parliamentary Research Service* (EPRS) ha pubblicato un'analisi sull'implementazione del m.a.e., intesa a supportare un'autonoma iniziativa della Commissione libertà civili, giustizia e affari interni del Parlamento europeo (LIBE), diretta a predisporre una relazione sull'attuazione della decisione quadro, e a favorire la discussione circa una sua possibile modifica<sup>192</sup>. A questa analisi ha fatto seguito, nel giugno 2020, la seconda parte della valutazione sull'attuazione della decisione quadro<sup>193</sup>, che ha presentato le conclusioni su tale attuazione, formulato raccomandazioni per superare le carenze riscontrate e ritenuto che, per ragioni di «*democratic legitimacy, legal certainty, and coherence*» con altre misure di cooperazione giudiziaria e di diritti procedurali, una «*“Lisbonisation”*» della decisione quadro è raccomandata a medio termine e potrebbe far parte di una proposta su «*an “EU judicial cooperation code in criminal matters”*»<sup>194</sup>.

Le novità di maggior rilievo sono attualmente costituite dalle Conclusioni del Consiglio «Il mandato d'arresto europeo e le procedure di estradizione – Sfide attuali e prospettive future»<sup>195</sup> (adottate il 1° dicembre 2020 e presentate il successivo 2 dicembre in occasione della videoconferenza informale dei Ministri della giustizia) e dalla

<sup>191</sup> COM(2020) 270 final, 2 luglio 2020, Relazione della Commissione, cit., p. 2 ss. e nota 18. Cfr. *9th round of mutual evaluations – Scope of the evaluation and contributions to the questionnaire* (Brussels, 13 February 2019, doc. 6333/19 JAI 129 COPEN 55 DROIPEN 20 EUROJUST 24 CATS 19 EJM 13): in proposito v. M. BARGIS, [Mandato di arresto europeo e principio di specialità in una recente pronuncia della Corte di giustizia](#), in questa Rivista, 11/2020, p. 64 ss.

<sup>192</sup> Redatta da W. VAN BALLEGOOIJ e I. KIENDL KRIŠTO: v. TW [T. WAHL], *EPRS Study on European Arrest Warrant*, in *Eucrim*, 2020, p. 26.

<sup>193</sup> Redatta da W. VAN BALLEGOOIJ: in merito v. TW [T. WAHL], *Report. European Arrest Warrant. EPRS: Implementation Assessment of EAW*, in *Eucrim*, 2020, p. 111. Per una sintesi ad opera dell'Autore, v. W. VAN BALLEGOOIJ, *European Implementation Assessment 2004-2020 on the European Arrest Warrant*, *ivi*, 2020, p. 149 ss.

<sup>194</sup> W. VAN BALLEGOOIJ, *European Implementation Assessment*, cit., p. 152.

<sup>195</sup> *Conclusioni del Consiglio «Il mandato d'arresto europeo e le procedure di estradizione – Sfide attuali e prospettive future»*, cit. (*supra*, nota 15).

Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri<sup>196</sup>.

Nelle Conclusioni, una volta ricordate (n. 3) le più recenti iniziative che hanno «impresso nuovo slancio alle discussioni sul futuro» del m.a.e., tra le quali, oltre all'ultima Relazione della Commissione e al nono ciclo di valutazioni reciproche, viene citato il progetto della Commissione LIBE del Parlamento europeo sull'attuazione dell'euro-mandato, del 4 settembre 2020<sup>197</sup>, poi sfociato nell'appena menzionata Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021, il Consiglio individua (n. 5) cinque ambiti di miglioramento: A. rafforzare il recepimento a livello nazionale e l'applicazione pratica della decisione quadro relativa al m.a.e.; B. sostenere le autorità dell'esecuzione nello svolgimento di valutazioni dei diritti fondamentali; C. affrontare taluni aspetti della procedura nello Stato membro emittente e in quello di esecuzione; D. trattare le richieste di estradizione di cittadini dell'Unione europea verso Paesi terzi; E. rafforzare le procedure di consegna in base al m.a.e. in periodi di crisi.

Per l'ambito A, le Conclusioni si soffermano, tra l'altro, sull'opportunità che la Commissione aggiorni il manuale europeo sull'emissione e l'esecuzione del m.a.e. (n. 8); sulla importanza della formazione continua degli operatori del settore, anche promuovendo ulteriormente gli scambi di opinioni fra operatori di diversi Stati membri (n. 11); sulla necessità di rendere disponibile, a livello dell'Unione, un «portale centralizzato» dove siano raccolte e costantemente aggiornate le informazioni che possono facilitare il ricorso al m.a.e.: a tal fine, potrebbe per ora venire incrementato il sito web della Rete giudiziaria europea, che già rappresenta una utile base in tal senso (n. 12).

Con riguardo all'ambito B, le Conclusioni menzionano, in rapporto alle pronunce della Corte di giustizia, la protezione da trattamenti inumani o degradanti (nn. 16-20)<sup>198</sup>,

---

<sup>196</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri, cit. (*supra*, nota 15).

<sup>197</sup> Conclusioni del Consiglio «Il mandato d'arresto europeo e le procedure di estradizione – Sfide attuali e prospettive future», cit., p. 23, nota 6. In proposito v. TW [T. WAHL], *Draft for EP Resolution on EAW*, in *EuCrIm*, 2020, p. 193 ss.

<sup>198</sup> Il fondamentale punto di svolta è rappresentato da Corte giust. (Grande Sezione), 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU (per un'analisi v. M. BARGIS, [Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 192 ss.). La Corte di giustizia ha poi elaborato successive precisazioni in materia: v. Corte giust., 25 luglio 2018, *ML*, C-220/18 PPU, sulle condizioni di detenzione in Ungheria; Corte giust. (Grande Sezione), 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, C-128/18, sulle condizioni di detenzione in Romania. In argomento v., di recente, G.A. LOMBARDI, [Il rifiuto del MAE per il rischio di violazione dei diritti umani, tra sentenze interpretative e mancate previsioni legislative](#), in *Arch. pen. (web)*, 2021, n. 1; A. ROSANÒ, [Dopo Aranyosi e Căldăraru: la prassi della Corte di cassazione italiana in materia di diritti fondamentali e MAE](#), in questa *Rivista*, 10/2020, p. 51 ss. L'11 dicembre 2019 l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) ha pubblicato il *Report Criminal detention conditions in the European Union: rules and reality*, accompagnato da un *database* che raccoglie informazioni sulle condizioni carcerarie nei singoli Stati membri (*standards* nazionali, giurisprudenza, monitoraggio), fornendo così un utile supporto sia alle autorità giudiziarie nazionali sia ai professionisti del settore: le Conclusioni del Consiglio (n. 19) invitano la FRA «ad aggiornare regolarmente» la banca dati «per garantire che le informazioni fornite soddisfino i requisiti definiti» dai giudici di Lussemburgo e, «a medio termine, a verificare se la banca dati risponde alle esigenze riscontrate nella

la salvaguardia del diritto a un processo equo (nn. 21-24)<sup>199</sup> e le garanzie che lo Stato membro emittente fornisce a quello di esecuzione in sede di informazioni complementari (nn. 25-26).

Quanto all'ambito C, le Conclusioni si polarizzano sul rafforzamento dei diritti procedurali (nn. 27-29), dovendo essere migliorato il recepimento delle pertinenti direttive, sulla lingua di traduzione del m.a.e. (nn. 30-31) e sulle alternative al mandato mediante l'impiego di altre misure di cooperazione giudiziaria meno invasive (nn. 39-41).

Con riferimento all'ambito D, le Conclusioni (nn. 42-46) analizzano le difficoltà pratiche incontrate dagli Stati membri dopo le varie sentenze della Corte di giustizia<sup>200</sup>, ricordano l'analisi unitaria condotta da Eurojust e dalla Rete giudiziaria europea<sup>201</sup>, che verrà tempestivamente discussa, e pongono in luce come si siano verificati casi in cui Paesi terzi hanno presentato richieste di estradizione «infondate e abusive».

Infine, trattando dell'ambito E, le Conclusioni ipotizzano di sfruttare per il futuro l'esperienza delle misure adottate per prevenire la diffusione della pandemia da COVID-19, che ha dimostrato la rilevanza di uno scambio rapido e coordinato di informazioni, attraverso l'uso di questionari<sup>202</sup> (n. 49), e l'urgenza di digitalizzare in misura più ampia la cooperazione tra gli Stati membri (nn. 50-51).

Il Consiglio auspica (n. 4) che, per celebrare il ventesimo anniversario dell'adozione della decisione quadro (che ricorrerà il 13 giugno 2022), si possano «trovare e attuare soluzioni alle attuali sfide connesse all'applicazione» dell'atto europeo.

Qualche rilievo finale va riservato alla Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021: aperta da un numero ampio di considerando (a testimoniare la difficoltà di raggiungere un'intesa condivisa), la struttura dell'atto si compone di quattro parti dedicate, rispettivamente, alla valutazione generale dell'attuazione del m.a.e. (punti 1-9), alle raccomandazioni per migliorarne il funzionamento (punti 10-30), alle raccomandazioni sui diritti fondamentali (punti 31-43) e alla coerenza del quadro giuridico dell'euromandato (punti 44-48)<sup>203</sup>. Non è questa la sede per svolgere un'analisi

pratica».

<sup>199</sup> Corte giust. (Grande Sezione), 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality v. LM*, C-216/18 PPU, cit.; Corte giust. (Grande Sezione), 17 dicembre 2020, cause riunite *L e P*, C-354/20 PPU e C-412/20 PPU. In dottrina v. A. ROSANÒ, [The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE](#), in *lalegislazionepenale.eu*, 9 marzo 2021.

<sup>200</sup> Corte giust. (Grande Sezione), 6 settembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15; Corte giust. (Grande Sezione), 10 aprile 2018, *Pisciotti*, C-191/16; Corte giust. (Grande Sezione), 13 novembre 2018, *Raugevicius*, C-247/17; Corte giust. (Grande Sezione), 17 dicembre 2020, *BY*, C-398/19. Cfr. altresì Corte giust. (Grande Sezione), 2 aprile 2020, *I.N.*, C-897/19 PPU, sulla quale v. M. BARGIS, [Estradizione e cittadino di uno Stato dell'Associazione europea di libero scambio \(AELS\): la Corte di giustizia applica per analogia la sentenza Petruhhin](#), in questa *Rivista*, 7 luglio 2020.

<sup>201</sup> *Joint Report of Eurojust and the European Judicial Network on the extradition of EU citizens to third countries, November 2020*.

<sup>202</sup> In proposito v. M. BARGIS, [La cooperazione giudiziaria in materia penale alla prova dell'emergenza da Covid-19](#), in questa *Rivista*, 24 giugno 2020.

<sup>203</sup> La quinta parte (punto 49) è riferita alla Brexit.

approfondita della Risoluzione, che, perlomeno a un primo sguardo, appare un po' "affastellata" e a tratti ripetitiva: ci limiteremo ad alcuni punti degni di nota.

Nell'ambito delle raccomandazioni tese a migliorare il funzionamento del meccanismo del m.a.e., il Parlamento europeo invita la Commissione «ad analizzare i reati comuni negli Stati membri al fine di definire meglio i casi in cui debba essere utilizzato il MAE e ad agevolare le valutazioni della proporzionalità»<sup>204</sup>; nonché «ad eseguire una valutazione formale e sostanziale della coerenza dell'elenco delle 32 categorie per le quali non è richiesta una verifica della doppia incriminabilità, integrando il criterio della gravità, la dimensione transnazionale o l'impatto negativo sui valori fondamentali dell'Unione». Suggerisce di «valutare l'inclusione di un allegato contenente le definizioni per ogni voce dell'elenco, al fine di agevolarne l'interpretazione» (punto 13), e sottolinea «l'importanza di valutare l'inclusione di altri reati o categorie di reato» (punto 14)<sup>205</sup>. Nel punto 20, rivolto agli Stati membri, la Risoluzione li invita ad attuare «in modo tempestivo e adeguato» il m.a.e., le pertinenti sentenze della Corte di giustizia e gli altri strumenti giuridici che «forniscono alternative utili e meno invasive» e che andrebbero privilegiati, se possibile, rispetto all'emissione dell'euromandato; nel punto 22 esorta la Commissione «a intensificare gli sforzi per garantire la piena attuazione di tutte le direttive sulle garanzie procedurali»<sup>206</sup> e nel punto 26 invita tanto la Commissione quanto gli Stati membri a fornire finanziamenti adeguati per il patrocinio a spese dello Stato, per interpreti e traduttori qualificati e per la formazione specifica degli operatori<sup>207</sup>. Da altro angolo visuale, il Parlamento europeo invita la Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, a sostenere ed eventualmente sviluppare la Rete europea di formazione giudiziaria e, se necessario, «a lanciare una piattaforma di formazione supplementare per esperti e operatori in materia di strumenti di riconoscimento reciproco, compreso il MAE» (punto 27); inoltre, si compiace della banca dati sulla detenzione penale istituita dalla FRA, chiede che sia istituita una banca dati centralizzata contenente la giurisprudenza nazionale relativa all'applicazione del m.a.e. e ritiene che «una banca dati pubblica specifica contenente i dati di avvocati esperti di MAE possa contribuire a garantire il diritto di avvalersi di un difensore» (punto 28).

Nelle raccomandazioni sui diritti fondamentali, alcuni punti della Risoluzione si occupano delle condizioni di detenzione negli Stati membri e del loro collegamento con le misure inerenti al m.a.e. (punti 33-35); si ribadisce «l'importanza di un meccanismo

---

<sup>204</sup> Sulla problematica della proporzionalità nell'emissione del m.a.e. v. anche i punti 7, 16 e 39.

<sup>205</sup> Come reati ambientali, talune forme di evasione fiscale, reati di odio, abuso sessuale, violenza di genere, illeciti commessi con mezzi digitali, come il furto d'identità, reati di ricorso alla violenza, reati contro l'ordine pubblico e l'integrità costituzionale degli Stati membri commessi ricorrendo alla violenza, reati di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra.

<sup>206</sup> Con particolare riguardo alla direttiva 2013/48/UE, al qual proposito v. la *Relazione della Commissione*, COM(2019) 560 final, 26 settembre 2019.

<sup>207</sup> Tra i quali la polizia giudiziaria, i pubblici ministeri, la magistratura e gli avvocati difensori. La formazione specifica dovrebbe rivolgersi a particolari settori, come, ad esempio, «gli aspetti del MAE relativi ai diritti fondamentali, la valutazione della proporzionalità e di misure alternative alla detenzione, la rappresentanza nei casi di MAE».

dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali, sotto forma di eventuale proposta legislativa sostenuta da un accordo interistituzionale»<sup>208</sup> (punto 36). Il Parlamento europeo invita altresì la Commissione «a esaminare la fattibilità di strumenti aggiuntivi sui diritti procedurali, quali l'ammissibilità delle prove e le condizioni di detenzione durante la custodia cautelare» (punto 37); sottolinea come non viga «alcun meccanismo che assicuri un adeguato seguito alle garanzie fornite dalle autorità giudiziarie emittenti dopo la consegna», chiedendo che la Commissione «esami possibili misure in tal senso» (punto 38). La Risoluzione rimarca ancora che, secondo la FRA, le informazioni fornite circa i diritti procedurali differiscono negli Stati membri, invitando questi ultimi a provvedere (punti 42 e 43).

Nella parte finale, soffermandosi sulla coerenza del quadro giuridico del m.a.e., la Risoluzione afferma che il meccanismo del mandato «è efficace», ma che i problemi principali riguardano «la sua coerenza e la sua efficienza, aree in cui vi sono dei margini di miglioramento» (punto 44); invita perciò la Commissione «a esaminare l'applicazione pratica dello strumento nei diversi paesi, al fine di individuare le buone pratiche che determinano un livello elevato di conformità dei mandati emessi da determinati Stati, come pure le difficoltà specifiche incontrate laddove il livello di non conformità dei MAE è particolarmente elevato» (punto 46).

Secondo il Parlamento europeo, in conclusione, le questioni di coerenza devono essere risolte attraverso una combinazione di varie misure: «misure pratiche (formazione degli operatori del settore)», «misure non vincolanti (manuali e raccomandazioni)» e misure legislative, mediante «una legislazione estremamente mirata (definizione dell'autorità giudiziaria, principio del *ne bis in idem*, diritti fondamentali)» (punto 47)<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> Si tratterebbe di «un riesame annuale indipendente e basato su elementi concreti volto a valutare il rispetto dell'articolo 2 TUE da parte di tutti gli Stati membri», come pure di «raccomandazioni specifiche per paese, in modo da migliorare la fiducia reciproca tra gli Stati membri».

<sup>209</sup> Nel punto 48, la Risoluzione «raccomanda, nel medio termine, la promozione di un codice di cooperazione giudiziaria dell'UE in materia penale, che raccolga sistematicamente la legislazione vigente, per garantire la certezza giuridica e la coerenza dei vari strumenti esistenti».



## SISTEMA PENALE-TRIBUTARIO PER LA PROTEZIONE DEGLI INTERESSI FINANZIARI EUROPEI: ADEGUATO E RISPONDENTE AGLI OBBLIGHI COMUNITARI?

di Miriana Lanotte

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Da un sistema “inefficiente” ad uno “iperprotettivo”. – 3. Il recepimento della direttiva PIF: individuazione dei reati lesivi degli interessi finanziari europei. – 4. L’istituto del tentativo “snaturato” nei reati tributari. – 5. (segue) Il decreto fiscale “*manette agli evasori*”: oltre le richieste dell’Europa. – 6 (segue) I reati tributari come reati presupposto del d.lgs. 231/01. – 7 (segue) *Ne bis in idem* o *tris in idem*? – 8. Le misure fiscali nel nuovo piano d’azione IVA. – 9. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa.

Lo studio della tutela degli interessi finanziari europei richiede all’interprete sempre più spesso un approccio interdisciplinare. Difatti, il perseguimento delle condotte fraudolente degli autori di frodi, divenuta negli anni una priorità indiscussa dell’Unione Europea, ha richiesto al legislatore europeo interventi normativi sia in materia penale, che amministrativa e tributaria a protezione del bilancio europeo. Posto che il fenomeno dell’evasione, in particolare dell’IVA, si caratterizza per essere un fenomeno complesso, che lede una molteplicità di beni giuridici, l’Unione è intervenuta per limitare, combattere e punire l’evasione fiscale con ogni mezzo a sua disposizione attraverso ogni branca del diritto. Ciò emerge dalla lettura del considerando 3 della direttiva PIF in cui si afferma che lo scopo della stessa è quella di completare il quadro delle misure poste a tutela degli interessi finanziari dell’Unione in diritto amministrativo e civile con quelle di natura prettamente penalistica, “evitando al contempo incongruenze sia all’interno di ciascuna di tali branche del diritto che tra di esse”.

Orbene, il presente articolo si propone di esaminare gli atti legislativi emanati dall’Unione Europea – che seppure relativi a branche diverse del diritto sono legati da un unico filo conduttore, quello della lotta al fenomeno evasivo – e le conseguenti leggi nazionali di recepimento con l’obiettivo di valutare l’efficacia e la coerenza dell’impianto normativo, ma anche la sua capacità di tenere in debita considerazione le esigenze di protezione dei singoli.

A tale fine il presente scritto analizza in ambito penale le leggi di recepimento della direttiva PIF – la legge 19 dicembre 2019, n. 157 e il decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75 – prestando particolare attenzione ai profili di criticità, nazionali e sovranazionali, che emergono dall’attuazione della direttiva. Da un lato occorre verificare se la punibilità a titolo di tentativo dei delitti tributari – da sempre esclusa dall’art. 6 del d.lgs. 74/2000 – sia compatibile con i principi di materialità e offensività, e

se le modifiche apportate alla disciplina dei reati tributari, ovverosia l'innalzamento delle cornici edittali e l'abbassamento delle soglie di rilevanza penale, siano in linea con i principi di proporzionalità e sussidiarietà. Dall'altro lato, posto che l'inserimento delle fattispecie tributarie all'interno della responsabilità amministrativa dell'ente solleva un problema di potenziale violazione del principio del *ne bis in idem*, è d'uopo interrogarsi sulle possibili soluzioni atte a scongiurare tale rischio.

Infatti, il processo di "europeizzazione del diritto penale", da cui discende il rafforzamento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e che comporta crescenti obblighi di criminalizzazione in capo agli Stati membri, deve essere portato avanti tenendo conto del parallelo obiettivo consacrato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di salvaguardare e potenziare la tutela di diritti e garanzie dell'individuo.

La costruzione di uno "spazio giudiziario europeo" richiede, allora sì, il ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali sia dal punto di vista sostanziale che procedurale, ma senza minare il sistema dei diritti. La migliore prevenzione della criminalità transfrontaliera, dunque, non può prescindere dal rispetto delle garanzie previste dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che, come noto, in virtù dell'art. 6 TUE, riconosce ai diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri lo *status* giuridico di principi generali dell'Unione Europea.

Orbene, ciò che occorre comprendere è – per l'appunto – se l'intervento europeo "a tutto tondo" nella materia degli interessi finanziari – certamente apprezzabile posto che in questo modo si delinea un assetto normativo completo, coerente, e coordinato tra le varie branche del diritto – abbia tenuto in debita considerazione la necessità di rispettare diritti e garanzie.

Proprio al fine di ricostruire il quadro complessivo tracciato dall'Unione europea, l'elaborato, in ambito tributario, esamina le modifiche più rilevanti apportate dalla direttiva UE 1910/2018 e dal regolamento 2018/1912, dalle quali emerge l'esigenza preminente dell'Unione Europea di tutelare il bilancio europeo.

## 2. Da un sistema "inefficiente" ad uno "iperprotettivo".

All'indomani della tanto discussa saga Taricco<sup>1</sup> emergeva un sistema penale di protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea decisamente inefficiente e inadeguato a contrastare fenomeni di criminalità transfrontaliera lesivi del bilancio dell'Unione.

Il quadro pareva, dunque, molto chiaro: la normativa nazionale in materia di

---

<sup>1</sup> Corte di Giustizia, sentenza 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco e a.* Come noto, la Saga Taricco è stata inaugurata dal rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo, con il quale il giudice *a quo* lamentava che, nel caso di specie, applicando le disposizioni di legge quali l'art. 157 e seguenti del codice penale, i reati per cui si procedeva (artt. 416 c.p. e 2 e 8 d.lgs 74/2000) si sarebbero prescritti l'8 febbraio 2018, determinando, così, l'impossibilità di punire soggetti imputati di gravi frodi IVA.

prescrizione del reato, quale quella stabilita dagli artt. 160 ultimo comma e 161 c.p. – attraverso cui si prevede che gli atti interruttivi verificatisi durante il corso del procedimento penale determinano il prolungamento del termine di prescrizione di un quarto della sua durata iniziale – pregiudica gli obblighi imposti agli stati membri dell’art. 325 par. 1 e 2 TFUE e deve essere disapplicata nella misura in cui non consente di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un *numero considerevole di casi di frode grave*<sup>2</sup>. Orbene, tale approccio funzionalista<sup>3</sup> dei giudici del Kirchberg non è stato condiviso dalla Corte Costituzionale, che – prima con l’ordinanza n. 24 del 2017<sup>4</sup>, poi con la sentenza n. 115 del 2018<sup>5</sup> – ha posto alla sentenza Taricco il

<sup>2</sup> Si ricordi che il Giudice del rinvio fondava le questioni pregiudiziali sottoposte alle Corte di Giustizia su una serie di norme europee: 101, 107, 119 TFUE e l’art. 158 della direttiva 2006/12/CE. Nonostante la manifesta irrilevanza dei parametri indicati, la Corte, sulla scorta delle conclusioni dell’Avvocato generale Kokotte, ha rimodulato la questione pregiudiziale ed ha utilizzato come parametro l’art. 325 parr. 1 e 2 TFUE.

<sup>3</sup> G. DI FEDERICO, *La ‘saga Taricco’: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi*, 23 maggio 2018; C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto ad una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta di valore aggiunto?* in *SiDiblog*, 15 settembre 2015.

<sup>4</sup> Tra i commenti più autorevoli dell’ordinanza si vedano M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte Costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione diplomatica ma ferma*, in *dirittifondamentali.it*, 29 gennaio 2017, p. 13 ss.; M. BASSANINI – O. POLLICINO, *The Taricco decision: a last attempt to avoid a clash between EU law and the Italian Constitution*, in *Verfassungblog on matters constitutional*, 28 gennaio 2017; C. CUPELLI, [La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 199 ss.; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus*, 29 novembre 2017; V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco, Note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all’ordinanza della corte Costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti comparati*, 20 febbraio 2017; A. RUGGERI, *Ultimatum della consulta alla corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di corte Cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, Studi 2017/I, 27 gennaio 2017; D. GALLO, *La primazia del primato sull’efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *SIDiblog*, 25 febbraio 2017; F. VIGANÒ, [Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte Costituzionale sul caso Taricco](#), in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017; R. E. KOSTORIS, [La Corte Costituzionale e il caso Taricco tra tutela dei controlimiti e scontro tra i paradigmi](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è vero dialogo?*, in *Federalismi*, 5 aprile 2017; D. PULITANO, [Ragioni della legalità. A proposito di Corte Cost. n. 24/2017](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017; R. SICURELLA, [Oltre la vexata questio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismo \(strisciante\) e richiamo \(palese\) al rispetto dei ruoli](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2017; L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di Giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, in *Eurojus*, 31 marzo 2017; L.S. ROSSI, *Come risolvere la questione Taricco... senza far leva sull’art. 4, par. 2 TUE*, in *SIDiblog*, 17 maggio 2017; R. BIN, [Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2017.

<sup>5</sup> C. CUPELLI, [La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre un diritto penale europeo “certo”](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2018; M. DONINI, [Lettura critica di Corte Costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla precisione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018.; V. MANES, *Taricco, finale di partita*, in *Primato del diritto dell’Unione Europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”* a cura di C. Amalfitano, Milano, 2018; M. GAMBARDILLA, *Inapplicabile senza eccezioni la “regola Taricco” nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte Costituzionale?*, in *Cass. Pen.*, 2018; G. DI FEDERICO, *Identità nazionale e controlimiti: l’inapplicabilità della regola Taricco nell’ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all’art. 4, par. 2, TUE*, in *Federalismi*, 20 febbraio 2019; C. AMALFITANO – O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre e atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude(?) la Saga Taricco*, in *Diritti Comparati*, 5 Giugno 2018; P. FARAGUNA, *Roma locata*,

controlimite<sup>6</sup> del principio di tassatività e determinatezza.

Ciò che preme sottolineare è che la “monofattorialità” dell’inefficienza del sistema penale, individuata dalla Corte di Giustizia nella disciplina della prescrizione, evidenza, invero, come l’analisi del problema dell’impunità degli autori delle frodi carosello – fenomeno complesso che necessita di tempi processuali più lunghi sia nella fase delle indagini preliminari che in quella dibattimentale – risulta riduttiva e poco accurata. A ben guardare, spesso la prescrizione, istituto controverso e problematico, si trasforma da male in medicina, da concausa dell’inefficienza del sistema penale a rimedio contro la lentezza dello stesso processo penale<sup>7</sup>.

Senonché, il legislatore nazionale, nelle more dell’*iter* processuale del caso Taricco, interviene prontamente sull’istituto della prescrizione dapprima con la legge 23 giugno 2017, n. 103<sup>8</sup>, con la quale ha previsto due nuove ipotesi di sospensione legate al deposito della sentenza di condanna di primo e secondo grado, rispondendo alla logica – non perfettamente in linea con il principio di presunzione di innocenza – che il riscontro processuale della fondatezza dell’accusa giustifica l’arresto del decorso della prescrizione, e poi con l’emendamento n. 1124 – inserito nel disegno di legge n. 1189 in materia di *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione* – approvato con la legge 9 gennaio 2019, n. 3<sup>9</sup>, entrato in vigore il 1° gennaio 2020, che, modificando l’art. 159 comma 2 c.p., sospende il decorso della prescrizione dalla pronuncia di primo grado o dal decreto penale di condanna fino alla data di esecutività della sentenza (sia che essa sia di assoluzione che di condanna) o di irrevocabilità del decreto, comportando *de facto* l’eliminazione dell’istituto stesso<sup>10</sup>.

*Taricco finita*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018; D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell’effetto diretto*, in *Europeanpapers*, 1 luglio 2018.; A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta Online*, Studi 2018/III, 2018.

<sup>6</sup> G. DI FEDERICO, *Identità nazionale degli stati membri nel diritto dell’unione europea. Natura e portata dell’art. 4 par. 2, TUE*, Napoli, 2017, p. 173 ss.

<sup>7</sup> F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 3/2013; nello stesso senso G. L. GATTA, *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in *Sistema Penale*, 9 dicembre 2019.

<sup>8</sup> S. ZIRULIA, *Riforma Orlando: la “nuova” prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2017, p. 243 ss.

<sup>9</sup> G. L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019.

<sup>10</sup> Proprio il differimento dell’entrata in vigore della legge Spazzacorrotti, nelle intenzioni originarie espresse dal legislatore, era funzionale a consentire al Parlamento il tempo necessario per consegnare al paese una riforma sul processo penale che avesse come obiettivo quello di preservare il principio della ragionevole durata del processo in modo da evitare che l’allungamento dei termini di prescrizione trasformasse il processo in una pena senza fine. Ma purtroppo così non è stato: la riforma dal 1° gennaio è entrata in vigore senza alcuna contromisura e in barba alle preminenti ragioni costituzionali, quali la presunzione di innocenza, il principio della ragionevole durata del processo, il diritto di difesa, la funzione rieducativa della pena. Il dibattito politico e giuridico è di particolare rilevanza sin dai tempi in cui fu proposto l’emendamento relativo alla modifica della disciplina della prescrizione, a tale fine si veda la registrazione video delle audizioni svolte il 12 novembre 2018 presso le Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera, disponibile a questo [link](#). Il dibattito non è ancor sopito, dato che si è aggiunto al quadro prospettato un ulteriore tassello, ovvero la proposta di legge A.C. 2059, cosiddetto d.d.l. Costa per approfondimenti specifici si vedano, G. L. GATTA, *La proposta di soppressione della riforma della prescrizione*

Invero, qualche tempo prima dell'approvazione della Riforma Orlando, il 5 luglio 2017, veniva approvata dal Parlamento Europeo in seduta plenaria la direttiva 1371/2017 (direttiva PIF), in sostituzione della Convenzione PIF del 1995, al fine di ravvicinare maggiormente le legislazioni degli stati membri sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea. In particolare, all'art. 12 par. 2 la direttiva obbliga gli stati ad adottare le misure necessarie a permettere lo svolgimento delle indagini, dell'azione penale, del processo, e della decisione giudiziaria nei casi dei reati di cui agli artt. 3, 4, e 5 della direttiva in *un periodo di almeno cinque anni dal momento in cui il reato è stato commesso*. Inoltre, al paragrafo 3 della suddetta disposizione il legislatore europeo prevede che in deroga al par. 2 gli stati membri possono  *fissare un termine di prescrizione più breve di cinque anni ma non inferiore a tre anni*.

Confrontando l'art. 12 della direttiva con la normativa nazionale sulla prescrizione in tema di reati lesivi degli interessi finanziari – tra cui anche quelli tributari per i quali il legislatore aveva già operato un inasprimento della disciplina della prescrizione con la legge 17 settembre 2011 n. 148 – si può concludere che essa sia già conforme al diritto dell'Unione europea<sup>11</sup>.

A ben vedere, dalla lettura della direttiva si evince che lo stesso legislatore europeo non riteneva la prescrizione la causa dell'inadeguatezza della tutela penale degli interessi finanziari<sup>12</sup>, tanto è vero che altre sono le modifiche richieste dall'Unione Europea, ovverosia la punibilità a titolo di tentativo e di concorso dei reati lesivi degli interessi finanziari europei e l'introduzione di questi ultimi nel sistema di responsabilità amministrativa dell'ente (di cui si dirà v. par. 4, 6, 7).

La direttiva PIF, inoltre, definisce la competenza della Procura Europea (*European Public Prosecutor's Office* – EPPO) organismo introdotto con il regolamento (UE) 2017/1939 del 12 ottobre 2017 attuato in cooperazione rafforzata e deputato ad individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati lesivi di interessi finanziari nel territorio dell'Unione Europea.

Dunque, sono due le novità normative di particolare rilevanza in materia di protezione degli interessi finanziari europei: una di carattere penale sostanziale con lo scopo di ravvicinare le legislazioni nazionali e una processuale con l'obiettivo di creare un organo inquirente sovranazionale che possa condurre indagini sul territorio

*(d.d.l. Costa)*, in *Sistema Penale*, 2 dicembre 2019; D. PULITANÒ, [Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della prescrizione](#), in *Sistema penale*, 9 dicembre 2019; R. BARTOLI, [Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste](#), in *Sistema Penale*, 7 aprile 2020; A. DE CARO, [Tempo, punizione e processo: le indubbe connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione](#), in *Sistema penale*, 22 luglio 2020.

<sup>11</sup> Come sottolinea autorevole dottrina, A. VENEGONI, *Legge di delegazione europea e i nuovi sviluppi del diritto penale dell'UE nel sistema italiano*, in *Il Penalista*, 28 novembre 2019, anche se si tratta di soglie basse, la disposizione ha più che altro un significato politico: rappresenta un passo *“verso la maggiore integrazione legislativa, che in futuro, potrebbe avere ulteriori sviluppi”*.

<sup>12</sup> A riguardo si deve segnalare che la Commissione europea nella [Relazione sullo Stato di diritto 2020 relativo all'Italia](#) ha giudicato positivamente la legge italiana anticorruzione n. 3/2019. Tuttavia, si afferma che l'efficacia delle misure repressive è ostacolata dall'eccessiva durata dei procedimenti penali. Invero, la lentezza del processo italiano - sia esso civile, amministrativo e penale - era già emersa dal [Rapporto 2020 EU Justice](#) pubblicato il 10 luglio 2020.

europeo<sup>13</sup>.

Proprio al fine di recepire nel sistema interno i suddetti atti europei, il legislatore nazionale ha delegato il Governo con la legge 4 ottobre 2019, n. 117, rubricata *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2018*.

Un primo passo verso il recepimento della direttiva è stato compiuto già con l'approvazione della legge 19 dicembre 2019, n. 157 di conversione del decreto-legge 26 ottobre 2019 n. 124 – rubricato *Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili* (decreto fiscale collegato alla Legge di Bilancio del 2020) – che dà vita ad una riforma denominata “*manette agli evasori*”. Con la predetta legge non solo si amplia l'ambito di applicazione del sistema della responsabilità degli enti ad alcune fattispecie tributarie al fine di adempiere agli obblighi comunitari imposti dalla direttiva PIF mediante la modifica dell'art. 25-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 231/2001, ma si inasprisce il trattamento sanzionatorio delle violazioni tributarie e se ne riducono le soglie di rilevanza penale.

A questo intervento normativo ha fatto seguito, con notevole ritardo rispetto al termine di scadenza prescritto dalla direttiva PIF (6 luglio 2019), il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 in attuazione della legge di delegazione europea 2018, con cui si completa l'opera di recepimento della direttiva.

Orbene, si passa da un sistema inefficiente, così come rappresentato dalla sentenza Taricco, ad un vero e proprio sistema di lotta<sup>14</sup> ben strutturato e – si spera, a questo punto – adeguato a combattere le frodi comunitarie.

Sul versante tributario, la Commissione europea al fine di creare uno spazio unico europeo dell'IVA che sostenesse un mercato unico e contribuisse ad incentivare l'occupazione, la crescita, gli investimenti e la concorrenza ha rilevato l'esigenza di traghettare l'Europa verso un sistema IVA definitivo (e non più frammentario e transitorio) per gli scambi di beni tra Stati membri dell'UE.

A tal proposito è stato ideato il cosiddetto Piano d'azione IVA<sup>15</sup> e messo a punto nella Comunicazione (2016) 148 del 7 aprile 2016. Nel citato documento la Commissione afferma l'urgenza di riformare il sistema, non solo perché è necessario che esso sia più semplice ed efficace (soprattutto per le piccole e medie imprese) e che si basi su una maggiore fiducia tra le imprese e le amministrazioni fiscali, ma anche per fronteggiare il rischio sempre crescente di frodi IVA<sup>16</sup>.

La riforma del sistema IVA prevede – almeno in questa prima battuta iniziale –

---

<sup>13</sup> Per una disamina critica e completa sui profili di diritto penale europeo sostanziale e processuale V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020.

<sup>14</sup> M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni “punitive” della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in *Primato del diritto dell'Unione Europea op.cit.*, p. 169 ss.

<sup>15</sup> A. IERMANO, *Verso uno spazio europeo dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Eurojus*, 19 maggio 2016.

<sup>16</sup> Più in particolare, è bene ricordare che nelle operazioni commerciali intraunionali non viene applicato il meccanismo ordinario della rivalsa e della detrazione IVA, ma quello dell'inversione contabile che esenta dall'imposta le cessioni comunitarie ed individua in capo all'acquirente sia l'obbligo di rivalsa che il diritto di detrazione. Proprio l'esenzione rappresenta il *vulnus* del metodo applicato per le operazioni intracomunitarie.

quattro punti essenziali <sup>17</sup>(v. par. 8): la nuova funzione che assumerà il numero di identificazione IVA mediante il quale opera l'acquirente nelle cessioni intra-UE di beni; le nuove disposizioni in tema di *call-off stock*; le modifiche relative alle cessioni a catena; e da ultimo, gli elementi che costituiscono la prova di tali cessioni.

