

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

9/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-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 Maserà, 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, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, 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, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaele 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, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

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.

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 (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La 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*), 1/2022, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

G.J. SICIGNANO, <i>Recenti innovazioni in tema di frodi e falsificazioni di strumenti di pagamento diversi dai contanti</i>	5
M. COLACURCI, <i>Riconoscimento facciale e rischi per i diritti fondamentali alla luce delle dinamiche di relazione tra poteri pubblici, imprese e cittadini</i>	23
R.G. GRASSIA, <i>Notifica postale con irreperibilità del destinatario: legittima la consegna al difensore</i>	45
F. MENDITTO, <i>La riforma penale (l. n. 134/2021): le disposizioni in materia di sequestro e confisca dello schema di decreto delegato presentato dal Governo...</i>	65
A.L. CHIDO, <i>Lo straniero espulso: quali garanzie processuali? Lacune normative e prospettive di riforma</i>	99
E. FUSCO – C.E. PALIERO, <i>L'“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo</i>	115

RECENTI INNOVAZIONI IN TEMA DI FRODI E FALSIFICAZIONI DI STRUMENTI DI PAGAMENTO DIVERSI DAI CONTANTI

di Gaspare Jucan Sicignano

Il contributo affronta alcune delle più rilevanti innovazioni introdotte dal d.lgs. 184/2021. Il decreto, dopo aver definito «agli effetti della legge penale» la nozione di valuta virtuale e previsto alcune innovazioni al codice penale, ha introdotto una nuova ipotesi di responsabilità “da reato” degli enti per i delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di «valuta virtuale». – 3. L’art. 493-ter c.p. – 4. L’art. 493-quater c.p. – 5. L’art. 25-octies 1, d.lgs. 231/2001. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

L’introduzione, ad opera del decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 184¹ (da ora d.lgs. 184/2021), di alcune innovazioni in tema di monete virtuali fa andare il pensiero a

¹ Di particolare interesse è anche il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 195, che, in attuazione della Direttiva (UE) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale, ha riformato i reati di cui agli artt. 648, 648 bis, 648 ter e 648 ter.1 c.p. In breve sintesi, la norma ha previsto: a) una estensione anche alle contravvenzioni (se punite con determinati limiti edittali) del novero dei reati presupposto dei delitti di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio; b) la configurabilità dei reati di riciclaggio e autoriciclaggio, nel caso in cui l’oggetto materiale del reato provenga da reato colposo (come già accade per la ricettazione e il reimpiego); c) una nuova ipotesi di ricettazione aggravata laddove il fatto sia commesso nell’esercizio di un’attività professionale (come già previsto per riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio); d) una modifica alle cornici edittali della c.d. ricettazione affievolita o attenuata, distinguendo a seconda che il reato presupposto sia un delitto o una contravvenzione; e) un adeguamento delle previsioni sanzionatorie dell’attenuante dell’autoriciclaggio, trasformando la circostanza da indipendente ad effetto comune (così come previsto per il reato di riciclaggio); f) un adeguamento ai nuovi reati presupposto della clausola di estensione della punibilità del reato, prevista dall’ultimo comma dell’art. 648 c.p. nel caso in cui l’autore del reato presupposto sia non imputabile o non punibile o manchi una condizione di procedibilità in relazione ad esso; g) la giurisdizione italiana per i fatti di ricettazione e autoriciclaggio commessi all’estero, senza alcuna limitazione. Si veda, tra tanti, F. BELLAGAMBA, *La riforma del riciclaggio è legge: un’occasione mancata per andare oltre il mero recepimento della direttiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2022, p. 445; G. CIVELLO, *Autoriciclaggio: teoria e prassi*, Torino, 2022; G. PESTELLI, [Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195](#), in *Sist. Pen.*, 12, 2021, p. 49 e ss.; R. RAZZANTE, *L’impatto del d.lgs. 195/2021, attuativo della direttiva 2018/1673/UE e recante lotta al riciclaggio mediante il diritto penale: la responsabilità di impresa si allarga?*, in *Resp. amm. soc.*, 2, 2022, p. 29 e ss.; C.

Julius Hermann Von Kirchmann, il quale, nella metà dell'Ottocento, scriveva: «tre parole del legislatore e intere biblioteche diventano carta da macero»². C'è tuttavia da essere ottimismi. Anche questa volta, come rilevato da attenta dottrina³, appare profetica la risposta che a Kirchmann dette Gustav Radbruch: «ogni colpo di penna è semplicemente un colpo di penna dettato dalla storia»⁴.

E proprio parafrasandola storia, potrebbe dirsi che, con riferimento alle monete virtuali, «*Die Mauer ist weg!*». Dopo anni di criminalizzazioni, di allarmi e di divieti, il legislatore ha finalmente inaugurato una storica inversione di tendenza: le monete virtuali non sono più una «invenzione criminale»⁵ da vietare con ogni strumento⁶ ma un «ente» da proteggere con la sanzione penale.

Il d.lgs. 184/2021, in attuazione della Direttiva (UE) 2019/713 (relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti), ha previsto alcune fattispecie di reato a tutela delle monete virtuali, prevedendo per queste ipotesi delittuose anche la responsabilità «da reato» degli enti ex d.lgs. 231/2001. Secondo la relazione illustrativa del decreto, l'assenza di una adeguata tutela dei nuovi strumenti di pagamento costituisce un ostacolo alla più ampia diffusione di queste nuove tecnologie, «perché impedisce il consolidarsi di una piena fiducia dei consumatori nel loro utilizzo, con l'effetto di incidere negativamente sulla crescita degli scambi economici, indubbiamente facilitata dalla semplicità dei mezzi di pagamento; con l'effetto di costituire uno svantaggio economico per il mercato»⁷.

SANTORIELLO, *Dalla modifica delle fattispecie in tema di riciclaggio ad un'ipotesi di responsabilità a tutto campo per gli enti collettivi?*, in *Resp. amm. soc.*, 2, 2022, p. 9.

² La citazione è tratta da J. H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, BSA Verlag, Dornbirn, 1848, p. 21. La frase originale è la seguente «*Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*».

³ V. MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 292.

⁴ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1973, p. 218 – 219; traduzione in italiano di V. OMAGGIO - C. CARLIZZI, *Filosofia del diritto/Gustav Radbruch*, Milano, 2021, p. 136.

⁵ Si veda M. STEFANINI, *Il bitcoin? Un'invenzione criminale*, in *www.ilfoglio.it*, 10 aprile 2018. L'A. riporta le dichiarazioni di Antonio Laudati, consigliere di Cassazione e sostituto procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo. Ad avviso di quest'ultimo «*non c'è dubbio che il bitcoin sia un asset criminale*».

⁶ Merita menzione il decreto ministeriale 13 gennaio 2022, con cui il Ministero dell'economia e delle finanze ha stabilito che per «*l'esercizio sul territorio della Repubblica italiana dei servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e dei servizi di portafoglio digitale di cui all'art. 1, comma, lettere b) e c)*» è necessaria una comunicazione all'Oam (l'organismo per la gestione degli elenchi degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi). Si veda A. GALIMBERTI, *Firmato al Mef il decreto sugli operatori in criptovalute*, in *Il Sole 24 ore*, 2 febbraio 2022, p. 29.

⁷ Si veda Schema di decreto legislativo recante attuazione della Direttiva (UE) 2019/713 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la decisione quadro 2001/413/GAI (271), in <http://documenti.camera.it>. In questo senso anche la Direttiva (UE) 2019/713 Parlamento Europeo e del Consiglio, 17 aprile 2019, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la Decisione Quadro 2001/413/GAI del Consiglio: «*data la necessità di evitare una criminalizzazione di tali strumenti quando essi siano prodotti e posti in commercio per fini legittimi e pertanto, anche se utilizzabili per commettere reati, non costituiscano di per sé una minaccia, la criminalizzazione dovrebbe essere limitata agli strumenti principalmente concepiti o specificamente adattati al fine di commettere i reati di cui alla presente direttiva*». Come rilevato nei lavori preparatori «*il campo di applicazione della direttiva riguarda non solo i mezzi di pagamento diversi dai contanti tradizionali (es. carte di credito, assegni)*

Nelle pagine seguenti – che ho scritto in necessario aggiornamento del volume “231 e criptovalute”⁸ – tratterò di alcune delle più rilevanti innovazioni introdotte dal d.lgs. 184/2021. Mi dedicherò, in particolare, agli interventi effettuati sulla disciplina della responsabilità “da reato” degli enti, passando per una breve disamina della nuova nozione di valuta virtuale e delle modifiche introdotte dal d.lgs. 184/2021 al codice penale (artt. 493 *ter* c.p. e 493 *quater* c.p.)⁹.