Tali modifiche, ormai entrate in vigore il 1° gennaio 2020 nel silenzio del legislatore nazionale, trovano come referenti normativi la direttiva 2018/1910 – che modifica la direttiva 2006/112/CE per quanto concerne l'armonizzazione e la semplificazione di determinate norme nel sistema d'imposta sul valore aggiunto di imposizione degli scambi tra Stati membri e il cui recepimento è scaduto il 31 dicembre 2019 – e il relativo regolamento attuativo 2018/1912, approvati dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 4 dicembre 2018.

Dato conto del complesso stato dell'arte, i paragrafi che seguono analizzano, in materia penale, gli interventi di recepimento della Direttiva PIF, e specificamente gli aspetti più rilevanti della legge 19 dicembre 2019, n. 157 e il decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, e in ambito tributario le modifiche più significative relative alle cessioni intracomunitarie di beni e servizi con l'intento, da un lato, di ricostruire l'apparato normativo a tutela del bilancio al fine di dimostrare l'efficienza dello stesso, e, dall'altro lato, di individuare eventuali profili di criticità derivanti dall'attuazione della normativa europea.

### 3. Il recepimento della direttiva PIF: individuazione dei reati lesivi degli interessi finanziari europei.

Il 5 luglio 2017 il Parlamento Europeo e il Consiglio adottano, sulla scorta dell'art. 83 par. 2 TFUE<sup>18</sup>, la direttiva PIF<sup>19</sup> relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi

---

<sup>17</sup>Si leggano le note esplicative ai "quick fixies" redatte dalla Commissione ([Note esplicative riguardanti le modifiche del sistema dell'IVA nell'UE relative al regime di call-off stock, alle operazioni a catena e all'esenzione delle cessioni intracomunitarie di beni](#)).

<sup>18</sup> Come noto la Commissione europea ha proposto l'adozione della direttiva volta alla lotta alle frodi comunitarie in virtù della base giuridica di cui all'art. 325 TFUE. Tale scelta ha incontrato le resistenze degli Stati membri, che hanno ritenuto l'art. 83 par. 2 TFUE più adeguato e pertinente. Sulla diatriba concernente l'individuazione della base legale della nuova direttiva PIF si veda L. PICOTTI, *Limiti garantistici, op. cit.*, p. 207 ss.; ID., *Potestà penale dell'Unione Europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile base giuridica del Corpus iuris. In margine al nuovo 280 del Trattato CE*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 357 ss.; ID., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura Europea, Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, in G. Grasso – G. Illuminati – R. Sicurella – S. Allegrezza (a cura di), Milano, 2013, p. 77.; ID., [Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016, p. 6 ss.; G. GRASSO, *La competenza penale dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 719 ss.; ID., *La competenza penale dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in L. Camaldo (a cura di), *L'evoluzione del procuratore europeo e la tutela degli interessi finanziari dell'unione Europea*, Torino, 2014, p. 26 ss.

<sup>19</sup>Agli interessi finanziari si apprestava una tutela penale solo con l'avvento del Trattato di Maastricht nel 1992 e la divisione delle politiche dell'Unione in pilastri. In virtù dell'art. K.3 del Trattato di Maastricht,

finanziari dell'Unione mediante il diritto penale che – insieme all'approvazione del regolamento EPPO<sup>20</sup> suddetto – è il primo vero passo epocale verso un diritto penale comune volto alla tutela del bilancio comunitario<sup>21</sup>.

---

difatti, si approvava la Convenzione PIF, entrata in vigore il 17 ottobre 2002, alla quale seguiva l'adozione di due protocolli concernenti i reati di corruzione propria dei funzionari comunitari e di riciclaggio di denaro. In quell'occasione gli stati contraenti riconoscevano la necessità di una definizione comune delle fattispecie incriminatrici e delle sanzioni penali per contrastare la dimensione transfrontaliera dei reati di frode. Si veda F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità Europee*, in *Scritti di Diritto Penale*, Milano, 1997, p. 2357 ss.; G. GRASSO, *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.*, Milano, 1997, 35 ss.; L. PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione per la protezione degli interessi finanziari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006.; A. VENEGONI, *Il concetto di "interessi finanziari dell'Unione Europea" e il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2018.; ID., *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Roma, 2018, p. 10 ss.

<sup>20</sup> La gestione della prima versione del progetto di istituzione della Procura Europea era stata affidata dalla Commissione europea alla Prof.ssa Mireille Delmas-Marty nel 1997. La Commissione avrebbe dovuto elaborare principi fondamentali in materia di interessi finanziari europei per la costruzione di uno spazio giuridico europeo. Il testo del *Corpus Iuris* è pubblicato nel volume M. DELMAS – MARTY, *Corpus iuris portant dispositions pénales pour la protection des interets financier de l'Union européenne*, Parigi, 1997. La seconda versione è stata pubblicata nel 2000, si veda, M. DELMAS – MARTY, J.A.E. VERVAELE, *La mise en oeuvre du Corpus dans les Etats membres/The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000. Tra i recenti commenti si veda R. BELFIORE, [L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento sulla procura europea: il punto della situazione](#), in *Sistema penale*, 31 luglio 2020; E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza.*, in *Arch. Pen.*, fasc. n. 3/2019; L. SALAZAR, [Definitivamente approvato il Regolamento istitutivo della Procura Europea \(EPPO\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2017; ID., *La Procura europea è finalmente realtà: what's next...?*, in *Eurojus*, 20 novembre 2017; A. VENEGONI, *La Procura Europea (EPPO)*, in *Magistratura indipendente*, 11 novembre 2017; A. CORRERA, *Prime osservazioni sul regolamento che istituisce la Procura Europea*, in *Eurojus*, 21 ottobre 2017. Prima dell'approvazione si veda S. ALLEGREZZA, [Verso una procura europea per tutela gli interessi finanziari dell'Unione](#), in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2013; R. SICURELLA, [Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale armonizzato? Le questioni in gioco](#), in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2013; S. MONACI, *Botta e risposta sulla Procura europea tra il Sottosegretario alla Giustizia e l'Unione delle Camere Penali. Resta ancora lontana la sua realizzazione?* in *Eurorojus*, 3 febbraio 2015.

<sup>21</sup> Foriera dell'epocale cambiamento, prima del Trattato di Lisbona – che come noto ha espressamente previsto una competenza penale indiretta dell'UE e ha comunitarizzato la cooperazione in materia penale e di polizia, seppure con alcuni retaggi della precedente disciplina intergovernativa (si pensi alla previsione della procedura del freno di emergenze, o ancora alla riserva di competenza degli Stati membri quanto all'applicazione di misure coercitive sul proprio territorio di cui all'art. 88 TFUE) – è stata senza dubbio la sentenza del 15 settembre 2005, C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, con la quale la Corte di Giustizia, in sede di annullamento della decisione quadro concernente la protezione penale dell'ambiente, ha affermato una competenza penale indiretta delle istituzioni UE, ribadita successivamente nella sentenza del 23 ottobre 2007, C-440/05, *Commissione c. Consiglio*. Nella prima sentenza l'oggetto è l'annullamento della decisione quadro del Consiglio del 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI, in materia di protezione dell'ambiente tramite l'uso del diritto penale. La decisione quadro aveva come base legale stabilita dal Consiglio, l'art. 34 UE in combinato disposto con gli artt. 29 e 31 lett e) UE, diversamente da quanto considerava la Commissione che rintracciava la base legale negli artt. 174, 175, 176 TCE; queste norme tendevano ad assicurare la tutela del bene giuridico ambiente, consentendo agli stati l'adozione di atti che mirassero all'armonizzazione in materia penale. Il Consiglio e gli Stati ritenevano che nessuna disposizione obbligasse gli stati a sanzionare penalmente i comportamenti indicati dalla decisione, in virtù dell'art. 280 TCE che lascia agli stati la possibilità di applicare il diritto penale. La Corte individuò nelle norme indicate dalla Commissione le basi legali idonee con la conseguenza che non ci sarebbe stata la possibilità di utilizzare gli atti previsti dell'art. 34 UE, tra cui le decisioni quadro. nelle sentenze suindicate la Corte di Giustizia, pur

Difatti, lo scopo della direttiva è quello di individuare con chiarezza le fattispecie di reato lesive degli interessi economici europei e di prevedere misure sanzionatorie efficaci, dissuasive e proporzionate.

Come anticipato, al fine di recepire tale normativa europea, il legislatore il 1° ottobre 2019 ha approvato il disegno di legge di delegazione europea 2018<sup>22</sup>, promulgato e pubblicato in Gazzetta ufficiale il 4 ottobre 2019, quale L. 4 ottobre 2019, n. 117.

In particolare, l'art. 1 rinvia all'articolo 31 commi 1 e 3 della legge 24 dicembre 2012, n. 234<sup>23</sup> per definire il termine per l'esercizio della delega della citata direttiva, già scaduta il 6 luglio 2019<sup>24</sup>.

Ciò detto, è opportuno soffermarsi sulle novità previste dalla direttiva PIF e sul recepimento delle stesse, cercando di cogliere i profili di problematicità.

In primo luogo, la lettera *a*) del comma 1 dell'art. 3 della L. 117/2019 prescrive che il Governo individui le fattispecie incriminatrici lesive degli interessi finanziari dell'Unione e che costituiscono frode al bilancio<sup>25</sup>. Tale individuazione è funzionale a delineare la competenza della nuova Procura Europea<sup>26</sup> la quale si occuperà dei reati

confermando che non esisteva una competenza penale dell'Unione, precisava che era consentito alla legislazione comunitaria imporre ai singoli stati l'obbligo di sanzioni penali nazionali quando l'irrogazione di queste ultime si rivelava essenziale per il contrasto di gravi violazioni che l'Unione aveva come obiettivo. La *ratio* è quella di imporre il rispetto del principio di effettività del diritto dell'Unione agli stati, che non possono, mediante la legislazione interna, rendere privo di cogenza. Pertanto, la Corte afferma che, invero, esiste una competenza penale implicita dell'Unione volta a garantire l'efficacia dell'azione comunitaria. Di conseguenza, pur non potendo l'Unione disciplinare nuove fattispecie penali, può prevedere un avvicinamento delle legislazioni penali dei singoli Stati membri.

<sup>22</sup> M. LANOTTE, *Luci e ombre della legge di delegazione europea 2018 (e del sistema di trasposizione degli obblighi UE previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234) con particolare riguardo alla materia penale*, in *Eurojus*, 14 novembre 2019.

<sup>23</sup> Ai sensi del comma 1 il Governo deve adottare i decreti entro tre mesi dalla di entrata in vigore della legge di delegazione (nel caso di specie 2 febbraio 2020). Ma posto che lo schema del decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri, deve essere trasmesso alle Camere per l'espressione del parere da parte delle competenti Commissioni parlamentari, il termine è prorogato, in virtù del comma 3 di tre mesi (2 maggio 2020).

<sup>24</sup> Il ritardo nel recepimento della direttiva ha comportato l'apertura delle una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE n. 2019/0279, giunta sino alla fase del parere motivato, che è stata archiviata dalla Commissione europea in data 2 luglio 2020.

<sup>25</sup> Per spese si intendono i c.d. fondi europei strutturali, quote per lo sviluppo sociale di tutte le regioni della Comunità, le spese operative e amministrative relative alle singole istituzioni, il c.d. quadro finanziario pluriennale che descrive le aree di intervento dell'UE e rispecchia le priorità nel periodo di sette anni (ultimo 2014-2020) ed infine gli strumenti finanziari di flessibilità ed emergenza, che rispondo a situazioni impreviste, di particolare urgenza e gravità. Per entrate si intendono le risorse proprie tradizionali, ovvero dazi doganali e agricoli, risorse basate sull'IVA, quindi una percentuale del gettito IVA di ogni Stato membro e da ultimo le risorse sull'RNL, una percentuale del reddito nazionale lordo, oltre alle imposte sulla retribuzione del personale UE, ai contributi dei Paesi Terzi in favore di programmi dell'UE e alle ammende pagate dalle imprese che violano le norme sulla concorrenza nel periodo di sette anni (ultimo 2014-2020) ed infine gli strumenti finanziari di flessibilità ed emergenza, che rispondo a situazioni impreviste, di particolare urgenza e gravità.

<sup>26</sup> Si segnala che il 27 luglio 2020 il Consiglio Europeo ha nominato i ventidue Procuratori Centrali – per l'Italia è stato nominato il PM Danilo Ceccarelli – che copriranno l'Ufficio Centrale della nuova istituzione europea. Questi ultimi, congiuntamente alla Procuratrice Capo Laura Codruța Kövesi, nominata il 14

previsti dalla direttiva PIF: frodi che hanno ad oggetto l'evasione transnazionale e reati che sono indissolubilmente connessi a queste ultime.

Il Governo, tuttavia, sceglie di non introdurre una specifica norma definitoria adducendo le seguenti giustificazioni. *In primis*, ritiene superflua una disposizione specifica vista la completezza della disciplina nazionale vigente. Essa non presenta lacune posto che è stata modificata dalla L. 29 settembre 2000, n. 300, con la quale il legislatore nazionale, nel dare esecuzione alla Convenzione PIF del 26 luglio 1995, ha introdotto nuove fattispecie di reato lesive degli interessi finanziari comunitari. In secondo luogo, secondo il legislatore delegato la disposizione sarebbe stata una norma processuale di difficile collocazione nel testo contenente esclusivamente norme di diritto penale.

Senonché, l'individuazione si può ricavare dalla relazione illustrativa, ed in particolare dalla tabella di concordanza, che indica i reati lesivi degli interessi finanziari europei seguendo la catalogazione della direttiva.

Nella prima categoria si possono annoverare: la malversazione (316-*bis* c.p.), l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (316-*ter* c.p.), la truffa e quella aggravata per il conseguimento di erogazione pubbliche (640 e 640-*bis* c.p.)<sup>27</sup>, frode informativa aggravata (640-*ter* c.p.), frode nelle pubbliche forniture (356 c.p.) conseguimento indebito di erogazioni a carico totale o parziale del Fondo europeo agricolo di garanzia e di quello per lo sviluppo (L. 23 dicembre 1986, n. 898) e, da ultimo, i delitti di contrabbando (D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43).

La categoria concernente le risorse proprie provenienti dall'IVA comprende i reati tributari – previsti dal d.lgs. 74/2000 – quali, dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, dichiarazione infedele, omessa dichiarazione, emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, occultamento o distruzione di documenti contabili, indebita compensazione e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte.

Altra categoria comprende i reati contro la pubblica amministrazione tra cui figurano, il peculato (314), la concussione (317 c.p.), i reati di corruzione (318, 319, 320, 322 c.p.), corruzione in atti giudiziari (319-*ter* c.p.), induzione indebita (319-*quater* c.p.), l'abuso d'ufficio (323 c.p.) e da ultimo il reato di cui all'art. 322-*bis* c.p.

In relazione a questa ultima disposizione, la lettera *d*) dell'art. 3 della legge 117/2019 richiede al legislatore delegato di intervenire sulla formulazione dell'art. 322-*bis* c.p., *in primis*, estendendo la punibilità della corruzione passiva anche ai pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio di Stati non appartenenti all'Unione europea, quando tali fatti ledano gli interessi finanziari dell'Unione Europea, e poi, ampliando l'ambito applicativo del comma 2 dell'art. 322-*bis* circoscritto ai fatti commessi in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o mantenere un'attività

---

ottobre 2019, svolgeranno il compito di supervisionare la conduzione delle indagini e dei procedimenti penali da parte dei Procuratori Delegati.

<sup>27</sup> Si evidenzia che autorevole dottrina A. VENEGONI, in *Legge di delegazione europea e i nuovi sviluppi del diritto penale*, *op.cit.*, p. 4, si sofferma su questa norma con riferimento alle frodi negli appalti, specificando che la direttiva PIF richiederebbe una fattispecie a dolo specifico e non generico.

economica finanziaria.

Invero, la norma è stata già modificata recentemente dalla citata legge Spazzacorrotti, che, oltre ad aver eliminato dall'art. 322-*bis* c.p. il riferimento alle operazioni economiche internazionali, ha aggiunto il reato di corruzione passiva previsto dall'art. 322 comma 3 e 4 c.p. ai membri delle assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale e ai giudici e funzionari delle corti internazionali, ma ha continuato a prevedere l'applicazione ai pubblici funzionari di Stati terzi del solo art. 322 comma 1 e 2 c. p., e, quindi, della sola induzione alla corruzione attiva. Si tratta di un intervento incompleto e poco coordinato posto che nel momento in cui veniva elaborato il testo della Spazzacorrotti era già entrata in vigore la direttiva PIF.

Pertanto, al fine di completare la disposizione il decreto attuativo introduce nell'art. 322-*bis* c.p. l'ipotesi di induzione alla corruzione passiva ai pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio di stati esteri e di organizzazione pubbliche internazionali.

L'ultima categoria, infine, concerne i reati di riciclaggio, autoriciclaggio, impiego di denaro beni e altre utilità di provenienza illecita (648, 648-*bis* e 648-*ter* c.p.), trasferimento fraudolento di valori (512-*bis* c.p.) nelle ipotesi in cui le condotte risultino lesive degli interessi finanziari europei.

#### 4. L'istituto del tentativo "snaturato" nei reati tributari.

Tra le novità che creano maggiori perplessità figurano l'art. 3 lettera *c*) della l. 117/2019. La disposizione prevede l'abrogazione delle norme che non consentono di punire a titolo di concorso e di tentativo i reati che ledono gli interessi finanziari comunitari. Il tema acquisisce rilevanza con riferimento ai reati tributari perché, per questi ultimi, gli artt. 6 e 9 del d.lgs. 74/2000 escludono la configurabilità di entrambi gli istituti.

In adesione alla delega suddetta, l'art. 2 modifica l'art. 6 del d.lgs. 74/2000 – rubricato *il tentativo* – aggiungendovi il comma 1-*bis*, con il quale si prevede la punibilità degli *atti diretti* a commettere i delitti di cui agli artt. 2, 3, 4 – e specificatamente, dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e dichiarazione infedele – quando questi siano compiuti anche nel territorio di altro Stato dell'Unione *al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*.

Come emerge *ictu oculi*, la disposizione nel disciplinare il tentativo fa riferimento, contrariamente a quanto previsto dall'art. 56 c.p., al solo requisito della direzione – riferimento non del tutto completo, visto che la disposizione codicistica indica la dicitura *atti diretti in modo non equivoco* – e non anche a quello della idoneità degli atti. A questo punto, ci si deve chiedere quale sia l'interpretazione dell'espressione "*atti diretti*" e se questa sia compatibile con la disciplina del tentativo.

Il problema che sorge è evidente: posto che la riforma del 2000 ha incentrato il

fulcro delle fattispecie tributarie sul momento dichiarativo, lo spazio per la configurabilità del tentativo è quasi inesistente, a meno che non si voglia modificarne i due connotati essenziali dell'univocità degli atti e della idoneità.

Con riferimento all'elemento della direzione univoca degli atti si tratta di atti che, pur collocandosi ancora nella fase preparatoria, denotano, però, l'imminente passaggio alla fase esecutiva vera e propria. Il requisito della idoneità, invece, indica l'attitudine degli atti compiuti rispetto alla realizzazione del risultato. Tale ultimo giudizio viene condotto seguendo il criterio della prognosi postuma, dunque *ex ante* e in concreto. Ne consegue che il giudice, collocandosi idealmente nella stessa posizione dell'agente all'inizio della sua attività, deve accertare – alla stregua delle conoscenze dell'uomo medio eventualmente arricchite delle maggiori conoscenze dell'agente concreto – se gli atti erano in grado, tenuto conto delle concrete circostanze del caso, di sfociare nella commissione del reato. Tali accertamenti nel caso dei reati tributari non hanno, invero, ragione di esistere in quanto fino a quando la dichiarazione non è presentata il contribuente può ancora desistere, invece una volta presentata la dichiarazione il reato può dirsi perfezionato<sup>28</sup>.

In altre parole, la modifica all'art. 6 del d.lgs. 74/2000 comporta la punizione di condotte prodromiche, ovverosia mere violazioni di obblighi contabili, che potrebbero anche non sfociare mai nell'evasione dell'imposta. Se ne deduce che gli atti predetti lasciano presagire solo intenti evasivi, che, però, sino al momento in cui non vengono cristallizzati all'interno della dichiarazione non sono idonei ad evadere l'imposta sul valore aggiunto. La conseguenza preoccupante, perché contraria all'assetto dei principi costituzionali in materia penale, è quella della rilevanza penale, ad esempio, della condotta del contribuente che non abbia registrato in contabilità fatture per operazioni inesistenti, ma dopo abbia subito una verifica da parte della Guardia di Finanza.

In queste fattispecie, dunque, il tentativo è snaturato posto che punire *atti diretti* a commettere le fattispecie tributarie previste equivale a sanzionare fatti non ancora rilevanti alla stregua del tentativo, prescindendo dalla configurazione di un pericolo effettivo per l'interesse tutelato.

Si noti che quella di utilizzare il diritto penale in un'ottica di anticipazione della tutela penale è una tendenza legislativa che, però, determina una tensione tra, da un lato, la fisiologica esigenza di tutela e di prevenzione di certi fenomeni particolarmente pericolosi e, dall'altro lato, rispettare quelli che sono i principi costituzionali in materia di diritto penale, primi tra tutti i principi di materialità e offensività.

Difatti, è proprio per evitare un diritto penale scollegato dal verificarsi di un fatto materiale e offensivo e che punisce l'intenzione soggettivamente perseguita (in ossequio alla regola espressa dal principio *cogitationis poenam nemo patitur*) che il legislatore nazionale modifica il sistema previgente – disciplinato dalla L. 7 agosto 1982, n. 516 – con il d.lgs. 74/2000.

È necessario che l'intenzione si traduca in un fatto materiale che sia (oltre che

---

<sup>28</sup> G. FLORA, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "Direttiva Pif" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in *disCrimen*, 12 novembre 2019.

soggettivamente proteso verso l'offesa) anche oggettivamente idoneo a realizzare l'evento lesivo. È necessario, in altri termini, che la condotta abbia creato un'offesa (anche nella forma del solo pericolo) per il bene tutelato.

A tale proposito, occorre riportare alcuni passi significativi della Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo n. 74/2000 che ne descrivono in modo chiaro la *ratio*<sup>29</sup>: “alla base della delega legislativa sta l'esigenza, profondamente avvertita, di superamento della strategia [...] che affida l'intervento repressivo al modello dei cosiddetti "reati prodromici", ossia a fattispecie criminose volte a colpire, indipendentemente da un'effettiva lesione degli interessi dell'erario, comportamenti ritenuti astrattamente idonei a "preparare il terreno" ad una successiva evasione.[...] Conformemente alle direttive della legge delega, il nuovo sistema attua, per tal rispetto, una vera e propria inversione di rotta, assumendo, come obiettivo strategico, quello di limitare la repressione penale ai soli fatti direttamente correlati, tanto sul versante oggettivo che su quello soggettivo, alla lesione degli interessi fiscali, con correlata rinuncia alla criminalizzazione delle violazioni meramente formali e preparatorie. [...] Quanto alla concreta fisionomia delle fattispecie stesse, la scelta di ancorare la sanzione penale all'offesa degli interessi connessi al prelievo fiscale ha portato a concentrare l'attenzione sulla dichiarazione annuale prevista ai fini delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, quale momento nel quale si realizza, dal lato del contribuente, il presupposto obiettivo e "definitivo" dell'evasione d'imposta: sì che le violazioni tributarie "a monte" della dichiarazione medesima [...]restano prive, *ex se*, di rilievo penale”<sup>30</sup>.

Per quanto concerne il concorso, il legislatore opera una scelta certamente condivisibile, quella di non abrogare l'art. 9 del d.lgs. 74/2000 con cui si limita la punibilità a titolo di concorso dell'emittente e dell'utilizzatore di fatture relative alle operazioni inesistenti al fine di evitare un possibile caso di *ne bis in idem* sostanziale.

La disposizione nazionale, difatti, ha la precisa *ratio* di scongiurare il rischio di punire due volte il soggetto agente, poiché chi si avvale delle fatture inesistenti non consuma necessariamente il reato di emissione di false fatture.

##### 5. (segue) Il decreto fiscale “manette agli evasori”: oltre le richieste dell'Europa.

L'art. 3 della legge di delegazione europea, alla lettera e), delega il Governo ad integrare le disposizioni del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, prevedendo espressamente la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche anche nel caso di compimento di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea e che non siano già previsti da

---

<sup>29</sup> Sul tema si veda G. FLORA, *Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.

<sup>30</sup> Relazione di accompagnamento allo schema di decreto recante “Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto”.

tale normativa.

Un primo passo per il recepimento della citata disposizione è stato compiuto dal decreto fiscale<sup>31</sup> (d.l. 124 del 2019) convertito nella legge n. 157/2019, che oltre ad inserire alcune fattispecie penal-tributarie nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti *ex* d.lgs. 231/2001, ha apportato una serie di modifiche (non richieste dalla direttiva PIF), che riformano ulteriormente la disciplina, incisa, però in senso opposto, dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158<sup>32</sup>. Infatti, nella precedente riforma del 2015, ai sensi dell'art. 8 della legge 11 marzo 2014, n. 23 il legislatore delegava il Governo a procedere ad una rivisitazione del sistema penal-tributario secondo i criteri di determinatezza e di proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti, prevedendo la punibilità con la pena detentiva compresa tra un minimo di sei mesi e un massimo di sei anni. Inoltre, il legislatore conferiva la possibilità di ridurre le sanzioni per le fattispecie meno gravi e di applicare sanzioni amministrative anziché penali, tenuto anche conto di adeguate soglie di punibilità.

Diversamente, le linee direttrici della schizofrenica riforma “*manette agli evasori*” – il cui nome evoca già la finalità iper-repressiva dell'intervento normativo<sup>33</sup> – sono essenzialmente tre: l'innalzamento delle cornici edittali delle principali fattispecie penal-tributarie, l'abbassamento delle soglie di rilevanza penale dell'imposta evasa o degli

<sup>31</sup> Sorge qualche dubbio sul rispetto del principio di riserva di legge ed il motivo è presto detto: ai sensi dell'art. 39 comma 3 del d.l. 124/2019, “*la riforma ha efficacia dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge di conversione del predetto decreto*” (corsivo aggiunto); dunque, ne consegue che le disposizioni in materia penale sono destinate ad applicarsi ai reati commessi dal 24 dicembre 2019. Si potrebbe allora discutere – ammesso che lo strumento del decreto-legge, in quanto atto avente forza di legge, come affermato in diverse occasioni dalla Consulta (Corte Cost., sentenza 11 luglio 1996, n. 330) – se quest'ultimo possa rientrare nel novero delle fonti di produzione delle fattispecie incriminatrici (in senso contrario si veda C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 27 ss.; ID., [Il testo unico sugli stupefacenti alla prova del cambio di passi della giurisprudenza costituzionale](#), in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 5, l'autore ritiene che l'equiparazione degli atti aventi forza di legge alla legge non consente di soddisfare il principio di riserva di legge. In questo modo si assimilerebbe “il rapporto di gerarchia e di competenza, criteri di risoluzione delle antinomie normative, e riserva di legge, istituto di garanzia democratica”, e si altererebbe il senso dei rapporti tra Parlamento e Governo. Ciò implica che il criterio da utilizzare per selezionare gli atti normativi che soddisfano la riserva di legge non può, quindi, essere meramente formale ma sostanziale. È necessario verificare quale è il ruolo del Parlamento nel procedimento di formazione dell'atto normativo diverso dalla legge. Si aggiunga, che parte della dottrina afferma, inoltre, che i presupposti di necessità e urgenza sono incompatibili con l'esigenza di meditazione e ponderazione che dovrebbe precedere l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, e ciò anche perché il procedimento parlamentare di conversione presenta dei tempi così ristretti da menomare la dialettica parlamentare e violare il principio di democraticità) – sulla effettiva sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza di cui al comma 2 dell'art. 77 Cost. Difatti, stretto corollario della decretazione d'urgenza è l'efficacia immediata delle disposizioni contenute nel decreto-legge, sia pure nel ristretto termine di sessanta giorni prima della conversione da parte delle Camere.

<sup>32</sup> Per una lettura approfondita sulla riforma si veda C. NOCERINO – S. PUTINATI, *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs 158/2015*, Torino, 2015.

<sup>33</sup> G. FLORA, *Dalla “spazza corrotti” alla “spazza evasori”*. Brevi note critiche sulle recenti innovazioni legislative in materia di reati tributari, in *Rass. trib.*, 2020; A. DELL'OSSO, *Corsi e ricorsi nel diritto penale - tributario: spunti critici sul c.d. decreto fiscale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020; A. INGRASSIA, *Incostituzionalità delle nuove fattispecie incriminatrici penali-tributarie*, in *Sistema penale*; ID., *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020.

elementi attivi sottratti all'imposizione e l'estensione dell'art. 240-*bis* c.p. a specifici reati tributari.

In particolare, l'art. 39 comma 1, lett *a*) e *b*) del d.l. n. 124 del 2019 modifica il reato di *dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti* di cui all'art. 2 del d.lgs 74/2000 prevedendo la pena della reclusione da 4 anni a 8 anni (precedentemente da 18 mesi a 6 anni).

L'incremento del trattamento sanzionatorio nel minimo mira a contrastare la prassi giudiziale di commisurare la sanzione finale muovendo da una pena base prossima ai minimi edittali, atta a condurre alla sospensione condizionale della pena, mentre l'incremento sanzionatorio nel massimo comporta il prolungamento dei termini di prescrizione (cfr. artt. 157, 161 c.p.)<sup>34</sup>.

La novella inserisce, inoltre, il comma 2-*bis*, in base al quale quando l'ammontare degli elementi passivi è inferiore a 100.000 euro il trattamento sanzionatorio risulta quello previgente. Si pone, però, un interrogativo circa la natura del predetto comma. Segnatamente, ci si chiede se esso si qualifichi come una circostanza attenuante – tra l'altro precedentemente prevista dall'art. 2 comma 3, ma abrogata dal d.l. n. 138 del 2011 – o se, invece, si tratti di una fattispecie autonoma di reato<sup>35</sup>. Utilizzando il criterio distintivo affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza *Fedi* <sup>36</sup> – ancorché più volte disatteso dalla successiva giurisprudenza<sup>37</sup> – il quale valorizza la collazione della disposizione nello stesso articolo, e il rinvio agli elementi costitutivi della fattispecie, si potrebbe affermare, almeno a parere di chi scrive, che il comma 2-*bis* si sostanzia in una circostanza attenuante<sup>38</sup>. Nonostante tale previsione, a questa non potrà applicarsi l'istituto della tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p. – esteso ai reati tributari (caratterizzati

---

<sup>34</sup> Prolungamento che arriva fino a 10 anni e 8 mesi, e tenendo conto dell'aumento di un ulteriore terzo previsto in via generale dall'art. 17 comma 2 del d. lgs. n. 74/2000 per i reati da 2 a 10 del d.lgs. n. 74/2000, si arriva ad un termine di prescrizione pari a 13 anni.

<sup>35</sup> Come è noto la distinzione tra una circostanza attenuante o aggravante di reato e una fattispecie autonoma di reato comporta conseguenze pratiche di non poco momento posto che la soluzione condiziona l'applicabilità di una serie di disposizioni sia sostanziali, quali l'art. 59 c.p. relative al regime di imputazione, gli artt. 116 ss. c.p. relativi al concorso, l'art. 69 c.p. concernete il giudizio di bilanciamento, l'art. 157 c.p. in materia di prescrizione che processuali, ovverosia l'art. 423 c.p.p. sulla modificazione dell'imputazione, o ancora le disposizioni sulla procedibilità a querela o d'ufficio.

<sup>36</sup> Cass. Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 26351, con riferimento ai rapporti tra gli artt. 640 e 640-*bis* c.p., definisce come criterio decisivo quello strutturale, che guarda alla descrizione della fattispecie. La Suprema Corte afferma che nel caso di rinvio al fatto reato di un'altra fattispecie, si configura una circostanza autonoma e non una fattispecie autonoma.

<sup>37</sup> Tale orientamento è stato disatteso in molteplici occasioni (Cass., Sez. III, 13 novembre 2003, n. 3348, Cass. Sez. IV, 19 settembre 2006, n. 36606) e anche in recenti arresti giurisprudenziali derivanti dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 9 novembre 2018, n. 51063 con riferimento alla materia degli stupefacenti, fattispecie di lieve entità ai sensi dell'art. 73 comma 5 del d.P.R. n. 309/1990 e ancora Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018 n. 40982 in relazione alla natura della fattispecie di cui all'art. 12 comma 3 del T.U. immigrazione).

<sup>38</sup> Non sembra dirimente l'argomento portato a sostegno della seconda opzione (che si tratti di una fattispecie autonoma di reato), ovverosia che l'art. 25-*quinqüesdecies* del d.lgs n. 231 del 2001, nella sua nuova versione, inserisce il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti e distingue le due ipotesi, riconducendo ad esse anche differenti sanzioni, come se si trattasse di reati diversi.

da soglie di imposta) da un intervento delle Sezioni Unite<sup>39</sup> – posto che la pena massima prevista è di anni sei di reclusione. Dunque, anche nel caso di una singola fattura, magari di importo poco significativo, la pena minima sarà quella dei 18 mesi di reclusione, come già precedentemente previsto<sup>40</sup>.

Sia l'aumento di pena che la previsione dell'attenuante sono specularmente previsti anche per il reato di emissioni di false fatturazioni di cui all'art. 8 del d.lgs. 74/2000<sup>41</sup>.

Si noti che l'inasprimento sanzionatorio è preoccupante soprattutto in quei casi in cui venga contestato il reato di dichiarazione fraudolenta per fatturazioni soggettivamente inesistenti ad imprenditori, che inconsapevoli della identità reale del fornitore o dell'idoneità di quest'ultimo ad effettuare la prestazione fatturata, vengano coinvolti in un sistema di frodi carosello<sup>42</sup>.

Con riferimento all'art. 3 del d.lgs. 74/2000 rubricato *dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici* l'art. 39, comma 1, lett c) del d.l. 124 del 2019 ha innalzato la pena della reclusione da un anno e sei mesi a sei anni alla pena da tre anni a otto anni, senza modificare le soglie di punibilità previste<sup>43</sup>.

Maggiormente incisa – dall'art. 39 comma 1 lett. d) del decreto fiscale – risulta, invece, la fattispecie residuale di *dichiarazione infedele*, di cui all'art. 4 del d.lgs. 74/2000,

<sup>39</sup> Cass., Sez. Un., n. 1368116, con la quale la Suprema Corte aveva chiarito che, in astratto, non risulta incompatibile con il giudizio di particolare tenuità la presenza di soglie di punibilità all'interno della fattispecie tipica, specificando tuttavia che quanto più ci si allontana dal valore-soglia, tanto più è verosimile che ci si trovi in presenza di un fatto non particolarmente tenue. Gli orientamenti più recenti (si veda ad esempio Cass. Civ., nn. 39413/2018, 53639/2018, 18804/2019) hanno, invece, aderito al tenore letterale della norma che non esclude l'applicabilità in ambito tributario. Così la non punibilità per particolare tenuità del fatto può riguardare, in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti fissati dall'art. 131-bis del c.p., ogni fattispecie criminosa, non essendo tale causa, in via di principio, incompatibile con la fissazione da parte del legislatore di soglie di punibilità all'interno della fattispecie tipica.

<sup>40</sup> Come è noto la fattispecie non richiede una specifica soglia di punibilità. Questo tema è stato affrontato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 45 del 2019 ha ritenuto non fondata la questione affermando che la configurazione delle fattispecie criminose e la determinazione della pena costituiscono materia affidata alla discrezionalità del legislatore, le cui scelte sono censurabili solo se sconfinano e si traducono in scelte manifestamente irragionevoli.

<sup>41</sup> Con riferimento agli artt. 2 e 8 del d.lgs. 74/2000, la previsione di una fattispecie base ed una attenuata era prevista nella formulazione originaria del decreto 74/2000. Sennonché, la precedente versione statuiva che era punita la falsa fatturazione per un importo superiore a 155.000 euro con la pena della reclusione da sei mesi a due anni, pena, dunque, di gran lunga inferiore rispetto a quella attuale.

<sup>42</sup> S. MECCA – V. SILVIETTI, *Il nuovo assetto dei reati fiscali e della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Il tributario*, 17 gennaio 2020.