2. La nozione di «valuta virtuale».

Con il d.lgs. 184/2021 è stata innanzitutto introdotta una nozione di valuta virtuale¹⁰ valida «agli effetti della legge penale»¹¹.

La definizione ricalca l’analogo concetto elaborato nell’ambito del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 («Attuazione della Direttiva 2005/60/CE

*ma anche il denaro elettronico, la valuta virtuale e pagamenti realizzati attraverso telefoni cellulari. Alla luce della natura sempre più digitale dei mezzi di pagamento, e della conseguente dimensione transfrontaliera del loro utilizzo, la direttiva prescrive infatti l’aggiornamento e l’integrazione delle disposizioni contenute nella decisione quadro 2001/4113/GAI, con particolare riferimento al reato di frode informatica, auspicando l’armonizzazione della disciplina nel diritto degli Stati membri». In questo senso anche R. M. VADALÀ, *La tutela penale della sicurezza degli scambi economici digitali*, Università degli Studi di Verona, Dipartimento di Scienze giuridiche, edizione online, 2021, p. 3, secondo cui «le valute virtuali correttamente impiegate sono considerabili, indipendentemente dalla connotazione “monetaria” o finanziaria, come espressione di interessi meritevoli di protezione giuridica riconducibili al bene giuridico patrimonio, non potendosi dubitare, da un lato, della loro idoneità a porsi come manifestazione di ricchezza, dall’altro, della derivazione dalla loro perdita di un danno economico». Si veda ancora ID., *La disciplina penale degli usi e abusi delle valute virtuali*, in *Dir. int.*, 3, 2020, p. 397 e ss.*

⁸ Il riferimento è a G.J. SICIGNANO, *231 e Criptovalute*, Pisa, 2021.

⁹ Il d.lgs. 184/2021 ha modificato anche l’art. 640 *ter* c.p., comma 2, c.p., prevedendo una aggravante nel caso in cui il fatto produca un «trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale». Per ragioni di economia espositiva, tuttavia, in questo lavoro mi concentrerò esclusivamente sulle modifiche introdotte agli articoli 493 *ter* e 493 *quater* c.p., rimandando per il resto a A. NATALINI, *Va in soffitta il riferimento alle carte e si fa largo la dematerializzazione*, in *Guid. Dir.*, 49-50, 2021, p. 42. Ad avviso dell’A. l’intervento legislativo è finalizzato «a dare attuazione all’articolo 9, paragrafo 4, della direttiva, che nel delineare l’apparato sanzionatorio attribuisce un maggior disvalore alla frode, rispetto alle altre condotte considerate, richiedendo una pena detentiva massima non inferiore a 3 anni. Se, dunque, la pena detentiva per la fattispecie-base di frode informatica (reclusione da 6 mesi a 3 anni) già risponde alle richieste europee, l’esigenza di connotare di particolare disvalore questa condotta (rispetto a quelle di indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento e di detenzione e diffusione di apparecchiature dirette a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti) ha determinato il Governo a prevedere un’aggravante ad hoc che dia rilievo anche al trasferimento di moneta virtuale».

¹⁰ Sul tema mi sia consentito rimandare a G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, cit. Si veda ancora M.R. VADALÀ, *La disciplina penale degli usi ed abusi delle valute virtuali*, in *Dir. Int.*, 3, 2020, p. 397 e ss.

¹¹ Secondo A. NATALINI, *Entra in scena nel codice penale la tutela della valuta virtuale*, in *Guid. Dir.*, 49, 2021, p. 37: «dette nozioni, sebbene introdotte «agli effetti della legge penale», non sono state inserite direttamente nel codice penale, come pure sarebbe stato opportuno (anche nell’ottica del pieno rispetto della “riserva di codice”) ma sono state “importate” nel corpo del decreto legislativo, all’articolo 1: opzione censurabile sotto il profilo della tecnica legislativa, poiché rende più difficoltosa la conoscenza di tali definizioni che sono essenziali per la corretta esegesi e applicazione dei precetti penalistici di riferimento: quelli nuovo conio (articolo 493-*quater* del Cp), quelli oggi novellati (articoli 493-*ter* e 640-*ter* del Cp) ma anche quelli non interpolati perché già applicabili (anche) agli strumenti di pagamento immateriali (articoli 615-*ter*, 617-*quater* e 617-*sexies* del Cp)».

concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione»), così come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 9028, («Attuazione della direttiva UE 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento UE n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento CE n. 1781/2006») e dal decreto legislativo 4 ottobre 2019, n. 125 («Modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi 25 maggio 2017, n. 90 e n. 92, recanti attuazione della direttiva (UE) 2015/849, nonché attuazione della direttiva (UE) 2018/843 che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE»)¹².

Alla luce della norma del 2021, pertanto, si intende per valuta virtuale «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente». La nozione viene fatta rientrare all'interno della più ampia categoria di «strumento di pagamento diverso dal contante», intendendosi per tale «un dispositivo, oggetto o record protetto immateriale o materiale, o una loro combinazione, diverso dalla moneta a corso legale, che, da solo o unitamente a una procedura o a una serie di procedure, permette al titolare o all'utente di trasferire denaro o valore monetario, anche attraverso mezzi di scambio digitali»¹³.

Rispetto alla normativa antiriciclaggio, il decreto del 2021 non introduce rilevanti novità. Se il d.lgs. 184/2021 parla di «rappresentazione di valore digitale», il d.lgs. 231/2007 fa riferimento alla «rappresentazione digitale di valore». La norma del 2021, inoltre, specifica che la moneta virtuale «non è emessa o garantita» da un «ente pubblico», mentre il decreto del 2007 afferma lo stesso concetto, riferendosi più genericamente alla nozione di «autorità pubblica». Il d.lgs. 184/2021 stabilisce che la valuta virtuale «non possiede lo status giuridico di valuta o denaro» ma viene «accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio», analogamente a quanto già enunciato dalla norma antiriciclaggio, pur senza specificare che la moneta virtuale «non possiede lo status giuridico di valuta o denaro»¹⁴. L'unica modifica di un certo rilievo

¹² Si veda art. 1, c. 2, lett. qq), d. lgs. n. 231/2007: «*valuta virtuale: la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente*».

¹³ La norma intende per «*dispositivo, oggetto o record protetto*» «*un dispositivo, oggetto o record protetto contro le imitazioni o l'utilizzazione fraudolenta, per esempio mediante disegno, codice o firma*».

¹⁴ Sul rapporto tra moneta e criptovalute si veda F. CONSULICH, *Nella Wunderkammer del legislatore penale contemporaneo: monete virtuali che causano danni reali*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2022, p. 154, secondo cui «*l'assimilazione tra crypto-assets e moneta non è però scontata. Delle tre funzioni tipiche di quest'ultima, mezzo di scambio, riserva di valore e unità di conto, la criptovaluta non pare svolgerne alcuna*».

riguarda le c.d. “finalità di investimento”. Il decreto del 2021 non precisa che la rappresentazione digitale di valore utilizzata «per finalità di investimento» rientra nel concetto di valuta virtuale, contrariamente al d.lgs. 231/2007 che, invece, prevede questa finalità tra le possibili destinazioni della moneta virtuale. L’antinomia si giustifica in ragione del *considerando* 10 della Direttiva (UE) 2019/713 secondo cui «la presente direttiva dovrebbe coprire le monete virtuali soltanto nella misura in cui possono essere comunemente utilizzate per effettuare pagamenti»¹⁵.

Parte della dottrina ha manifestato dubbi in merito alla nuova definizione¹⁶. Come appena visto, la rappresentazione di valore digitale, per rientrare in questa categoria, deve essere accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio. Si ritiene, pertanto, che «l’assenza di un riconoscimento ufficiale» renderebbe «assai difficile valutare quale sia il grado di riconoscimento sociale o di diffusione necessario per poter qualificare un determinato strumento digitale come “valuta virtuale”». Va tuttavia rilevato che da anni le criptovalute sono comunemente accettate come mezzo di scambio senza che sia mai stata avvertita alcuna necessità di un riconoscimento ufficiale: *Expedia, Microsoft, Amazon e Dell* accettano una delle più note monete virtuali, ovvero i *bitcoin*¹⁷; a Roma è possibile pagare un taxi con moneta virtuale, a Rovereto utilizzando una applicazione (*InBitcoin*) si può pagare il ristorante, l’ottico, il tabaccaio, l’estetista e il benzinaio, e a Cipro si può pagare l’università. Nel documentario “*Life on bitcoin*” due

¹⁵ Recentemente Cass. pen., sez. II, 7 luglio 2022, n. 27023, in *Giur. pen. web.*, 19 luglio 2022, ha sostenuto che, ai fini dell’art. 648 ter 1 c.p., «la moneta virtuale, secondo la condivisibile prospettazione del tribunale, basta su pertinenti richiami legislativi, giurisprudenziali e dottrinari, non può essere esclusa dall’ambito degli strumenti finanziari e speculativi»; questo in ragione del fatto che: a) «le valute virtuali possono essere utilizzate per scopi diversi dal pagamento e comprendere prodotti di riserva di valore a fini di risparmio ed investimento (sul punto, il parere della BCE riportato a pag. 18 dell’ordinanza, recepito nella V direttiva UE antiriciclaggio 2018/843)»; b) «come sottolineato in dottrina, la configurazione del sistema di acquisto di bitcoin si presta ad agevolare condotte illecite, in quanto - a differenza di quanto rappresentato in ricorso con il richiamo alle registrazioni sulla blockchain e sul distributed ledger - è possibile garantire un alto grado di anonimato (sistema cd. permissionless), senza previsione di alcun controllo sull’ingresso di nuovi “nodi” e sulla provenienza del denaro convertito (si è anche sottolineato come sia ormai noto il vasto numero di criptovalute utilizzate nel darkweb, proprio per le loro peculiari caratteristiche, e che alcune di esse, attraverso l’uso di tecniche crittografiche avanzate, garantiscono un elevato livello di privacy sia in relazione alla persona dell’utente sia in relazione all’oggetto delle compravendite)»; c) «indubbiamente, con il D.Lgs. n. 90 del 2017, attuativo della IV Direttiva Antiriciclaggio, il legislatore italiano ha apportato sostanziali modifiche al D.Lgs. n. 231 del 2007, a sua volta attuativo della Direttiva 2005/60/CE, anticipando le disposizioni della V Direttiva Antiriciclaggio in materia di criptovalute, valute virtuali e destinatari degli obblighi di prevenzione, normativa di carattere preventivo che si affianca alla disciplina penalistica di contrasto a riciclaggio e autoriciclaggio di cui agli artt. 648 bis e 648 ter.1 c.p., senza tuttavia che nella fattispecie in esame risulti che tale nuovo meccanismo di controllo abbia consentito di evitare il reato contestato (al contrario, accertata la re-immissione del profitto delle truffe nel circuito dell’economia legale, sono risultate estremamente difficili le attività di ricostruzione dell’identità del soggetto al quale riferire le singole transazioni in criptovaluta, anche perché l’account impiegato dal M. faceva riferimento a false generalità dell’intestatario del conto corrente bancario di provenienza)». Si veda ancora A. QUATTROCCHI, *La natura proteiforme delle criptovalute al crocevia della tutela penale del mercato finanziario*, in *Giur. It.*, 2022, p. 1214 e ss.

¹⁶ P. BERNARDONI, [Attuazione degli obblighi europei in materia di lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti: prima lettura del d.lgs. n. 184 del 2021](#), in questa Rivista, 3 febbraio 2022.

¹⁷ Si veda A. MAKADIYA, *eBay Signs Accord with Adyen and Cryptocurrency Payment Platform BitPay*, in *Btcmanager.com*, 10 febbraio 2018.

giovani sposi americani hanno dimostrato che si può vivere tre mesi, utilizzando solo i *bitcoin*¹⁸. Non sembra necessario, quindi, un “riconoscimento ufficiale” per autorizzare le persone fisiche o giuridiche ad accettare come mezzo di scambio una moneta virtuale. Riconoscimento ufficiale comunque avvenuto con il d.lgs. n. 184 del 20021. La normativa ha anzi previsto la tutela penale delle criptovalute, laddove esse siano utilizzate per effettuare acquisti.

3. L’art. 493 *ter* c.p.

Con il decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 184 è stato modificato anche l’art. 493 *ter* c.p. («*Indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti*»)¹⁹. La norma, originariamente posta al comma 5 dell’art. 55, d.lgs. n. 231/2007, oggi è collocata nel codice penale, in forza del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, attuativo della c.d. riserva di codice²⁰.

Nella sua formulazione originaria la disposizione prevedeva tre diverse ipotesi di reato²¹: (i) l’indebito utilizzo, al fine di trarne profitto per sé o per altri, di carte di

¹⁸ I portali *online* che accettano i *bitcoin* sono sempre più diffusi. Su *Travala.com* è possibile prenotare un viaggio. Su *CheapAir.com* si possono acquistare voli aerei. Su *Overstock* è possibile acquistare mobili, complementi d’arredo e biancheria. Sul sito *Coinmap.org* si trova un elenco di avvocati che accettano i *bitcoin*. Si può utilizzare invece *Purse* per operare acquisti su Amazon. Quest’ultima piattaforma, attraverso un sistema molto innovativo, garantisce a chi utilizza moneta virtuale un prezzo scontato. Si veda G. DOTTA, *Dove spendere i propri Bitcoin*, in *WebNews.it*, 9 gennaio 2018. Con *bitcoin* è possibile acquistare anche un immobile. Il notaio torinese Remo Morone ha annunciato di aver redatto il primo atto di compravendita immobiliare in *bitcoin*. Si veda R. BOSIO, *Il primo atto immobiliare in “bitcoin” porta il sigillo del notaio Remo Morone*, in *Enordovest.blogspot.it*, 24 gennaio 2018. Nello stato americano dell’Ohio è possibile pagare le tasse con i *bitcoin*. Si veda M. GATTI, *Ohio (USA): al via il pagamento delle tasse in Bitcoin (BTC)*, in *Cryptominando.it*, 26 novembre 2018.

¹⁹ Per comodità di consultazione si riporta l’art. 493 *ter* c.p. nella nuova formulazione: «*Art. 493 *ter* - Indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti. 1. Chiunque al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all’acquisto di beni o alla prestazione di servizi, o comunque ogni altro strumento di pagamento diverso dai contanti è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 310 euro a 1.550 euro. Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto per sé o per altri, falsifica o altera gli strumenti o i documenti di cui al primo periodo, ovvero possiede, cede o acquisisce tali strumenti o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché ordini di pagamento prodotti con essi. 2. In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale per il delitto di cui al primo comma è ordinata la confisca delle cose che servono o furono destinate a commettere il reato, nonché del profitto o del prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, la confisca di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto. 3. Gli strumenti sequestrati ai fini della confisca di cui al secondo comma, nel corso delle operazioni di polizia giudiziaria, sono affidati dall’ autorità giudiziaria agli organi di polizia che ne facciano richiesta.*»

²⁰ In merito al d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, si veda tra tanti G. RICCARDI, *voce “Riserva di codice”*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2018. Cfr. anche L. TROYER – M. ZANCAN, *Giurisprudenza e attualità* *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto penale d’impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 3, 2018, p. 521 ss., secondo cui «*non si tratta di una abolitio criminis: la condotta continua ad assumere rilevanza penale, ma è collocata in altro testo normativo*».

²¹ R. BERTOLESI, *Art. 493-ter - Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento*, in E. DOLCINI – G. L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2021; A. GALANTE, *La tutela penale delle carte di*

credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, da parte del soggetto non titolare²²; (ii) la falsificazione o alterazione delle carte di credito e di pagamento; (iii) il possesso, la cessione o acquisizione di carte di credito o di pagamento che abbiano provenienza illecita o che siano stati alterati o falsificati²³. Il decreto del 2021 non introducono sostanziali modifiche. Viene solo ampliato l'oggetto materiale della condotta, estendendosi il campo d'applicazione della fattispecie a tutti gli strumenti di pagamento diversi dai contanti. È infatti punito «l'utilizzo indebito» – oltre che delle carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi - anche di «ogni altro strumento di pagamento diverso dai contanti». Lo stesso vale in caso di «falsificazione o alterazione» oppure in ipotesi di «possesso, cessione o acquisto» dei beni di cui in precedenza se di «provenienza illecita o comunque falsificati o alterati»²⁴.

pagamento, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, Milano, 2019, p. 285 e ss.