<sup>43</sup> Si deve segnalare, con riferimento ai reati di cui agli artt. 2 e 3, che in sede di conversione del decreto legge art. 39 comma 1 lett. q-bis del d.l. 124/2019 è stata estesa la causa di non punibilità ex art. 13 comma 2 del d.lgs. 74/2000 – già prevista per le fattispecie di cui agli artt. 4 e 5 – allorquando il contribuente abbia pagato integralmente i debiti tributari, a seguito del ravvedimento operoso, sempreché ciò avvenga prima che l'autore abbia avuto conoscenza di accertamenti amministrativi o procedimenti penali. Tale estensione della causa di non punibilità sarà dunque subordinata al ravvedimento della dichiarazione che contiene false fatture. Ciò implica una rivisitazione dell'orientamento consolidato dell'Agenzia delle Entrate che ha sempre ritenuto che il ravvedimento fosse possibile solo in caso di errori od omissioni, tra le quali non rientravano le registrazioni di false fatture.

con la quale si punisce chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una dichiarazione annuale elementi attivi per un ammontare inferiore o elementi passivi inesistenti quando congiuntamente l'imposta evasa è superiore a 100.000 euro (prima 150.000 euro) e quando l'ammontare degli elementi attivi sottratti a imposizione è superiore al 10% dell'ammontare complessivo degli elementi attivi in dichiarazione, o comunque, è superiore a 2 milioni (prima 3 milioni)<sup>44</sup>. Viene modificato anche il trattamento sanzionatorio che passa dalla reclusione da uno a tre anni alla reclusione da due a quattro anni e sei mesi <sup>45</sup>.

A ciò si aggiunga che la causa di non punibilità prevista dall'art. 4 comma 1-ter del d.lgs 74/2000 in ipotesi di valutazioni errate discordanti entro il 10% rispetto a quelle corrette, riguarderà non più le valutazioni singolarmente considerate ma complessivamente considerate. Con la vecchia formulazione, se si fosse sbagliato a considerare una serie di imposte, il sistema avrebbe garantito una tolleranza del 10% per ogni singola imposta; diversamente, oggi, si aumenta sensibilmente l'alea del penalmente rilevante perché la somma di tutte le valutazioni riferite alle singole imposte non può superare il 10%.

L'inasprimento sanzionatorio riguarda anche il reato di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 del d.lgs 74/2000. Si passa dalla pena della reclusione da due a cinque anni in luogo di quella precedente da diciotto mesi a quattro anni (art. 39 comma 1 lett. h) ed i)<sup>46</sup>.

Una modifica rilevante concerne i reati di omesso versamento di cui all'art. 10-bis (ritenute dovute o certificate) e 10-ter (IVA), fattispecie per le quali si è previsto un abbassamento delle soglie di punibilità: nel primo caso la soglia di 150.000 euro viene portata a 100.000, nella seconda fattispecie la soglia di 250.000 viene ridotta a 150.000.<sup>47</sup>

Il quadro si completa con l'art. 12-ter, concernente la applicazione della confisca

<sup>44</sup> Prima della riforma del 2015, l'art. 4 del d.lgs. 74/2000 prevedeva che, con riferimento al requisito sub a), l'imposta evasa dovesse essere superiore a 50.000, e in relazione al requisito sub b), che l'ammontare degli elementi attivi sottratti all'imposizione dovesse essere superiore al 10% dell'ammontare complessivo degli elementi attivi in dichiarazione o comunque superiore a 2 milioni (stessa soglia attuale).

<sup>45</sup> A tale proposito si legga la disamina di A. PERINI, [Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019](#), in *Sistema Penale*, 3 dicembre 2019.

<sup>46</sup> La pena in questo caso è stata mitigata in sede di conversione. Il decreto-legge prevedeva la pena della reclusione da due a sei anni. La legge di conversione ha ridotto il massimo edittale a 5 anni, con la conseguenza che potrà ancora trovare applicazione l'istituto della particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.

<sup>47</sup> Si ricordi Corte di Giustizia, Grande Sez., sentenza 2 maggio 2018, C-574/15, *Scialdone*, sentenza nella quale la Corte di Giustizia, sollecitata dal rinvio interpretativo del Tribunale di Varese – che evidenziava il contrasto delle modifiche apportate dal d.lgs. 158/2015 agli artt. 10-bis e 10-ter (innalzamento delle soglie di punibilità) con gli artt. 4 par. 3 TUE e 325 per. 1 TFUE – affermava che la direttiva IVA del 2006 in combinato con questi ultimi articoli del Trattato non ostano ad una normativa nazionale che prevede per l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto una soglia di rilevanza penale pari a 250 000 euro, mentre per il reato di omesso versamento delle ritenute relative all'imposta sui redditi una soglia di rilevanza penale pari a 150 000 euro.

allargata o per sproporzione<sup>48</sup> ad alcune delle fattispecie tributarie<sup>49</sup>, che in virtù del comma 1-*bis* dell'art. 39 del decreto fiscale ed in deroga al principio del *tempus regit actum* che regola la materia delle misure di sicurezza, si applicherà esclusivamente alle condotte poste in essere successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto (25 dicembre 2019)<sup>50</sup>.

Il d.l. 124/2019 estende, dunque, ai reati tributari caratterizzati da un comportamento fraudolento la misura di sicurezza della confisca allargata, strumento con il quale si confisca al contribuente denaro, beni o altra utilità rientranti nella sua disponibilità, o per interposta persona, di cui non sia in grado di giustificare la provenienza, ovverosia sulla base di una presunzione relativa di ingiustificata locupletazione<sup>51</sup>, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p.. A questo proposito, merita allora citare le considerazioni della Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 33 del 2018<sup>52</sup> con la quale – ancorché la Consulta abbia dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 nella parte in cui include il delitto di ricettazione tra i reati per i quali è prevista l'applicazione della confisca allargata<sup>53</sup> – invita il legislatore ad inserire nel catalogo dei reati per cui si prevede la confisca allargata “tipologie e modalità di fatti in sé sintomatiche di un illecito arricchimento del loro autore, che trascenda la singola vicenda giudizialmente accertata, così da poter veramente anettere il patrimonio ‘sproporzionato’ e ‘ingiustificato’ di cui l’agente dispone ad una ulteriore attività criminosa rimasta ‘sommersa’”.

In contraddizione rispetto all'indirizzo della Corte Costituzionale sopracitato, le soglie per le quali è posta l'applicazione dell'art. 240-*bis* – si pensi al delitto di cui all'art. 2 e 8 quando l'ammontare degli elementi passivi fittizi sia superiore a euro duecentomila

<sup>48</sup> Strumento previsto, dapprima, all'art. 12-*sexies* della l. 356/92 quale misura conseguente a condanne per reati di stampo mafioso o legati al traffico di sostanze stupefacenti, e poi confluito, in virtù del principio di riserva di codice, nell'art. 240-*bis* c.p., con il d.lgs. 1° marzo 2018, n. 2, ed esteso, per una serie di modifiche, alle ipotesi delittuose connotate da finalità di terrorismo o di eversione, e, anche, da ultimo ai reati contro la pubblica amministrazione.

<sup>49</sup> Per una disamina completa e critica si legga G. VARRASO, [Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il “decreto fiscale” n. 124 del 2019](#), in *Sistema Penale*, 8 settembre 2020.

<sup>50</sup> Specificatamente la misura di sicurezza verrà applicata al delitto di cui all'art. 2 e 8 quando l'ammontare degli elementi passivi fittizi sia superiore a euro duecentomila; al delitto di cui all'art. 3 quando l'imposta evasa sia pari ad euro centomila; all'art. 11 l'ammontare delle imposte, delle sanzioni e degli interessi sia superiore a euro centomila e, da ultimo all'art. 11 comma 2 quando l'ammontare degli elementi attivi inferiori a quelli effettivi o degli elementi passivi fittizi sia superiore a euro duecentomila.

<sup>51</sup> Così chiarisce Cass. Sez. Un. 19 gennaio 2004, n. 920.

<sup>52</sup> S. FINOCCHIARO, [La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018.

<sup>53</sup> I giudici remittenti ritenevano che tale il meccanismo presuntivo alla base della confisca allargata fosse legittimo in relazione a delitti usualmente perpetrati “in forma quasi professionale” e che si pongono come fonte ordinaria di un illecito accumulo di ricchezza, quali l'associazione di tipo mafioso, il traffico di stupefacenti, l'estorsione, il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'usura, la corruzione, il riciclaggio, etc., che parimenti rappresentano reati presupposto della confisca di cui all'art. 12-*sexies*. Lo stesso non potrebbe dirsi, invece, in rapporto al delitto di *ricettazione*, che risulta non solo ampiamente diffuso, ma presenta, altresì, una casistica estremamente varia.

(di cui invero l'importo di imposta evasa per IVA si riduce a 44.000 euro); al delitto di cui all'art. 3 quando l'imposta evasa sia pari ad euro centomila (di cui l'imposta evasa è, in realtà di 22.000 euro) – sono di modesta gravità. Il rischio allora è quello di aggredire l'intero patrimonio del contribuente a seguito di una condanna per un unico reato tributario. Si aggiunga che sebbene, come messo in evidenza dalla Consulta, "il ricorso a forme di confisca congegnate in questa chiave è caldeggiato anche a livello sovranazionale"<sup>54</sup>, ciò deve avvenire nel rispetto dei principi e delle garanzie costituzionali.

La sintesi dei tratti più salienti del decreto fiscale consente, a questo punto, di affermare che la riforma si pone al limite con i principi di proporzionalità e di sussidiarietà – in virtù dei quale il diritto penale è uno strumento da utilizzare solo come misura estrema di controllo sociale, proprio perché privativo della libertà personale – e diffonde l'idea di un diritto penale di lotta, atto a sopperire o rafforzare – a seconda che lo si consideri inefficace piuttosto che adeguato – il sistema amministrativo di accertamento e riscossione. A ben vedere, le nuove pene draconiane previste per i reati tributari sono tra le più alte previste per delitti in materia economica ed anche più alte di una serie di delitti più efferati ed espressivi di una gravità sociale.

## 6. (segue) I reati tributari come reati presupposto del d.lgs. 231/01.

Come anticipato, l'art. 39 comma 2 del d.lgs 124/2019 e l'art. 5 del decreto legislativo n. 75/2020 hanno arricchito l'elenco – già rimpinguato nel tempo<sup>55</sup> – dei reati la cui commissione comporta la responsabilità amministrativa degli enti<sup>56</sup>. Il primo ha

---

<sup>54</sup> In particolare, la Consulta al paragrafo 6 della sentenza n. 33 del 2018 fa riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata a Palermo il 15 dicembre 2000, ratificata e resa esecutiva con legge 16 marzo 2006, n. 146 (art. 12, paragrafo 7); alla decisione quadro 24 febbraio 2005, n. 2005/212/GAI del Consiglio, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (art. 3), e indi la direttiva 3 aprile 2014, n. 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, hanno, infatti, specificamente richiesto agli Stati membri di riconoscere all'autorità giudiziaria poteri di «confisca estesa», collocabili chiaramente all'interno del ricordato *genus* della confisca dei beni di sospetta origine illecita. L'art. 5, paragrafo 1, della citata direttiva stabilisce, in particolare, che gli Stati membri devono adottare «le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da attività criminose». Diversamente dalla decisione quadro 2005/212/GAI, la direttiva non limita l'applicazione della confisca estesa ai soli reati di criminalità organizzata o collegati al terrorismo, ma la richiede anche in relazione ad una serie di altri reati previsti da strumenti normativi dell'Unione, benché non commessi nel quadro di organizzazioni criminali.

<sup>55</sup> G. AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in *Legisl. pen. online*, 23 maggio 2016.

<sup>56</sup> C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010.

introdotto l'art. 25-*quinquiesdecies* nel d.lgs 231/01, con il quale si prevede la responsabilità amministrativa dell'ente per i reati di dichiarazione fraudolenta mediante fatture per operazioni inesistenti (art. 2 d. lgs. 74/2000), di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3), di emissione di false fatture o documenti per operazioni inesistenti (art. 8), di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10) e, infine, di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11). Il secondo intervento normativo, invece, ha ampliato il catalogo con le fattispecie tributarie rimaste escluse dal d.lgs 124/2019 quali, la dichiarazione infedele (art. 4), l'omessa dichiarazione (art. 5), l'indebita compensazione (10-*quater*), alle quali si aggiungono anche le ipotesi di delitto tentato dei reati fiscali che presentano l'elemento della transnazionalità, se l'imposta evasa non è inferiore a 10 milioni di euro. L'elenco dei reati presupposto viene ulteriormente ampliato da alcuni dei reati contro la pubblica amministrazione non ancora presenti – tra i quali si rinvenivano il peculato, il peculato per profitto dell'errore altrui e abuso di ufficio (314, 316, 323 c.p.) e, da ultimo, dalle fattispecie della frode nelle pubbliche forniture, di frode in agricoltura e reato di contrabbando (nuovo art. 25-*sexiesdecies*) qualora i diritti di confine superino i 100.000 euro<sup>57</sup>.

Si rammenta che in virtù del principio di tassatività, l'ente può essere ritenuto responsabile solo per i reati espressamente individuati dal d.lgs. 231/2001. Tuttavia, prima della riforma, qualora i reati tributari, ancora non richiamati dalla legge, si fossero posti come delitto-scopo del reato di associazione a delinquere *ex* art. 416 c.p., ovvero come reato base delle condotte di riciclaggio e autoriciclaggio, l'ente non avrebbe potuto rispondere, altrimenti si sarebbe giunti a considerare gli artt. 416, 648-*bis* e 648-*ter* 1 c.p. disposizioni "contenitore" nelle quali far rientrare qualsiasi fattispecie, allargando, così, il catalogo dei reati previsti. Tra l'altro, la mancata previsione dei reati tributari nel catalogo 231 comportava l'impossibilità di applicare la sanzione della confisca diretta o per equivalente di cui all'art. 19 del d.lgs 231 del 2001, carenza che, a detta della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza *Gubert*<sup>58</sup>, depotenziava la portata di tale misura e la tutela degli interessi finanziari.

Il *vulnus* riguardava il caso in cui i reati fiscali venivano commessi dalla persona fisica rappresentante dell'ente al fine di consentire a questo ultimo di evadere le imposte. Ne derivava che la persona fisica che rispondeva penalmente non era lo stesso soggetto che beneficiava dell'evasione, posto che il profitto era, invece, confluito nel patrimonio della persona giuridica. Il risultato praticato a cui si giungeva era l'impossibilità di aggredire il profitto perché questo si trovava nella disponibilità di un soggetto che, pur essendone il reale beneficiario, non poteva risponderne a causa della mancata previsione

---

<sup>57</sup> La commissione delle nuove fattispecie previste nell'elenco 231 comporta l'applicazione di sanzioni pecuniarie nel massimo di 500 quote – che è possibile elevare sino ad un terzo nel caso in cui l'ente, nella commissione del reato tributario, abbia ottenuto un vantaggio di rilevante gravità (art. 25-*quiquiesdecies*, comma 2, d.lgs n. 231 del 2001) – interdittive – quali il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, e il divieto di pubblicizzare beni o servizi – alle quali si aggiunge anche quella della confisca diretta o per equivalente del prezzo o del profitto del reato e la pubblicazione della sentenza.

<sup>58</sup> Cass., Sez. Un., sentenza 30 gennaio 2014, n.10561.

normativa.

Dal punto di vista pratico-operativo l'introduzione dei reati suddetti nel d.lgs 231/01 richiede necessariamente l'adeguamento del modello organizzativo 231 – partendo da una analisi preliminare della storia fiscale della società e dei modelli di *compliance* già adottati da quest'ultima e da una mappatura dei processi e delle attività esposte al rischio di commissione dei reati tributari predetti – al fine individuare le carenze all'interno del contesto societario e di prevedere, attraverso la redazione del MOG, un sistema prevenzionale aggiornato ed efficace di gestione del rischio – ovverosia atto a formalizzare i principi di controllo – che consenta di monitorare i livelli di efficienza e di legalità dell'impresa. Ciò sarà possibile solo rafforzando le funzioni aziendali maggiormente coinvolte nella gestione dei reati fiscali, quali quella relativa al controllo interno, – il cui fulcro è rappresentato dal rapporto tra i componenti principali del controllo con il dirigente preposto – quella amministrativa e fiscale incaricata di eseguire sistematicamente i controlli per verificare *ex post* la congruità e la corrispondenza della fatturazione e della documentazione fiscale, ed infine quella legale, di supporto rispetto alle precedenti, volta ad individuare la qualificazione normativa delle operazioni poste in essere dalla società<sup>59</sup>.

### 7. (segue) *Ne bis in idem* o *tris in idem*?

Da un punto di vista teorico – ma non privo di conseguenze applicative rilevanti – il problema con cui l'interprete deve misurarsi è il rischio, tutt'altro che remoto, della violazione del principio del *ne bis in idem*<sup>60</sup>.

Le citate ulteriori sanzioni applicate in virtù del d.lgs. 231/01, infatti, equivarrebbero ad una duplicazione – se non una triplicazione<sup>61</sup> – ingiustificata di quelle particolarmente severe e gravose già previste dal diritto tributario<sup>62</sup>.

A ben vedere, prima dell'introduzione dei reati tributari nel novero del catalogo 231, l'ordinamento rispondeva alle violazioni suddette con una doppia tutela: quella di carattere penale, diretta a colpire l'autore del reato, e quella di carattere amministrativo nei confronti dell'ente, che deve corrispondere sia le somme originariamente dovute al fisco maggiorate degli interessi, che quelle che costituiscono l'importo della sanzione. Ad oggi, invece, il sistema consente di aggiungere al quadro sanzionatorio suddetto le ulteriori sanzioni per l'ente derivanti dal d.lgs. 231/01.

<sup>59</sup> A tale riguardo il 1° settembre 2020 è stata emessa una nuova circolare della Guardia di finanza, la n. 216816/2020, in tema di "Modifiche alla disciplina dei reati tributari e della responsabilità amministrativa degli enti". La circolare fornisce istruzioni pratiche in materia di confisca allargata e svolge una analisi tra adempimento collaborativo (ex d.lgs n. 128/2015) e Modello 231.

<sup>60</sup> N. GALATINI, *Divieto di bis in idem. Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015; ID., *Il principio del "ne bis in idem" internazionale nel processo penale*, Milano, 1984.

<sup>61</sup> M. DONINI, *Septies in idem. Dalla materia penale alla sproporzione delle pene multiple nel modello italiano ed europeo*, in *Cass. Pen.*, fasc. n. 07/08 del 2018.

<sup>62</sup> F.M. MAGNELLI, *Sulla (in)compatibilità del sistema repressivo degli illeciti fiscali con lo statuto transnazionale del ne bis in idem: tra proporzionalità e 231*, in *Giurisp. pen.*, 16 dicembre 2019.

Invero, cercando di esaminare *funditus* il tema del *ne bis in idem*, si possono già anticipare le conclusioni a cui si è giunti prendendo in considerazione sia la giurisprudenza nazionale, si pensi, da ultimo alla sentenza n. 222/2019<sup>63</sup> della Corte Costituzionale, che quella sovranazionale. La direzione è quella di un “doppio binario penale-amministrativo temperato<sup>64</sup>”. Si assiste, di fatto, ad un cambio di rotta rispetto alla sentenza della Corte EDU *Grande Stevens c. Italia*<sup>65</sup>, in cui si affermava che viola il principio giuridico del *ne bis in idem* l’avvio di un procedimento penale nei confronti dell’amministratore della società per il reato di manipolazione di mercato di cui all’art. 187-ter punto 1 TUF, sugli stessi fatti per i quali, invero, aveva già subito sanzioni amministrative della Consob, divenute definitive. Il passaggio logico-giuridico che precede la soluzione prospettata verte sulla qualificazione delle sanzioni, solo apparentemente, amministrative, ma rientranti, invero, in virtù di un approccio sostanziale, nella nozione autonoma di *matière pénale*<sup>66</sup>, secondo gli *Engel criteria*<sup>67</sup>.

A questo primo arresto giurisprudenziale segue un *revirement* della *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo, che con la pronuncia *A e B c. Norvegia*<sup>68</sup> ha sposato l’orientamento secondo cui non viola il principio sancito dall’art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU la celebrazione di un processo penale e l’irrogazione della relativa sanzione nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva in sede tributaria, purchè sussista tra i due procedimenti il requisito della “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”, verificabile attraverso l’analisi di una serie di indicatori sintomatici, ovverosia: *i*) la diversa finalità dei procedimenti; *ii*) la prevedibilità della duplicazione di procedimenti e sanzioni da parte dell’autore della condotta; *iii*) la conduzione “integrata” dei procedimenti in modo da evitare la duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove; *iv*) la considerazione nel secondo procedimento

---

<sup>63</sup> Corte Cost, sentenza 24 ottobre 2019, n. 222.

<sup>64</sup> N.M. MAIELLO, *Alla ricerca della identità perduta: la Cassazione ribadisce la natura “relativa” del ne bis in idem*, *Giuris. Comm.*, p. 1318/II ss.

<sup>65</sup> Corte EDU, sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia* a cui si aggiungono Corte EDU, Quarta Sezione, sentenza 20 maggio 2014, *Nykäinen c. Finlandia*; Corte EDU, Quinta Sezione, sentenza 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*; Corte EDU, Quarta Sezione, sentenza 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*. Si veda tra i commenti della sentenza *Grande Stevens*: G. DE AMICIS, [Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano](#), in *Dir. pen. cont.*, 2014; G. M. FLICK. – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all’epluribus unum?*, in *Rivista delle società*, 2015, fasc. 5.

<sup>66</sup> Ciò che rileva non è il *nomen iuris* attribuito alla misura dalla legislazione nazionale, ma l’essenza della sanzione. Se ne deduce che la natura penale della sanzione amministrativa comporta l’applicazione dei principi costituzionali riservati alla materia sostanziale e processuale penale. In particolare, è avvenuto in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie in *peius* nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 223/2018, n. 68/2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014; ma anche con riferimento alla sufficiente precisione del precetto sanzionatorio nella sentenza n. 121/2018; e, da ultimo con riguardo alla retroattività delle modifiche sanzionatorie in *mitius* con la sentenza n. 63/2019.

<sup>67</sup> Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Secondo la Corte al fine di stabilire la sussistenza di una accusa in materia penale occorre tenere presente: la qualificazione giuridica della misura, la natura della misura, la natura e il grado di severità della sanzione. Tali criteri sono poi gli stessi adottati dalla Corte di Giustizia nel caso *Frasson*.

<sup>68</sup> Corte EDU, sentenza 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*.

dell'entità della sanzione inflitta nel primo, al fine di rispettare l'esigenza di proporzionalità della pena.

Il nuovo volto del principio del *ne bis in idem*, così come ridisegnato dalla Corte EDU, sembra, a questo punto, allinearsi, ma solo in parte<sup>69</sup>, con quanto già affermato precedentemente dalla Corte di Giustizia nel caso *Fransson*<sup>70</sup> riguardante la violazione di obblighi dichiarativi in materia di IVA<sup>71</sup>, ed ancor prima nella sentenza *Walt Wilhelm e altri contro Bundeskartellamt*<sup>72</sup> in materia di concorrenza.

Nella stessa direzione sembrano andare gli ultimi recenti arresti giurisprudenziali della Grande Sezione della Corte di Giustizia nelle tre pronunce del 20 marzo 2018: *Menci, Garlsson Real Estate c. a., Di Puma e Zecca*<sup>73</sup>, con le quali si afferma che il cumulo delle sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto storico non costituisce *tout court* una violazione del *bis in idem* europeo. In particolare, i Giudici di Lussemburgo affermano che il principio può dirsi rispettato se le limitazioni ad esso: *i)* sono finalizzate ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare il cumulo; *ii)* se

<sup>69</sup> P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con U. Villani*, Bari, 2017.; e da B. NASCIMBENE, [Il divieto del ne bis in idem nella elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea](#), in *Sistema penale*, 2020.

<sup>70</sup> Corte Giust., sentenza 26 febbraio 2013, C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, punti 25-37. La Corte afferma che l'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali. Infatti, per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili. Esse possono quindi essere inflitte sotto forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due. Solo qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona.

<sup>71</sup> La Corte di Giustizia individua la sua competenza in virtù della circostanza che sussiste un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA.

<sup>72</sup> Corte Giust., sentenza 13 febbraio 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt*, punto 11. La seconda questione posta alla Corte riguardava il rischio di una duplice sanzione da parte della Commissione e da parte delle autorità nazionali competenti in materia di intese. Dunque, il quesito è se sia ammissibile la conduzione procedimenti paralleli. La Corte a tela proposita afferma che "[l]a possibilità di un cumulo di sanzioni non è tale da escludere l'eventualità di due procedimenti paralleli che perseguono scopi distinti. Ferme restando le condizioni e i limiti della soluzione data alla prima questione, l'ammissibilità di un duplice procedimento si desume dal sistema specifico di ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri nel campo delle intese. Se tuttavia la possibilità di un duplice procedimento dovesse implicare una doppia sanzione, un'esigenza generale di equità, che del resto trova espressione all'articolo 90, n. 2, ultima parte, del trattato CECA, implica che si tenga conto, nel determinare la sanzione, delle decisioni repressive anteriori".

<sup>73</sup> Corte Giust., Grande Sezione, sentenze 20 marzo 2018, C-524/15 *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*. Si veda A. GALLUCCIO, [La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem](#), in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2018; N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *Eurojus*, 22 marzo 2018. si veda anche la nota di F. VIGANÒ, [Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2015; E. BINDI, *Divieto di 'bis in idem' e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi*, 2018, n. 17.

sono previste regole chiare e precise che rendono prevedibile il ricorso al doppio binario sanzionatorio e che consentano di garantire un coordinamento tra i due procedimenti di modo da ridurre gli oneri supplementari; *iii*) e, da ultimo, se è rispettato il principio di proporzionalità della pena.

Lo stato dell'arte appena descritto costituisce, allora, la base logica per operare alcune ulteriori riflessioni. Se nelle sentenze sinora citate il problema posto all'interprete era quello di verificare la compatibilità dell'applicazione di una doppia sanzione (penale e tributaria, ma sostanzialmente penale) con il principio del *ne bis in idem*, oggi con l'introduzione dei reati tributari come reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente lo scenario, certamente, muta significativamente. Alla commissione di un reato tributario potrà conseguire la sanzione penale in capo all'autore del reato, la sanzione tributaria in capo all'ente e da ultimo, la sanzione amministrativa, ancora, in capo all'ente<sup>74</sup>.

Orbene, come noto, anche rispetto alla responsabilità amministrativa dell'ente si pone la *vexata quaestio* di capire se effettivamente anche in questo caso ci si trovi di fronte ad una "truffa delle etichette"<sup>75</sup>. Invero, anche in questo caso bisognerà applicare i criteri Engel al fine di comprendere se le sanzioni comminate alla società a seguito dell'accertamento della responsabilità amministrativa di questa ultima, non siano sanzioni penali.

Pertanto, al fine di scongiurare il rischio di *ne bis in idem*, si potrebbero ipotizzare due scenari. Il primo vede protagonista il giudice nazionale del caso concreto, il quale – come ha già fatto il Tribunale di Milano<sup>76</sup> disapplicando la disposizione interna in virtù dell'art. 50 CDFUE in materia di abusi di mercato – tenendo conto della sanzione amministrativa già irrogata nei confronti dell'imputato e della società, potrebbe irrogare una pena inferiore al minimo edittale. Deve segnalarsi, però, che nella materia degli abusi di mercato, a differenza del settore dei reati tributari, la soluzione adottata è confortata da una previsione specifica, non del tutto risolutiva però, contenuta nell'art. 187-terdecies comma 1 lett. a) TUF, in virtù del quale l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate. E, inoltre, risulta evidente che l'interpretazione del singolo

---

<sup>74</sup> C. SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reato di frode*, in Arch. Pen., 2017.

<sup>75</sup> G. DE SIMONE, [La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri \(oggettivi\) di imputazione](#), in Dir. Pen. cont., 28 ottobre 2012. Il dibattito dottrinale che ha visto susseguirsi tre principali tesi diverse – amministrativa, penale, e responsabilità da inquadrare in un *tertium genus* - sembra aver subito un arresto con la sentenza *ThyssenKupp*, in cui il Collegio, afferma che, posto il *corpus normativo* peculiare, la natura della responsabilità degli enti è una sorta di *mixtum compositum* di diritto penale e amministrativo, nel senso che rispetto ai principi costituzionali la natura della responsabilità viene considerata penale, diversamente, per quanto concerne la disciplina si lascia una zona franca in cui natura penale e amministrativa possono venire in gioco a seconda delle problematiche.

<sup>76</sup> Trib. Milano, sentenza 15 novembre 2018 (dep. 1° febbraio 2019), Pres. Zucchetti, Est. Secchi. In merito si veda F. MUCCIARELLI, ["Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la \(parziale\) riforma domestica](#), in Dir. pen. cont., 15 marzo 2019.

giudice sia foriera di incertezze giuridiche di non poco momento<sup>77</sup>.

La seconda soluzione prospettabile, che appare anche quella maggiormente auspicabile, è quella di un intervento della Corte di Giustizia – sempre che il caso sia di competenza dell’Unione europea – al fine di comprendere se il sistema penale-tributario italiano sia in linea con il principio del *ne bis in idem* enunciato dall’art. 50 Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea, e più specificatamente se l’obiettivo comune di tutela efficace e dissuasiva degli interessi finanziari europei possa consentire una compressione del principio, o se, invece, il legislatore debba ideare un sistema in cui la proliferazione delle sanzioni non violi il principio del *ne bis in idem* e risponda al principio di proporzionalità di cui all’art. 49 par. 3 della CDFUE.

A tale proposito, si deve evidenziare che è già pendente dinnanzi alla Corte di Giustizia un rinvio pregiudiziale – circostanza che rende ancora più evidente la rilevanza del problema – sollevato dal giudice rumeno in cui si chiede se le disposizioni dell’articolo 2 e dell’articolo 273 della direttiva 2006/112 relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto, dell’articolo 50 CDFUE e dell’articolo 325 TFUE, ostino ad una normativa nazionale che consente l’adozione/attuazione di misure sanzionatorie nei confronti del contribuente persona giuridica, tanto nel procedimento amministrativo, quanto in quello penale, procedimenti che si svolgono parallelamente nei suoi confronti, per i medesimi atti materiali di evasione fiscale, in una situazione in cui la sanzione nel procedimento amministrativo può essere qualificata come avente carattere penale<sup>78</sup>.

## 8. Le misure fiscali nel nuovo piano d’azione IVA.

Dal complesso quadro finora rappresentato emerge la tendenza europea, – a cui necessariamente il legislatore nazionale è tenuto ad adeguarsi – inaugurata con la sentenza Taricco, ad una protezione sempre maggiore degli interessi finanziari dell’Unione europea. Ciò ben si comprende se si pensa che il bilancio europeo consente l’esistenza stessa dell’Unione e se si considera che il mancato pagamento dei tributi, come l’IVA, produce fenomeni di concorrenza sleale.

Si potrebbe affermare, dunque, che i reati lesivi degli interessi finanziari sono, in realtà, reati plurioffensivi perché oltre a proteggere il bilancio dell’Unione, hanno come obiettivo quello di garantire il buon funzionamento del mercato. Si tratta di due beni giuridici che sono strettamente interconnessi e rappresentano i pilastri dell’Unione, la cui tutela viene perseguita anche attraverso l’armonizzazione del sistema di tassazione relativo all’imposta sul valore aggiunto, programmato dalla Commissione europea nel

---

<sup>77</sup> V. MANES., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali.*, Roma, 2012.

<sup>78</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunalul București (Romania) il 12 febbraio 2020, Causa C-81/20.

“piano d’azione sull’IVA”<sup>79</sup>, sviluppato in varie fasi<sup>80</sup>, e contenuto nella comunicazione della Commissione (2016) 148 del 7 aprile 2016.

La realizzazione dello spazio unico europeo segue due linee direttrici: una maggiore semplicità ed efficienza del sistema e il miglioramento del contrasto alle frodi IVA anche mediante una più efficace cooperazione tra gli stati e le amministrazioni fiscali. A questi fini il nuovo sistema “definitivo” dell’IVA stabilisce che vale il principio di imposizione nello Stato membro di destinazione dei beni, ovvero si tratta di tassare le cessioni dei beni tra imprese nell’Ue nello stesso modo delle cessioni nazionali, superando così il precedente sistema transitorio, in virtù del quale la cessione di beni tra imprese UE è divisa in una operazione non imponibile nel paese del cedente e acquisto imponibile nello stato del cessionario.

Si deve evidenziare, però, che in attesa dell’attuazione del regime definitivo, la direttiva Ue 1910/2018 e il relativo regolamento Ue 2018/1912 introducono miglioramenti della disciplina IVA attuale in relazione alle operazioni transfrontaliere al fine di stabilire le condizioni in base alle quali avviene l’esenzione con il precipuo obiettivo di evitare la realizzazione di frodi.

A decorrere dal 1° gennaio la direttiva Ue 1920/2018 – scaduta il 31 dicembre 2019 e non ancora recepita dal legislatore nazionale<sup>81</sup> – richiede modifiche relative al numero identificativo IVA, alle operazioni di regime di *call of stock*; alle vendite a catena e alle prove delle cessioni intracomunitarie di beni.

Analizzando le predette novità legislative emerge la necessità di fronteggiare in maniera efficace e dissuasiva il fenomeno delle frodi comunitarie. Infatti, con riferimento all’intervento sul numero identificativo IVA, il nuovo art. 138 par. 1 della direttiva 2006/112/Ce, prevede che una cessione intracomunitaria possa beneficiare del regime di non imponibilità a condizione che il cessionario sia identificato ai fini IVA in uno stato membro diverso da quello in cui la spedizione o il trasporto dei beni abbia inizio, e che egli abbia comunicato al cedente tale numero di identificazione IVA. La cessione dovrà altresì risultare da dichiarazione ai fini IVES/intrastat, pena l’inapplicabilità del regime di non imponibilità. Ne consegue che il numero di identificazione IVA e l’iscrizione al VIES divengono, a dispetto di quanto affermato dalla Corte di Giustizia<sup>82</sup>, requisiti

<sup>79</sup> Già avviato con il libro verde del futuro dell’IVA di cui alla Com(2010) 695 del 1° dicembre 2010 e con la comunicazione sul futuro dell’IVA di cui alla Com(2011) 851 del 6 dicembre 2011.

<sup>80</sup> Le iniziative da intraprendere secondo la Commissione sono: l’avvio del sistema definitivo IVA per gli scambi B2B; la riforma delle aliquote IVA, confluita nel documento Com(2018) 20 del 18 gennaio 2018; una proposta mirata al rafforzamento degli strumenti di cooperazione amministrativa e da ultimo, una proposta di semplificazione delle norme IVA per le PMI.

<sup>81</sup> Il mancato recepimento della direttiva ha dato luogo alla procedura di infrazione n. 2020-0070, attualmente pendente nella fase della messa in mora. Il legislatore nazionale al fine di recepire la direttiva il 23 gennaio 2020 ha approvato in via definitiva la legge di delegazione 2019. Il 14 febbraio 2020 il Governo ha presentato al Senato il disegno di legge recante Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea – Legge di delegazione europea 2019, sul quale sono state apportate modifiche da parte della Commissione Politiche UE in Senato in data 9 settembre 2020.

<sup>82</sup> Corte Giust., C-21/16 del 9 febbraio 2017; C-273/11 del 6 settembre 2012. In questa ultima sentenza la Corte afferma che sebbene, il numero identificativo Iva fornisca la prova dello status fiscale del soggetto passivo ed agevole il controllo delle operazioni intracomunitarie, lo stesso costituisce soltanto un requisito formale.

sostanziali per poter considerare l'operazione non soggetta ad imposta nel paese del cedente. Trasformare i requisiti formali in sostanziali, oltre a rispondere ad una logica di certezza del diritto, ha come obiettivo quello di restringere l'applicazione della esenzione e, quindi, quello di riconoscere, già attraverso questo primo filtro operazioni fraudolente.

Ancora, per quanto concerne le operazioni di *call of stock*, il legislatore comunitario ha inserito una disciplina specifica attraverso l'introduzione dell'art. 17-*bis* della direttiva 2006/112/Ce. Si tratta di una tipologia negoziale, in virtù della quale beni di proprietà del fornitore sono trasferiti presso un deposito del cliente o di un soggetto terzo che ha la facoltà di fare dei prelievi. Prima dell'intervento citato, non conosceva una regolamentazione armonizzata, il che produceva un effetto distorsivo: la difficoltà dei controlli da parte delle autorità dei singoli stati membri.

L'ulteriore novità prevista dalla direttiva, sempre nell'ottica di semplificare la disciplina delle cessioni intracomunitarie e di consentire un controllo maggiormente pervasivo, è quella relativa alle operazioni a cascata. Queste ultime costituiscono operazioni in cui i beni sono oggetto di due o più distinte cessioni. In particolare, viene effettuato un unico trasferimento della merce (dal primo fornitore al cliente finale) anche se vi è l'intervento di tre o più operatori (il primo cedente, uno o più promotori e il destinatario finale). Il problema che sorge in queste operazioni a catena è quello di identificare l'unico acquisto o cessione intracomunitaria.

A tale fine la direttiva prevede delle presunzioni con riguardo alle cessioni a catena nelle quali il trasporto è curato dal promotore della triangolazione<sup>83</sup>. Se ne deduce che l'uso di presunzioni legali relative incide sull'onere della prova e si caratterizza per l'ammissibilità della prova contraria a carico dell'altra parte. L'effetto di introdurre una presunzione è quello di imporre a carico della controparte (nel caso di specie in capo al legale rappresentante della società) di fornire la prova contraria e di dimostrare che si tratti di cessioni intracomunitarie non imponibili, alleggerendo così l'onere probatorio dell'amministrazione finanziaria.