²² Per dottrina e giurisprudenza il reato di indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento ha natura plurioffensiva: oltre al mero patrimonio individuale ricomprende anche valori riconducibili all'ambito dell'ordine pubblico economico e della fede pubblica. In questo senso Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2020, n. 13492, in Ced Cassazione (rv. 279002). Così anche Corte Cost, 11 luglio 2000, nr. 302: «*sebbene nell'ampio e variegato catalogo dei comportamenti riconducibili al paradigma punitivo considerato possano individuarsi alcuni – in particolare, entro la cornice della fattispecie dell'indebita utilizzazione – in rapporto ai quali l'offesa al patrimonio individuale sembra assumere un rilievo senz'altro prevalente, non può però dubitarsi che la struttura della figura criminosa consenta di ravvisare, anche in tali ipotesi, una concorrente aggressione ad interessi di marca pubblicistica: interessi legati segnatamente all'esigenza di prevenire, di fronte ad una sempre più ampia diffusione delle carte di credito e dei documenti similari, il pregiudizio che l'indebita disponibilità dei medesimi è in grado di arrecare alla sicurezza e speditezza del traffico giuridico e, di riflesso, alla «fiducia» che in essi ripone il sistema economico e finanziario*». Ne consegue l'impossibilità di applicare all'art. 493 ter c.p. la causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 649 c.p. e la circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità. Si veda: Cass. pen., sez. II, 25 settembre 2019, n. 47135, in Ced Cassazione (rv. 277683); Cass. pen., sez. II, 18 aprile 2019, n. 34466, in Ced Cassazione (rv. 277028). Secondo G. AZZALI, *Diritto penale dell'offesa e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1993, p. 430, pur a fronte della collocazione normativa nell'ambito dei delitti contro la fede pubblica, il bene giuridico dell'utilizzo indebito di carte di pagamento è rappresentato dall'interesse economico patrimoniale del titolare della carta, dell'azienda di credito emittente e del venditore del bene o del servizio. Per L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni sufficienti tutelati*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004, p. 56 e ss, rileverebbe una pur tenue dimensione collettiva o pubblica della tutela. Secondo P. GUERCIA, *La "nuova" tutela penale degli "strumenti di pagamento diversi dai contanti"*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI- A. MANNA – M.PAPA(a cura di), *Trattato di Diritto penale*, Milano, 2022, p. 4008 e ss. si tratterebbe di un reato plurioffensivo: oltre all'offesa al patrimonio individuale, sarebbero lesi anche l'ordine pubblico o economico e la fede pubblica.

²³ Secondo Cass. pen., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 7019, in Ced Cassazione (rv. 259004) il reato di possesso, cessione e acquisizione di carte di credito o di pagamento di provenienza illecita può concorrere con il reato di utilizzazione. Si veda ancora Cass. pen., sez. II, 18 settembre 2019, n. 46652, in Ced Cassazione (rv. 277777), secondo cui il soggetto, che abbia proceduto alla contraffazione e successivamente all'utilizzo indebito del mezzo di pagamento costituito dalla carta di credito, risponderà del concorso dei distinti reati previsti dal comma 1, seconda parte, art. 493-ter c.p.

²⁴ Il d.lgs. 184/2021 ha, infine, modificato anche la rubrica della norma: da «*Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento*» si è passati a «*Indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti*». Come rilevato in sede di lavori preparatori «*le due ipotesi di reato previste dal primo comma dell'articolo*

Ad una prima analisi del testo normativo desta perplessità la scelta del legislatore di equiparare – in un'unica fattispecie – le carte di pagamento con le monete virtuali²⁵.

Come noto, le carte di pagamento vengono rilasciate da un istituto bancario o da altro intermediario finanziario. Al contrario, le criptovalute non vengono rilasciate da una autorità centralizzata: la moneta è generata da un protocollo informatico attraverso un processo che si chiama *mining*. Il protocollo sostituisce l'autorità centralizzata e gli utenti formano un grande e collegato *network*, che autorizza tutti i trasferimenti di denaro e controlla la validità di ogni pagamento. Di conseguenza, se, nel caso di utilizzo di carta di pagamento da parte di un terzo, ancorché con il consenso del suo titolare, potrebbe configurarsi il delitto di cui all'art. 493 ter c.p., potrebbe non avvenire altrettanto in caso di monete virtuali, non essendovi un istituto emittente che attribuisca contrattualmente ad un soggetto la legittimazione all'impiego della moneta²⁶.

Inoltre, si ritiene in dottrina che «i concetti di carta e documento richiamino la fisicità del mezzo»²⁷. Le criptovalute, al contrario, sono una entità totalmente virtuale. Esistono solo nel mondo digitale e non sono stampate o distribuite in forma fisica. Questo pone enormi problemi operativi. Si pensi alla confisca. Un conto è confiscare una carta di pagamento e un altro è svolgere la medesima attività su un qualcosa che non

493-ter, estese nella loro applicazione a tutti i mezzi di pagamento diversi dai contanti, danno attuazione all'articolo 3 della Direttiva che impone agli Stati di considerare come reato tanto l'utilizzazione fraudolenta di uno strumento di pagamento rubato o comunque ottenuto illecitamente, quanto di uno strumento contraffatto o falsificato». Si veda Relazione allo schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/713 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio (n. 271), ad opera della senatrice Elvira Lucia Evangelista, in Resoconto sommario n. 248 del 7 settembre 2021, della 2° Commissione permanente, cit.

²⁵ Parte della dottrina ha cercato di risolvere questa antinomia, ipotizzando un rapporto di genere a specie tra le due diverse definizioni: lo "strumento di pagamento diverso dal contante" sarebbe il *genus* e le "carte di credito o di pagamento" la *species*. In questo senso P. BERNARDONI, [Attuazione degli obblighi europei in materia di lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti: prima lettura del d.lgs. n. 184 del 2021](#), in questa Rivista, 3 febbraio 2022. Sostiene tuttavia l'A.: «una maggiore chiarezza legislativa si sarebbe potuta ottenere eliminando del tutto dal testo dell'art. 493-ter c.p. i riferimenti a "carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi", per lasciare il solo riferimento a "ogni strumento di pagamento diverso dai contanti"».

²⁶ Cass. pen., sez. II, 17 settembre 2020, n. 26807 in *Quotidiano giuridico*, 2020. Conforme Cass. pen., sez. II, 16 febbraio 2021, n. 18609, in Ced Cassazione (rv. 281286-01); Cass. pen., sez. II, 22 febbraio 2019, n. 17453, in Ced Cassazione (rv. 276422-01); Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2018, n. 5692, in Ced Cassazione (rv. 275109-01).

²⁷ R. M. VADALÀ, *La tutela penale della sicurezza degli scambi economici digitali*, cit., p. 32. p. 58. In questo senso anche L. SCOPINARO, *Acquisto e utilizzo illeciti di carta di credito via internet*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2003, p. 735: «così come la condotta di sottrazione ha avuto ad oggetto non la carta di credito o il documento ma le sole informazioni operative in essa contenute, anche il successivo indebito utilizzo ha coinvolto le suddette informazioni e non il loro supporto fisico. Ritenere applicabile al caso in esame la suddetta norma potrebbe quindi tradursi in un'analogia in malam partem vietata dagli artt. 25 comma 2 Cost. e 14 disp. prel. c.c.». Occorre precisare che in giurisprudenza si ritiene integrato il delitto di cui all'art. 648 ter c.p. anche in caso di utilizzo indebito dei numeri identificativi e dei codici del mezzo di pagamento, a prescindere dalla detenzione del supporto materiale. In questo senso Cass. pen., sez. II, 9 settembre 2015 n. 48044, in Ced Cassazione (rv. 265363). Nello stesso senso Cass. pen. sez. II, 12 dicembre 2018 n. 55438, in *Quotidiano Giuridico*, 16 gennaio 2019, con nota di A. SCARCELLA, *L'uso dei codici di una carta di credito, senza possesso della stessa, non è frode informatica*.

esiste materialmente, come le monete virtuali²⁸. In quest'ultimo caso, se gli organi inquirenti non sono in possesso delle singole *password* (o meglio delle chiavi di crittografia) di un determinato *wallet*, fisicamente non possono sequestrare alcunché²⁹.