Da ultimo, il regolamento comunitario 2018/1912, al nuovo art. 45-*bis* prevede un nuovo regime delle prove delle cessioni intracomunitarie. La direttiva nella sua attuale formulazione non predeterminava le forme della prova atta a dimostrare che si è realizzato il trasporto nel territorio di un altro Stato membro, lasciando invece che siano gli Stati membri a definirle nel rispetto dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, quali la neutralità dell'imposta, la certezza del diritto e la proporzionalità delle misure adottate.

Affinché le cessioni intracomunitarie di beni siano non imponibili IVA devono sussistere i seguenti requisiti: *i)* onerosità dell'operazione; *ii)* acquisizione o trasferimento del diritto di proprietà; *iii)* *status* di operatore economico del cedente

---

<sup>83</sup> In primo luogo, si presume che la cessione con trasporto coincida, in linea generale, con quella effettuata nei confronti del promotore; *in secundis*, stabilisce che qualora il promotore abbia comunicato al cedente il numero di identificazione IVA che gli è stato attribuito dallo Stato membro dal quale i beni sono spediti o trasportati, tuttavia, la spedizione o il trasporto sono imputati alla cessione di beni effettuata dal promotore che costituirà, pertanto, la cessione non imponibile IVA.

nazionale e del cessionario comunitario; *iiii*) effettiva movimentazione della merce.

In particolare, in merito all'ultimo requisito l'art. 45-*bis* stabilisce in maniera puntuale due distinti gruppi di prove della spedizione o del trasporto della merce<sup>84</sup>. E anche in questa modifica si può scorgere una *ratio* ben precisa: aumentare la certezza per evitare il proliferare di fittizie cessioni di beni.

## 9. Considerazioni conclusive.

L'approfondimento degli interventi del legislatore europeo e delle relative disposizioni di recepimento nazionale, oltre ad avere una funzione ricognitiva per l'interprete, cerca di dimostrare il *fil rouge* che lega le modifiche sia in materia penale che tributaria: l'esigenza preminente di tutelare il bilancio europeo e il mercato unico.

La disamina degli atti legislativi consente di affermare che, a dispetto di quanto si poteva ricavare dalla sentenza Taricco, nella quale si fotografava un sistema nazionale inefficiente e inadeguato, l'attuale assetto descrive un sistema strutturato, meglio organizzato, in linea con gli obblighi comunitari ed in grado di esprimere l'idea di una politica integrata in materia di tutela del bilancio UE.

Cionondimeno, preme fare una considerazione: se da un lato è ben comprensibile che l'obiettivo comune sia quello di proteggere beni giuridici – quali il bilancio e l'integrità e corretto funzionamento del mercato – che garantiscono l'esistenza dell'Unione europea, prevedendo un sistema penale, amministrativo, tributario adeguato e idoneo alla lotta contro le frodi, dall'altro si deve assicurare il rispetto dei diritti fondamentali e, in particolar modo, delle garanzie penalistiche. Le due esigenze a volte possono collidere, soprattutto in ambito penale, e il compito di bilanciarle spetta all'Unione europea e agli Stati membri. Il fatto che lo strumento della direttiva vincoli gli Stati membri al raggiungimento di un obiettivo consente a questi ultimi di modulare effetti controversi del recepimento. I legislatori nazionali, infatti, nel recepire le direttive europee, dovrebbero in primo luogo interrogarsi sui possibili punti di frizione tra le disposizioni nazionali di attuazione degli atti comunitari e i diritti fondamentali, e, *in secundis*, intervenire prontamente, già in sede di recepimento, soprattutto quando i profili di incompatibilità sono già noti e discussi da tempo nell'ordinamento. Qualora lo Stato non adempia diligentemente all'opera di bilanciamento tra esigenze, questo compito spetterà al singolo giudice nazionale, che potrà disapplicare la norma interna

---

<sup>84</sup> Il venditore per provare la cessione dovrà essere in possesso, secondo la lettera a) dell'art. 45-*bis* di almeno due degli elementi di prova non contraddittori, ovverosia di un documento o una lettera CMR riportante la forma, una polizza di carico, una fattura di trasporto aereo, una fattura emessa dallo spedizioniere; oppure di uno qualsiasi degli elementi previsti dalla citata disposizione in combinazione con uno degli elementi di prova di cui alla lettera b), e cioè una polizza assicurativa relativa alla spedizione o al trasporto dei beni o i documenti bancari attestanti il pagamento della spedizione o del trasporto dei beni; documenti ufficiali rilasciati da una pubblica autorità, ad esempio un notaio, che confermano l'arrivo dei beni nello Stato membro di destinazione; ricevuta rilasciata da un depositario nello Stato membro di destinazione che confermi il deposito dei beni in tale stato membro.

contrastante con una disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – si pensi al Tribunale di Milano in materia di abusi di mercato – o rinviare la questione alla Corte di Giustizia oppure ancora, seguendo il canone della “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali, alla Corte Costituzionale, la quale si impegnerà – si spera – ad instaurare un dialogo con la Corte di Lussemburgo.

L'auspicio, allora, è che nelle ipotesi in cui si pongano questioni di incompatibilità delle nuove disposizioni che recepiscono la Direttiva PIF con i diritti fondamentali, come si è avuto modo di evidenziare in materia dei *ne bis in idem*, queste vengano risolte prediligendo i secondi ed evitando di incorrere in approcci eccessivamente funzionalisti.



**APPROPRIAZIONE INDEBITA DI FILE INFORMATICI:  
TRA INTERPRETAZIONE ESTENSIVA E DIVIETO DI ANALOGIA  
IL DIRITTO PENALE È ‘COSA MOBILE’**

Nota a [Cass., Sez. II, 7 novembre 2019 \(dep. 10 aprile 2020\), n. 11959,](#)  
[Pres. Cammino, Rel. Di Paola](#)

di Leonia Barile

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. La vicenda. – 2. ‘Cosa mobile’ e dati informatici: tra precedenti normativi ed esigenze interpretative. – 2.1. Uno sguardo ai precedenti giurisprudenziali. – 3. Interpretazione ‘evolutiva’ e divieto di analogia. – 4. Le argomentazioni della Cassazione. – 5. Alcune considerazioni a valle di un problema aperto.

### **1. Premessa.**

La sentenza in epigrafe si segnala per essere la prima ad aver affermato che i *file* informatici costituiscono oggetto di appropriazione indebita.

Come vedremo, la Cassazione, nel ricostruire la nozione di ‘cosa mobile’ nell’ambito della fattispecie di cui all’art. 646 c.p., dapprima si esprime nel senso di considerare tale anche entità, come i dati informatici, che pur avendo una dimensione fisica e misurabile non sono *res corporales* in senso stretto; in seconda battuta, nel vagliare la compatibilità di siffatta scelta ermeneutica col testo e col contesto della disposizione incriminatrice, afferma che non è necessario che vi sia un rapporto in termini di tangibilità con la cosa, e che quindi l’apprensione materiale della *res* non costituisce elemento essenziale della condotta di appropriazione.

#### *1.1. La vicenda.*

La vicenda da cui prende le mosse la sentenza in commento vede originariamente contestati all’imputato i delitti di appropriazione indebita e di danneggiamento di sistemi informatici o telematici. Invero costui, prima di dimettersi dalla società per la quale aveva sino ad allora lavorato ed essere assunto da altra società, costituita di recente e operante nel medesimo settore, aveva restituito il *notebook* aziendale datogli in uso con l’*hard disk* formattato.

Il predetto, oltre ad aver in tal modo cagionato il malfunzionamento del sistema informatico aziendale, si era impossessato dei dati contenuti nel dispositivo, i quali, in

parte, sarebbero stati successivamente rinvenuti all'interno di un *computer* allo stesso appartenente.

Il ricorrente, riconosciuto in primo grado colpevole di entrambi i reati a lui ascritti, assolto poi in grado d'appello dal delitto di cui all'art. 635-*quater* c.p., adiva dunque la Corte di Cassazione, dolendosi per violazione di legge con riferimento all'art. 646 c.p. – oltre che per vizio di motivazione quanto alla prova dell'esistenza dei dati informatici in questione sul dispositivo aziendale.

Proponeva altresì ricorso la società danneggiata, costituitasi parte civile, la quale, in particolare, deduceva la mancanza e la contraddittorietà della motivazione della sentenza di appello nella parte in cui aveva assolto l'imputato dal delitto di danneggiamento di sistemi informatici o telematici.

La Cassazione, con la sentenza in oggetto, annulla con rinvio il provvedimento impugnato, ritenendo fondato il menzionato motivo di ricorso proposto nell'interesse della parte civile.

La Corte ritiene per contro infondate le censure avanzate dall'imputato, affermando, come anticipato, che, ai sensi della legge penale, i dati informatici debbono essere considerati 'cosa mobile' e che pertanto possono costituire oggetto di appropriazione indebita.

## 2. 'Cosa mobile' e dati informatici: tra precedenti normativi ed esigenze interpretative.

La vicenda in questione ci pone di fronte al tema – sempre più avvertito negli ultimi anni – relativo alla possibilità di adattare fattispecie concepite in epoche oramai risalenti al progressivo sviluppo tecnologico.

Senza dubbio, occorre prendere le mosse da una breve analisi dell'espressione 'cosa mobile', che, come noto, non delinea l'oggetto materiale della sola appropriazione indebita ma figura in una molteplicità di fattispecie criminose.

Nell'ambito del diritto penale, la definizione di 'cosa mobile' è tradizionalmente autonoma rispetto a quella di 'beni' delineata dal codice civile agli artt. 812 e ss. In essa sono infatti ricomprese anche le cose immobili mobilizzate, ma, al contempo, sono esclusi i beni immateriali, che invece il diritto civile considera a tutti gli effetti 'cose'<sup>1</sup>.

Secondo autorevole dottrina, è 'cosa mobile' qualsiasi «cosa corporale, fungibile o infungibile, idonea a essere trasportata come tale, ovvero secondo la sua ordinaria funzione»<sup>2</sup>. Gli elementi caratterizzanti la nozione in oggetto sono quindi, *in primis*, la

---

<sup>1</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Milano, 2016, 382; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2015, 29; F. MANTOVANI, *Furto*, in *Digesto pen.*, vol. V, Torino, 1991, 359 ss. V. anche C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, 31.

<sup>2</sup> Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Comm. Romano, P.S.*, I, Milano, 2019, 24. Così, A. PAGLIARO, *Appropriazione indebita*, in *Digesto pen.*, Torino, 1987, 225 ss., per il quale «'cosa mobile', nel senso delle leggi sull'appropriazione indebita, è ogni entità oggettiva materiale non qualificabile come persona e idonea a essere trasportata da un luogo ad un altro secondo la sua funzione sociale».

corporeità<sup>3</sup> e l'indipendenza spaziale. Ulteriore requisito della cosa è il valore per il soggetto spogliato, sia esso di tipo economico, sia esso di natura affettiva<sup>4</sup>.

Un progressivo ampliamento dei confini della nozione di 'cosa mobile' si è avuto nel nostro ordinamento per effetto di puntuali interventi normativi, e in particolare della legge 23 dicembre 1993, n. 547 – adottata su impulso della Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 9 settembre 1989, R (89)-9<sup>5</sup> –, con cui si procedette all'introduzione dei primi c.d. *computer crimes*.

Un intervento successivo si è avuto con la legge 18 marzo 2008, n. 14 – che ratificava la Convenzione di Budapest<sup>6</sup> in materia di *cybercrime*<sup>7</sup> –, il menzionato *corpus normativo*, tra le altre novità<sup>8</sup>, introduceva l'art. 254-bis c.p.p., il quale prevede la possibilità di sequestro probatorio dei dati informatici.

Il punto ci sembra d'interesse per la questione che affrontiamo: invero, muovendo dalla disposizione citata, le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza 31022/2015<sup>9</sup> – nota per aver ricondotto le testate giornalistiche *on line* alla nozione di stampa –, hanno statuito che i dati informatici possono costituire oggetto anche di sequestro preventivo, equiparandoli *in toto* alle cose<sup>10</sup>. La Corte, nella sua più autorevole

<sup>3</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, cit., 27; F. SGUBBI, *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982, 368 s. *Contra*, L. SOLA, *Tutela dei beni immateriali e reati contro il patrimonio: alcune osservazioni*, in *Indice penale*, 1990, 782 s.

<sup>4</sup> Per tutti, si veda A. PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società*, vol. IV, tomo II, Milano, 2009, 389 s.

<sup>5</sup> *Amplius*, R. ORTU, P. CIFALDI, *La Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 9 settembre 1989 n. R (89)-9 e la Legge 23 dicembre 1993 n. 547 in materia di computer crimes: una analisi comparativa*, in G. TADDEI ELMI, *Informatica e diritto*, 1996, 1, 113 ss.

<sup>6</sup> Sulla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica – Budapest, 23.11.2001 – e sulla successiva legge di ratifica – l. 18 marzo 2008, n. 14 –, per tutti, S. ATERNO, *La convenzione di Budapest del 2001 e la L. n. 48/2008*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, (diretto da), *Cybercrime*, Milano, 2019, 1351 ss.

<sup>7</sup> La diffusione capillare di *internet* ha fatto sì che alle tradizionali modalità di commissione di reati da sempre contemplati dall'ordinamento penale se ne siano affiancate di nuove, tutte accomunate dall'essere compiute nel c.d. *cyberspace*. Si definiscono dunque *cybercrimes* quei reati – informatici o non – realizzati nel cyberspazio (tra i più diffusi la diffamazione, la truffa, nonché il riciclaggio di valute virtuali). Sul passaggio dai *computer crimes* ai *cybercrimes*, v. L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, (diretto da), cit., 46 ss.

<sup>8</sup> Dal punto di vista sostanziale, L. PICOTTI, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 700 ss. Sul versante processuale, M.L. DI BITONTO, *L'accentramento investigativo delle indagini sui reati informatici*, in *Dir. dell'internet*, 2008, 503 ss.; E. FORLANI, *La conservazione preventiva dei dati informatici per l'accertamento di reati*, *ivi*, 520 ss.; L. LUPARIA, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 717 ss.; A. MACRILLÒ, *Le nuove disposizioni in tema di sequestro probatorio e di custodia ed assicurazione dei dati informatici*, *ivi*, 511 ss.; A. VITALE, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, *ivi*, 506 ss.

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. Un., sent. 29.01.2015, n. 31022, in C.E.D. Cassazione.

<sup>10</sup> G. CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla 'giurisprudenza legislativa'*, in *Dir. informazione e informatica*, 2015, 1041 ss.; L. DIOTALLEVI, *La Corte di Cassazione sancisce l'equiparazione tra giornali cartacei e telematici ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di 'scivolamento' dalla 'nomofilachia' alla 'nomopoiesi'*, in *Giur. cost.*, 2015, 1062 ss.; P. GRILLO, *Sequestro preventivo del quotidiano on line: il 'no' delle Sezioni Unite*, in *Dir. e giust.*, 2016, 28 ss.; L. PAOLONI, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda, ibi et incommoda?*, in *Cass. pen.*, 2015, 3454 ss.

composizione, ha perciò affermato che siffatta soluzione interpretativa troverebbe legittimazione alla luce della portata sistematica degli interventi contenuti nella legge del 2008, la quale, sia sul versante processuale, sia su quello sostanziale, avrebbe fornito delle precise coordinate ermeneutiche.

Senonché, come è stato correttamente notato, una lettura sistematica, che metta a rapporto l'intervento legislativo con le disposizioni normative che non sono state novellate, potrebbe giustificare anche una soluzione affatto diversa: si potrebbe parimenti sostenere che il legislatore abbia limitato l'estensione ai dati informatici delle sole fattispecie e dei soli istituti espressamente 'ritoccati'<sup>11</sup>.

L'osservazione ci sembra coerente con una visione del diritto penale ispirata ai principi di frammentarietà<sup>12</sup> e di *extrema ratio*<sup>13</sup>, che – per riprendere un'immagine celeberrima – garantiscono una serena navigazione nel 'mare delle libertà'<sup>14</sup>.

E così, rispetto a quelle fattispecie che scontano l'assenza di interventi legislativi *ad hoc* si pone il problema di capire se sia possibile un adeguamento, in via interpretativa, del diritto penale alla realtà che cambia<sup>15</sup>.

### 2.1. Uno sguardo ai precedenti giurisprudenziali.

La questione che trattiamo non è in realtà nuova nello specifico ambito di nostro interesse.

Se guardiamo infatti all'elaborazione giurisprudenziale in materia ci imbattiamo in una serie di precedenti relativi ai reati di furto e appropriazione indebita, che la stessa sentenza che qui commentiamo fa oggetto di una cursoria rassegna.

Quanto a quelli che si riferiscono al delitto previsto nell'art. 646 c.p.<sup>16</sup>, la Cassazione rinviene un elemento di comunanza, che costituirà anche il *fil rouge* della sentenza: detto elemento è la materialità della *res* oggetto di apprensione che, come visto, risulta essere il connotato fondamentale della tradizionale nozione di 'cosa'.

<sup>11</sup> In tal senso, G. CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla 'giurisprudenza legislativa'*, cit.

<sup>12</sup> *Amplius*, T. VORMBAUM, [Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica](#) (trad. di M. Donini), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 1, 51 ss.

<sup>13</sup> C.E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447 ss.

<sup>14</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2007, 36, 1307.

<sup>15</sup> Già V. MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Digesto pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 278 ss. evidenzia che la sempre maggiore diffusione di strumenti operativi informatici e, quindi, di crimini agli stessi legati e di nuove modalità di offesa al bene giuridico 'patrimonio' ha messo in crisi la sua «tradizionale concezione 'materiale' e 'tangibile'». Cfr. anche L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., 33 ss.; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Bari, 2014.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. II, 11.05.2010, n. 20647, in C.E.D. Cassazione; Cass. pen., Sez. II, 12.07.2011, n. 33839, *ivi*; Cass. pen., Sez. V, 30.09.2014, n. 47105, *ivi*.

Tuttavia, anche i precedenti in materia di furto<sup>17</sup> – benché siano dai Giudici citati al solo fine di evidenziare come, fatta salva un’isolata e stringata pronuncia<sup>18</sup>, la giurisprudenza abbia sempre ritenuto che la particolare natura dei *file* ostasse alla configurabilità anche della fattispecie *ex art. 624 c.p.* –, a ben vedere, sono legati tra loro da una trama contigua, intessuta attorno alla circostanza che, in quei casi, i *file* non venivano cancellati, ma erano semplicemente copiati, senza alcuna autorizzazione, su un dispositivo altrui. Ci sembra che l’impossibilità di affermare la sussistenza del furto discenda qui non dalla natura in sé dei dati informatici – per vero relegata in secondo piano –, quanto piuttosto dall’assenza, nei casi di specie, della condotta di sottrazione, ossia della eliminazione dei *file*, che avrebbe decretato la perdita definitiva del possesso della *res* da parte del legittimo detentore; e tale aspetto, lo anticipiamo, si rivelerà fondamentale nel prosieguo della decisione, anche al fine di operare una distinzione con i casi che, del tutto impropriamente, sono etichettati quali ‘furto di informazioni’.

Appare d’interesse fare altresì riferimento a un ulteriore precedente<sup>19</sup>, inerente al delitto di peculato, che la pronuncia in verità non menziona ma che, invece, s’innesta su una vicenda assai simile a quella che è alla nostra attenzione. Si tratta di un caso in cui l’amministratore unico di una società, pubblico ufficiale, nell’ambito di un rapporto concessorio con l’amministrazione comunale, si era appropriato delle banche dati dell’anagrafe tributaria create e messe a disposizione di quest’ultima dalla medesima società.

In quell’occasione, limitandoci ad analizzare l’aspetto che qui più interessa, la Cassazione ebbe modo di affermare la natura di ‘cosa mobile’ delle banche dati informatiche, ma non perché le stesse fossero contenute su supporti materialmente apprezzabili – quali ad esempio *CD-Rom* –; al contrario, gli archivi informatici furono considerati beni immateriali, equiparati ai beni mobili, e dunque ricompresi nell’oggetto materiale del delitto di peculato quali ‘cosa mobile’, facendo pieno rinvio alla normativa civilistica e alla relativa giurisprudenza di legittimità<sup>20</sup>. Quindi, quella pronuncia ricorreva a un ragionamento autodimostrativo, rinunciando peraltro a qualsiasi autonomia concettuale del diritto penale, e abbracciava una nozione di ‘cosa mobile’ fondata esclusivamente sull’esistenza di un diretto e intrinseco valore economicamente apprezzabile.

---

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. IV, 13.11.2003, n. 3449, in *C.E.D. Cassazione*; Cass. pen., Sez. IV, 26.10.2010, n. 44840, *ivi*.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. V, 19.02.2015, n. 32383, in *C.E.D. Cassazione*.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. VI, 17.07.2018, n. 33031, in *C.E.D. Cassazione*. La questione della riconducibilità dei dati informatici alla nozione di cosa ha interessato anche il delitto di ricettazione (art. 648 c.p.), rispetto al quale si veda Cass. pen., Sez. II, 18.02.2016, n. 21596, in *C.E.D. Cassazione*, commentata da M.T. TRAPASSO, *Configurabilità della ricettazione di file provenienti dalla condotta di accesso abusivo a sistema informatico*, in *www.ilpenalista.it*, 22.06.2016, 1 ss.

<sup>20</sup> In particolare, Cass. civ., Sez. III, 21.10.2009, n. 22361, in *Giur. Comm.*, 2010, 112 ss., con nota di S. PARMIGGIANI, *Natura e pignoramento della quota di s.r.l.*, *ivi*, 116 ss. In dottrina, nel senso di escludere i dati informatici dalla nozione di ‘cosa mobile’ ai sensi dell’art. 314 c.p., A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, Milano, 2008, 68.

### 3. Interpretazione 'evolutiva' e divieto di analogia.

Affidare all'interprete il compito di assicurare che le fattispecie criminose stiano al passo coi tempi è questione che si pone, come è evidente, al crocevia di una serie di problematiche riconducibili all'alveo del principio di legalità<sup>21</sup>. Legalità intesa come tassatività e determinatezza del precetto e, conseguentemente, come divieto di analogia *in malam partem*<sup>22</sup>.

Occorre in breve chiedersi se si sia in presenza di interpretazione estensiva o piuttosto si sconfini nella vera e propria analogia.

Nella prassi, non mai è facile stabilire i confini tra ragionamento analogico e 'semplice' interpretazione estensiva<sup>23</sup>. D'altronde, sono ben noti quegli orientamenti secondo i quali non si tratterebbe di strumenti ermeneutici distinti, e anzi, in qualsiasi procedimento interpretativo sarebbe intrinsecamente contemplato un momento analogico<sup>24</sup>.

Tuttavia, ci sembra convincente la tesi per la quale esisterebbe un'analogia interna alla disposizione – in fin dei conti un'interpretazione estensiva, come tale consentita – e una esterna – vietata –. Il discrimine, pur sempre incerto<sup>25</sup>, risiede nel rispetto della *littera legis*<sup>26</sup>.

Nella prima ipotesi – analogia interna –, la formulazione della disposizione può risultare all'apparenza inadeguata, imprecisa – soprattutto a fronte di vocaboli polisenso – se rapportata al caso concreto, ma comunque suscettibile di adattamento mediante

<sup>21</sup> Sul principio di legalità, anche in ottica problematica, A. MANNA, *Il principio di legalità*, in *Arch. pen.*, 2017, 3, 1 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Legisl. pen.*, 29.01.2016, 1 ss.; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss. Con particolare riferimento alla questione dei dati informatici, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, cit., 28. Gli Autori affermano che l'estensione del concetto di 'cosa' anche ai dati informatici costituisce una violazione dei principi di legalità e tassatività, nonché del divieto di analogia *in malam partem*.

<sup>22</sup> *Amplius*, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 47 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2019, 43 ss.; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011.

<sup>23</sup> Cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, 172; W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 2, 171 ss.; E. MAZZOLENI, *Logica ed interpretazione in Norberto Bobbio*, in M. Saporiti (a cura di), *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, Torino, 2016, 177 ss.; S. PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1124 ss.; R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, ivi, 1994, 195 ss.; G. TUZET, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia*, 2011, 507 ss.; ID., *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, 2020, in particolare 41 ss. e 59 ss., e bibliografia ivi citata; G. VASSALLI, *Analogia (dir. pen.)*, in *Digesto pen.*, Torino, 1987, 159 ss.; V. VELLUZZI, *Sulla nozione di 'interpretazione giuridica corretta' (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.*, 2004, 2588 ss.

<sup>24</sup> O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 272 ss.; v. anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 323. Parla di «differenza non qualitativa, ma di grado» G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 357 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 119, 137.

<sup>25</sup> Cfr. O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.*, 2018, 4, 57 s. L'Autrice richiama gli studi di U. ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, 2002.

<sup>26</sup> V. MANES, *Dalla 'fattispecie' al 'precedente': appunti di 'deontologia ermeneutica'*, in *Cass. pen.*, 2018, 2227 ss.

l'ermeneusi, in ottica evolutiva, della fattispecie astratta<sup>27</sup>. D'altronde, il ricorso alla *ratio legis*<sup>28</sup> nell'interpretazione di una disposizione normativa non costituisce sicuro indizio di procedimento *stricto sensu* analogico – e dunque vietato –, purché non si ecceda dai possibili significati riconducibili all'enunciato linguistico<sup>29</sup>.

Sovente, in dottrina, a dimostrazione dell'esistenza di un solco interpretativo che il penalista non può oltrepassare – ossia quello del tenore letterale della legge nella combinazione tra significato linguistico e contesto di riferimento –, si avanzano una serie di esempi. Uno di essi attiene alla possibilità di ricondurre alla nozione di prostituzione – e alle relative fattispecie previste nella l. 75/1958 – anche le esibizioni sessuali *on line* effettuate dietro pagamento, che prescindono da qualsiasi contatto fisico<sup>30</sup>. In tal caso, non si riscontrerebbe nessuna violazione del divieto di analogia e anzi, vi sarebbe un virtuoso e vicendevole alimentarsi tra fatto e diritto: non vi sarebbe invero alcun mutamento del concetto di prostituzione – intesa come «mercimonio della sessualità»<sup>31</sup> – né della *ratio* dell'incriminazione – rintracciata nella tutela della libertà di autodeterminazione –; il contatto fisico, invece, assurgerebbe al rango di semplice ed eventuale forma di manifestazione, un «accidente in senso aristotelico»<sup>32</sup>. Secondo altra opinione, invece, una nozione di prostituzione che involga anche le esibizioni *on line* costituirebbe una generalizzazione che non troverebbe alcun riscontro nel contesto legislativo, e risulterebbe perciò legata a un indebito ampliamento della *ratio*<sup>33</sup>.

Ancora, nessun ostacolo vi sarebbe nel considerare 'altre utilità' ai sensi dell'art. 317 c.p., nell'ambito del delitto di concussione, anche vantaggi che non siano di natura economica ma che consistano in un *facere*, visto che non è richiesto che la dazione o la promessa abbiano natura diretta<sup>34</sup>. Conclusione senza dubbio favorita dall'estrema elasticità dell'espressione 'altra utilità', la cui dazione o promessa può perciò passare per il tramite di una prestazione.

Casi, questi appena visti, che la stessa dottrina contrappone alla nota *querelle* sorta attorno alla possibilità di considerare le onde elettromagnetiche 'cosa' ai sensi

<sup>27</sup> In tal senso, M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 3, 19 ss.

<sup>28</sup> E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 398 ss.

<sup>29</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 440 s. Sulla natura creativa e non meramente ricognitiva dell'interpretazione, con particolare riferimento al criterio teleologico, M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e il suo controllo politico*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 24 ss., il quale al contempo esclude la praticabilità del tradizionale 'sillogismo giudiziario' predicato nell'Illuminismo.

<sup>30</sup> F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 530 ss.

<sup>31</sup> O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 133.

<sup>32</sup> Così, O. DI GIOVINE, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, 363.

<sup>33</sup> In tal senso, G. CARCATERA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, cit., 354 s. In questo esempio notiamo comunque che il confine tra interpretazione e prassi illegittima è assai labile, soprattutto se si ha a che fare con vocaboli che esprimono concetti di valore o legati alla morale comune.

<sup>34</sup> M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 19 ss.

dell'art. 674 c.p. Rispetto a tale ipotesi, e in particolare a seguito del noto caso di Radio Vaticana<sup>35</sup>, è stato affermato che nella contravvenzione di getto pericoloso di cose i verbi 'gettare' e 'versare', impiegati per descrivere la fattispecie, esprimono azioni incompatibili con la natura intangibile delle onde elettromagnetiche<sup>36</sup>. Da qui l'orientamento per il quale, in considerazione del loro valore economico, l'emissione di onde elettromagnetiche oltre i limiti consentiti dalla regolamentazione amministrativa in materia integra la contravvenzione di getto pericoloso di cose sfocia in una prassi palesemente illegittima perché contraddice il tenore letterale della disposizione<sup>37</sup>.

#### 4. Le argomentazioni della Cassazione.

Pur giungendo alla soluzione per cui i *file* informatici sono 'cosa mobile', la Corte di Cassazione, nell'odierna sentenza, al contrario di quanto prima visto in tema di peculato, non tenta la strada dell'acritico appiattimento sulla nozione civilistica di 'cosa mobile', mostrandosi consapevole delle «ragioni di ordine testuale, sistematico e dei principi di stretta legalità e tassatività delle norme incriminatrici» che vengono in considerazione rispetto alla questione di diritto che è chiamata a risolvere.

Per prima cosa, i Giudici puntano a dimostrare come anche i *file* siano dotati di una propria fisica esistenza.

Di talché, al fine di raggiungere l'obiettivo prefissatosi, la sentenza conduce un'analisi tecnica del *file*: alla luce dei parametri ISO/IEC, tale deve intendersi un «insieme di dati, archiviati o elaborati, cui sia stata attribuita una denominazione secondo le regole tecniche uniformi».

Dette entità, suscettibili di essere quantificate in cifre binarie – i *bit* –, possono essere 'stipate' all'interno di specifici supporti fisici dotati di un certo numero di celle da 8 *bit* e, dunque, di una determinata capacità di memoria. Da qui, secondo la Cassazione,

<sup>35</sup> Cass. pen., Sez. III, 26.09.2008, n. 36845, Tucci e al., in *Cass. pen.*, 2009, 927 ss., con nota di A. SCARCELLA, *Getto pericoloso di cose ed inquinamento elettromagnetico*, ivi, 944 ss.; *ex multis*, si veda altresì L. GIZZI, *La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 287 ss.

<sup>36</sup> Le 'cose' cui fa riferimento l'art. 674 c.p., oltre ad essere *res corporales*, sarebbero necessariamente preesistenti rispetto alla condotta, mentre l'emissione di onde elettromagnetiche consiste nel generare flussi prima inesistenti. Così, Cass. pen., Sez. III, 30.01.2002, n. 8102, Suraci e al., in *C.E.D. Cassazione*, annotata da C. FLICK, *Elettrosmog. L'emissione di campi elettromagnetici non può configurare 'getto pericoloso di cose'*, in *Rass. giur. ener. Elettrica*, 2002, 145 ss.

<sup>37</sup> Così, senza pretese di esaustività, E. GALLI, *Il caso di Radio Vaticana e il problema dell'elettrosmog: rilievi penali*, in *Arch. pen.*, 2014, 769 ss.; L. GIZZI, [Inquinamento elettromagnetico e responsabilità penale: la Cassazione sul caso Radio Vaticana](#), in *Dir. pen. cont.*, 06.07.2011, 1 ss.; G. TUZET, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, cit., 514 ss.; A. SCARCELLA, *Getto di campi elettromagnetici: un reato di pericolo concreto per il principio di legalità*, in *Criminalia*, 2011, 495 ss.; R. ZANNOTTI, *L'art. 674 c.p. e l'inquinamento elettromagnetico: interpretazione adeguatrice o violazione dei principi fondamentali?*, in G. Della Torre, C. Mirabelli (a cura di), *Radio Vaticana e ordinamento italiano. Atti del seminario di Studi (Roma 26 aprile 2004)*, Torino, 2005, 87 ss. *Contra*, G. CARCATERRA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, cit., 353; C. FANELLI, *Aspetti della possibile risposta penalistica ai fenomeni di inquinamento da onde elettromagnetiche*, in *Riv. pen.*, 2004, 483 ss.

passa il riconoscimento di una esistenza fisica del *file*, che non si identifica con la semplice rappresentazione grafica, visiva e sonora dei dati di cui si compone<sup>38</sup>.

In breve, la Corte sembra volerci dire che il *file* non è un bene immateriale e che conserva una propria empirica e autonoma esistenza<sup>39</sup>.

Tuttavia, aggiungiamo, la dimensione fisica del *file* non coincide con la sua tangibilità e non consente di superare, come la stessa Suprema Corte ammette, l'impossibilità della materiale apprensione del dato informatico. I Giudici affermano che tale requisito non è necessario per qualificare l'oggetto come 'cosa mobile', e passano all'analisi della condotta di appropriazione, interrogandosi sulla possibilità che la stessa si realizzi anche in assenza di un rapporto materiale con la *res*.

Insomma, se da un lato ci si accontenta che la 'cosa' sia dotata di una dimensione fisica – e non tangibile o *stricto sensu* corporea – e misurabile, dall'altra è necessario stabilire se una nozione così costruita sia compatibile con il contesto normativo in cui la stessa si inserisce.

Dicevamo che la Cassazione ammette che la condotta di appropriazione possa estrinsecarsi in un'attività che non presuppone necessariamente la detenzione fisica della cosa e prescinde dalla sua materiale apprensione.

I Giudici giustificano siffatta interpretazione individuando la *ratio* che è alla base della selezione dei beni suscettibili di appropriazione: essa è fatta risiedere nella correlazione delle condotte penalmente rilevanti all'attività diretta a spogliare il titolare del bene della possibilità di esercitare i diritti connessi alla sua utilizzazione; da qui, il connotato essenziale della 'cosa mobile' diviene la sua trasferibilità, che, nel caso dei dati informatici, è svincolata dall'incorporazione in un supporto materiale.

La Cassazione vaglia la compatibilità della sua tesi con i principi di legalità – *sub specie* di tassatività e determinatezza – e di *extrema ratio*.

Nel compiere detto sindacato si affida agli insegnamenti della Consulta – e in particolare, per quel che concerne la verificabilità empirica, alla sentenza n. 96 del 1981 in materia di plagio<sup>40</sup> –, alla stregua dei quali ritiene che né la precisione linguistica, né la determinatezza della fattispecie risultano compromesse.

Sul versante della tassatività, poi, i Giudici accolgono il principio secondo il quale il singolo vocabolo, seppure dotato di una molteplicità di significati, va letto alla luce degli altri elementi della fattispecie e della disciplina di cui è parte<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Nel senso di riconoscere una dimensione fisica ai *files* e di intenderli pertanto quali registrazioni magnetiche o ottiche di *bytes* suscettibili di essere archiviate in computer o in server – fatta eccezione per i servizi di *streaming* – cfr. G. PICA, *Internet (diritto penale)*, in *Digesto pen.*, Milano, 2004, 425 ss.

<sup>39</sup> Cfr. G. AMARELLI, *Furto (art. 624 c.p.)*, in S. FIORE (diretto da), *I reati contro il patrimonio*, Milano, 2010, 51, il quale parla di natura ibrida dei dati informatici, a metà tra le nozioni descritte nel primo – cose materiali – e nel secondo comma – energie – dell'art. 624 c.p. V. altresì G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, cit., 28.

<sup>40</sup> Corte Cost., 08.06.1981, n. 96, in *Foro it.*, 1981, 1815 ss.; per un commento alla pronuncia si rinvia a M. BOSCARRELLI, *A proposito del 'principio di tassatività'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1147 ss.; P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza della realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, 804 ss.

<sup>41</sup> La giurisprudenza costituzionale cui si riferisce la Cassazione è Corte Cost., 18.12.2003, n. 5, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte Cost., 26.01.2009, n. 21, *ivi*; Corte Cost. 07.07.2010, n. 282, *ivi*; Coste Cost.,

In applicazione di detti criteri, il Supremo Collegio ritiene che la ricostruzione, ai fini della legge penale, del concetto di ‘cosa mobile’ come entità di cui è possibile sia la sottrazione alla disponibilità del legittimo titolare, sia l’impossessamento da parte dell’agente, non presenti alcuna conflittualità col tenore letterale della disposizione, in cui ‘mobile’ è l’unico aggettivo deputato a descrivere la cosa. Ad avviso della Corte, il dato informatico possiede un valore economico, e ciò, insieme al requisito della trasferibilità, è sufficiente affinché lo stesso si possa definire ‘cosa mobile’.

La Corte si preoccupa infine di fornire ulteriori argomentazioni a sostegno della propria tesi, e nel farlo estende l’orizzonte argomentativo all’altro oggetto di appropriazione previsto nell’art. 646 c.p., ossia il denaro.

Nella pronuncia si rileva una certa affinità tra i casi di appropriazione indebita di dati informatici e quelli che hanno ad oggetto condotte di sottrazione e impossessamento di denaro mediante operazioni contabili: il trasferimento del denaro avviene senza la sua apprensione materiale, eppure è indubbia, in dette ipotesi, la configurabilità delle relative fattispecie di reato.

Infine, come anticipato, la Cassazione opera una distinzione tra l’appropriazione indebita e il c.d. ‘furto di informazioni’, individuando nella cancellazione o meno dei file e nella previa duplicazione e autonoma acquisizione da parte del soggetto agente il discrimine tra le due ipotesi: insomma, la mera presa di conoscenza – ossia la copiatura – delle informazioni è solo impropriamente etichettata come furto – e come sottrazione –, risultando evidente come in tale caso il dato informatico rimanga comunque nella disponibilità del titolare.

## 5. Alcune considerazioni a valle di un problema aperto.

Nell’ambito di cui si è trattato, come detto, la giurisprudenza di legittimità ha cercato di far fronte a un presunto vuoto di tutela ricorrendo ogni volta a percorsi interpretativi che, in modo più o meno evidente, creano frizioni con il principio di legalità, primariamente inteso nell’accezione di tassatività e implicante dunque il divieto di analogia. Siffatta notazione è sicuramente legata a una ben definita concezione di legalità, che postula la certezza dell’esito giudiziale quale valore irrinunciabile del diritto penale, a garanzia di libere scelte d’azione.

Il risvolto della medaglia, come rilevato, è la messa in pericolo di altri e contigui valori e principi di indubbio spessore: lo si è visto in tema di sequestro di dati informatici, ove si è tentata la via di un’interpretazione logico-sistematica che mal si concilia con il principio di frammentarietà; o, ancora, con riferimento al delitto di

---

11.06.2014, n. 172, ivi; Corte Cost., 24.01.2019, n. 25. In particolare, si veda Corte Cost., 30.07.2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, 3529 ss., con nota di F. GIUNTA, *I contorni del disastro innominato e l’ombra del disastro ambientale alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3539 ss. Non sfugge tra l’altro come nel lessico della Consulta ‘tassatività’ e ‘determinatezza’ siano vocaboli utilizzati in genere come sinonimi, salve rare eccezioni. Sul punto, V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2012, 14 ss.

peculato, rispetto al quale si è percorso un tragitto che ha esasperato l'accessorietà del diritto penale, sino a negarne del tutto l'autonomia concettuale; infine, nell'unico precedente in materia di furto in cui si afferma la natura di 'cosa' del *file* informatico, si è invece scelto di non andare oltre la mera enunciazione apodittica, abdicando all'onere di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, istanza anch'essa afferente a un paradigma di certezza – declinato qui sotto forma di verificabilità e correttezza del ragionamento giuridico<sup>42</sup>.

Tirando le somme, vediamo che il sentiero ermeneutico percorso dalla Cassazione nel caso in esame si snoda su due piani. Il primo contempla una verifica di ordine letterale, nell'ambito della quale: 'cosa' è ciò che possiede una dimensione fisica, sebbene non tangibile; l'aggettivo 'mobile' si riferisce alla trasferibilità della cosa; la condotta di appropriazione non presuppone un rapporto materiale con la cosa in quanto si sostanzia in una *interversio possessionis*, attuabile grazie alla trasferibilità del *file* e alla possibilità che lo stesso sia successivamente eliminato. La non necessità di un trasferimento 'tangibile' della cosa è ricavata dalla *ratio* sottesa alle norme poste a tutela del patrimonio; tale ulteriore livello, oltre ad incarnare il versante teleologico dell'interpretazione, presenta una vocazione sistematica perché guarda, come la stessa Corte precisa, all'intera gamma dei delitti contro il patrimonio.

Vero è che, al contrario della contravvenzione di cui all'art. 674 c.p. – dove, come visto, i verbi 'gettare' e 'versare' connotano la fattispecie in senso fortemente tipizzante, non potendosi riferire a un *quid* che non sia strettamente materiale –, la descrizione della condotta di appropriazione indebita è affidata a un generico 'appropriarsi' che, rispetto alla natura corporale o meno dell'oggetto, ha carattere sostanzialmente anodino; tuttavia, l'inclusione dei file informatici tra le 'cose' in considerazione della loro fisica ma non tangibile esistenza appare piuttosto il frutto di una torsione interpretativa ardita che, se assecondata, potrebbe portare agli esiti più disparati, soprattutto in considerazione dell'ampiezza dei possibili significati che il vocabolo 'cose' è suscettibile di abbracciare.

Ciò vale tanto più a fronte dei suddetti *corpus* normativi emanati in tema di reati informatici, rispetto ai quali la scelta del legislatore di 'trascurare' l'adattamento di talune fattispecie alla mutata realtà tecnologica ben potrebbe corrispondere a una lacuna intenzionale, volta a limitare la risposta penale solo a quei comportamenti espressamente tipizzati nei 'nuovi' *computer crimes*. D'altronde, «ciò che nel processo potrebbe apparire soggettivamente come lacuna di punibilità, è in verità uno spazio libero dal diritto penale»<sup>43</sup>.

In assenza di un intervento – auspicabile – da parte del legislatore<sup>44</sup>, la sentenza

<sup>42</sup> Cfr. A. ABIGNENTE, *Argomentazione giuridica*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Torino, 2012, 17 ss.

<sup>43</sup> Così R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un 'equivalente funzionale' al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 581, traduce K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen in Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, 1969, 18.

<sup>44</sup> Sull'opportunità di una disposizione generale che ricomprenda nella nozione di 'cosa mobile' anche i dati informatici si è espresso V. VINCIGUERRA, *Due anni alla commissione ministeriale per la riforma del codice penale*.

in commento lambisce i confini dell'analogia, sollevando il dubbio di superare la «mediazione ermeneutica tra norma generale e caso concreto»<sup>45</sup>.

---

*Un consuntivo*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2004, 103 ss. In generale, secondo G. MARINUCCI, *L'analogia e la 'punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1268, spetta invero al legislatore farsi carico di una tecnica normativa ispirata a canoni di precisione, che non disdegni, all'occorrenza, l'approccio definitorio e casistico.

<sup>45</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, 95.

## ALLA RICERCA DELLA 'INUTILIZZABILITÀ DERIVATA'

Note a margine di [Corte cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219](#),  
e a [Corte cost., sent. 26 novembre 2020 n. 252](#)

di Novella Galantini

SOMMARIO: 1. La inutilizzabilità della prova nel percorso della giurisprudenza costituzionale. I limiti del confronto con la nullità. – 2. Gli spunti interpretativi offerti dalla Corte nella difficile ricerca della 'inutilizzabilità derivata'. – 3. Il necessario abbandono del modello di 'nullità derivata' e la soluzione nel concetto di relazione intrinseco alla inutilizzabilità. – 4. L'effetto intrinseco della inutilizzabilità applicato al rapporto perquisizione-sequestro.

### 1. La inutilizzabilità della prova nel percorso della giurisprudenza costituzionale. I limiti del confronto con la nullità.

Il tema della 'inutilizzabilità derivata' riemerge con due recenti sentenze, l'una di poco successiva all'altra<sup>1</sup>, nelle quali la Corte costituzionale torna ad escludere l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p. in relazione alla mancanza di previsione degli effetti derivati della sanzione, con particolare riguardo ai rapporti tra perquisizione e sequestro ad opera della polizia giudiziaria<sup>2</sup>, rafforzando il secondo epilogo in termini di manifesta inammissibilità<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte cost. 3 ottobre 2019 n. 219, sulla quale v. C. MORSELLI, *L'idolo del sequestro come 'atto dovuto' che impedisce la declaratoria di illegittimità in caso di perquisizione illegittima*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 10, p. 111 e la sintesi di G. PICARO, [Perquisizione illegittima e limiti della inutilizzabilità](#), in *Arch. pen.* 2020, n. 1. Per un articolato approfondimento critico della tesi seguita dalla sentenza n. 219/2019, C. IASEVOLI, *La funzione 'dissuasiva' del processo penale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, a cura di C. Iasevoli, 2020, p. 346.

La seconda sentenza (Corte cost. 26 novembre 2020 n. 252) ha dichiarato *"la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 191 del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 14, 24, 97, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"*.

<sup>2</sup> La questione è stata sollevata in relazione all'art. 191 c.p.p. *"nella parte in cui – secondo l'interpretazione predominante nella giurisprudenza di legittimità, qualificabile come diritto vivente – non prevede che la sanzione di inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione di un divieto di legge riguardi anche gli esiti probatori – compreso il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato – degli atti di perquisizione e ispezione domiciliare e personale fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, ovvero....non convalidati, comunque sia, dal pubblico ministero con provvedimento motivato"*.

<sup>3</sup> Corte cost. n. 252/2020, cit.

La questione, riformulata in seconda battuta dallo stesso Giudice rimettente, ripropone il risalente tema della invalidità derivata applicato al conseguenziale rapporto tra perquisizione illegittima e sequestro del corpo del reato.

Accolta solo la questione inerente l'art. 103 comma 3 T.U. stupefacenti in relazione alla insufficienza della semplice autorizzazione telefonica non convalidata<sup>4</sup>, il tema centrale rimane ancorato alla conservazione del risultato probatorio comunque ottenuto, secondo una linea interpretativa dottrinale e giurisprudenziale coltivata nel tempo secondo la logica del noto teorema *male captum bene retentum*<sup>5</sup>.

Anche la Corte ha adottato un analogo approccio in relazione alla questione di legittimità dell'art. 191 c.p.p., sottolineando come i divieti probatori debbano essere stabiliti dalla legge *“con norme di stretta interpretazione, in ragione della loro natura eccezionale”*, così da atteggiarsi *“in funzione di scelte di ‘politica processuale’ che soltanto il legislatore, è abilitato, nei limiti della ragionevolezza, ad esercitare”*<sup>6</sup>. Le conseguenze letali sulla prova, determinate dalla violazione delle regole di esclusione, giustificano, secondo la Corte, un regime che *“supera il profilo del vizio dell’atto processuale...per incidere – attraverso l’autonoma categoria della inutilizzabilità – non sull’atto processuale illecito, in sé e per sé considerato, ma direttamente sulla sua idoneità giuridica a svolgere funzione di prova”*<sup>7</sup>. In sostanza, il *“meccanismo preclusivo”* attinge direttamente, dissolvendola, la stessa *‘idoneità’ probatoria di atti vietati dalla legge*<sup>8</sup>.

Sul piano dei principi risulta condivisibile l’affermazione circa la capacità disgregante della sanzione sul nucleo stesso della prova irrituale, con una portata che scardina dall’interno la efficacia dimostrativa dell’atto probatorio. Allo stesso modo, si ritiene sostenibile che i potenziali effetti dirompenti della inutilizzabilità suggeriscano un approccio ragionato a eventuali estensioni del suo raggio operativo. Da qui l’adesione al richiamo del principio di tassatività, sottostante alle invalidità processuali, che la Corte evoca come paradigma da affiancarsi alla legalità<sup>9</sup> e di cui sottolinea la

<sup>4</sup> La questione di legittimità dell’art. 103 comma 3 D.P.R. n. 309/1990 riguardava la disposizione *“nella parte in cui prevede che [il pubblico ministero] possa consentire l’esecuzione di perquisizioni in forza di autorizzazione orale senza necessità di una successiva documentazione formale delle ragioni per cui l’ha rilasciata”*. La declaratoria di illegittimità ha colpito in particolare l’art. 103 comma 3 *“nella parte in cui non prevede che anche le perquisizioni personali e domiciliari autorizzate per telefono debbano essere convalidate”*.

<sup>5</sup> Il riferimento imprescindibile è a F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 122 ss.; ID., *Prove illecite nel processo penale*, in *Jus*, 1961 p. 68 ss.

Per la vasta bibliografia in tema, tra gli altri, G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, p. 170; A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 134; G. SPANGHER, *‘E pur si muove’: dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2821; F.R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 91; G. ILLUMINATI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 534; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio della invalidità derivata*, Fano, 2012, p. 263; P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2014, p. 15; V. FANCHIOTTI, *Non c’è albero cattivo che dia frutti buoni*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2018, p. 205; P. FERRUA, *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un’illustre teoria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 1256.

<sup>6</sup> Corte cost. 219/2019, cit.

<sup>7</sup> Corte cost. 27 settembre 2001 n. 332.

<sup>8</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

<sup>9</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

riconducibilità ai soli intenti del legislatore. Non è dunque prospettabile estendere alla inutilizzabilità la previsione dell'art. 185 comma 1 c.p.p. In effetti, oltre ai già rilevati aspetti distintivi tra nullità e inutilizzabilità<sup>10</sup>, la nullità derivata *ex art.* 185 comma 1 c.p.p. non può costituire già sul piano interpretativo il modello per determinare se una prova illegittima possa avere effetti negativi su una prova scoperta per contaminazione. Volendone tuttavia forzare l'operatività, emergerebbe un impraticabile confronto tra due strutture diverse che si misura sul differente atteggiarsi della tassatività 'interna' delle singole fattispecie. Mentre la nullità derivata, anche là dove applicabile alla prova invalida<sup>11</sup>, attiene ad un regime di tassatività perimetrato su casi determinati (art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.), non solo speciali (art. 213 comma 3 c.p.p.; art. 224 *bis* commi 2 e 7 c.p.p.; art. 359 *bis* comma 3 c.p.p.)<sup>12</sup>, così da integrarsi per un collegamento non meramente accidentale tra le due prove<sup>13</sup> in relazione a specifiche violazioni individuabili a monte, la tassatività della inutilizzabilità, come si è più volte rilevato<sup>14</sup>, può essere ritenuta se e nella misura in cui i divieti probatori possano ritenersi tassativi e, quindi, in primo luogo, individuabili in concreto, oltre che applicabili oppure no al di fuori del loro ambito o in casi coincidenti quanto a *ratio* sottostante<sup>15</sup>. In sostanza, il paradosso della tassatività della inutilizzabilità è dato dalla indeterminatezza della previsione generale, che si traduce nei divieti indeterminati alla fonte, ma determinabili in concreto<sup>16</sup>. Pur se espressione della legalità probatoria, la sanzione ovvero la fattispecie di invalidità della prova è piegata al riconoscimento dei singoli divieti. Al di là dei casi di inutilizzabilità speciale, dove è la legge ad avere individuato le ragioni del divieto sottostante, sono quindi i divieti a segnare il percorso della sanzione sulla scorta peraltro di criteri variabili. Da qui una problematica apertura al duplice riscontro di una illegittimità ulteriore.

Se la categoria della inutilizzabilità è dunque sottratta per sua natura ad un criterio tradizionale o formale di tassatività, risulta allora impraticabile il percorso verso la creazione di una sottocategoria o figura di 'inutilizzabilità derivata' che ricaverebbe il

---

<sup>10</sup> Ci si riferisce a N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992 p. 46 ss. di cui si confermano qui le tesi allora esposte.

<sup>11</sup> Circa la applicabilità agli atti probatori della nullità derivata così come concepita dall'art. 185 comma 1 c.p.p., M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, p. 159; G. UBERTIS, *Riflessioni sulle prove vietate*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 715; G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, p. 452.

<sup>12</sup> Cass. Sez. IV, 17 settembre 2013 n. 38122, in *C.E.D. Cass.* n. 256829 e Cass. Sez. V, 24 luglio 2014 n. 32941, in *C.E.D. Cass.* n. 260074 per la nullità relativa derivante dalla inosservanza delle disposizioni previste per gli atti preliminari dall'art. 213 comma 1 c.p.p. Inoltre, Cass. Sez. III, 7 ottobre 2015 n. 40260, in *C.E.D. Cass.* n. 265035 in tema di perizia e Cass. Sez. VI, 4 febbraio 2019 n. 5457, in *C.E.D. Cass.* n. 275029.

<sup>13</sup> Cass. Sez. I, 19 ottobre 1994 n. 4257, in *C.E.D. Cass.* n. 196488.

<sup>14</sup> N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1998, p. 698 ss.

<sup>15</sup> Sul punto, volendo, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2019, p. 57.

<sup>16</sup> V, sul punto, la sempre efficace sintesi di F.M. GRIFANTINI, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di 'utilizzabilità sopravvenuta' della testimonianza e da una sospetta irritualità della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3027 secondo cui il concetto di divieto probatorio consente di "individuare un numero indeterminato ma determinabile di inutilizzabilità".

suo titolo genetico da una originaria indeterminatezza. Sotto questo profilo non è dunque ammissibile *“confondere tra loro fenomeni – quali quelli della nullità e della inutilizzabilità – tutt’altro che sovrapponibili”, al fine di “trasferire nella disciplina della inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema delle nullità”*<sup>17</sup>. L’operazione si rivelerebbe del resto inutile già nel momento della comparazione, non tanto tra il requisito della correlazione tra gli atti probatori, quanto tra le cause scatenanti all’origine la catena invalidante, che può individuarsi nella violazione del diritto di difesa per le nullità *lato sensu* probatorie (art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.) e nel divieto probatorio, genericamente inteso, per la inutilizzabilità (art. 191 comma 1 c.p.p.). Il confronto tra la tassatività dei ‘casi’ di nullità, con la ‘tassatività’, non tanto della sanzione di inutilizzabilità, quanto dei divieti, genera l’insostenibilità di un profilo effettuale derivato omologabile<sup>18</sup>.

Né, d’altra parte, sarebbe esigibile la rimodulazione normativa dell’art. 191 c.p.p. in termini generici di inutilizzabilità della ‘seconda prova’ consecutiva e dipendente da quella irrituale se non a condizione di ricondurre gli effetti ampliati a divieti violati solo potenzialmente determinabili. Un intervento legislativo si potrebbe se mai misurare con i casi di inutilizzabilità speciale già validati sul piano della funzione di garanzia sottesa ai divieti impliciti.

## 2. Gli spunti interpretativi offerti dalla Corte nella difficile ricerca della ‘inutilizzabilità derivata’.

Se una apertura ad un profilo effettuale più ampio della inutilizzabilità, da attuarsi secondo la Corte solo in via legislativa, si scontra dunque con la struttura stessa della specie di invalidità, nella ricerca di un vizio derivato potrebbero allora essere rivisitate le affermazioni in sede di giurisprudenza costituzionale dalle quali ricavare eventuali suggerimenti praticabili a garantire un regime adeguato alla inutilizzabilità, che si inserirebbe altrimenti in un sistema di invalidità della prova che favorisce contraddittoriamente un modello di vizio più debole con un regime più forte.

Sono utili al riguardo le ragioni già formulate nella precedente sentenza<sup>19</sup> e poi ribadite<sup>20</sup>, in ordine alle *“peculiarità ‘funzionali’ che caratterizzano il sistema delle inutilizzabilità e dei connessi divieti probatori in ragione dei valori che mirano a preservare”*. È dunque inconfutabile che *“esista una gamma ‘differenziata’ di regole di esclusione, alle quali corrisponde un altrettanto differenziato livello di lesione dei beni che quelle regole intendono tutelare”*. Così come è indubbio che le scelte di politica processuale competano al

<sup>17</sup> Corte cost. n. 332/2001, cit.

<sup>18</sup> La giurisprudenza di legittimità nega l’applicabilità dell’art. 185 comma 1 c.p.p. per escludere il fenomeno della invalidità derivata della prova. V., tra le altre, Cass. Sez. VI, 30 aprile 2019 n. 4119, in C.E.D. Cass. n. 27819; Cass. Sez. V, 29 ottobre 2019 n. 44114, in C.E.D. Cass. n. 277432; Cass. Sez. VI, 22 ottobre 2019 n. 18125, in C.E.D. Cass. n. 279555; Cass. Sez. VI, 28 luglio 2020 n. 22790; Cass. Sez. VI, 4 febbraio 2020 n. 9009 in C.E.D. Cass. n. 278563.

<sup>19</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

<sup>20</sup> Corte cost. n. 252/2020, cit.

legislatore anche in tema di “*rapporti di correlazione o dipendenza tra gli atti probatori*”, a fronte “*già sul piano logico, (di) un’ampia varietà di possibili configurazioni alternative*”<sup>21</sup>.

La scelta della Corte di non entrare nel merito<sup>22</sup>, è forse allora da rinvenire in questo assunto che, nella sequenza argomentativa che lega le diverse sentenze in tema, rivela la difficoltà a calarsi nella estrema articolazione dinamica di quella “*disposizione cardine*”<sup>23</sup> del codice che introduce, se pure non innovativamente, un principio e nel contempo una preclusione all’accesso della prova illegittima nel processo. Non a caso, nel richiamo ai precedenti storici in materia di intercettazioni effettuate in spregio ai diritti fondamentali della persona<sup>24</sup> ovvero eseguite fuori dei casi consentiti o in difformità dalle prescrizioni, così da renderle e ritenerle ‘*inesistenti*’ secondo una precisa definizione testuale<sup>25</sup>, emerge una sorta di freudiano atto mancato. Nel rimarcare il proprio percorso giurisprudenziale, la Corte lo confronta con gli interventi del legislatore, richiamando in particolare la regola di ‘*inutilizzabilità rafforzata*’ introdotta nel caso di tortura, a seguito della quale non solo le dichiarazioni, ma anche le ‘*informazioni*’ non sono comunque utilizzabili (art. 191 comma 2 *bis* c.p.p.). Il che significa che ad un “*‘massimo’ di illegalità dell’atto probatorio, perché compiuto in violazione di divieti di elevato spessore deve corrispondere dunque una equivalente ‘estensione’ dell’area di inutilizzabilità processuale*”, in sintonia con la linea della Corte Edu<sup>26</sup>.

Se pure circoscritto ad un caso<sup>27</sup>, si tratta di un assunto di per sé significativo per la novità di approccio che racchiude ma che, volendo, può rivelarsi assonante con le tesi

<sup>21</sup> Corte cost. n. 332/2001, cit.

<sup>22</sup> Critico sulla scelta della formula nella sentenza n. 219/2019, P. FERRUA, [Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi](#), in *DisCrimen*, 13 novembre 2019.

<sup>23</sup> Così è definito l’art. 191 c.p.p. da Corte cost. n. 219/2019, cit.

<sup>24</sup> Si tratta di Corte cost. 6 aprile 1973 n. 34, richiamata dalla sentenza n. 219/2019, sulla quale, ancora attuale, V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.* 1974, p. 317.

In tema di divieti individuabili anche nelle norme costituzionali, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2017, p. 183; L. COMOGGIO, *L’inutilizzabilità ‘assoluta’ delle prove ‘incostituzionali’*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 30.

In sede di giudizio civile, se la categoria della inutilizzabilità *ex art.* 191 c.p.p. non rileva, “*resta precluso invece l’accesso alle prove la cui acquisizione concreti una diretta lesione di interessi costituzionalmente garantiti*”. Così, Cass. Sez. III, 5 maggio 2020 n. 8459, in *C.E.D. Cass.* n. 657825.

Sul tema, P.C. RUGGIERI, [Ancora sulla utilizzabilità in giudizio dei documenti ottenuti o prodotti in violazione della privacy](#), in *Iudicium*, 11 giugno 2020.

Per lo stesso principio in sede di processo tributario, Cass. Sez. V, 29 novembre 2019 n. 31243, in *C.E.D. Cass.* n. 655944.

<sup>25</sup> Corte cost. 21 maggio 1975, n. 120.

<sup>26</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit. Circa la linea della ‘*massima illegalità*’ seguita dalla Corte Edu, L. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie. Tra male captum bene retentum e theory of the fruit of the poisonous tree*, Pisa, 2017, p. 152.

<sup>27</sup> Va menzionata peraltro Corte cost. 19 giugno 1998 n. 229 per la infondatezza della questione di legittimità dell’art. 103 comma 6 c.p.p. nella parte in cui non prevede il divieto di sequestro degli scritti dell’imputato quali appunti per la difesa in vista dell’interrogatorio. La sentenza riconosceva la l’inutilizzabilità degli elementi presenti negli scritti per violazione del diritto di difesa, con conseguente preclusione al sequestro. Tuttavia, la ragione a fondamento di una ipotizzabile ammissione di ‘*inutilizzabilità derivata*’ sembra smentita dal fatto per cui la Corte ritiene illegittimo il successivo sequestro in quanto non ha “*ad oggetto né*

già sostenute dalla Corte in tema di segreto di Stato. Decidendo in sede di conflitti di attribuzione, si è ribadito che, se l'opposizione del segreto non impedisce al pubblico ministero di indagare "sui fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in suo possesso", ha invece "l'effetto di inibire alla autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto"<sup>28</sup>. Il che significa che il "divieto riguarda l'utilizzazione degli atti e documenti coperti dal segreto di Stato sia in via diretta, per fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, in quanto le eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dalla illegittimità della loro origine"<sup>29</sup>. Se è vero che la Corte ha individuato nei casi trattati una inutilizzabilità 'indiretta', è anche vero che le ulteriori affermazioni sembrano svelare la coincidenza con la 'inutilizzabilità derivata. Il vizio coinvolge infatti, secondo la Corte, "anche l'eventuale attività di indagine susseguentemente svolta avvalendosi di quelle conoscenze"<sup>30</sup>. Il rilievo delle pronunce menzionate emerge a fronte della loro incidenza sulla riforma della disciplina codicistica del segreto di Stato dove si preclude un uso indiretto della prova illegittima<sup>31</sup>, la cui originaria e inedita affermazione sembra ineludibilmente sottolineare i profili effettuali della violazione del divieto<sup>32</sup>. Non a caso si rileva l'inutilizzabilità non solo in rapporto all'azione, ma ad altri atti investigativi, tanto da sottolineare il vizio conseguente alla originaria illegittimità. Che la sentenza si collochi nel particolare contesto del conflitto di attribuzione, non toglie rilievo alle affermazioni testuali in termini di proiezione della invalidità sugli atti successivi. L'uso indiretto, nella accezione accolta dalla Corte, sembra superare l'obiezione per cui, mentre per 'prova indiretta' o 'inutilizzabilità alternativa'<sup>33</sup>, ci si riferisce propriamente alla non sostituibilità di un mezzo probatorio con un altro al fine di aggirare un divieto<sup>34</sup>,

---

*il corpo del reato né cose pertinenti al reato".*

<sup>28</sup> Corte cost. 10 aprile 1998 n. 110 su cui C. BONZANO, *Il segreto di stato nel processo penale*, Padova, 2010, p. 107 ss.

<sup>29</sup> Corte cost. 16 dicembre 1998 n. 410 e Corte cost. n. 110/1998, cit. V., inoltre, Corte cost. 3 aprile 2009, n. 106. Anche in riferimento a Corte cost. 13 febbraio 2014 n. 24, C. BONZANO, *La Consulta alza il "sipario nero": alla ribalta la deprecabile confusione normativa tra prova e fatto*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1.

<sup>30</sup> Corte cost. n. 410/1998, cit. e Corte cost. n. 110/1998, cit.

<sup>31</sup> Circa la positivizzazione della inutilizzabilità derivata nell'art. 202 c.p.p. a seguito della l. 3.8. 2007 n. 124, L. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie*, cit., p. 163 e P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2 ed., Milano, 2014, p. 117.

<sup>32</sup> In relazione alla pronuncia, si è espressa Cass. Sez. 6, 4 febbraio 2019 n. 5457, cit., che, da un lato, sembra avallare la sentenza della Corte là dove inibisce la utilizzazione delle conoscenze coperte dal segreto sia a fini probatori che "a fini investigativi", essendo il divieto di cui all'art. 202 c.p.p. più ampio "che non attiene solo alla funzione probatoria delle informazioni illegittimamente acquisite". Ritiene tuttavia, che, qualora la prova acquisita in violazione del divieto "non risulti destinata a giustificare in maniera costitutiva una qualche decisione o determinazione, la sua inutilizzabilità, pur persistente e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 191 comma 2), rimane senza ulteriori conseguenze, anche se le informazioni che se ne possono trarre vengano implicitamente impiegate per l'ammissione e la ricerca di altre valide prove".

<sup>33</sup> C. BONZANO, *Il segreto di stato*, cit., p. 111.

<sup>34</sup> Ci si riferisce ad esempio al divieto di testimonianza su atti rogati inutilizzabili (art. 729 comma 3 c.p.p.) o al divieto di deposizione su notizie acquisite con intercettazioni preventive, inutilizzabili salvo che per fini investigativi (art. 226 comma 5 n. coord. c.p.p.). In tema, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 275.

precludendo l'accesso allo stesso dato illegittimo, l' 'inutilizzabilità derivata' si rivolge ad un dato diverso, ottenuto in modo autonomo ma in conseguenza di atto illegittimo. È infatti possibile ritenere che, sia nel primo che nel secondo caso, lo strumento cui si ricorre per introdurre l'elemento probatorio, identico o diverso, può considerarsi conforme al modello legale solo formalmente. L'assonanza tra 'lo spunto ai fini di ulteriori atti di indagine'<sup>35</sup> e le 'informazioni'<sup>36</sup> cui si ricollega la fonte, è la sintesi di quanto la Corte ha di fatto affermato escludendo "qualsiasi utilizzabilità processuale" di elementi ottenuti mediante il delitto di tortura che non sono "comunque utilizzabili"<sup>37</sup>, così come, ovviamente su un piano differente, ha sostenuto la inutilizzabilità di atti e documenti coperti dal segreto di Stato rilevandone la fondamentale funzione di tutela di interessi istituzionali.

Si potrebbe essere allora indotti a sostenere sulla base di una prima osservazione che, a prescindere dall'inconferente e impraticabile meccanismo della nullità derivata, è il mezzo probatorio surrogato a non essere conforme in sé, nella sostanza, al suo stesso modello legale. La fattispecie della inutilizzabilità indiretta, nella dimensione adottata dalla Consulta, si presterebbe in teoria a costituire un congegno praticabile per futuri interventi legislativi in tema di ampliamento degli spazi di illegittimità probatoria. Lo schema dell'uso indiretto' potrebbe così supportare la rivisitazione di alcune inutilizzabilità speciali, tra le quali dovrebbero essere ricompresi per coerenza i casi che, se non riconducibili propriamente alla tortura, sottendono il ricorso a pratiche lesive della libertà di autodeterminazione e risultano privi di un espresso effetto sanzionatorio.

Va da sé che la ricomposizione della fattispecie 'derivata' in 'inutilizzabilità indiretta' non scioglie il nodo della individuazione del rapporto tra gli atti, pur essendo utile a favorire il distacco dalle suggestioni del concetto di consecutività, peraltro non necessariamente presente, di dipendenza logica o giuridica, per rivolgersi al mezzo di prova su cui transita il dato illegittimo. La tesi non è dunque risolutiva. Se favorita dall'immobilismo in cui versa l'inutilizzabilità, su cui da poco ha inciso l'intervento legislativo per opporsi ai casi di 'massima illegalità (art. 191 comma 2 *bis* c.p.p.), non consente risultati concreti, anche se alla luce delle affermazioni della Corte il 'metodo indiretto' si presterebbe a sottrarsi ai già menzionati rilievi circa la diversa configurazione sul piano oggettivo del principio di non sostituibilità, consentendo di ricondurvi anche il divieto di utilizzazione di dati probatori ulteriori.

---

Per la giurisprudenza che nega la sussistenza di invalidità derivata delle deposizioni rese dagli interlocutori, nel caso di inutilizzabilità di intercettazioni *ex art. 270 c.p.p.*, Cass. Sez. VI, 13 gennaio 2020 n. 1007, in *C.E.D. Cass. n. 277586*.

<sup>35</sup> Corte cost. n. 410/1998, cit.

<sup>36</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

<sup>37</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

### 3. Il necessario abbandono del modello di 'nullità derivata' e la soluzione nel concetto di relazione intrinseco alla inutilizzabilità.

Alla luce di questi rilievi, la ricerca di un effetto dilatato, *rectius* pieno, della inutilizzabilità, pure se dovuto per definizione al fine di una tutela estesa agli interessi che protegge, si profila complessa per via della implicita esigenza di dover fornire la dimostrazione di un nesso causale e vincolante tra atto primario e atti successivi, in assonanza con l'unico modello normativo esistente. In realtà, il distacco dalla nullità derivata è necessario nella misura in cui essa non rappresenta un meccanismo fruibile per via delle diversità sostanziali tra nullità e inutilizzabilità, palesi a fronte della *ratio* sottesa al meccanismo di derivazione *ex* 185 comma 1 c.p.p., connotato dall'automatismo tipico dell'invalidità derivata degli atti a natura propulsiva<sup>38</sup>. Le due fattispecie seguono percorsi separati anche nel rapporto con atti a natura non probatoria, che si ritengono contaminati oppure no secondo la natura del vizio. Per la inutilizzabilità non si può prospettare la stessa dimensione effettuale: al di là di ritenere che il provvedimento o la sentenza che tengano conto dell'atto illegittimo siano afflitti da *error in procedendo* ovvero *in iudicando*<sup>39</sup>, come ritiene la giurisprudenza<sup>40</sup>, o che contengano l'esito della cosiddetta 'prova di resistenza'<sup>41</sup>, non si può certo sostenere che sia l'inutilizzabilità a estendersi. Allo stesso modo le differenze sono evidenti nel rapporto tra atto nullo e atto inutilizzabile sul fronte di atti acquisitivi, quali le contestazioni dibattimentali di dichiarazioni precedentemente rese o la lettura di atti di indagine: in un caso la nullità si estende all'atto acquisitivo nella stessa specie<sup>42</sup>, nell'altro è l'atto stesso a determinare in sé il vizio così che le dichiarazioni contestate o l'atto passibile di lettura sono in sé inutilizzabili.

Da qui il recupero, che potrà sembrare scontato ma che è in realtà imprescindibile, della specifica configurazione della inutilizzabilità, costruita sulla base di un concetto sostanzialmente e originalmente diverso dalle altre fattispecie di invalidità. Come si è sostenuto già in tempi risalenti, la eliminazione dal quadro probatorio della prova illegittima è garantito da quello che si era definito lo stesso effetto intrinseco della inutilizzabilità che, coniugato al principio di autosufficienza che connota

---

<sup>38</sup> La tesi circa la inapplicabilità della invalidità derivata alla inutilizzabilità, era già sostenuta in N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 23 e 46 ss.

<sup>39</sup> M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 179 ss.

<sup>40</sup> Tra le altre, Cass. Sez. VI, 4 febbraio 2019 n. 5457, cit., "la decisione che si basi su prova vietata non è di per sé invalida, potendo al più essere nulla per difetto di motivazione".

<sup>41</sup> Cass. Sez. IV, 4 dicembre 2013 n. 48515, in C.E.D. Cass. n. 258093; Cass. Sez. VI, 22 dicembre 2014 n. 53425, in C.E.D. Cass. n. 262335; Cass. Sez. II, 20 febbraio 2017 n. 7986, in C.E.D. Cass. n. 269218; Cass. Sez. II, 16 giugno 2017 n. 30271, in C.E.D. Cass. n. 270303; Cass. Sez. V, 12 novembre 2020 n. 31823, in C.E.D. Cass. n. 279829.

<sup>42</sup> Il principio è stato affermato da G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, *Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, p. 80, secondo cui in "assenza di espresse disposizioni contrario ... se l'invalidità si trasmette ad un atto susseguente, si trasmetterà nella stessa specie sotto cui investe l'atto anteriore".

la sanzione<sup>43</sup>, si esprime in sintesi nel concetto di relazione sottostante alla fattispecie<sup>44</sup>. Che si misuri con un provvedimento o con un atto, l'inutilizzabilità non necessita di estensione, bastando l'illegittimità a funzionare in sé da sbarramento all'atto cui inerisce, quale che sia, senza che possa essere opposta la insussistenza di un principio *ad hoc* ovvero la inapplicabilità di una regola prevista per la nullità. L'eccezione sollevata dalla difesa in sede di atti di acquisizione dibattimentale o nel procedimento cautelare o negli atti di impugnazione circa la presenza di un atto illegittimo, non può essere rigettata solo per via della assenza di una norma che preveda la contaminazione degli atti susseguenti o della inapplicabilità della regola in ordine alla derivazione della nullità, come afferma la giurisprudenza costante<sup>45</sup>. Ritenuta la violazione del divieto probatorio, la valutazione deve avere riguardo all'oggetto o al mezzo su cui si infrange il vizio, concentrandosi sulla effettività e, volendo, ultrattività dell'offesa all'interesse tutelato dalla regola di esclusione violata<sup>46</sup>. Non si tratta di un giudizio sulla complessiva equità del processo, nell'ottica della giurisprudenza europea<sup>47</sup>, ma di un controllo dovuto di legalità, anche solo suscitato dal dubbio che l'atto irrituale segnalato dalla difesa possa sacrificare potenzialmente, oltre al diritto evidenziato nella eccezione, altri diritti tutelati nel processo ovvero nel procedimento<sup>48</sup>. Come talvolta si è affermato in giurisprudenza in relazione a dichiarazioni accusatorie illegittimamente acquisite *ex art. 63 comma 2 c.p.p.*, resta affidato al giudice il delicato compito di riesaminare gli atti processuali e, preso atto della inutilizzabilità delle dichiarazioni valutare se gli ulteriori indizi o elementi di prova siano di per sé idonei a sorreggere un giudizio della responsabilità del terzo chiamato<sup>49</sup> o se la mancata assunzione della testimonianza della fonte confidenziale

---

<sup>43</sup> Per la autonomia effettuale della sanzione, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 73.