4. L'art. 493 *quater* c.p.

Il decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 184 ha introdotto, nell'ambito dei delitti contro la fede pubblica, l'art 493 *quater* c.p. («Detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti»)³⁰.

Ai sensi della nuova disposizione, è punito con «la reclusione fino a 2 anni e la multa fino a 1.000 euro» chiunque, al fine di farne uso o di consentirne ad altri l'uso nella commissione di reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti, «produce», «importa», «esporta», «vende», «trasporta», «distribuisce», «mette a disposizione» o in qualsiasi modo «procura» a sé o ad altri «apparecchiature, dispositivi o programmi informatici»³¹ che, per caratteristiche tecnico-costruttive o di progettazione, sono costruiti principalmente per commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti, o sono specificamente adattati al medesimo scopo. È prevista una clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca più grave reato» e una

²⁸ Le monete virtuali utilizzano un protocollo, definito *blockchain*. Si tratta di un database distribuito, condiviso e crittografato che serve come un *repository* pubblico informativo, irreversibile e incorruttibile. È una banca dati cronologica che raccoglie tutte le transazioni presenti sulla rete. È composta da vari sottosistemi più piccoli, denominati "blocchi". In ogni blocco sono memorizzate un certo numero di transazioni. Ogni blocco è collegato a un blocco successivo e questo ha l'effetto di creare una catena. La *blockchain* può essere *permissionless* o *permissioned*. Nel primo caso, tutti gli utenti possono essere *miner*, ovvero nodi dell'infrastruttura. Nel secondo caso, possono esserlo solo alcuni. Una copia della *blockchain* è memorizzata su ogni computer della rete. Questi computer periodicamente sincronizzano i loro dati per assicurarsi che tutti abbiano lo stesso database condiviso. Si rimanda a G. P. ACCINNI, [L'utilizzo criminogeno della blockchain: gli smart contract](#), in questa *Rivista*, 6, 2002, p. 133 e ss.

²⁹ Sul sequestro preventivo dei beni dematerializzati si veda art. 104 disp. att. c.p.p.

³⁰ Per comodità di consultazione si riporta il nuovo art. 493 *quater* c.p.: «Art. 493 *quater* - Detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti. 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di farne uso o di consentirne ad altri l'uso nella commissione di reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti, produce, importa, esporta, vende, trasporta, distribuisce, mette a disposizione o in qualsiasi modo procura a se' o a altri apparecchiature, dispositivi o programmi informatici che, per caratteristiche tecnico-costruttive o di progettazione, sono costruiti principalmente per commettere tali reati, o sono specificamente adattati al medesimo scopo, è punito con la reclusione sino a due anni e la multa sino a 1000 euro. 2. In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il delitto di cui al primo comma è sempre ordinata la confisca delle apparecchiature, dei dispositivi o dei programmi informatici predetti, nonché la confisca del profitto o del prodotto del reato ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto».

³¹ Secondo T. E. ROMOLOTTI – L. MARRETTA, *L'ingresso degli "strumenti di pagamento diversi dal contante" nel panorama del d.lgs. 231/2001. Prime valutazioni relative al nuovo art. 25 octies 1*, in *Resp. amm. soc.*, 2002, p. 43, il fatto tipico pone problemi «sotto il profilo del principio di determinatezza della norma penale».

forma di confisca obbligatoria delle apparecchiature, dei dispositivi e dei programmi informatici - nonché del profitto o del prodotto del reato ovvero, laddove non sia possibile, di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto - in caso di condanna o patteggiamento della pena³².

Il vero punto dolente della disposizione è rappresentato dall'inciso «reati riguardanti strumenti di pagamento». La norma richiama questa locuzione per ben due volte: una per identificare il dolo specifico, che è individuato nel «fine di farne uso o di consentirne ad altri l'uso nella commissione di reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti»; l'altra per definire l'oggetto materiale della condotta, che deve essere rappresentato da «apparecchiature, dispositivi o programmi informatici che, per caratteristiche tecnico-costruttive o di progettazione, sono costruiti principalmente per commettere tali reati». Ancora una volta la formula normativa desta perplessità, non essendo *prima facie* comprensibile cosa si intenda per «reati riguardanti strumenti di pagamento».

Parte della dottrina ritiene che «una possibile via d'uscita dall'incertezza interpretativa» potrebbe ricavarsi dalla norma di cui all'art. 3 del d.lgs. 184/2021. Questa disposizione introduce la responsabilità "da reato" degli enti per «ogni altro delitto contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio previsto dal codice penale, quando ha ad oggetto strumenti di pagamento diversi dai contanti». Per questo orientamento, «si potrebbe, dunque, leggere in modo coordinato le due disposizioni e ritenere che i reati "riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti" di cui all'art. 493-quater c.p. siano i medesimi indicati dall'art. 25-octies.1, c. 2, d. lgs. n. 231/2001; dunque, solo reati contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, previsti dal codice penale e che abbiano "ad oggetto" strumenti di pagamento diversi dai contanti».

L'argomentazione è molto suggestiva ma non convince.

Innanzitutto, appare insuperabile un rilievo di ordine testuale: ai fini dell'art. 493 quater c.p., è stato operato un generico riferimento «ai reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti» senza che sia stato ripreso il disposto dell'art. 3, d.lgs. 184/2021, che si riferisce a «ogni altro delitto contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio previsto dal codice penale». Alla luce del canone «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*», sembra logico ritenere che il legislatore, nel caso dell'art. 493 quater c.p., non abbia voluto in alcun modo riferirsi a tutte le ipotesi di reato richiamate dall'art. 3, d.lgs. 184/2021. Sulla base di queste considerazioni non sembra corretto interpretare la prima norma con i richiami operati nella seconda. D'altronde le due norme attengono ad ambiti diversi: l'una al codice penale e l'altra alla responsabilità "da reato" degli enti.

Potrebbe ricorrersi a una diversa argomentazione.

³² Secondo P. BERNARDONI, *Attuazione degli obblighi europei in materia di lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti: prima lettura del d.lgs. n. 184 del 2021*, cit., si tratta di un reato prodromico alla commissione di ulteriori reati concernenti mezzi di pagamento diversi dai contanti.

Secondo la Direttiva (UE) 2019/713 attuata dal d.lgs. 184/2021, «sono indispensabili misure di diritto penale efficaci ed efficienti al fine di proteggere i mezzi di pagamento diversi dai contanti da frodi e falsificazioni», essendo aumentati i rischi di frode con lo sviluppo delle nuove tecnologie di pagamento. E questo, secondo il legislatore europeo, deve avvenire attraverso l'introduzione di reati che sanzionano quelle condotte criminali «che contribuiscono o preparano il terreno all'effettiva utilizzazione fraudolenta dei mezzi di pagamento diversi dai contanti». Ebbene, con la previsione dell'art. 493 *quater* c.p., si è dato attuazione proprio a quanto richiesto in sede europea: è stata creata una fattispecie in base alla quale viene punito chi «prepara il terreno all'effettiva utilizzazione fraudolenta dei mezzi di pagamento diversi dai contanti». Pertanto, se la norma è stata introdotta per sanzionare quelle condotte «preparatorie» alla successiva utilizzazione fraudolenta dei mezzi di pagamento diversi dal contante, i reati per i quali assume rilevanza penale la condotta tipizzata dall'art. 493 *quater* c.p. non possono che essere quelli di indebita utilizzazione di cui all'art. 493 *ter* c.p.

5. L'art. 25 *octies* 1, d.lgs. 231/2001.

La modifica più rilevante introdotta dal decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 184 riguarda la disciplina della responsabilità «da reato» degli enti³³. All'interno del d.lgs. 231/2001 è stato aggiunto l'art. 25 *octies* 1 («Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti»)³⁴.

La norma prevede la responsabilità «da reato» dell'ente per i delitti di «Indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti» (art. 493 *ter* c.p.) e di «Detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti» (art. 493 *quater* c.p.): nel primo caso si applica la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote; nel secondo quella fino a 500 quote. Alla pena pecuniaria può essere aggiunta (alla ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 13 d.lgs. 231/2001) l'interdizione dall'esercizio

³³ Si veda A. NATALINI, *Responsabilità degli enti: si allarga il catalogo dei reatipresupposti*, in *Guid. dir.*, 49, 2021, p. 43; V. VALLEFUOCO, *Nuovi reati di riciclaggio e frode digitale, criptoaluttee superbonus*, in AA.VV., *Telefisco 2022, Il Sole 24 ore*, p. 106.