Sulla 'funzione terapeutica' dell'inutilizzabilità, F. TRAPPELLA, *Equo processo e inutilizzabilità tra Codice e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3, p. 24.

<sup>44</sup> Ancora, per le riflessioni risalenti, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 21 ss.

<sup>45</sup> V., *supra*, nota 18.

<sup>46</sup> Cass. Sez. III, 8 novembre 2018 n. 50657, in *De Jure*, secondo cui, in tema di sequestro probatorio. "attesa la finalità istruttoria cui l'atto è preordinato, vi è l'obbligo da parte della polizia giudiziaria di dare avviso al soggetto nei cui confronti sono svolte le indagini della facoltà di avvalersi di assistenza legale fiduciaria che è prevista dall' art. 114 disp. att. c.p.p. La violazione di siffatto obbligo, incidendo in modo assai rilevante sul concreto esercizio da parte dell'indagato del diritto di difesa, costituisce una ipotesi di vizio dell'atto che ne comporta la insuperabile inutilizzabilità patologica".

<sup>47</sup> Anche per questa parte, v. gli approfondimenti di G. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie*, cit., p. 127 ss. e l'ampio studio di A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, 2019, p. 81 ss.; S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum, bene retentum e dottrina del ritrovamento inevitabile in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, vol. II, p. 349 ss. V. inoltre, V. MANES e M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 219 ss.; F. GIUNCHEDI, *Le regole di giudizio e le regole di esclusione*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito e D. Chinnici, Cedam, 2016, p. 236 ss.; R. CASIRAGHI, *Male captum e iniquità processuale tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1745.

Sulla utilizzabilità del decreto di sequestro sottoscritto a seguito di costrizioni, Corte Edu, Sez. II, *Zlicic c. Serbia*, 26 gennaio 2021, ric. n. 73313/17 e 20143/19.

<sup>48</sup> F. TRAPPELLA, *Equo processo*, cit., in *Arch. pen.* 2020, n. 3, p. 25.

<sup>49</sup> Per una risalente sentenza in termini, Cass. Sez. I, 8 marzo 1996 n. 1527, in *Arch nuova proc. pen.*, 1996, p. 409.

possa consentire l'accertamento del fatto solo sulla base degli esiti della attività di polizia giudiziaria svolta a riscontro delle dichiarazioni confidenziali inutilizzabili (art. 203 comma 1 *bis* c.p.p.)<sup>50</sup>. Se il rimedio può non rivelarsi ottimale per essere esposto alla variabilità dei singoli casi<sup>51</sup>, presenta tuttavia l'opportunità di portare l'attenzione alla *ratio* sottesa alla sanzione, che si esprime nella forza evocatrice della stessa denominazione in cui si identifica il suo profilo effettuale. Come talvolta è stato sostenuto, è l'inutilizzabilità 'classica' a risolvere il problema della 'inutilizzabilità 'derivata'<sup>52</sup> solo che venga messa a fuoco la speciale struttura della fattispecie, svincolata dai retaggi di un diverso modello di invalidità.

#### 4. L'effetto intrinseco della inutilizzabilità applicato al rapporto perquisizione-sequestro.

Abbandonare il principio di invalidità derivata per affermare più ampie prospettive per l'inutilizzabilità non costituisce peraltro un paradosso neppure in relazione al tema del sequestro dipendente dalla perquisizione irrituale o illecita che da sempre ha rappresentato plasticamente la questione, in linea con la condivisione o il rigetto della già richiamata teoria del male *captum bene retentum*<sup>53</sup>. L'ostacolo è in questo caso rappresentato dall'oggetto di prova, il corpo del reato, sempre e comunque fruibile in quanto garantito dall'atto dovuto in cui si esplicita il cosiddetto potere 'istruttorio' che sarebbe comunque sussistente<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Cass. Sez. III, 11 gennaio 2021 n. 649, in *dirittoegiustizia.it*, 12 gennaio 2021: 'La mancata assunzione della testimonianza della fonte confidenziale impedisce di valutarne il contenuto informativo ed obbliga il giudice a misurarsi esclusivamente con i fatti accertati direttamente dall'UPG che si era recato sul posto'.

V., inoltre, Cass. Sez. II, 16 maggio 2008 n. 19647, in *C.E.D. Cass. n. 239784* in tema di dichiarazioni spontanee rese dall'indagato alla polizia giudiziaria in assenza del difensore e alla inutilizzabilità del verbale di sequestro eseguito solo sulla base delle dichiarazioni irrituali.

<sup>51</sup> La variabilità della valutazione potrebbe derivare dalla differente *ratio* che si intenda riconoscere al divieto probatorio violato, in linea con la giurisprudenza che distingue tra inosservanza di regole in punto di ammissibilità e violazione di modalità assuntive o esecutive. In tema, volendo, N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 68.

Per un singolare esempio, Cass. Sez. V, 2 ottobre 2018 n. 43596, in *C.E.D. Cass. n. 274013*, secondo cui "il giudice di appello può procedere alla rinnovazione della prova inutilizzabile, allorché la inutilizzabilità non derivi dalla violazione di un divieto probatorio, ma dalla violazione di regole attinenti alla assunzione della prova".

<sup>52</sup> Per originali riflessioni, A. CABIALE, [L'inutilizzabilità 'derivata': un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali](#), in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013 e G. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie*, cit., p. 166.

<sup>53</sup> V., *supra*, nota 5.

<sup>54</sup> Il principio risale alla pronuncia di Sez. Un. 27 marzo 1996 n. 5021, Sala, in *C.E.D. Cass. n. 204644*.

Per la giurisprudenza successiva, tra le altre, Cass. Sez. II, 29 marzo 2017 n. 15784, in *C.E.D. Cass. n. 269856*: "l'illegittimità della perquisizione non invalida il conseguente sequestro, qualora vengano acquisite cose costituenti corpo di reato o a questo pertinenti, dovendosi considerare che il potere di sequestro non dipende dalle modalità con le quali le cose, oggettivamente sequestrabili, sono state reperite, ma è condizionato unicamente all'acquisibilità del bene e alla insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema"; Cass. Sez. II, 27 maggio 2020 n. 16065, in *C.E.D. Cass. n. 278996*: "l'eventuale illegittimità dell'atto di perquisizione compiuto ad opera della polizia giudiziaria non comporta effetti invalidanti sul successivo sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, che costituisce un atto dovuto a norma dell'art. 253, comma 1, cod. proc. pen.".

Al riguardo, superato ormai il quesito se il termine ‘acquisizione’ presente nell’art. 191 c.p.p. vada interpretato come sinonimo oppure no di ‘reperimento’ o ‘raccolta’ della prova<sup>55</sup>, è utile una riflessione in ordine alla stretta correlazione tra perquisizione e sequestro stabilita dall’art. 252 c.p.p.<sup>56</sup> – disciplinati quasi come un *unicum* a fronte del separato regime di autonomia del sequestro probatorio *ex art. 253 c.p.p.* – che non può non riverberarsi anche sulla configurazione del rapporto tra i due atti corrispondenti eseguiti dalla polizia giudiziaria (art. 352-354 c.p.p.) – “*avuto riguardo al nesso funzionale esistente tra i due mezzi di ricerca della prova, ed alla omogeneità del contesto causale e cronologico in cui essi si inseriscono*”<sup>57</sup>.

Questo stretto legame tra perquisizione e sequestro potrebbe, sotto un primo profilo, inserirsi nella logica cui si è prima fatto cenno, della inammissibilità di un modello legale indiretto. Anche il sequestro, di fatto contestuale alla perquisizione irrituale, potrebbe dirsi sottratto a una sua autonomia probatoria legale. Si potrebbe in teoria sostenere sussistente, se pure provocatoriamente, anche in questo caso una sorta di uso probatorio indiretto dei risultati della ricerca attraverso uno strumento praticabile ma non legittimo. La insussistenza dei requisiti di legalità in sé nel sequestro eseguito in sede di perquisizione illegittima, ovvero l’*escamotage* di utilizzare il sequestro a copertura o sanatoria della ricerca illegittima, priverebbe di consistenza la tesi del potere istruttorio, né la reviviscenza di quest’ultimo potrebbe integrarsi in un atto diverso mancando il titolo per procedervi.

In realtà, alla luce della specificità e originalità dei principi che si sono prima richiamati a sostegno della inutilizzabilità, senza dover ricorrere al propagarsi del vizio se pure nella forma indiretta, è da ritenere che sia la stessa illegittimità della perquisizione a sancire il decadere del potere istruttorio, che si è già consumato nel compimento dell’atto di perquisizione<sup>58</sup>. Anche a fronte della tesi già sostenuta in passato circa la sussistenza di un divieto probatorio nell’art. 352 comma 1 c.p.p. a tutela della corretta organizzazione dell’attività investigativa in funzione della genuinità dell’accertamento<sup>59</sup>, si può ritenere che la invalidità del sequestro di polizia giudiziaria sia insita nella violazione originaria.

---

Secondo la giurisprudenza, costituisce corpo del reato la conversazione intercettata quando essa integri la condotta criminosa, così che la registrazione o la trascrizione del dato comunicativo, che integra la fattispecie criminosa deve essere acquisita agli atti e inserita nel fascicolo per il dibattimento *ex art. 431 lett. h) c.p.p.* (Sez. Un. 26 giugno 2014 n. 32697, in *C.E.D. Cass.* n. 259776; Cass. Sez. III, 20 settembre 2016 n. 38822, in *C.E.D. Cass.* n. 267802).

<sup>55</sup> Il risalente quesito fa capo alla distinzione tra divieti in fase di ammissione e di assunzione, ritenuti entrambi sussistenti alla luce della sostituzione, nell’art. 191 c.p.p., del termine ‘ammissione’, presente nel Progetto preliminare, con quello di ‘acquisizione’ nel testo definitivo. La Relazione al codice di procedura penale chiariva che con la modifica del testo si intendeva riferire la disciplina della prova, almeno tendenzialmente “*anche (al)l’attività della fase investigativa*” (Relazione, in G.U. 24 ottobre 1988, *Suppl. ord.n.* 2, p. 180). V., a conferma, l’art. 203 comma 1 *bis* c.p.p.

<sup>56</sup> In tema, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, p. 527.

<sup>57</sup> Cass. Sez. V, 24 luglio 2017 n. 36724, in *C.E.D. Cass.* n. 270438.

<sup>58</sup> Sul punto, ancora attuale, G. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, p. 153.

<sup>59</sup> La tesi era già sostenuta da M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 151.

Volendo trovare conforto nella giurisprudenza sovranazionale, la casistica della Corte dei diritti offre l'affermazione per cui è la perquisizione in sé, indipendentemente dagli atti conseguenti e a prescindere dalla utilità o no dei risultati, a generarne l'illegittimità in assenza di garanzie adeguate nella sua esecuzione<sup>60</sup>. Ed è significativo l'epilogo della pronuncia là dove condanna lo Stato italiano per l'assenza di una disposizione del codice che preveda lo strumento del riesame anche contro il decreto che dispone la perquisizione<sup>61</sup>, così accentuando l'incidenza della irritualità in sé dell'atto di ricerca della prova. D'altra parte, la giurisprudenza eurounitaria può inoltre essere di interesse per quanto ha stabilito, se pure su un fronte diverso dal rapporto perquisizione-sequestro, a tutela del diritto alla vita privata. Nella logica del principio di proporzionalità, la Corte di giustizia ha affermato che le intercettazioni disposte da autorità incompetente si risolvono in atti non previsti dalla legge e quindi non utilizzabili, per via della insussistenza di un potere a disporle alle origini, *'persino quando solo tali elementi siano atti a dimostrare la commissione dei reati'*<sup>62</sup>.

Altra conferma può rinvenirsi nella giurisprudenza europea, dove è stato riconosciuto il principio per cui le dichiarazioni rese in un contesto irrituale non possono essere utilizzate anche qualora costituiscano corpo del reato<sup>63</sup>. Se pure incastonato

<sup>60</sup> Corte Edu, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, ric. 57278/11, su cui C. MORSELLI, *Il "principio di autosufficienza" della fonte codicistica, in materia di perquisizione: il deficit della previsione del controllo giurisdizionale espone il mezzo di ricerca della prova al rischio di degenerazione in "tortura reale"*, in *La Giust. pen.*, 2019, Parte III, c. 620. Inoltre, anche sul punto relativo alla mancanza di una previsione sul riesame del decreto di perquisizione, A. TARALLO, *La disciplina interna del decreto di perquisizione domiciliare tra indipendenza della magistratura requirente ed esigenza di un controllo efficace: nota alla sentenza della Corte europea nel caso Brazzi contro Italia*, in *La Giust. pen.*, 2019, Parte I, n. 3, c. 82 ss. e D. CARDAMONE, [La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?](#), in *Quest. giust.*, 15.1.2019.

<sup>61</sup> La Corte conclude che, in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo *a posteriori* della misura istruttoria impugnata, le garanzie procedurali previste dalla legislazione italiana 'non siano state sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale e, nello specifico, dell'attività perquisitoria' (Corte Edu, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, cit.). Sul punto, F. FALATO, (il) *Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, p. 52.

<sup>62</sup> Corte di Giustizia UE, IV Sezione, causa C-310/16, 17 gennaio 2019, resa su domanda di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, presentata dal Tribunale speciale per i procedimenti penali della Bulgaria, proc. pen. Dzivev, Angelova, Dimov, Velkov. Per un commento, E. ADDANTE – G. GAETA, *L'inutilizzabilità degli atti di prova assunti dal giudice non competente: dalla 'regola delle eccezioni' a un cogente principio di diritto*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1.

<sup>63</sup> Corte Edu, Sez. I, 24 gennaio 2019, *Knox c. Italia*, ric. n. 76577/13 – secondo cui *"lo Stato deve altresì assicurare, in caso di indizi suggestivi di una violazione del divieto di tortura in quella fase l'attivazione del proprio potere di indagine al preciso scopo di accertare eventuali violazioni, da parte degli inquirenti, dei diritti riconosciuti dalla C.e.d.u."* – commentata da E. ADDANTE – G. GAETA, *Nuova lezione europea: con indizi di tortura c'è l'obbligo di indagini complete ed effettive*, in *Arch. pen.* 2019, n. 1 e da M. GIALUZ, [La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2019, p. 155 ss.

V., inoltre, Corte Edu, Sez. 1, 5 novembre 2019, *Cwik c. Polonia*, ric. 31454/10, per la inutilizzabilità di dichiarazioni estorte con tortura da parte di un privato cittadino.

La giurisprudenza di legittimità ritiene comunque ammissibile come prova documentale *ex art. 234 c.p.p.*, utilizzabile nel processo per calunnia, il verbale di arresto contenente le spontanee dichiarazioni rese senza l'assistenza del difensore alla polizia giudiziaria dall'indagato che poi abbia falsamente negato di averle

nell'ottica interpretativa dell'equità complessiva del procedimento<sup>64</sup>, il precedente si rivela utile a contrastare il singolare approccio giurisprudenziale di legittimità secondo cui l'intercettazione nella quale si integra il reato di favoreggiamento o calunnia, pure se illegittima, costituisce corpo del reato e come tale va inserita nel fascicolo per il dibattimento<sup>65</sup>.

In fondo, prescindendo dall'inutile confronto con la 'nullità derivata', non si è lontani dalla logica seguita dalla stessa Corte costituzionale là dove insiste sul dissolvimento della idoneità probatoria della prova illegittima. Che si voglia insistere o no sul perpetuarsi della lesione per via di una fisiologica capacità di riprodursi del vizio, è la intrinseca irritualità di un atto che garantisce la difesa protratta degli interessi tutelati a monte, alla quale non può essere opposto un potere ormai solo virtuale, della cui insussistenza diviene controllore di legalità il giudice.

---

rilasciate, così accusando i verbalizzanti di falso (Cass. Sez. VI, 18 aprile 2015 n. 15966, in *C.E.D. Cass.* n. 267939). Inoltre, nel processo volto ad accertare il reato di favoreggiamento personale commesso mediante dichiarazioni fuorvianti rese alla polizia giudiziaria, il verbale in cui queste sono state raccolte, ai sensi degli artt. 351 e 357 c.p.p. deve essere acquisito, quale corpo di reato, al fascicolo del dibattimento in base al combinato disposto degli artt. 235 e 431, lett. f, c.p.p. ed è utilizzabile senza che alcun effetto ostativo possa avere l'esito del processo principale o il successivo comportamento processuale della persona le cui dichiarazioni sono state acquisite.

<sup>64</sup> A. TARALLO, *Il destino dei 'frutti dell'albero avvelenato' alla luce del criterio di equità complessiva del processo: nota alla sentenza della Corte europea resa nel caso Knox contro Italia*, in *La Giust. pen.*, 2019, Parte I, 230 ss.

<sup>65</sup> Il principio è stato fissato da Sez. Un. 26 giugno 2014 n. 32697, cit., a superamento delle pronunce che negavano l'impiego di intercettazioni di conversazioni da qualificarsi di per sé corpo del reato (Cass. Sez. VI, 5 aprile 2012 n. 13166, in *C.E.D. Cass.* n. 252579; Cass. Sez. VI, 22 agosto 2012 n. 32957, in *C.E.D. Cass.* n. 253038). Per le distinzioni relative al fatto che la intercettazione esaurisca la condotta criminosa, Cass. Sez. III, 20 settembre 2016 n. 38822, in *C.E.D. Cass.* n. 267802, cit.



**QUALE CONNESSIONE PER LA UTILIZZABILITÀ  
DELLE INTERCETTAZIONI IN PROCEDIMENTI DIVERSI  
AI SENSI DELL'ART. 270 C.P.P.?  
INEVITABILE UNA NUOVA INVESTITURA DELLE SEZIONI UNITE**

Nota a [Cass., Sez. II, sent. 6 novembre 2020 \(dep. 23 dicembre 2020\),  
n. 37407, Pres. Rago, Rel. Pellegrino](#)

di Mario Griffo

*Ai fini della utilizzabilità di intercettazioni in procedimenti diversi, ai sensi dell'art. 270 c.p.p., risalta la connessione ("forte") di cui all'art. 12, lett. b) e c), c.p.p. e non già quella ("debole") di cui alla lettera a) della medesima previsione. Questo è quanto evincibile dalla sentenza delle "Sezioni unite Cavallo". Diversamente, la Seconda sezione penale della Cassazione ha ritenuto "sufficiente", ai fini della utilizzabilità a strascico delle intercettazioni, anche il concorso di persone del reato ovvero la cooperazione di condotte indipendenti. Tale presa di posizione – peraltro distonica rispetto ad altra pronuncia del Giudice di legittimità adottata in seno alla medesima vicenda processuale – impone adeguate riflessioni rispetto ad una possibile nuova investitura delle Sezioni unite. Per vero, rebus sic stantibus, è quantomai doveroso chiarire quale legame tra i "fatti" di reato ipostatizza la medesimezza procedimentale che consente la impiegabilità extraprocedimentale del materiale intercettivo.*

SOMMARIO: 1. Genesi e *ratio* dell'art. 270 c.p.p. – 2. I "procedimenti diversi" nella esegesi della dottrina e della giurisprudenza. – 3. L'avvento delle "Sezioni unite Cavallo" ... – 4. Il *novum* giurisprudenziale e la crisi delle categorie connettive. – 5. Una problematica dalle inevitabili ricadute applicative. – 6. Il ribaltamento di prospettiva rispetto alle incompatibilità dichiarative.

**1. Genesi e *ratio* dell'art. 270 c.p.p.**

L'articolo 226, comma 3, c.p.p. 1930, prevedeva che "gli ufficiali di polizia giudiziaria, per i fini del loro servizio, possono anche accedere agli uffici o agli impianti di pubblico servizio, per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, prenderne cognizione o assumere altre informazioni", mentre, per l'articolo 339 "il giudice può accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio e trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, assumerne cognizione. Può anche delegarvi un ufficiale di polizia giudiziaria".

Data l'assenza di limiti circa la possibilità di "trasmettere" ed "intercettare", dopo l'entrata in vigore della Costituzione si rese necessaria una revisione della materia subordinando il potere della polizia giudiziaria di procedere ad intercettazioni ad una autorizzazione, espressa, da concedersi con decreto motivato dell'Autorità giudiziaria.

Attraverso la nuova formulazione dell'articolo 226 – come modificato dalla l. 18 giugno 1955, n. 517 – pur riconoscendo agli ufficiali di polizia giudiziaria la possibilità di accedere agli impianti telefonici per trasmettere o assumere informazioni, si subordinava l'attività diretta ad intercettare o ad impedire le comunicazioni alla espressa autorizzazione della Autorità giudiziaria, da concedersi con decreto motivato<sup>1</sup>.

Il problema concernente i limiti dell'attività di intercettazione si ripropose, tuttavia, con vigore, quando la Corte costituzionale fu chiamata a pronunciarsi in ordine alla compatibilità della disciplina processuale rispetto alla norma primaria di cui all'art. 15 della Costituzione.

Essa, pur dichiarando infondata la questione, enucleò una serie di direttive che avrebbero dovuto indirizzare il legislatore in un auspicato intervento riformistico<sup>2</sup>, tra le quali il principio secondo cui "nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute"<sup>3</sup>.

Recependo tale indicazione, la l. 8 aprile 1974, n. 98, introdusse un nuovo comma all'articolo 226-*quater* prevedendo che "le notizie contenute nelle predette registrazioni e nei predetti verbali non possono essere utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte". In tal modo, si determinava il passaggio dall'assenza di qualsivoglia limite all'utilizzo delle intercettazioni in altri procedimenti alla introduzione di un divieto categorico<sup>4</sup>.

L'impossibilità di trasferire i materiali intercettivi in giudizi diversi da quelli per i quali erano state originariamente disposte le captazioni rappresentava una delle

<sup>1</sup> Tale intervento novellistico, tuttavia, appariva scarno rispetto alla introduzione della riserva assoluta di legge contenuta nel secondo comma dell'articolo 15 della Costituzione. Sul punto, GROSSO, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, 1971, p. 892.

<sup>2</sup> C. cost., 6 aprile 1974, n. 34, in *Giur. cost.*, 1974, p. 316, con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*; FORTUNA, *Ancora sulla legittimità delle intercettazioni e "blocchi" telefonici*, in *Giur. merito*, 1972, II, p. 30; GREVI, *Intercettazioni telefoniche e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 1064; VANNINI-COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale italiano*, Milano, 1986, p. 253; VASSALLI, *Morte della "privacy"*, in *Il Giorno*, 15 marzo 1973.

<sup>3</sup> Tale affermazione nasceva dalla necessità di garantire la segretezza delle comunicazioni non pertinenti al processo per tutelare la *privacy* dell'imputato e dei terzi, essa, tuttavia, fu interpretata nel senso di ritenere costituzionalizzato il principio in virtù del quale le intercettazioni potessero essere utilizzate solo nel procedimento in cui erano state autorizzate. Sul punto, DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*, in *Foro it.*, 1989, II, c. 22; cfr. GREVI, *Insegnamenti, moniti*, cit., p. 332.

<sup>4</sup> Secondo una prima proposta si prevedeva che "le notizie contenute nelle predette registrazioni e verbali non possono essere utilizzate per indagini o per seguire fatti diversi da quelli per cui si procede". Contro di essa furono sollevate parecchie obiezioni tese a sostenere la necessità che l'intercettazione potesse essere utilizzata, quantomeno, quale *notitia criminis*. Così, nel testo successivo proposto dal relatore, si modificava la formulazione nel senso che "non possono essere utilizzati quali prove in procedimenti relativi a reati diversi da quelli per i quali si procede" e solo successivamente veniva eliminato il riferimento ai reati diversi ed appariva l'indicazione ai procedimenti diversi.

maggiori innovazioni garantistiche della legge 8 aprile 1974, n. 98; eppure, sulla sua opportunità non si registrò, sin dall'inizio, concorde approvazione<sup>5</sup>.

Non si omise di denunciare, infatti, come il principio contenuto nella nuova previsione avesse reso "troppo circoscritta l'area dell'inutilizzabilità delle prove ottenute mediante intercettazioni telefoniche regolarmente autorizzate ed, anzi, il "costo sociale" del divieto d'utilizzo non "compensasse" alcuna violazione giuridica, trattandosi di divieto conseguente ad un'acquisizione probatoria conforme a legge"<sup>6</sup>.

Ai fini della repressione criminale essa comportava un indubbio costo, che non serviva peraltro a bilanciare alcun abuso di potere istruttorio; era, dunque, prevedibile che, nel periodo dell'emergenza, il principio subisse dei temperamenti.

Con la legge 18 maggio 1978, n. 191, così, tornò ad essere legittimato l'impiego occasionale delle intercettazioni nei giudizi in cui, per almeno uno degli imputati, si imponeva, come obbligatorio, il mandato di cattura; contestualmente, l'articolo 226-*quater* del codice Rocco – rubricato "esecuzione delle operazioni di impedimento, interruzione o intercettazione di comunicazioni o conversazioni" – fu ri-novellato nel senso che "le notizie contenute nelle predette registrazioni e nei predetti verbali possono essere utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte, se si riferiscono a reati per i quali il mandato di cattura è obbligatorio<sup>7</sup> anche per taluno soltanto degli imputati".

La norma manifestava, sin da subito, quelle "ambiguità" che avrebbero implicato difficoltà interpretative mai del tutto risolte e che, con le dovute modifiche, anche il legislatore del 1989 ha trasfuso nel vigente art. 270 c.p.p.

Nel rinnovato testo dell'art. 226-*quater* c.p.p. 1930, infatti, la circolazione del materiale captativo veniva ancorata alla esigenza di accertamento dei reati per i quali il mandato di cattura era obbligatorio. Questo riferimento non alludeva "ad alcun nesso funzionale con la disciplina della libertà personale", rappresentando soltanto "un'espressione sintetica per enucleare una serie di fattispecie di particolare gravità"<sup>8</sup>.

Allora, i problemi interpretativi che si posero riguardarono precipuamente l'ambito della utilizzabilità extraprocedimentale delle intercettazioni e si concentrarono sulla lettura dell'endiadi "diverso procedimento".

---

<sup>5</sup> V., in particolare, CASELLI, *Le recenti misure per l'ordine pubblico*, in *Dem. e dir.*, 1978, I, p. 130; OLIVA, *Le intercettazioni telefoniche e la nuova normativa*, in *Giust. pen.*, 1974, III, p. 505; PULITANÒ, *La funzione coercitiva: garanzie giuridiche e democratizzazione*, in *Dem e dir.*, 1978, I, p. 154.

<sup>6</sup> Si veda, GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, cit., p. 63.

<sup>7</sup> A seguito dell'abolizione, ad opera della l. 330 del 5 agosto 1988 della categoria dei reati per i quali era obbligatorio il mandato di cattura, la previsione fu modificata nel senso che l'utilizzazione extraprocedimentale venne ricollegata ai reati per i quali non era obbligatoria la motivazione della cattura; il riferimento, cioè, doveva intendersi come relativo alle fattispecie per le quali il giudice istruttore era tenuto a motivare il diniego del provvedimento coercitivo eventualmente richiesto dal pubblico ministero (art. 25 cpp 1930, come modificato art. 14 l. cit.).

<sup>8</sup> Testualmente, ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, p. 166.

La posizione della dottrina fu uniforme nel ritenere che il divieto di utilizzabilità delle “prove” emergenti dalle registrazioni riguardasse tutti i reati diversi da quelli ipotizzati nel decreto autorizzativo<sup>9</sup>.

Della giurisprudenza di legittimità, invece, si possono individuare due orientamenti.

Il primo ricalcò le posizioni dottrinali nel ritenere che le intercettazioni non potevano essere impiegate per reati diversi da quelli autorizzati<sup>10</sup>.

In un secondo momento, la suprema Corte operò un distinguo tra “procedimenti diversi” e “reati diversi” affermando che “...una volta che siano state rispettate le norme sull’acquisizione dei mezzi di prova, la prova è legittimamente acquisita ed i suoi effetti si esplicano validamente nei confronti di tutti i soggetti del procedimento per cui è irrilevante la circostanza che le intercettazioni telefoniche siano state richieste ed autorizzate per fatti di reato diversi da quelli che hanno dato luogo al procedimento...”<sup>11</sup>.

Venendo all’attuale sistema, sul tema non si rintracciano argomenti decisivi nei lavori preparatori al codice di rito perché la Relazione al Progetto Preliminare<sup>12</sup> sembra ignorare completamente l’esistenza di tale netta divaricazione delle posizioni tra giurisprudenza e dottrina. Infatti, sebbene il legislatore del 1989 si sia espresso in modo più chiaro, non è riuscito a fugare i dubbi e le perplessità sinora enunciati, dal momento che il dibattito anteriore all’approvazione definitiva della norma si incentrò, esclusivamente, sulla necessità di ampliare o meno l’area dei reati in ordine ai quali si sarebbe potuta impiegare l’intercettazione nel procedimento diverso.

Dopo l’approvazione del Progetto Preliminare, infatti, la Commissione parlamentare propose di ammettere la possibilità di utilizzare le intercettazioni in altri processi, al fine di “consentire l’accertamento di delitti in relazione ai quali le intercettazioni sono espressamente ammesse ai sensi della disciplina generale contenuta nell’art. 266 c.p.p.”. Il suggerimento non fu accolto in quanto si ritenne che il riferimento ai delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza avrebbe delimitato l’utilizzazione derivata dei risultati delle intercettazioni in maniera più rigorosa<sup>13</sup>.

Su queste premesse si perviene alla formulazione del vigente articolo 270 c.p.p. – rubricato “utilizzo in altri procedimenti” – ove si prevede che “i risultati delle intercettazioni telefoniche non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli

<sup>9</sup> In questo senso, DE LEO, *Vecchio e nuovo*, cit., p. 20; ROSSI, *I presupposti delle intercettazioni telefoniche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 604; PISA, voce *Intercettazioni telegrafiche e telefoniche*, in *Enc. giur. Treccani*, 2000, p. 5.

<sup>10</sup> Così, Cass., Sez. II, 6 dicembre 1978, Mucciaccia, in *Cass. pen.*, 1980, p. 819; cfr. Cass., Sez. VI, 9 marzo 1983, Piermaria, in *Cass. pen.*, 1985, p. 421.

<sup>11</sup> In tal senso, Cass., Sez. I, 23 giugno 1986, Frisina, in *Foro it.*, 1986, c. 19; cfr. Cass., Sez. VI, 29 maggio 1987, Savoca, in *Cass. pen.*, 1989, p. 132; cfr. Cass., Sez. VI, 9 dicembre 1989, Micoli, in *Cass. pen.*, 1992, p. 141.

<sup>12</sup> A pag. 70 della Relazione, in riferimento all’art. 270, si legge testualmente “l’articolo disciplina l’utilizzazione delle intercettazioni in processi diversi da quelli per cui esse sono state autorizzate, utilizzazione che il Progetto del 1978 aveva escluso e la delega (direttiva 41, lett. a) ripristinato. Tale utilizzazione è ammessa solo se i risultati delle intercettazioni siano indispensabili per l’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza”.

<sup>13</sup> V. Relazione al progetto definitivo del codice, p. 183.

nei quali sono stati disposti salvo che risultino indispensabili<sup>14</sup> per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza"<sup>15</sup>.

Nei commi successivi si stabilisce, molto opportunamente, che "ai fini dell'utilizzazione prevista dal comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento<sup>16</sup>. Si applicano le disposizioni dell'art. 268, commi 6, 7 e 8. Il pubblico ministero e i difensori hanno, altresì, facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate".

Dunque, la nuova disposizione riproduce l'endiadi "diversi procedimenti" che sotto la vigenza del codice di rito del 1930 era stata, come visto, fonte di notevoli incertezze ermeneutiche<sup>17</sup>.

## 2. I "procedimenti diversi" nella esegesi della dottrina e della giurisprudenza.

Sul modo in cui vada interpretata l'espressione "procedimenti diversi", si sono registrate, nel tempo, diverse posizioni.

Secondo una prima impostazione<sup>18</sup>, non vi sarebbe diversità di procedimento allorché la nuova fattispecie di reato, emersa da un'operazione di intercettazione, sia oggetto di giudizio cumulativo rispetto alla fattispecie per la quale l'intercettazione medesima è stata disposta; viceversa, vi sarebbe "diversità" nel caso si proceda separatamente.

<sup>14</sup> L'indispensabilità costituisce un concetto di non facile determinazione, poiché non appare agevole stabilire quando una prova, in una dinamica processuale, sia indispensabile. Secondo la giurisprudenza di legittimità, la "indispensabilità" è oggetto di valutazione del giudice di merito, insindacabile in Cassazione se non nei limiti del difetto di motivazione (Cass., Sez. VI, 19 gennaio 1994, Montini, in *Giur. it.*, 1995, II, c. 246, con nota di BERNARDI, *Intercettazioni telefoniche: utilizzabilità in procedimento diverso e nullità delle trascrizioni*).

<sup>15</sup> L'art. 270 c.p.p. si apre con l'"indiscutibile" riconoscimento di un "divieto d'uso" delle notizie intercettate in procedimenti diversi da quello nel quale sono state disposte; lo stesso comma, tuttavia, introduce l'eccezione, individuata con la medesima tecnica adoperata nell'art. 226-*quater*, comma 6, c.p.p. 1930, cioè un richiamo a fattispecie particolarmente gravi che legittimano l'arresto in flagranza obbligatorio.

<sup>16</sup> La norma di cui all'art. 270 c.p.p. omette di prevedere il deposito, nel procedimento diverso, del decreto che ha disposto, convalidato, prorogato le intercettazioni, sottraendosi, in questo modo, la possibilità di valutare la legittimità dei risultati delle intercettazioni (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, p. 702; FUMU, *Commento all'art. 270*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. II, Utet, 1990, p. 799).

È stato l'intervento della giurisprudenza, allora, che ha evitato che sulla norma si abbattesse la scure di incostituzionalità (Cass., Sez. Fer., 1° settembre 1992, Bruzzese, in *Cass. pen.*, 1993, p. 648).

<sup>17</sup> Riflessioni ampie merita l'acquisizione di conversazioni, in quanto la specifica normativa pone rigorosi sbarramenti al loro impiego *ultra fines*: «una indiscriminata utilizzazione delle prove raccolte in altri processi avrebbe finito per operare una breccia non indifferente nel sistema congegnato al fine di garantire l'oralità e l'immediatezza del dibattito» (Relaz. prog. prel. c.p.p. Sul tema, anche RUGGERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, p. 91 ss).

<sup>18</sup> Si tratta di un arresto già affermatosi sotto la vigenza del codice abrogato. In tal senso, Cass., Sez. I, 23 giugno 1986, Frisina, in *Foro it.*, 1986, II, c. 19.

In tal modo, la utilizzabilità del risultato della intercettazione non dipenderebbe da una circostanza obiettiva, bensì da una evenienza assolutamente casuale legata ad un dato formale quale è il numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato: l'operatività del divieto dipenderebbe dal procedere in modo cumulativo o separato.

Peraltro, l'emblematico asserto secondo il quale "la conduzione congiunta di indagini preliminari per più reati, non potendo discendere da scelte arbitrarie, rinviene il fondamento nell'utilità per l'accertamento poiché nulla sembra impedire che un unico procedimento contenga l'accertamento di più reati, accomunati, sia pure in parte, dalla stessa fonte di prova"<sup>19</sup>, non sarebbe immune da sospetti di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost., nella misura in cui situazioni identiche riceverebbero una diversa regolamentazione giuridica in dipendenza di un dato meramente aleatorio<sup>20</sup>.

Ancora. È stata sostenuta la intercambiabilità dei concetti di "reato" e "procedimento", ritenendo la pendenza di un procedimento diverso tutte le volte in cui l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari consenta di scoprire un delitto ulteriore rispetto a quello oggetto della originaria autorizzazione.

La nozione di "procedimento diverso", di tal che, dovrebbe essere inferita dalla previsione di cui all'art. 335 c.p.p., la quale conterrebbe tre elementi utili ad individuarlo: a) l'indicazione del reato; b) l'indicazione della persona alla quale il reato è attribuito; c) l'indicazione della data e del numero di iscrizione nell'apposito registro. In tal senso, sarebbe "diverso" quel procedimento che si caratterizza per la diversità di almeno uno degli elementi di cui sopra<sup>21</sup>.

L'impostazione, oltre ad apparire rigidamente formale<sup>22</sup>, sembra viziata dall'equivoco di ritenere che la motivazione del provvedimento autorizzativo del giudice, anziché giustificare l'operazione captativa, contiene una formale contestazione del reato; non potendo spostarsi, su questo versante, le problematiche attinenti alla correlazione tra l'accusa (contestata) e la sentenza.

Tra l'altro, ad essa si suole obiettare che l'articolo 15 della Costituzione impone soltanto che l'intercettazione sia preceduta da un atto motivato di autorizzazione dell'autorità giudiziaria, lasciando all'intervento della legge ordinaria l'individuazione dei criteri a cui il giudice deve ancorarsi, le modalità attraverso le quali l'attività deve svolgersi e l'efficacia sul piano dimostrativo: per rispettare la norma costituzionale è sufficiente che siano previsti, con chiarezza, i casi ed i modi attraverso i quali può essere permesso di captare le comunicazioni private<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> SANTALUCIA, *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Giust. pen.*, 1996, III, p. 260.

<sup>20</sup> Così, BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. pen.*, 1993, p. 203.

<sup>21</sup> Così, DE GREGORIO, *Brevi considerazioni in margine ai concetti di "stesso procedimento" e di "procedimento diverso" ai fini dell'utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cass. pen.*, 1991, 1002.

<sup>22</sup> Cfr. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, 3262; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, p. 183.

<sup>23</sup> L'impostazione riportata è criticata da CANTONE, *L'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 270 c.p.p.; brevi riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2045 il quale nel tentare di risolvere il problema concernente la individuazione del "diverso" procedimento ritiene che "se il dato letterale sul punto non aiuta, certamente, non può trascurarsi che le categorie che entrano in gioco nel caso in esame sono quelle dell'autonomia e

In conclusione, non sarebbe utile, né corretto, ricavare la nozione di “procedimento” dal richiamo all’art. 335 c.p.p., non soltanto perché si attribuirebbe alla norma una funzione che non le è propria<sup>24</sup>, ma anche perché si perverrebbe alla conclusione, assurda, di ritenere un procedimento “diverso” soltanto quando emerga un nuovo indagato prima non noto<sup>25</sup>.

La disciplina delle intercettazioni telefoniche, infatti, contempla, quale condizione per ottenere l’autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, la sussistenza di “gravi indizi di reato”, consentendo, in tal modo, il ricorso al mezzo di ricerca della prova anche quando sia ignoto l’autore del fatto. Aderendo alla tesi su esposta, allora, si perverrebbe alla avventata conclusione di ritenere che, allorché venga autorizzata un’intercettazione contro ignoti ed all’esito della stessa venga individuato l’autore del reato, nascerebbe un procedimento “diverso” in relazione al quale l’intercettazione sarebbe inutilizzabile *ex art.* 270 c.p.p.

Si snaturerebbe, in tal modo, la *ratio* sottesa agli istituti disciplinanti la materia<sup>26</sup>, anche perché l’art. 270 c.p.p., al comma 2, prevede l’obbligo di eseguire il deposito di registrazioni e verbali anche presso l’autorità competente per il diverso procedimento; al comma 3, invece, concede alle parti la facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni sono state autorizzate e le due regole sarebbero difficilmente spiegabili se la norma fosse calibrata sulla ipotesi secondo la quale la *res iudicanda* viene “cambiata” all’interno dello stesso procedimento che ha dato luogo all’intercettazione.

della suscettibilità di riunione, ai sensi dell’art. 17 c.p.p. Non si può contestare, infatti, il riconoscimento della qualifica della diversità anche ad un procedimento “autonomo”; la “non diversità” sarà una qualifica che si adatta alla “riunibilità”. L’aggettivo in esame, allora, può essere inteso come sinonimo di “autonomo” o “separato”.

<sup>24</sup> L’articolo 335 c.p.p. ha la funzione di determinare, attraverso la regolamentazione delle modalità di iscrizione e di aggiornamento della notizia di reato nell’apposito registro, il *dies a quo* per la decorrenza del termine di durata massima delle indagini preliminari.

<sup>25</sup> La giurisprudenza alla fine degli anni ‘90 (Cass., Sez. I, 17 novembre 1999, PG in proc. Toscano, in *Guida dir.*, 2000, n. 2, p. 114; Cass., Sez. I, 23 dicembre 1999, Toscano, in *C.E.D. Cass.*, n. 216206; Cass., Sez. I, 12 aprile 1999, Tommasello, *ivi*, n. 212956; Cass., Sez. VI, 11 marzo 1999, Venturini, *ivi*, n. 213587; Cass., Sez. III, 15 maggio 1998, Romagnolo, *ivi*, n. 210950; Cass., Sez. VI, 20 novembre 1997, Pacini Battaglia, *ivi*, n. 210044) considera “procedimento diverso” quello che nasce da una nuova *notitia criminis* ed ha ad oggetto un diverso fatto-reato. Sicché, la nozione di “diverso procedimento” non potrebbe equivalere a quella di “diverso reato” ed in essa non rientrerebbero, pertanto, le indagini strettamente connesse o collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato con riferimento al quale l’intercettazione è stata disposta.

La diversità di procedimento, dunque, assumerebbe rilievo di carattere sostanziale non potendo essere collegata a dati meramente formali quali la materiale distinzione degli incartamenti relativi a due procedimenti o il loro diverso numero di iscrizione nel registro notizie di reato.

In un caso analogo a quello che ci occupa, infatti, i giudici di legittimità hanno ritenuto che secondo quanto previsto dall’art. 270 c.p.p. non può parlarsi di “procedimento diverso” quando le indagini riguardino condotte di favoreggiamento strettamente connesse al procedimento principale, indipendentemente dalla formale contestazione del nesso teleologico (Cass., Sez. VI, 2 giugno 1997, Tringali, in *Cass. pen.*, 1999, p. 587).

<sup>26</sup> L’art. 270 c.p.p. non sancisce l’inutilizzabilità per reati diversi da quelli indicati nell’autorizzazione del giudice per le indagini preliminari poiché, altrimenti, il legislatore non avrebbe richiamato il concetto di “procedimento” bensì avrebbe utilizzato l’espressione “reati diversi”.

A dirimere la annosa problematica sono intervenute, di recente, le Sezioni unite della Corte di cassazione.

### 3. L'avvento delle Sezioni unite Cavallo...

Con ordinanza n. 11160 del 2019, veniva rimessa alle Sezioni unite la questione di diritto: «se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, di cui all'art. 270 cod. proc. pen., riguardi anche i reati non oggetto della intercettazione *ab origine* disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione».

Il Massimo organo di nomofilachia, con sentenza n. 51 del 2020, Cavallo, ha affermato che: «il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi *ex art. 12 cod. proc. pen.* a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge».

La pronuncia, a definitiva risoluzione del contrasto insorto in seno alla giurisprudenza di legittimità sui criteri di individuazione della connessione, oggettiva, probatoria o finalistica, ovvero sul legame o collegamento, che deve sussistere tra il reato in relazione al quale l'autorizzazione all'intercettazione viene emessa e il reato emerso grazie ai risultati di tale intercettazione ha, dunque, ritenuto compatibile con la previsione recata dall'art. 15 Cost. solo l'ipotesi in cui tra fatti, pur storicamente diversi, ricorra la connessione cd. "forte" o "sostanziale" prevista dall'art. 12 c.p.p. escludendo che, in tale evenienza, sempreché i reati emersi rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 c.p.p., si sia in presenza di un *procedimento diverso*.

Non rileva, invece, il mero collegamento *ex art. 371, comma 2, lett. b) e c), c.p.p.*, sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico.

Secondo le conclusioni della "sentenza Cavallo", fondata sulla esegesi e portata delle diverse ipotesi di connessione *ex art. 12 c.p.p.*, attributive di un originario ed autonomo criterio di competenza fondato sul legame sostanziale fra i fatti-reato, il procedimento relativo al reato per il quale l'autorizzazione è stata concessa non può, in forza del legame sostanziale fra i fatti-reato, considerarsi diverso rispetto a quello relativo al reato accertato in forza dei risultati dell'intercettazione. La parziale coincidenza della regiudicanda, oggetto dei procedimenti connessi, ed il legame sostanziale e non meramente processuale tra i diversi fatti-reato consente, di tal che, di ricondurre ai "fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede...di cui al provvedimento autorizzatorio dell'intercettazione, anche quelli oggetto delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione: il legame

sostanziale fra essi, infatti, esclude che l'autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un'intercettazione in bianco<sup>27</sup>.

Orbene, è indiscutibile che le ipotesi di connessione, sia quella di cui alla lett. c) dell'art. 12 c.p.p. (reati commessi gli uni per eseguire o occultare gli altri) che le ipotesi di concorso formale di reati e di reato continuato – di cui alla lett. b) dell'art. 12 c.p.p. – si fondano, prima ancora che su un legame processuale, su di un vincolo oggettivo tra due o più fatti-reato, ovvero sulla finalizzazione della condotta alla commissione o all'occultamento di un altro reato<sup>28</sup> o, ancora, sulla identità del disegno criminoso essendo necessario, a questo fine, che, già al momento della commissione del primo reato, i successivi siano stati programmati almeno nelle loro linee essenziali<sup>29</sup>.

Il concetto di “diversità procedimentale”, di tal che, non può essere esplorato prescindendo da un'indagine di tipo funzionalistico che trascuri la “logistica” della trattazione e privilegi l'attenzione al fatto processuale, apparendo evidente che il vizio di impostazione che ha inficiato le posizioni in precedenza esplorate risiede nella catalizzazione dell'analisi sulla categoria di “reato”, di sicuro, fuorviante per un'indagine che miri ad individuare canoni ermeneutici vincolati ad istanze di accertamento.

L'errore di fondo, cioè, ha riguardato un utilizzo improprio di concetti “sostanzialistici”, a scapito di un inquadramento funzionalistico di categorie processuali infungibili con istituti di diritto penale “generale”.

In pratica, non può misconoscersi che, se il valore in contesa è rappresentato dall'“accertamento”, bisogna giocoforza ragionare sul “fatto processuale” e non già sul “reato”.

Anche perché – e non è questo il caso - quando il legislatore processuale ricorre al concetto di reato, lo fa attribuendo ad esso un significato che esula da istanze connesse alla verifica dell'imputazione; la nozione di “reato” è richiamata dalle disposizioni sulla competenza: ad esempio, l'articolo 12 c.p.p. si riferisce ai “reati” nella individuazione del giudice competente per connessione; negli articoli 516, 517 e 521 c.p.p. si ricorre alla nozione di reato per distinguere tra fatto e fattispecie.

A sostegno di tale impostazione non sembra peregrino intrattenersi proprio sull'esegesi del complesso delle previsioni concernenti le “nuove contestazioni”.

Le norme in oggetto, miranti ad assicurare il contraddittorio sul contenuto dell'accusa e, quindi, il pieno esercizio del diritto di difesa dell'imputato, determineranno il conseguimento di tale obiettivo ogniqualvolta l'imputato sia stato posto in condizione di difendersi compiutamente e, dunque, nell'evenienza in cui la puntualizzazione dell'imputazione, comunque avvenuta, comprenda episodi “riconoscibili” nella imputazione originaria e perciò possibili oggetto di attività difensiva. Insomma, è la perceibilità del fatto processuale, oltre alla sua autonomia rispetto a quello contenuto nella imputazione originaria, a determinare il discrimine tra

---

<sup>27</sup> La sentenza mutua, sul punto, quanto affermato da Corte cost., sent. n. 366 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2914.

<sup>28</sup> Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2017, n. 53390, in *C.E.D. Cass.*, n. 271223.

<sup>29</sup> Cass., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 28659, in *C.E.D. Cass.*, n. 270074

fatto “diverso” e fatto “nuovo”, distinzione importante soprattutto quanto alla praticabilità dei riti alternativi, oltre che con riferimento al regime delle contestazioni ed ai poteri probatori comunque salvaguardati<sup>30</sup>.

In senso contrario, allorché il legislatore disciplina uno strumento processuale “utile” per l’accertamento, si riferisce all’imputazione-fatto processuale: le norme disciplinanti gli istituti della riunione e della separazione dei “processi” si riferiscono alla imputazione e non al reato in quanto funzionali ad esigenze cognitive; le norme in materia di intercettazioni, sottendendo, anch’esse, una specifica esigenza accertativa, non parlano di reati bensì di “procedimenti”.

In tale, differente, prospettiva, “diverso” sarà quel procedimento che riguarda una distinta imputazione<sup>31</sup> e non un “altro” reato sicché, pur in presenza di un fatto-reato scindibile, l’unità del fatto processuale giammai potrà essere minata da contingenze spazio-temporali.

Da simili premesse discende che, avuto riguardo alle ipotesi considerate, a prescindere dalle contingenze legate alla trattazione unitaria o separata, il procedimento sarà diverso soltanto allorché difettino legami connettivi con il reato in ordine al quale il mezzo di ricerca della prova è stato avallato<sup>32</sup>.

In tal caso, l’intercettazione conserva la propria “identità funzionale” poiché l’autorizzazione del giudice copre il fatto nella sua interezza: il giudice per le indagini preliminari, nell’autorizzare le captazioni, esercita il suo potere di controllo sul fatto processuale, e non sul “reato”, con una motivazione che lo ricomprenderà in *toto*.

Tutto questo rende commendevoli le conclusioni rassegnate dalla “sentenza Cavallo”, non invece il percorso speculativo seguito per addivenire alle stesse.

Il legittimo esercizio del “potere” in ordine al fatto processuale, peraltro, fa sì che l’atto “autorizzato” raggiunga lo “scopo” cui è preordinato, ossia la costituzione dell’elemento di prova<sup>33</sup>: l’intercettazione, disposta per uno specifico fatto processuale,

<sup>30</sup> Sul punto, RICCIO, *Fatti “nuovi” e fatti “diversi” nel regime delle contestazioni suppletive, Tre differenti riti a seconda del tipo di reato configurato*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 13, p. 63. L’Autore, muovendo dal punto di vista delle garanzie ed, in particolare, della autonomia del fatto e della sua “riconoscibilità” ai fini dell’esercizio del diritto di difesa, ritiene che “il discrimine tra fatto diverso e fatto nuovo è dato dall’ampiezza della mutazione della imputazione. Nel senso che, se la trasformazione, la sostituzione o la variazione dei contenuti essenziali del fatto addebitato in imputazione interessa il fatto nel suo naturale divenire integrerà, di conseguenza, la fattispecie prevista dall’art. 518 c.p.p.”.

<sup>31</sup> In tale direzione, in realtà, si era già mossa la Corte costituzionale la quale, nel pronunciarsi sulla compatibilità tra la previsione di cui all’art. 226 c.p.p. 1930 e l’art. 15 Cost., dichiarando infondata la questione, enucleò una serie di direttive che avrebbero dovuto indirizzare il legislatore in un auspicabile intervento riformistico, tra le quali, il principio secondo cui “nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l’imputazione di cui si discute” (Corte cost., 6 aprile 1974, cit.).

<sup>32</sup> In questi termini, Cass., Sez. VI, 10 maggio 1994, Rizzo, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 711; Cass., Sez. III, 28 settembre 1995, Russo, *ivi*, p. 816; Cass., Sez. VI, 16 ottobre 1995, Pulvirenti, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1437; Cass., Sez. VI, 7 gennaio 1997, Pacini Battaglia, *ivi*, 1997, p. 3500, con nota di MELILLO, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata*; Cass., Sez. I, 25 febbraio 1997, Gunnella, in *C.E.D. Cass.*, n. 209306.

<sup>33</sup> Ci si chiede se l’intercettazione, ex art. 270 c.p.p., utilizzabile in altro procedimento, lo sia anche nel procedimento nel quale è stata disposta.

non farà residuare fattispecie rispetto alle quali il giudice abbia omesso di pronunciarsi; anche se l'unità di giudizio dovesse venir meno, ciò non infirmerebbe la "originaria" legittimazione all'atto.

La soluzione proposta appare l'unica in grado di scongiurare gli arbitrii del pubblico ministero il quale, ad opinare diversamente, potrebbe favorire la "diversità" frazionando le indagini e determinando lo snodarsi della vicenda su percorsi procedimentali alternativi e paralleli.

Per queste ragioni, le Sezioni unite hanno ricusato una nozione "topografica" di diversità, anche perché l'ordinamento processuale si paleserebbe contraddittorio se al *favor separationis*, accordato dal legislatore, facesse da contraltare la previsione di istituti capaci di mettere in crisi la "prova" e la sua utilizzabilità.

Il legislatore, allorché favorisce la separazione, contempla meccanismi volti ad agevolare la circolazione della prova assunta nel diverso procedimento. Esempio emblematico l'art. 238 c.p.p., che consente l'acquisizione dei verbali di prove assunte in altro processo a condizione che si tratti di prove assunte in sede di incidente probatorio o in dibattimento, cioè nel rispetto del principio del contraddittorio, e sempre che le parti vi consentano.

Una conferma indiretta della validità dell'interpretazione proposta può trarsi dallo stesso art. 270 c.p.p. che, al comma 2, prevede, ai fini dell'utilizzo eccezionale dell'intercettazioni, la necessaria rinnovazione del procedimento contemplato ai commi 6, 7 e 8 dell'art. 268 c.p.p., presupponendo implicitamente l'esistenza di una procedura instaurata separatamente, in cui le bobine delle registrazioni costituiscono un *novum* sia per le parti che per l'autorità procedente<sup>34</sup>.

---

Ebbene, se l'attività tecnica è stata disposta per catturare un latitante, non ha senso distinguere tra medesimo o altro procedimento. Il concetto non va inteso in senso formale ossia come "fascicolo procedimentale" bensì in senso sostanziale come riferentesi ad una fattispecie concreta ed in particolare ad una determinata attività investigativa posta in essere dal pubblico ministero.

Ne deriva che ogni volta che emergono elementi investigativi si è in un altro procedimento essendo diversa "la fattispecie concreta" rispetto a quella per la quale l'intercettazione è stata disposta.

La lettura che si propone dell'art. 295 c.p.p. è nel senso che un'intercettazione originariamente utilizzata per rintracciare un latitante può avere valenza probatoria solo per accertare un delitto per il quale è previsto come obbligatorio l'arresto in flagranza e non ha, quindi, rilievo alcuno l'aspetto formale del fascicolo all'interno del quale l'intercettazione è stata disposta. (CANTONE, *L'utilizzazione probatoria delle intercettazioni disposte per la cattura di latitante*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1992).

<sup>34</sup> Va sottolineato che la giurisprudenza ha ritenuto che i risultati delle intercettazioni di comunicazioni non sono utilizzabili in procedimenti diversi da quello in cui sono state disposte in caso di mancata trasmissione dei decreti autorizzati dal giudice al tribunale del riesame, poiché non si rinvengono disposizioni normative, sulla cui base possa presumersi la legittimità di tali decreti, una volta eseguite le operazioni con essi autorizzate (Cass., Sez. I, 28 febbraio 2001, Caramazza, in *Cass. pen.*, 2002, p. 296). Cfr. Cass., Sez. I, 13 marzo 2003, Gullo, in *C.E.D. Cass.*, n. 224669 ove si è affermato che il principio secondo il quale al giudice che adotta una misura cautelare e, successivamente, al giudice del riesame debbono essere trasmessi gli atti autorizzativi delle intercettazioni trova applicazione anche nel caso in cui si tratti di intercettazioni eseguite in altri procedimenti ai sensi dell'art. 270 c.p.p., stante la generale valenza del disposto dell'art. 271 c.p.p. e non essendovi ragione di ritenere inoperanti, nel procedimento in cui l'esito delle intercettazioni è riversato, le garanzie normalmente spettanti all'indagato nel procedimento da cui le stesse provengono né potendosi ritenere le operazioni di captazione disposte in un dato procedimento, assistite, in quello diverso, da

#### 4. Il *novum* giurisprudenziale e la crisi delle categorie connettive.

A voler sintetizzare quanto sinora rappresentato, può dirsi che ai fini dell'art. 270 c.p.p. non ci si trova al cospetto di un procedimento "diverso" allorquando i fatti di reato per i quali si procede sono tra loro connessi.

In tale evenienza, infatti, ci si troverebbe al cospetto di un "fatto processuale" unitario.

Detto questo, bisogna interrogarsi sulle diverse ipotesi di connessione, disciplinate dall'art. 12 c.p.p., suscettive di elidere la "diversità procedimentale" scaturigine di possibili inutilizzabilità intercettive.

Ebbene, stando alla "sentenza Cavallo", la medesimezza procedimentale ricorrerebbe soltanto nelle ipotesi di connessione "forte", riconducibile alle lettere b) o c) dell'art. 12 c.p.p.

Resterebbe fuori da tale perimetro normativo la connessione disciplinata dalla lettera a) dell'art. 12 c.p.p., reputata "debole".

Illuminanti, in proposito, alcuni significativi passaggi inferibili dalla pronuncia delle Sezioni unite.

*"La connessione ex art. 12 c.p.p., riguarda – per riprendere la definizione offerta da un insegnamento dottrinale – procedimenti tra i quali esiste una relazione in virtù della quale la regudicanda oggetto di ciascuno viene, anche in parte, a coincidere con quella oggetto degli altri: si tratta, come è noto, di ipotesi che il nuovo codice di rito pone a base di un criterio attributivo della competenza autonomo e originario (ex plurimis, Sez. U, n. 27343 del 28/02/2013, Taricco, Rv. 255345). Il carattere originario della connessione ex art. 12 c.p.p., rende ragione del rilievo dottrinale secondo cui essa è un riflesso della connessione sostanziale dei reati: con specifico riferimento al caso di connessione di cui alla lett. c) dell'art. 12 cit., in particolare, si è rilevato come esso si fondi su un "legame oggettivo tra due o più reati" (Sez. U, n. 53390 del 26/10/2017, Patroni Griffi, Rv. 271223), un legame, dunque, indipendente dalla vicenda procedimentale; analoga connessione sostanziale - prima ancora che processuale - sussiste in presenza, oltre che di un concorso formale di reati, di un reato continuato (lett. b), in considerazione del requisito del medesimo disegno criminoso, per la cui integrazione è necessario "che, al momento della*

---

presunzione di legittimità e sottratte alla doverosa verifica giudiziale dei presupposti di utilizzabilità. Ed il controllo demandato al giudice nel procedimento diverso utilizzi i risultati delle intercettazioni, sia in ordine alla necessità di eseguire le intercettazioni nel procedimento di origine, sia ai fini dell'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, dà luogo a un giudizio di fatto che è censurabile in cassazione solo per mancanza o manifesta illogicità della motivazione (Cass., Sez. I, 7 febbraio 2002, Coppola, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2360).

Sotto diverso profilo, si è ritenuto che il mancato deposito, contestualmente all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, degli atti relativi alle intercettazioni telefoniche non determina l'inutilizzabilità delle stesse, allorché si tratti di intercettazioni disposte in un procedimento diverso, poiché le limitazioni temporali di cui agli artt. 415 bis e 416 c.p.p. sono operative solo con riguardo alle indagini espletate nell'ambito dello stesso (Cass., Sez. I, 16 maggio 2002, Benedetti, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3482; cfr. Cass., Sez. VI, 16 maggio 2000, Bossert, *ivi*, 2002, p. 286).

*commissione del primo reato della serie, i successivi fossero stati realmente già programmati almeno nelle loro linee essenziali” (Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv. 270074). In caso di imputazioni connesse ex 12 c.p.p., dunque, il procedimento relativo al reato per il quale l’autorizzazione è stata espressamente concessa non può considerarsi “diverso” rispetto a quello relativo al reato accertato in forza dei risultati dell’intercettazione. La parziale coincidenza della regiudicanda oggetto dei procedimenti connessi e, dunque, il legame sostanziale - e non meramente processuale - tra i diversi fatti-reato consente di ricondurre ai “fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede” (Corte Cost., sent. n. 366 del 1991), di cui al provvedimento autorizzatorio dell’intercettazione, anche quelli oggetto delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione: il legame sostanziale tra essi, infatti, esclude che l’autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un’ “autorizzazione in bianco”.*

Il ragionamento della Corte non sembra lasciare spazio ad interpretazioni alternative: un procedimento non può considerarsi “diverso” al cospetto di una connessione “oggettiva” e “forte”!

Nonostante tutto, con sentenza del 23 dicembre del 2020, n. 37407, la Seconda sezione penale della Corte di cassazione si è proiettata oltre il *dictum* della “sentenza Cavallo” avallando, di fatto, un ampliamento delle maglie interpretative da essa disegnate.

È bene puntualizzare che tale pronuncia è stata adottata in accoglimento di ricorso (del pubblico ministero) ex art. 311 c.p.p. proposto all’esito di annullamento di misura cautelare statuito ai sensi dell’art. 309 c.p.p. – a seguito di precedente annullamento, con rinvio, deciso dalla Suprema Corte rispetto a ricorso proposto dalle difese degli indagati (per il reato di “corruzione” ed altro) –.

Nella specie, si è affermato che *“Quand’anche si volesse ritenere inesistenti taluna delle predette ipotesi di connessione qualificata, il Tribunale ha comunque omesso di verificare se, i fatti fossero già stati sottoposti al vaglio del giudice per le indagini preliminari, anche in relazione alla loro evoluzione temporale, in epoca precedente alla iscrizione nel registro degli indagati e precisamente all’atto delle prime richieste di autorizzazione e di proroga delle intercettazioni”* E *“ciò alla luce dei precisi riferimenti oggettivi a quei diversi – ma inequivocabilmente collegati – fatti di reato che in esse si operano”...appare difficile sostenere che, nella fattispecie, le intercettazioni in parola sarebbero affette dal vizio da ultimo paventato, dal momento che nei provvedimenti del giudice per le indagini preliminari, o tramite rinvio alla richiesta ed alle informative allegate ovvero tramite valutazioni dirette – come assume il ricorrente – il vaglio dell’opportunità e, di conseguenza, della piena utilizzabilità delle intercettazioni appare essere stato sempre svolto”.*

E fin qui non sembrano emergere distonie con il *decisum* delle Sezioni unite.

Certamente problematico, invece, l’asserto ulteriore: *“Il provvedimento impugnato lascia inesplorata, in modo del tutto ingiustificato, la verifica della ricorrenza in concreto dell’ulteriore ipotesi di connessione di cui all’art. 12 lett. a) cod. proc. pen. (presenza di un concorso di persone nel reato ovvero di condotte tra loro indipendenti idonee a determinare l’evento poste in essere da più persone), anch’essa astrattamente legittimante la dedotta utilizzabilità”.*

All’evidenza, la Corte di legittimità, in formazione “semplice”, ha ritenuto che la diversità procedimentale sia da escludere anche nel caso di connessione (debole) ex art.

12, lett. a), c.p.p., in aperto contrasto con quanto sostenuto dalle Sezioni unite nella valorizzazione delle sole ipotesi di “connessione forte”.

### 5. Una problematica dalle inevitabili ricadute applicative.

Il tema principale sul quale si è appuntata la attenzione degli interpreti all’indomani del deposito delle motivazioni della sentenza Cavallo ha riguardato la necessità, o meno, di assoggettare il reato emerso *ex post* per effetto delle intercettazioni al requisito “edittale” o “formale” dell’art. 266 c.p.p. A tale quesito le Sezioni unite hanno risposto in senso affermativo, ponendo un ulteriore limite alla possibilità di “circolazione probatoria” delle conversazioni intercettate<sup>35</sup>.

La decisione oggetto della presente disamina, tuttavia, fa risaltare un problema ermeneutico diverso, e forse ancor più pregnante, non foss’altro per la cristallizzazione di un contrasto che avrebbe dovuto (già) imporre una nuova investitura delle Sezioni unite.

Viepiù, la portata della divergenza interpretativa è dimostrata dalla singolarità delle vicende cautelari fondanti la decisione del 23 dicembre del 2020.

Come accennato, infatti, la Seconda sezione della cassazione veniva adita dal pubblico precedente a seguito di annullamento del titolo cautelare disposto dal Tribunale del riesame.

Tale annullamento veniva statuito in conseguenza di un primo annullamento, con rinvio, disposto dalla Corte di cassazione, adita ai sensi dell’art. 311 c.p.p. dalle difese degli indagati.

In specie, la sesta sezione penale della Corte di cassazione, in piena aderenza con quanto statuito dalle Sezioni unite Cavallo, escludeva dall’ambito della medesimezza procedimentale le ipotesi di connessione *ex art.* 12, lett. a), c.p.p., testualmente osservando: “Ritiene la Corte che mentre il primo argomento utilizzato dal Tribunale non ha alcun valore dirimente idoneo a fondare la utilizzabilità delle captazioni oggetto

---

<sup>35</sup> V., tra gli altri, VANORIO, *Il permanente problema dell’utilizzo delle intercettazioni per reati diversi, tra l’intervento delle sezioni unite e la riforma del 2020*, in *Sistema penale*, n. 6, 2020, p. 2 ss.

Secondo l’Autore, “le SS.UU. hanno scelto con chiarezza la strada della connessione forte, “strutturale” tra il reato oggetto dell’autorizzazione e quello emerso successivamente, valorizzando il “legame oggettivo tra due o più reati” tipico di quelli avvinti da connessione teleologica e naturalmente riscontrabile anche negli altri casi di connessione disciplinati dall’art. 12 del codice di rito, concorso formale e reato continuato”. Anche se, poi, si farò ricomprendere tutte le ipotesi di connessione all’interno del perimetro ermeneutico tracciato dalle Sezioni unite: “Certamente, sotto questo profilo, va sottolineata positivamente la scelta delle tre ipotesi di connessione quale paradigma dell’utilizzabilità delle intercettazioni, mentre era pressoché inevitabile che venisse rigettato dalla Cassazione il criterio del collegamento probatorio per “unicità della fonte probatoria”, perché ciò avrebbe portato alla legittimazione dell’uso indiscriminato delle captazioni per i reati diversi, pur sempre derivanti dalla medesima fonte di prova costituita dalle intercettazioni oggetto della controversia. In senso analogo, il semplice dato del collegamento “occasionale” tra reati non può fungere evidentemente da criterio per la delicata decisione processuale di utilizzabilità ed anche in questo passaggio la sentenza risulta ineccepibile”.

della eccezione difensiva in ragione della autonomia della posizione del ricorrente, ancorché concorrente nel reato”<sup>36</sup>.

Da tanto la peculiarità decisoria rilevante anche ai sensi dell’art. 618 c.p.p.: un contrasto “interno” tra sezioni semplici, per giunta pronunciate rispetto alla medesima regiudicanda!

Ad ogni buon conto, *a latere* di tale, specifica, vicenda risaltano alcune decisioni di merito attraverso le quali si è conferita corretta attuazione – ed interpretazione – al *dictum* della sentenza Cavallo, distonico con quello reso dalla pronuncia in commento.

Significativa, in tale direzione, una articolata decisione del Tribunale del riesame di Milano<sup>37</sup> con la quale si è puntualizzato che: “Nel risolvere il conflitto in ordine alla interpretazione del concetto di procedimento diverso di cui all’art. 270 cpp, le Sezioni Unite concludono nel senso che deve ritenersi non diverso il procedimento che abbia ad oggetto reati connessi ai sensi dell’art. 12 lett. b) e c) cpp a quelli oggetto della autorizzazione delle operazioni di intercettazione di cui si intendono utilizzare i risultati, con conseguente inapplicabilità dei limiti e della disciplina di cui all’art. 270 c.p.p.”.

Ed ancora: “...atteso che i reati indicati nella richiesta/autorizzazione ed i reati scoperti *ex post*, grazie alle medesime intercettazioni, sono avvinti dal legame sostanziale dato dalla connessione qualificata *ex art.* 12 cpp, che esclude a monte il pericolo di autorizzazione in bianco e la paventata violazione dei principi costituzionali in tema di libertà e segretezza delle comunicazioni *ex art.* 15 Cost.”.

I riportati passaggi se da un lato danno conferma (ed attuazione), in maniera perspicua, del principio di diritto affermato dalla sentenza Cavallo, dall’altro, forniscono la dimensione della aporia che nella specie si riscontra, tale da sollecitare un imprescindibile intervento chiarificatore del Supremo consesso nomofilattico.

## 6. Il ribaltamento di prospettiva rispetto alle incompatibilità dichiarative.

Gli enunciati riferimenti lessicali alle ipotesi di connessione “forte” e “debole” rimandano, a ben vedere, ai canoni operanti per le incompatibilità testimoniali.

Anzi, i meccanismi di impiego intercettivo *ex art.* 270 c.p.p. – forgiati sul paradigma del “medesimo procedimento” sciorinato dalle Sezioni unite – paiono ribaltati rispetto a quelli sottesi agli artt. 197 e 197-*bis* c.p.p.

In tali, ultime, evenienze, infatti, la connessione è considerata “forte” proprio rispetto alla ipotesi di cui all’art. 12, lett. a), c.p.p., risaltando, nella specie, il legame soggettivo che avvince il potenziale dichiarante con l’imputato del processo “principale”.

Invero, non tutti i casi di connessione sono idonei a far scattare l’incompatibilità con l’ufficio di testimone ma solo quelli previsti dall’art 12, comma 1, lett. a) e lett. c), c.p.p. In altre parole, solo quelli relativi ad ipotesi concorsuali eventuali o necessarie,

<sup>36</sup> Cass., Sez. VI, 11 giugno 2020, n. 20558, *inedita*.

<sup>37</sup> [Tribunale Riesame di Milano, ord. 2 novembre 2020](#), in questa *Rivista*, 15 novembre 2020, con [annotazione](#) di ALBANESE.

nonché ai casi di cooperazione o determinazione dell'evento attraverso più condotte indipendenti. Tale incompatibilità è destinata a durare fin quando il soggetto non abbia definito la propria situazione processuale; cioè, fin tanto che sia attuale la sua esigenza di esercitare il diritto di difesa.

L'art 12, lett. a), c.p.p., nella citata prospettiva, contempla una ipotesi di connessione ("forte") se il reato per cui si procede è stato commesso da più persone in concorso o cooperazione fra loro, o se più persone con condotte indipendenti hanno determinato l'evento.

L'art 12, lett. c), c.p.p., viceversa, disciplina una connessione ("debole") di imputazioni se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri (o in occasione di questi ovvero per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità).

E così, la possibilità di lettura delle precedenti dichiarazioni viene limitata, ai sensi dell'art. 513 c.p.p., alla categoria delle persone imputate in procedimento connesso di cui all'art. 210, comma 1, c.p.p. ossia alle persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lettera a), c.p.p. Questo significa che la portata applicativa delle "letture acquisitive", nel caso di dichiarazioni *erga alios* che non è possibile condurre in dibattimento ovvero nel caso di esercizio del diritto al silenzio, viene limitata, dal punto di vista soggettivo, alla categoria dei dichiaranti imputati in procedimento connesso, laddove sussista una connessione "forte".

Qualora il legame di connessione sia "debole", ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera c), o 371, comma 2, lettera b), c.p.p. non trova, invece, alcuno spazio di operatività il meccanismo di recupero di cui all'art. 513, comma 2, c.p.p. in quanto ai sensi dell'art. 210, comma 6, c.p.p. si tratta di imputati connessi che in precedenza non hanno reso dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità altrui.

Rimestando il versante intercettivo, le ragioni del descritto corto circuito allignano (ancora una volta) nella valorizzazione di categorie di diritto penale sostanziale, che espongono ad innumerevoli rischi nella ipotesi in disamina; se il ragionamento si fosse sviluppato sulla imputazione-fatto processuale, (anziché sui reati), si sarebbe pervenuti a risultati univoci sul fronte della "giustificazione del potere" e della utilizzabilità dei risultati captativi.

Non è errato sostenere, in via generale, che, allorquando le intercettazioni siano state autorizzate per un reato rientrante nel novero dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., le stesse potranno essere utilizzate anche in procedimenti connessi; tuttavia, appare non immune da censure l'argomento principale addotto a sostegno della tesi.

Sembra capzioso, infatti, circoscrivere i limiti di ammissibilità, *ex art.* 266 c.p.p., alla genesi dell'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari; così che nella fase dinamico-funzionale i risultati delle intercettazioni potranno essere impiegati come prova per il procedimento nella sua interezza, non ostandovi motivi che ne consentano una fruizione parziale, limitata cioè ad alcuni soltanto dei reati – oggetto di legame oggettivo a quello per cui si procede – emersi nel corso dell'attività di indagine.

Una simile conclusione si esporrebbe alla censura del "deficit motivazionale".

Invero, pur essendo la captazione legittimata da una fattispecie riconducibile alle ipotesi di cui all'art. 266 c.p.p., di fatto, il provvedimento autorizzativo del giudice

sarebbe motivato in relazione a specifiche esigenze concernenti una particolare imputazione e non il “fatto reato” nella sua interezza.

Soltanto se si prende a misura del potere autorizzativo il fatto processuale, insomma, lo stesso si presenterà unitario nelle ipotesi connettive (“forti”), a prescindere dalla cognizione, “topograficamente” disgiunta, su ciascuna singola fattispecie.

In siffatte evenienze, il provvedimento autorizzativo della captazione non realizzerà alcun *deficit* motivazionale, proprio perché la valutazione del giudice coprirà le specifiche “contestazioni” che ad esso siano riconducibili per il loro, stretto, legame funzionale.

Solo in tal modo potrà argomentarsi nel senso che il legittimo esercizio del “potere” di controllo da parte del giudice per le indagini preliminari consentirà la piena utilizzabilità probatoria del mezzo autorizzato il quale raggiungerà, di conseguenza, lo “scopo” cui è preordinato.



**SULLA RETROATTIVITÀ DELL'OVERRULING IN MATERIA  
PROCESSUALE, TRA SOGGEZIONE DEL GIUDICE ALLA LEGGE  
E GIUSTO PROCESSO**

*Cass., Sez. III, sent. 27 novembre 2020 (dep. 15 gennaio 2021) n. 1731, Pres. Di Nicola,  
est. Di Stasi*

di Beatrice Fragasso

1. Con la sentenza in commento, la Cassazione si pronuncia sul tema dell'efficacia nel tempo dei mutamenti giurisprudenziali in materia di norme processuali penali, affermando che l'*overruling* è sempre applicabile retroattivamente, a meno che non sia imprevedibile, tale dunque da incidere irrimediabilmente sull'affidamento della parte nella predeterminazione delle regole del processo. La pronuncia rappresenta un'occasione per riflettere su una questione poco dibattuta in sede penalistica e per tentare di abbozzare alcune soluzioni interpretative ispirate dalla giurisprudenza civile.