³⁴ Per comodità di consultazione si riporta il nuovo art. 25 *octies* 1, d.lgs. 231/2001: «Art. 25-*octies*.1. Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti. 1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dal codice penale in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: a) per il delitto di cui all'articolo 493-*ter*, la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote; b) per il delitto di cui all'articolo 493-*quater* e per il delitto di cui all'articolo 640-*ter*, nell'ipotesi aggravata dalla realizzazione di un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale, la sanzione pecuniaria sino a 500 quote. 2. Salvo che il fatto integri altro illecito amministrativo sanzionato più gravemente, in relazione alla commissione di ogni altro delitto contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio previsto dal codice penale, quando ha ad oggetto strumenti di pagamento diversi dai contanti, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: a) se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore ai dieci anni, la sanzione pecuniaria sino a 500 quote; b) se il delitto è punito con la pena non inferiore ai dieci anni di reclusione, la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote. 3. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui ai commi 1 e 2 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2».

dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, 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, il divieto di pubblicizzare beni o servizi. Analoga sanzione è prevista nel caso di «Frode informatica» (640 *ter* c.p.), se aggravata dalla realizzazione di un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale³⁵.

La disposizione introduce, inoltre, al comma 2, una clausola generale di responsabilità: «salvo che il fatto integri altro illecito amministrativo sanzionato più gravemente» l'ente è responsabile ai sensi del d.lgs. 231/2001 per ogni altro delitto contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio previsto dal codice penale, quando il fatto ha ad oggetto strumenti di pagamento diversi dai contanti³⁶. In questo caso si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: a) se il delitto presupposto è punito con la pena della reclusione inferiore ai dieci anni, la sanzione pecuniaria sino a 500 quote; b) se il delitto base è punito con la pena non inferiore ai dieci anni di reclusione, la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote. Anche in questo caso, alla ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 13 d.lgs. 231/2001, può essere imposta all'ente una misura interdittiva, ovvero: l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo

³⁵ Secondo L. PISPERO, *I nuovi reati-presupposto di cui all'art. 25-octies.1 e i criteri oggettivi di imputazione della responsabilità: quale interesse (o vantaggio) per l'ente?*, in *Sistema 231*, cit., p. 11: «dalla duplice menzione della fattispecie di cui all'art. 640-ter c.p., discende che il delitto di frode informatica rileva ai fini dell'integrazione della responsabilità amministrativa degli enti, da una parte, con riferimento al suo intero ambito applicativo se commesso a danno di un soggetto pubblico, ossia lo Stato, un ente pubblico o l'Unione Europea, e, dall'altra, con riferimento alla sola ipotesi aggravata dalla produzione di un trasferimento pecuniario se commesso a danno, come si dirà, di un privato». Per un primo riferimento ai modelli di comportamenti idonei a evitare i reati previsti dal nuovo articolo 25 octies 1, si rimanda a A. DE VIVO – C. ZANICHELLI, *Il difficileriskassessment231 per i delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti*, in *Resp. amm. soc.*, 2, 2022, p. 45 e ss.

³⁶ Secondo E. BERGONZI, *Il «catalogo» o l'«enciclopedia» dei reati presupposto 231?*, in *Giur. Pen. web*, 12, 2021, p. 3, «per la prima volta nella costruzione di una norma contenente reati presupposto⁹, il legislatore non menziona passivamente uno dopo l'altro gli articoli di legge rilevanti ma opta per un richiamo generico a categorie di reati individuate in ragione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, a condizione, in questo caso, che l'azione o l'omissione illecita si ponga in relazione a «strumenti di pagamento diversi dai contanti»». Secondo l'A. «non si è ritenuto di prendere in considerazione l'art. 25-quater D. Lgs. n. 231/2001 («Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico»), in quanto il relativo quarto comma non fa esplicito riferimento al bene giuridico protetto bensì, in ottica ancor più ampia, soltanto ai reati, diversi da quelli di cui al primo comma, «che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione nazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999»». Nello stesso senso M. F. ARTUSI – P. VERNERO, *Nuovi reati presupposto a tutela degli strumenti di pagamento*, cit., p. 53. Si veda ancora C. PIERGALLINI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Reati contro il patrimonio*, Torino, 2022, p. 10, secondo cui «tale disposto – assente nell'originario schema trasmesso al Parlamento per i pareri di competenza – sembra recepire l'indicazione proveniente dalla Commissione Giustizia della Camera a responsabilizzare l'ente per tutti «gli altri reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti» previsti dalla direttiva europea, tra l'altro riferita al «furto o altra illecita appropriazione» degli strumenti materiali e all'«ottenimento illecito» di quelli immateriali: ipotesi sicuramente da sanzionare, dacché preparano il terreno all'effettiva utilizzazione fraudolenta dei mezzi di pagamento di versi dal contante».

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, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

La formulazione legislativa presta il fianco a molte critiche.

Appare innanzitutto non felice la collocazione della disposizione dopo l'art. 25 *octies*, dedicato ai delitti di ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché di autoriciclaggio. Se parte della dottrina ritiene che la collocazione dell'art. 25 *octies* 1 vuole dare atto dello stretto collegamento della norma con i reati di riciclaggio³⁷, deve ritenersi oramai superata la tesi che identifica la *ratio* di tutela di questa fattispecie nella repressione del *money laundering*. Si pensi all'art. 493 ter c.p., ovvero alla «norma “quadro” in materia di mezzi di pagamento diversi dal contante»³⁸: se nei primi anni '90 - richiamando la rubrica del decreto-legge 3 maggio 1991 n. 143 - si riteneva che la disposizione prevenisse l'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, successivamente si è ritenuto che la *ratio* delle fattispecie di cui all'art. 493 ter c.p. sia rappresentata dalla tutela dell'ordine pubblico, economico e della fede pubblica³⁹. Come si legge nella relazione illustrativa di cui al d.lgs. n. 21 /2018: «si è in presenza di una disposizione del tutto estranea al testo normativo di riferimento dedicato alla prevenzione del riciclaggio e, pertanto, adeguatamente inseribile nel codice penale»⁴⁰.

³⁷ M. F. ARTUSI – P. VERNERO, *Nuovi reati presupposto a tutela degli strumenti di pagamento*, cit., p. 48.

³⁸ Si veda Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/713 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la decisione quadro 2001/413/GAI (271), in <http://documenti.camera.it>.

³⁹ A. MARTUSCELLI, *Le sanzioni penali del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231*, in F. ARDITO – A. MARTUSCELLI, *Riciclaggio, autoriciclaggio e reimpiego*, Bologna, 2022, p. 202.

⁴⁰ Si veda lo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/713 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la decisione quadro 2001/413/GAI (271), in <http://documenti.camera.it>. In realtà, l'art. 25-*octies* 1, d. lgs. 231/2001, poteva essere collocato più correttamente nell'ambito dei reati informatici: dopo l'art. 24 *bis*, dedicato ai reati informatici e dopo l'art. 24, rubricato «*Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture*»⁴⁰. Ancora una volta, in questo senso si esprime la Direttiva (UE) 2019/713 attuata con il d.lgs. 184/2021. Come da più parti rilevato, essa opera un «*rinvio valoriale*» alla Direttiva 2013/40/UE relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione; questo, anche richiamando espressamente la direttiva 2016/1148/UE, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione. Ne consegue l'instaurazione di un legame di dipendenza tra le fattispecie in parola e i reati informatici, «*in quanto le attività criminali aventi ad oggetto gli strumenti di pagamento elettronici e virtuali possono essere all'origine di incidenti che dovrebbero essere segnalati alle autorità nazionali competenti*». In questo senso R. M. VADALÀ, *La tutela penale della sicurezza degli scambi economici digitali*, cit., p. 46, secondo cui «*la circolazione e la conservazione degli strumenti di pagamento immateriale vanno presidiate penalmente quale espressione di quelle esigenze protezionistiche riferibili direttamente alle procedure e ai meccanismi informatici, che connotano il mercato digitale e che laddove non garantite ne comprometterebbero la stessa esistenza*». Il legame di “dipendenza”, inoltre, è confermato anche dall'ulteriore richiamo espresso alla Direttiva 2016/1148/UE, «*in quanto le attività criminali aventi ad oggetto gli strumenti di pagamento elettronici e virtuali possono essere all'origine di incidenti che dovrebbero essere segnalati alle autorità nazionali competenti*». Così R. FLOR, *Cybersecurity ed il contrasto ai cyber-attacks a livello europeo: dalla CIA-Triad Protection ai più recenti sviluppi*, in *Dir.int.*, 3, 2019, p. 460. In questo senso, si spiega anche il richiamo che l'art. 25 *octies* 1 effettua