1.1. Innanzitutto, a fini di esposizione, può essere utile chiarire l'oggetto del mutamento giurisprudenziale in questione.

Le Sezioni Unite nel 2019 erano state chiamate a dirimere un contrasto giurisprudenziale formatosi sui termini di impugnazione in caso di condanna di imputato assente, a seguito di giudizio abbreviato. Ci si chiedeva se dopo la riforma della disciplina del processo *in absentia* (l. 8 aprile 2014, n. 67) e la riscrittura dell'art. 420-*bis* c.p.p. all'imputato assente nel giudizio abbreviato dovesse essere notificato l'estratto della sentenza ai sensi dell'art. 442 c.p.p., comma 3 («[l]a sentenza è notificata all'imputato che non sia comparso») e art. 134 disp. att. c.p.p. («[l]a sentenza emessa nel giudizio abbreviato è notificata per estratto all'imputato non comparso, unitamente all'avviso di deposito della sentenza medesima») o se, invece, tali norme fossero da ritenersi tacitamente abrogate.

Un primo maggioritario orientamento<sup>1</sup> riteneva che le suddette disposizioni fossero state implicitamente abrogate già dalla l. 16 dicembre 1999 n. 479, che – nell'estendere al giudizio abbreviato l'istituto della contumacia – ne disponeva la sostituzione con la previsione di cui all'art. 548, co. 3, c.p.p. («L'avviso di deposito con l'estratto della sentenza è in ogni caso notificato all'imputato contumace è comunicato al procuratore generale presso la corte di appello»). Il riferimento alla notifica all'imputato contumace era stato in seguito espressamente espunto dall'art. 548, co. 3, c.p.p. proprio

---

<sup>1</sup> Vd. Cass., sez. VI, 16 gennaio 2019, n. 12536, rv. 276377; Cass., sez. II, 25 settembre 2018, n. 57918, rv. 274473; Cass., sez. I, 22 maggio 2018, n. 31049, rv. 273485; Cass., sez. VI, 19 aprile 2017, n. 35215, rv. 270911; Cass., sez. III, 22 marzo 2017, n. 19619, rv. 270217.

dalla l. 67/2014, in concomitanza con la riformulazione dell'art. 420-*bis* c.p.p. L'eventuale notifica effettuata dalla cancelleria, in base a tale posizione ermeneutica, avrebbe dunque costituito un adempimento meramente ultroneo e non dovuto, inidoneo a produrre qualsiasi effetto.

Secondo un diverso indirizzo<sup>2</sup>, invece – in assenza di abrogazione esplicita – le norme erano da considerarsi valide e, dunque, l'estratto della sentenza avrebbe dovuto essere sempre notificato all'imputato.

Dall'adozione dell'uno o dell'altro orientamento dipendeva l'individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione: nel primo caso, i trenta giorni per proporre appello sarebbero decorsi – come per il processo ordinario – dalla scadenza del termine di legge o di quello eventualmente stabilito *ex art. 544, co. 3, c.p.p.*; nel secondo caso, i termini avrebbero iniziato a decorrere dalla notifica dell'avviso di deposito della sentenza.

Con la sentenza Sinito<sup>3</sup>, le Sezioni Unite risolvevano il contrasto in favore della prima tesi, stabilendo che la pronuncia emessa nel giudizio abbreviato non deve essere notificata per estratto all'imputato assente e che, di conseguenza, i termini per l'impugnazione decorrono dalla scadenza del termine di legge o di quello eventualmente stabilito *ex art. 544, co. 3, c.p.p.*

### 1.2. Arriviamo, allora, alla questione sottoposta alla Cassazione nel caso di specie.

I ricorrenti lamentavano che la Corte d'Appello di Trento – nel dichiarare inammissibile, in quanto tardivo, l'appello da essi proposto in relazione ad una sentenza di condanna pronunciata *in absentia* con rito abbreviato – aveva identificato il *dies a quo* per l'impugnazione sulla base della posizione assunta dalle Sezioni Unite nella sentenza Sinito, violando dunque il principio di irretroattività dell'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole sopravvenuta (artt. 25, co. 2, Cost., 111 Cost., 2 c.p.).

L'atto di appello era in effetti stato proposto prima dell'intervento delle Sezioni Unite: la sentenza di condanna era stata pronunciata il 13 settembre 2018 e depositata il 17 settembre 2018; il 20 ottobre 2018 la cancelleria del giudice notificava la sentenza agli imputati non comparsi e questi ultimi proponevano appello in data 19 novembre 2018.

La Corte d'Appello di Trento, con sentenza del 26 febbraio 2020, dichiarava inammissibile l'appello, poiché presentato oltre il termine di trenta giorni previsto dall'art. 585, co. 1, lett. b, c.p.p., da ritenersi decorrente dal termine per il deposito delle motivazioni (quindici giorni *ex art. 544, co. 2, c.p.p.*; in questo caso, dunque, il lasso di tempo utile per la proposizione dell'appello sarebbe andato dal 28 settembre 2018 al 28 ottobre 2018).

### 1.3. La Cassazione rigetta le deduzioni dei ricorrenti, affermando che l'efficacia retroattiva del c.d. *overruling* è sempre consentita quando – come in questo caso – l'interpretazione della norma ad opera dell'organo nomofilattico costituisce lo sviluppo prefigurabile di interventi già noti e risalenti; deve, invece, escludersi nei casi di radicale

<sup>2</sup> Vd. Cass., sez. III, 19 gennaio 2018, n. 32505, rv. 273695; Cass., sez. III, 27 marzo 2015, n. 29286; Cass., sez. I, 3 novembre 2015, dep. 2016, n. 33540.

<sup>3</sup> Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2019, dep. 13 gennaio 2020, n. 698, Sinito.

innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni. Va tra l'altro sottolineato che, con riferimento all'applicabilità retroattiva della sentenza Sinito, la Corte si era già espressa in altre due occasioni nei mesi precedenti, giungendo alle medesime conclusioni<sup>4</sup>.

A supporto argomentativo, la Corte richiama una ricca giurisprudenza delle Sezioni Unite civili (e, in particolare, la sentenza n. 15144 dell'11 luglio 2011<sup>5</sup>, considerata un vero e proprio *leading case* in materia), in base alla quale il mutamento dell'interpretazione della norma processuale da parte del giudice della nomofilachia che porti a ritenere esistente, in danno di una parte in giudizio, una decadenza o una preclusione prima escluse, ha normalmente efficacia retroattiva, in grado, dunque, di rendere irrituale l'atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte, in conformità all'indirizzo precedente. All'origine di tale orientamento vi è la concezione – propria degli ordinamenti di *civil law* – in base alla quale gli enunciati giurisprudenziali hanno natura puramente dichiarativa: una posizione che ha solide radici nel principio della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, co. 2, Cost.), che impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto e, dunque, di parametro normativo rilevante ai fini della verifica di validità degli atti.

Unica eccezione all'efficacia retroattiva dell'*overruling* è costituita dai casi in cui la precedente interpretazione, poi riconosciuta errata e *contra legem*, abbia creato l'apparenza di una regola, sulla quale le parti abbiano posto affidamento; solo allora si giustifica una scissione tra il fatto (ossia il comportamento della parte, risultante *ex post* difforme rispetto alla corretta regola del processo) e il principio di diritto espresso dalla giurisprudenza di legittimità. In questi casi, nel bilanciamento tra principio della soggezione del giudice alla legge e principio del giusto processo, deve prevalere quest'ultimo, con la conseguenza che è esclusa l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione della norma stessa. A tal proposito, va rilevato che la Cassazione civile non considera "imprevedibile" l'*overruling* che – nell'ambito di un preesistente contrasto giurisprudenziale – adotti uno tra gli orientamenti divergenti, ancorché minoritario<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Vd. Cass., sez. V, 14 novembre 2019, dep. 2020, n. 4455, *DeJure*; Cass., sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 10659, *DeJure*.

<sup>5</sup> Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1078, con nota di M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*; vd. anche Cass. civ., Sez. un., 21 novembre 2011, n. 24413, rv. 619591; Cass. civ., Sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, rv. 652852; Cass., Sez. un., 8 novembre 2018, n. 28575, rv. 651358.

<sup>6</sup> Cass. civ., sez. I, 15 dicembre 2011, n. 27086; Cass. civ., sez. VI, 15 febbraio 2018, n. 3782. Sull'insussistenza del requisito dell'"imprevedibilità" in caso di preesistente contrasto giurisprudenziale, la sentenza in commento cita anche la giurisprudenza penale di legittimità sul divieto di applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale relativo all'interpretazione di norme sostanziali, vd. Cass., sez. V, 24 aprile 2018, n. 37857; Cass., sez. V, 17 maggio 2018, n. 41846; Cass., sez. V, 17 giugno 2016, n. 31648; Cass., sez. V, 9 luglio 2018, n. 47510; Cass., sez. V, 12 dicembre 2018, dep. 2019, n. 13178; Cass. sez. V, 3 marzo 2020, n. 12747.

Applicando allora tali principi al caso di specie, la Cassazione esclude che l'attribuzione di efficacia retroattiva alla pronuncia Sinito violi l'affidamento processuale dell'imputato, dal momento che le Sezioni Unite si erano limitate a confermare uno tra gli orientamenti – oltretutto, quello maggioritario – che erano oggetto del contrasto giurisprudenziale.

1.4. Infine, la Cassazione – in maniera, come vedremo tra poco, non del tutto persuasiva – fonda la sua decisione di rigetto anche sulla giurisprudenza penale di legittimità relativa al divieto di applicazione retroattiva del mutamento interpretativo di norme sostanziali<sup>7</sup>, affermando che «l'art. 7 della CEDU – così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenza 22 novembre 1995, s.w. c. Regno Unito, ric. N. 20166/92; Corte EDU, Grande Camera, sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. N. 42750/09) – non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale nel caso in cui il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa».

2. Come già accennato, quella in commento è una delle prime sentenze di legittimità che – pur non accogliendo le doglianze dei ricorrenti – apre alla possibilità di limitare l'efficacia retroattiva dei mutamenti interpretativi di disposizioni processuali penali, qualora questi siano imprevedibili. Se il fenomeno dell'*overruling* in materia penale è stato oggetto di un vivace, e non ancora sopito, dibattito scientifico<sup>8</sup> – soprattutto a seguito della pronuncia della Corte Edu sul caso *Contrada c. Italia*<sup>9</sup> – la medesima questione, con riferimento alle norme processuali penali, è ancora pressoché inesplorata.

Prima di entrare nel merito delle questioni affrontate dalla Corte, è infatti necessario sgombrare il campo da considerazioni potenzialmente fuorvianti. La questione sottoposta all'attenzione della Cassazione poco ha a che fare con il principio di legalità della norma penale (art. 25, co. 2, Cost. e art. 7 CEDU), anche nell'interpretazione estensiva che ne dà la Corte EDU.

<sup>7</sup> Cass., sez. II, 18 febbraio 2016, n. 21596; Cass., sez. F, 1 agosto 2013, n. 35729.

<sup>8</sup> La bibliografia è ormai molto ampia. Tra i numerosissimi contributi, ci limitiamo qui a segnalare quelli contenuti in C.E. Paliero – S. Moccia – G.A. De Francesco – G. Insolera – M. Pelissero – R. Rampioni – L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"* – Atti del Convegno dell'AIPDP, Napoli, 7-8 novembre 2014, ESI, Napoli, 2016; A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017; vd. anche M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3, 2016, p. 13; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, 2a ed., 2014; V. MANES, *Common Law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, 2017, p. 151.

<sup>9</sup> Vd. C. Edu, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n. 3), in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2014, con nota di C. CONIGLIARO, [La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada](#); vd. ex pluribus D. PULITANÒ, [Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2, 2015, p. 46; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1061; S.E. GIORDANO, [Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia](#), in *Arch. pen.*, n. 2/2015.

Come è noto, la *vis* espansiva dell'art. 7 CEDU opera sostanzialmente in tre direzioni: da un lato, sul fronte del costante ampliamento del concetto di *matière pénale*<sup>10</sup> – che oggi comprende, pacificamente, sia le sanzioni amministrative punitive<sup>11</sup> sia quelle misure che, ancorché formalmente processuali, determinano una trasformazione della portata applicativa della pena<sup>12</sup> – dall'altro, con la riconduzione della giurisprudenza al concetto di "*law*"<sup>13</sup>, infine, con il riconoscimento del principio di retroattività della legge penale più mite<sup>14</sup>.

L'approccio "sostanzialista" adottato dalla Corte EDU – sempre più spesso fatto proprio, in maniera condivisibile, anche dal nostro giudice delle leggi – impone di verificare il campo di applicazione dei principi fondamentali sulla base della *ratio* delle norme, più che delle etichette attribuitegli dal legislatore. Scontando il rischio di ribadire l'ovvio, preme qui rilevare come l'esigenza di sistema cui risponde il principio di legalità (con il suo corollario dell'irretroattività *in malam partem*) è quella di consentire al cittadino di prevedere le conseguenze delle sue azioni, di sapere se una determinata condotta costituisce reato e, in questo caso, con quale pena potrà essere punita<sup>15</sup>.

È proprio sulla base di questa *ratio* che alcune norme formalmente processuali sono state riconosciute soggette al principio di irretroattività: si pensi alle norme che regolano le diminuzioni di pena in caso di accesso ad un rito alternativo<sup>16</sup> o a quelle che

<sup>10</sup> I c.d. criteri Engel (la cui denominazione trae origine dalla sentenza nella quale sono stati elaborati vd. C. Edu, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*) costituiscono ormai un punto fermo della giurisprudenza di Strasburgo, vd. *ex multis* Corte Edu, *Oztürk c. Repubblica federale tedesca*, 21 febbraio 1984, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, con nota di C.E. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale, 1985, p. 894; C. Edu, *Welch c. Regno Unito*, 26 febbraio 1996; C. Edu, *Jussila vs. Finlandia*, 23 novembre 2006.

<sup>11</sup> Sulle sanzioni amministrative in materia di *market abuse* vd. le ormai celebri C. Edu, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, con nota di A.F. TRIPODI, [Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), C. Edu, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, [La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#); in materia tributaria si veda per tutte C. Edu, 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2017, con nota di F. VIGANÒ, [Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari](#).

<sup>12</sup> Vd. C. Edu, 21 ottobre 2013, *Del Río Prada c. Spagna*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, con nota di F. MAZZACUVA, [La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli](#).

<sup>13</sup> Vd. C. Edu, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n. 3), cit.; vd. anche C. Edu, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*; C. EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*.

<sup>14</sup> Vd. C. Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832, con nota di G. ICHINO, *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*.

<sup>15</sup> Vd. Corte Cost., sent. 23 marzo 1988, n. 364; sent. 19 luglio 2011, n. 236; sent. 23 novembre 2006, n. 394; da ultimo vd. sent. 18 novembre 2020, n. 278. Oltre a tale *ratio* tradizionale, la Corte Cost., nella sentenza 12 febbraio 2020, n. 32, ne ha individuata una seconda, corrispondente alla necessità di erigere «un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti».

<sup>16</sup> Vd. C. Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit. – sentenza nota soprattutto per aver riconosciuto il principio di retroattività della *lex mitior* in materia penale – in cui la Corte EDU qualificava l'art. 442, co. 2, c.p.p. come norma di diritto penale sostanziale, in virtù del suo impatto sulla *species* e sul *quantum* della pena applicabile.

determinano una trasformazione della natura della pena<sup>17</sup>. Al contrario, la normativa sui termini di impugnazione<sup>18</sup> – così come quella concernente l'ammissibilità delle prove<sup>19</sup> o l'applicazione ed esecuzione della pena<sup>20</sup> – non rientra nel campo di applicazione dell'art. 7 CEDU, poiché estranea alla *ratio* anzidetta.

Le norme strettamente processuali, com'è noto, sono infatti soggette al *tempus regit actum* (art. 11 disp. prel.), principio che ha la funzione di tutelare l'affidamento processuale delle parti, impedendo che le nuove disposizioni travolgano gli atti effettuati in conformità alla disciplina abrogata<sup>21</sup>. Non è di certo questa la sede per affrontare i complessi problemi relativi alla successione delle norme processuali penali nel tempo<sup>22</sup>; basterà qui rilevare che anche il principio del *tempus regit actum* pone un limite all'effetto retroattivo degli interventi legislativi. Il *tempus* rilevante sarà tuttavia il momento dell'insorgere dell'affidamento processuale (normalmente, dunque, il tempo della realizzazione dell'atto, oppure, in caso di fattispecie a formazione progressiva, il tempo della realizzazione del primo atto della sequenza), non il *tempus commissi delicti*, che rileva, invece, per l'applicazione delle norme penali sostanziali.

Qualora le nuove disposizioni processuali avessero efficacia retroattiva, infatti, non ne risulterebbe incisa la «certezza di libere scelte d'azione»<sup>23</sup> garantita dall'art. 25, co. 2, Cost., ma si realizzerebbe piuttosto un «cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata»<sup>24</sup>, tale da impedire alle parti di prevedere le conseguenze delle proprie condotte e strategie *processuali*. Sebbene, dunque, l'affidamento sulla stabilità delle regole del processo non rientri – per esplicita indicazione della Corte Costituzionale<sup>25</sup> – nel campo di applicazione dell'art. 25, co. 2, Cost.<sup>26</sup>, si deve ritenere

<sup>17</sup> Vd. C. Edu, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit.

<sup>18</sup> C. Edu, 12 febbraio 2004, *Mione c. Italia*.

<sup>19</sup> C. Edu, 10 luglio 2007, *Rasnik c. Italia*.

<sup>20</sup> Vd. C. Edu, 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*, in cui la Corte europea ha ritenuto di natura processuale e, quindi, non sottoposte al divieto di applicazione retroattiva le disposizioni che regolano i requisiti per l'accesso al rito premiale.

<sup>21</sup> Sul tema del rapporto tra *tempus regit actum* e affidamento processuale vd. M. CHIAVARIO, [Norme processuali penali nel tempo: sintetica rievocazione \(a base giurisprudenziale\) di una problematica sempre attuale](#), in *Leg. pen.*, 31 luglio 2017, p. 6; O. MAZZA, [La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore](#), in *Arch. pen.*, 2/2019, p. 6 ss.

<sup>22</sup> Fondamentali a tal proposito sono M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Giuffrè, 1987; O. Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, 1999; M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978; più recentemente – e in chiave di problematizzazione del principio del *tempus regit actum* – vd. F. CONSULICH, [Actus regit tempus? La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo](#), in *Criminalia*, 2019; G. TRINTI, [Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato](#), in *Dir. pen. cont.*, 9/2017.

<sup>23</sup> Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364.

<sup>24</sup> Cass. civ., sez. II, ord. 17 giugno 2010, n. 14627; la fortunata espressione sarà ripresa anche dalla giurisprudenza successiva, vd. *ex pluribus* Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144; Cass. civ., 21 dicembre 2012, n. 23836.

<sup>25</sup> Vd. Corte Cost., sent. 19 novembre 2012, n. 264: «[il] divieto di retroattività della legge [...] pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost.».

<sup>26</sup> Sembrano invece ricondurre il tema dell'affidamento processuale alla *ratio* – seppur intesa in maniera estensiva – dell'art. 25, co. 2, Cost., M. CHIAVARIO, [Norme processuali penali nel tempo: sintetica rievocazione \(a](#)

che esso riceva comunque una copertura costituzionale: possono essere evocati, a tal proposito, il principio del giusto processo (art. 111 Cost.) e il diritto di difesa (art. 24 Cost.)<sup>27</sup>. La Corte EDU, d'altra parte, tende a censurare le leggi retroattive sulla base dell'art. 6 CEDU<sup>28</sup> e art. 1 prot. 1 sulla tutela della proprietà<sup>29</sup>.

Va sottolineato, in ogni caso, che al legislatore non è impedito *tout court* di emanare norme retroattive; la legittimità di queste è tuttavia subordinata alla verifica sul fatto che «la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti “motivi imperativi di interesse generale”»<sup>30</sup>. La giurisprudenza costituzionale sulle leggi di interpretazione autentica<sup>31</sup> è a questo proposito emblematica, avendo a più riprese censurato leggi che – nel derogare al principio del *tempus regit actum* – comprimono irragionevolmente l'affidamento di una parte. Pensiamo, ad esempio, alla sentenza C. Cost. 10 luglio 2002, n. 394, con la quale la Consulta dichiarava illegittimo l'articolo 10 della legge 27 marzo 2001, n. 97 nella parte in cui disponeva l'applicabilità degli articoli 1 e 2 della stessa legge (che riconoscono efficacia di giudicato alla sentenza penale di condanna – e dunque di patteggiamento, *ex art. 445, co. 1-bis, c.p.p.* – nel giudizio disciplinare davanti alle pubbliche autorità) ai patteggiamenti perfezionatisi anteriormente all'emanazione del nuovo provvedimento. A parere della Corte «[la] disposizione transitoria, in contrasto con il congiunto operare delle garanzie poste dagli articoli 3 e 24 della Costituzione, ha radicalmente innovato alla disciplina che l'imputato aveva avuto presente nel ponderare l'opportunità di addivenire al patteggiamento ed ha retroattivamente attribuito al consenso prestato l'ulteriore significato di una rinuncia alla difesa anche nel successivo procedimento disciplinare»<sup>32</sup>.

---

[base giurisprudenziale\) di una problematica sempre attuale](#), cit., O. MAZZA, [La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore](#), cit., p. 6.

<sup>27</sup> In questo senso vd. V. MANES – F. MAZZACUVA, [Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale](#), in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020; F. CONSULICH, *Actus regit tempus*, cit., p. 17, che cita anche gli artt. 13 e 2 Cost. («non può certo definirsi inviolabile quel diritto dell'individuo che sia alla mercé di una legge sopravvenuta e non conosciuta»).

<sup>28</sup> Vd. C. Edu, 24 giugno 2014, *Azienda Agricola Silverfunghi sas c. Italia*; C. Edu, 31 maggio 2011, *Maggio c. Italia*.

<sup>29</sup> La Corte reputa infatti la stabilità del quadro normativo una “*possession*” ai sensi dell'art. 1 prot. add. 1. Solitamente, la Corte ritiene violati contestualmente l'art. 6 e l'art. 1 prot. add. 1, vd. C. Edu, 11 aprile 2002, *Smokovits c. Grecia*; C. Edu, 3 settembre 2013, *M.C. c. Italia*.

<sup>30</sup> Corte Cost., sent. 4 luglio 2013, n. 170; vd. anche sent. 5 aprile 2012, n. 78; sent. 7 giugno 2010, n. 209; sent. 10 luglio 2002, n. 394.

<sup>31</sup> Sull'efficacia intertemporale delle leggi interpretative si vd. O. MAZZA, [La norma processuale penale nel tempo](#), cit. p. 257 ss.; A. PUGIOTTO, [La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali](#), Giuffrè, 2003; D. ZANONI, [Retroattività ed interpretazione autentica nel gioco del bilanciamento tra le Corti](#), in *Rivista Aic*, 25 maggio 2020.

<sup>32</sup> Allo stesso modo, nel sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. b), della l. n. 3/2019 (c.d. Spazzacorrotti) – che modificava l'art. 4-bis ord. penit., estendendo il regime ostativo ivi previsto ai delitti di cui agli artt. 318, 319, 319-*quater* e 321 c.p., omettendo tuttavia di introdurre un regime transitorio per i procedimenti in corso – alcuni ricorrenti lamentavano la violazione, oltre che dell'art. 25, co. 2, Cost., anche dell'art. 24 Cost., allegando che l'applicazione retroattiva delle nuove disposizioni avrebbe vanificato le strategie processuali dell'imputato, il quale «potrebbe avere chiesto l'applicazione di un rito

3. Ebbene, se lo *ius superveniens* solo eccezionalmente può avere effetto retroattivo, la natura degli arresti giurisprudenziali è proprio quella di decidere *sul passato*, adeguando l'astratto disposto normativo alle peculiarità del caso di specie. Talvolta, tuttavia – ed ecco che arriviamo alle doglianze sollevate dai ricorrenti nella pronuncia in commento – l'interpretazione delle norme è talmente consolidata che il suo repentino e non prevedibile mutamento può determinare, sull'affidamento della parte processuale, gli stessi effetti di una modifica legislativa. Tali considerazioni – un tempo legate al mero affermarsi, anche nel nostro paese, di una “cultura del precedente” – hanno acquisito maggiore concretezza a seguito dell'introduzione del meccanismo di rimessione “obbligatoria” alle Sezioni Unite (co. 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p., inserito con l. 23 giugno 2017, n. 103<sup>33</sup>): alla maggiore prevedibilità delle decisioni giudiziarie corrisponde infatti un accentuato affidamento del cittadino nella stabilità della giurisprudenza<sup>34</sup>.

Si tratterà, allora, di comprendere se e in quali casi al mutamento giurisprudenziale in materia di norme processuali sia applicabile il principio del *tempus regit actum*: a tal fine, sarà necessario effettuare un bilanciamento tra diritto di difesa (art. 24 Cost.) e al giusto processo (art. 111 Cost.), da una parte, e principio di soggezione del giudice alla legge (101 Cost., co. 2), dall'altra.

Da un lato, infatti, vi è la necessità di garantire la predeterminazione delle regole di svolgimento del processo, aspetto imprescindibile dei principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost., in un certo senso condizione preliminare per la stessa esistenza dello stato di diritto (il profilo, oltretutto, è ancora più significativo quando si discute, come nel caso di specie, di preclusioni dall'esercizio del diritto di agire in giudizio, che, inevitabilmente, comportano l'annichilimento della posizione sostanziale sottostante<sup>35</sup>). D'altra parte, negare l'efficacia retroattiva ai mutamenti interpretativi – assimilando in questo modo gli arresti giurisprudenziali allo *ius superveniens* – sembrerebbe porsi in contrasto con il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, volto a garantire l'indipendenza funzionale dell'organo giudicante nel momento dell'applicazione – e della previa interpretazione – della legge, ovvero sia il divieto di interferenza di qualsiasi soggetto o autorità nella decisione del caso concreto.

alternativo confidando in una diminuzione di pena sufficiente a poter beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione; sospensione che, invece, non potrebbe essere più accordata in forza dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019». I giudici costituzionali, tuttavia, nel dichiarare incostituzionale la norma per contrasto con l'art. 25, co. 2, Cost., hanno ritenuto assorbito il motivo fondato sull'art. 24 Cost. La scelta non pare del tutto condivisibile, stante l'autonomia del profilo del diritto di difesa rispetto a quello inerente l'irretroattività della norma penale, vd. in questo senso V. MANES – F. MAZZACUVA, [Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale](#), cit., p. 11.

<sup>33</sup> Sul punto vd. diffusamente G. FIDELBO, [Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018; sul rapporto tra art. 618, co. 1-*bis*, c.p.p. e *prospective overruling* vd. A. CAPUTO – G. FIDELBO, [Appunti per una discussione su ruolo della Corte di cassazione e “nuova” legalità](#), in *Sist. pen.*, 3/2020, p. 108.

<sup>34</sup> Così A. CAPUTO – G. FIDELBO, [Appunti per una discussione su ruolo della Corte di cassazione e “nuova” legalità](#), cit., p. 108.

<sup>35</sup> M. CONDORELLI – L. PRESSACCO, [Overruling e prevedibilità della decisione](#), in *Questione Giustizia*, 4/2018.

4. Prima che emergesse la questione dell'applicabilità retroattiva dei principi espressi nella sentenza Sinito, solo di rado la Cassazione penale aveva avuto l'occasione di pronunciarsi sull'efficacia intertemporale dei mutamenti giurisprudenziali; in questi casi aveva stabilito che «il principio "*tempus regit actum*" riguarda solo la successione nel tempo delle leggi processuali e non anche delle interpretazioni giurisprudenziali di queste ultime sicché qualora si succedano, in sede di legittimità, interpretazioni difformi di norme processuali, il provvedimento assunto nell'osservanza di un orientamento in seguito non più condiviso non può considerarsi legittimo»<sup>36</sup>. Nessun meccanismo veniva ipotizzato per tutelare l'affidamento incolpevole dell'imputato (e del suo difensore) nell'orientamento giurisprudenziale ormai superato. Il principio di diritto anzidetto va tuttavia contestualizzato nelle questioni che erano state sottoposte alla Suprema Corte, sollevate dall'imputato proprio al fine di garantire l'efficacia retroattiva *in bonam partem* di un mutamento giurisprudenziale (in alcuni casi, ad esempio, la Cassazione – nell'applicare i principi enunciati dalle Sezioni Unite – dichiarava inutilizzabili le intercettazioni<sup>37</sup>, in un altro annullava la sentenza per difetto di competenza<sup>38</sup>).

In tali ipotesi, una limitazione dell'efficacia retroattiva delle sentenze delle Sezioni Unite avrebbe avuto effetti sfavorevoli per l'imputato, con la conseguenza paradossale di garantire il preteso affidamento del pubblico ministero nell'interpretazione *contra legem* della norma processuale penale; affidamento di certo non meritevole di tutela, a meno di non voler accordare al "diritto di accusa" una prevalenza rispetto al principio di cui all'art. 101, co. 2, Cost.

5. Nel caso di specie, invece, la Cassazione si trova ad affrontare il caso opposto: *quid iuris* nel caso in cui l'efficacia retroattiva del mutamento giurisprudenziale produca effetti *in malam partem*? La Corte riprende – in maniera condivisibile, a parere di chi scrive – i principi stabiliti dalla Cassazione civile, frutto di un'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale ormai decennale<sup>39</sup>. Tuttavia, alla corretta enunciazione

---

<sup>36</sup> Cass., sez. II, 6 maggio 2010, n. 19716, Merlo; Cass., sez. VI, 26 maggio 2008, n. 29684, Sorce; Cass., sez. II, 16 ottobre 2019, n. 44678; Cass. sez. VI, 25 febbraio 2020, n. 14051.

<sup>37</sup> In Cass., sez. VI, 26/05/2008, n. 29684, Sorce, la Cassazione annullava una sentenza di condanna che aveva stabilito – conformemente all'orientamento giurisprudenziale allora prevalente – l'utilizzabilità di intercettazioni ambientali eseguite mediante l'impiego di impianti esterni, senza che il mancato uso degli strumenti in dotazione alla procura fosse motivato: in questo caso, a parere della Corte, il principio successivamente affermato dalle Sezioni Unite con sentenza 31 ottobre 2001 n. 42792, Policastro – che equiparava intercettazioni ambientali e telefoniche quanto all'obbligo di motivazione suddetto – doveva essere applicato retroattivamente. In Cass., sez. VI, 25/02/2020, n. 14051, la Corte stabiliva che le intercettazioni assunte in violazione dei principi stabiliti dalla sentenza Sezioni Unite del 28 novembre 2019, n. 51. Cavallo, erano illegittime, benché l'orientamento giurisprudenziale allora prevalente le consentisse.

<sup>38</sup> In Cass., sez. II, 16 ottobre 2019, n. 44678, la Cassazione annullava una sentenza di condanna per vizio di competenza, rilevando che la competenza territoriale era stata stabilita sulla base di un orientamento giurisprudenziale che – benché prevalente ai tempi in cui era stato celebrato il processo di primo grado – era stato superato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 24 novembre 2017, n. 53390.

<sup>39</sup> Il lavoro ad oggi più completo è A. VILLA, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Giappichelli, 2018, al quale si rinvia per una più approfondita bibliografia e per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

della regola (efficacia retroattiva del principio di diritto, in grado di travolgere anche gli atti che – quando erano stati posti in essere – si attenevano ad uno tra gli orientamenti giurisprudenziali contrapposti) non è seguita la compiuta messa a punto di uno statuto per l'eccezione (*overruling* imprevedibile). Stante, infatti, l'evidente *prevedibilità* della soluzione interpretativa adottata dalla sentenza Sinito, la Suprema Corte non si preoccupa di indicare i rimedi processuali esperibili dalla parte che abbia fatto affidamento su un orientamento giurisprudenziale dichiarato illegittimo in forza di un *overruling* imprevedibile.

A tal proposito, alcuni spunti possono essere ricavati, ancora una volta, dalla sentenza 15144 del 2011, nella quale le Sezioni Unite civili indicavano le modalità – diverse a seconda delle peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'*overruling* – con le quali è possibile dare concretezza al principio del giusto processo:

- nel caso in cui il ricorso, pur proposto in termini, non rispetti le forme prescritte dal nuovo indirizzo, lo strumento privilegiato è quello della rimessione in termini, così consentendo alla parte di riproporre ritualmente l'impugnazione;

- nel caso in cui, invece – come nel caso sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite e della sentenza in commento – venga in rilievo un problema di tempestività dell'atto (sussistente in base alla giurisprudenza *overruled*, ma venuta meno in conseguenza del successivo mutamento di esegesi della regola di riferimento), il principio del giusto processo può trovare diretta attuazione attraverso l'esclusione della preclusione nei confronti della parte che abbia confidato nella precedente interpretazione della regola stessa.

6. Non possiamo, in questa sede, ripercorrere l'ampio dibattito sviluppatosi in seno alla dottrina civilistica, in seguito alla sentenza delle Sezioni Unite 15144 del 2011<sup>40</sup>; apprezzabile è di certo lo sforzo della Suprema Corte di dare una risposta univoca al fenomeno e di ancorarlo ai principi costituzionali, favorendo l'introduzione – con i limiti anzidetti – di una versione nostrana del *prospective overruling*, ovvero di quell'istituto di *common law* che consente all'organo nomofilattico, nell'affermare un orientamento interpretativo opposto a quello precedente, di limitarne l'applicabilità soltanto *pro futuro*, risolvendo il caso di specie secondo la regola superata<sup>41</sup>.

Se il settore penale fino ad ora ha potuto vantare, in materia processuale, mutamenti giurisprudenziali meno improvvisi e impattanti di quelli che hanno attraversato l'ordinamento civile, il tema dell'*overruling* meriterebbe in ogni caso riflessioni più ampie e meditate di quelle che fino ad ora gli sono state riservate dalla giurisprudenza di legittimità. I principi sanciti dalla sentenza delle Sezioni Unite

---

<sup>40</sup> Ex pluribus vd. C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «interned addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. Cost.*, 2012, 4, 3166; R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.*, 2011, I, 3344.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto tra il giudice e la legge)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2012, p. 6; C. VANZ, «Overruling», *preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1078.

<sup>41</sup> L'espressione *prospective overruling* è ormai invalsa nelle decisioni della Suprema Corte, vd. Cass., 2 agosto 2018, n. 20472; Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 719.

15144/2011 sembrerebbero trasponibili, *mutatis mutandis*, nell'ambito del processo penale (come d'altronde sembra affermare la sentenza in commento)<sup>42</sup>, con l'avvertenza che in questo caso, a parere di chi scrive, la limitazione dell'effetto retroattivo dovrebbe essere consentita soltanto se *favorevole al reo*, per le ovvie motivazioni di cui si è dato conto.

Alternativamente – se non si ritenesse applicabile in via diretta l'art. 111 Cost. (o art. 24 Cost.) – potrebbe forse farsi riferimento alla disciplina in materia di restituzione nel termine (art. 175 c.p.p.). È noto che la giurisprudenza praticamente unanime della Corte di Cassazione tende ad escludere che il mancato o inesatto adempimento da parte del difensore di fiducia dell'incarico di proporre impugnazione sia idoneo a realizzare le ipotesi di caso fortuito o di forza maggiore, rilevanti ai sensi dell'art. 175 c.p.p.<sup>43</sup>. D'altra parte, nel caso di *overruling* imprevedibile sembrerebbero rinvenibili quelle «forze impeditive non altrimenti vincibili» alle quali la giurisprudenza prevalente riconduce le ipotesi di caso fortuito e forza maggiore<sup>44</sup>.

Piuttosto, vi è da chiedersi se quella delineata dalle Sezioni Unite civili non costituisca una *garanzia minima* dell'affidamento processuale, suscettibile di ampliamento nel processo penale, ove una compressione del diritto alla difesa e al giusto processo può avere ripercussioni sulla libertà personale dell'imputato<sup>45</sup>. Potrebbe, ad esempio, ipotizzarsi l'estensione della tutela anche al mutamento interpretativo sulle norme che regolano l'accesso ai riti alternativi o l'ammissione delle prove.

---

<sup>42</sup> In questo vd. E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2011, pag. 4126B.

<sup>43</sup> Vd. *ex multis* Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2017, n. 55106; Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2016, dep. 2017, n. 3631; Cass., Sez. VI, 31 marzo 2016, n. 18716, Cass., Sez. II, 02 aprile 2015, n. 16066; Cass., Sez. III, 5 giugno 2013, n. 39437; Cass., Sez. I, 30 novembre 2012, dep. 2013, n. 1801.

<sup>44</sup> Vd. giurisprudenza citata alla nota precedente.

<sup>45</sup> E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, cit.