Ciò premesso, occorre ora affrontare l'ipotesi più problematica dell'art. 25 octies 1, ovvero il comma 2. Nel prevedere la punibilità dell'ente per ogni altro delitto previsto dal codice penale e commesso contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio, quando ha ad oggetto strumenti di pagamento diversi dai contanti, la norma apre la strada alla potenziale rilevanza di numerosi reati che non sono espressamente previsti nel d.lgs. 231/2001⁴¹. Questo sembra rinnegare l'impostazione originaria della disciplina sulla responsabilità "da reato" degli enti, in quanto, nel sistema 231, non tutte le fattispecie incriminatrici costituiscono presupposto della responsabilità dell'ente: è necessario che risulti commesso uno dei reati tassativamente previsti dal d.lgs. 231/2001⁴². L'art. 25 octies 1, comma 2, prevedendo una

all'art. 640 *ter* c.p. La norma, invero, compare già nell'ambito dell'art. 24, d.lgs. 231/2001, ove si prevede una responsabilità "da reato" nel caso di commissione di una frode informatica «in danno dello Stato o di altro ente pubblico o dell'Unione europea». Nell'art. 25 octies 1, invece, si prevede la sanzione pecuniaria sino a 500 quote nel caso di cui all'art. 640 *ter* c.p., nell'ipotesi aggravata dalla realizzazione di un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale. Il richiamo comune all'art. 640 *ter* c.p., effettuato dall'art. 25 octies 1 e dall'art. 24, dimostra che gli illeciti introdotti con il decreto del 2021 hanno poco a che vedere con il riciclaggio e molto in comune con i reati informatici. In dottrina, è stata ritenuta "ridondante" la previsione relativa all'art. 640 *ter* c.p. Si veda T. E. ROMOLOTTI – L. MARRETTA, *L'ingresso degli "strumenti di pagamento diversi dal contante" nel panorama del d.lgs. 231/2001. Prime valutazioni relative al nuovo art. 25 octies 1*, cit., p. 45: «in ogni caso, di fronte ad una sostanziale replicazione di norme all'interno di due distinte previsioni del Decreto – con i rischi interpretativi che ne conseguono – sarebbe parsa auspicabile una previsione di maggiore dettaglio in merito da parte del Legislatore».

⁴¹ T. E. ROMOLOTTI – L. MARRETTA, *L'ingresso degli "strumenti di pagamento diversi dal contante" nel panorama del d.lgs. 231/2001. Prime valutazioni relative al nuovo art. 25 octies 1*, cit., p. 45. Secondo gli A.A. «con riferimento alle norme incriminatrici già presenti nel Decreto si dovrà svolgere un'attenta disamina per verificare quale disposizione sanzionatoria risulterà applicabile: se infatti la locuzione introduttiva "salvo che il fatto integri altro illecito amministrativo sanzionato più gravemente" sembra offrire il criterio fondamentale di valutazione, occorrerà comunque valutare il grado di coinvolgimento dello strumento di pagamento diverso dai contanti in ogni singola ipotesi». Conforme G. GAROFALO, *Le innovazioni del 2021: i nuovi reati presupposto e l'impatto sulla sistematica del D.lgs. n. 231/2001*, in L. LUPÀRIA DONATI – G. VACIAGO (a cura di), *Compliance 231*, Milano, 2022, p. 316: «la scelta del Legislatore del 2021, attraverso l'utilizzo di una disposizione "elastica" come quella di cui al richiamato comma 2 dell'art. 25 octies 1» rischia «di trasformare il numerus clausus in un catalogo "aperto", con buona pace dei principi di legalità e certezza del diritto di cui l'intera normativa 231 è viceversa improntata».

⁴² T. GUERINI, *Diritto penale e enti collettivi*, Torino, 2018, p. 63. Secondo l'A. «non era stata questa la scelta del legislatore delegante, che nella l. 300/2000 aveva invece previsto la possibilità di introdurre la responsabilità diretta degli enti anche per i reati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sui luoghi di lavoro». Nello stesso senso A. ASTROLOGO, *I reati presupposto*, in G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, 2016, p. 912; R. LOTTINI, *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2019, p. 2868; L. STORTONI, *I reati per i quali è prevista la responsabilità degli enti*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse. Atti del convegno di Roma 30 novembre – 1° dicembre 2001*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 68. Si veda ancora G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 138, secondo cui «a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti giuridici, il nostro sistema rifugge da un'estensione della responsabilità da reato alle persone giuridiche che sia totale, corrispondente all'insieme delle incriminazioni già vigenti per le persone fisiche. Si realizza cioè l'opzione verso il principio di specialità». Per l'A. il principio di specialità si coniuga naturalmente con il principio di frammentarietà: la scelta, invero, di affidare al legislatore la decisione su quali ipotesi criminose debbano costituire presupposto della responsabilità degli enti equivale a riconoscere «un ulteriore livello di scelte selettive, che si aggiunge a quello di base relativo all'originaria costruzione della fattispecie penale».

ampia clausola generale di responsabilità dell'ente, consuma una vistosa frattura con il principio di tassatività dell'illecito amministrativo dipendente da reato.

Inoltre, la norma costringe gli enti ad adottare, su basi di assoluta incertezza e nella totale assenza di criteri di riferimento, i modelli di organizzazione previsti dall'art. 6 del d.lgs. 231/2001 per tutti i reati contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, previsti dal codice penale. Si tratta di una operazione quasi impossibile, in grado di paralizzare l'agire di ogni azienda.

Potrebbe ritenersi, tuttavia, che la norma si riferisca non a tutti i reati contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio previsti dal codice penale, ma solo quelli che offendono il patrimonio e siano anche già presenti nel d.lgs. 231/2001. Argomentazioni parzialmente analoghe sono state utilizzate dalla Cassazione in tema di reato associativo, laddove si è sostenuto *che* «la contestazione del reato associativo, quale presupposto della responsabilità dell'ente, avente ad oggetto delitti scopo estranei al catalogo dei reati presupposto, costituisce una violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal d.lgs. 231/2001: il reato associativo si trasformerebbe, infatti, in una disposizione "aperta", dal contenuto elastico, potenzialmente idonea a ricomprendere nel novero dei reati presupposto qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di una ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo, i cui organi direttivi sarebbero in tal modo costretti ad adottare, su basi di assoluta incertezza e nella totale assenza di criteri di riferimento, i modelli di organizzazione previsti dall'art. 6 del d.lgs. cit., scomparendone di fatto ogni efficacia relazione agli auspicati fini preventivi»⁴³.

In realtà, come da più parti rilevato, il riferimento ai reati associativi non sembra corretto, considerato che «non è un reato presupposto specifico e individuato che, con effetto "moltiplicatore", attira nello spettro della responsabilità "ex 231" reati per se ad essa estranei, ma è direttamente il reato indicato dal Legislatore come presupposto che, per la sua fluidità, rivela la camaleontica capacità di adattarsi a una serie indefinita di condotte offensive che solo la prassi – *ex post* – consentirà, di volta in volta, di individuare come reato presupposto»⁴⁴.

Vi è anche un'altra argomentazione che potrebbe essere sostenuta.

Il comma 2 dell'art. 25 *octies* 1 si apre con l'inciso «salvo che il fatto integri altro illecito amministrativo sanzionato più gravemente». Si tratta di una clausola di riserva che, secondo parte della dottrina, «sembrerebbe fare riferimento alle ipotesi di illeciti contemplati dal d.lgs. 231/2001»⁴⁵. Si potrebbe ritenere che, se il legislatore ha ritenuto di

⁴³ Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 3635, in *Giur. It.*, 4, 2014 nota di V. MAIELLO, *La confisca ex D.Lgs. n. 231/2001 nella sentenza Ilva*, p. 966.

⁴⁴ G. GAROFALO, *Le innovazioni del 2021: i nuovi reati presupposto e l'impatto sulla sistematica del D.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 318.

⁴⁵ T. E. ROMOLOTTI – L. MARRETTA, *L'ingresso degli "strumenti di pagamento diversi dal contante" nel panorama del d.lgs. 231/2001. Prime valutazioni relative al nuovo art. 25 octies 1*, cit., p. 45. Analogamente M. F. ARTUSI – P. VERNERO, *Nuovi reati presupposto a tutela degli strumenti di pagamento*, cit., p. 54: «si pensi, ad esempio, alla truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640, comma 2, c.p., e art. 640 bis c.p.), punibili con la sanzione pecuniaria da 200 a 600 quote nei casi in cui l'ente abbia conseguito un profitto di rilevante entità o è derivato un danno di particolare gravità. Tali fattispecie sono, infatti,

prevedere questa clausola per regolare i rapporti della disposizione in parola con gli altri illeciti previsti dal d.lgs. 231/2001, lo abbia fatto unicamente perché il comma 2 dell'art. 25 *octies* 1 fa riferimento ai soli reati già indicati come presupposto della responsabilità degli enti. In caso contrario, non vi sarebbe stata nessuna necessità di una medesima clausola: le ipotesi di reato contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio già oggetto del decreto del 2001 sono rare.

In realtà, il riferimento operato al “codice penale” nell'ambito dell'art. 25 *octies* 1 d.lgs. 231/2001 appare insuperabile. Non sembra quindi condivisibile una tale interpretazione e non resta che auspicare un intervento del legislatore che possa rimodulare la fattispecie, al fine di evitare una evidente violazione del principio di tassatività.

6. Conclusioni.

Ripercorrendo le principali innovazioni introdotte dal d.lgs. 184/2021 in tema di monete virtuali, l'impressione è che il legislatore abbiamo perso una importante occasione per mettere ordine in tema di criptovalute.

Non vi è dubbio che - nel momento in cui si è compreso che le criptovalute non sono una “invenzione criminale” da vietare ad ogni costo, bensì un “ente” da prevedere e magari anche da tutelare - è stato compiuto un primo importante passo.

Tuttavia, si fa veramente molta fatica a comprendere l'utilità di una fattispecie come quella di cui all'art. 493 ter c.p. che, ora, all'esito della riforma del 2021, punisce la falsificazione e l'utilizzo indebito delle monete virtuali. Sembra facile opporre che falsificare una criptovaluta o utilizzarla indebitamente è impossibile o altamente improbabile.

Si pensi al *bitcoin*, la più nota moneta virtuale. Ogni *bitcoin* è posto all'interno di una catena di blocchi chiamata *blockchain*. Si tratta di un enorme *database*, condiviso tra tutti gli utenti della piattaforma, in cui è registrata la storia e provenienza di ogni singola moneta virtuale. Questa circostanza garantisce la tenuta del sistema, considerato che ogni transazione è valida solo quando il 50% più uno dei nodi della catena conferma che quella singola moneta virtuale è realmente presente nella *blockchain*, oltre che nel portafoglio di quel determinato utente che la spende. Ebbene, se un soggetto decide di falsificare un solo *bitcoin*, non riuscirà mai a spendere la sua moneta, considerato che il

collocate nel Codice penale tra i delitti contro il patrimonio e sono puniti con una pena inferiore ai 10 anni di reclusione. Alla luce di quanto stabilito nel citato art. 25 octies 1, comma 2, “prevarrà” allora, per l'ente nel cui interesse e vantaggio il reato è commesso, la sanzione già prevista dall'art. 24, d.lgs. 231/2001. Discorso analogo vale per quei reati richiamati nell'art. 25 bis, d.lgs. 231/2001, («Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento»), laddove la sanzione sia superiore a quella prevista dal nuovo reato presupposto. Un esempio può essere quello del delitto di falsificazione, spendita e introduzione nello Stato di monete falsificate (art. 453 c.p.) per cui viene prevista una sanzione per gli enti da 300 a 800 quote; tale fattispecie, in forza dell'equiparazione sancita dall'art. 458 c.p. («Parificazione delle carte di pubblico credito alle monete»), potrebbe rientrare nell'ipotesi di cui si sta trattando (salvo che invece venga a configurarsi un concorso apparente con il reato di cui al già trattato art. 493 ter c.p.).».

nostro falsificatore potrebbe trasferire il suo *bitcoin* contraffatto solo *hackerando* contemporaneamente il 50% più uno dei computer connessi. Ma, come è facilmente immaginabile, ciò non è possibile, sia perché attualmente nessun processore avrebbe una potenza computazionale così elevata, sia perché il costo di un singolo *bitcoin* non potrà mai compensare la spesa impiegata per una attività così dispendiosa.

Analoghe problematiche emergono in merito all' indebito utilizzo di moneta virtuale. Come prima visto, in tema di carte di credito, l'indebito utilizzo presuppone che una determinata carta risulta formalmente intestata a un determinato soggetto; tanto che è punito anche il soggetto che utilizza una *credit card* con il consenso dell'intestatario. Ancora una volta, viene da rilevare che questo non è possibile con le monete virtuali, in quanto l'indirizzo a cui è collegato un determinato portafoglio dei *bitcoin* è sempre anonimo (o pseudonimo, come ritiene più correttamente parte della dottrina). Se non vi è un intestatario formale sembra difficile comprendere quando l'utilizzo risulti indebito.

La sensazione è che ci troviamo innanzi all'ennesimo caso di «superfetazione normativa»⁴⁶ comunque contraria alla ineludibile aspirazione verso un diritto penale minimo⁴⁷. Il tema, sia chiaro, è molto complesso e tocca uno dei temi più discussi dell'intero diritto penale. Ma è evidente che questa tendenza è figlia della errata convinzione che nel ricorso al diritto penale si possa trovare il rimedio a ogni ingiustizia e a ogni male sociale. In realtà, la «pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra», cui alludeva nella seconda metà dell'Ottocento Francesco Carrara ha oramai conosciuto tutta la sua fragilità.

Nessuno dubita che in tema di criptovalute sia necessario un intervento del legislatore, si diffida semplicemente che questo compito sia affidato al solo diritto penale.

⁴⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2012, p. 255.

⁴⁷ A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura penale"*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 1-26.

RICONOSCIMENTO FACCIALE E RISCHI PER I DIRITTI FONDAMENTALI ALLA LUCE DELLE DINAMICHE DI RELAZIONE TRA POTERI PUBBLICI, IMPRESE E CITTADINI (*)

di Marco Colacurci

Il contributo ambisce ad approfondire da un'angolazione penalistica alcune delle problematiche relative all'utilizzo, da parte di attori pubblici e privati, delle tecnologie di riconoscimento facciale, come tali in grado di registrare e processare i dati biometrici di un numero indefinito di individui. L'obiettivo è mettere in evidenza i rischi derivanti dall'utilizzo di tali strumenti da un punto di vista dei rapporti tra Stato e cittadini, anche alla luce del ruolo centrale svolto dalle imprese che sviluppano simili tecnologie, in assenza, ad oggi, di discipline organiche sul tema. Pertanto, dopo aver inquadrato lo sviluppo delle TRF come fenomeno coerente con le teorizzazioni in materia di società del controllo e capitalismo della sorveglianza, e dopo averne brevemente illustrato il funzionamento, sono passati in rassegna alcuni esempi problematici nel contesto cinese e in quello statunitense. In seguito, l'attenzione si focalizza sull'ambito interno, in particolare su alcune pronunce del Garante per la protezione dei dati personali intervenute sul tema, nonché sulla Proposta di Regolamento della Commissione Europea in materia di IA. L'analisi della proposta è utile a evidenziare, in chiave conclusiva, la necessità di un dibattito pubblico partecipato e consapevole, capace di far risaltare rischi e benefici delle TRF e dunque utile a orientare le scelte del legislatore.

SOMMARIO: 1. Introduzione: i rischi della diffusione delle tecnologie di riconoscimento facciale da un'angolazione penalistica. – 2. Le TRF espressione del capitalismo della sorveglianza e della società del controllo. – 3. Il funzionamento delle TRF: datificazione e classificazione degli individui. – 4. I rapporti tra Stato e imprese nell'utilizzo delle TRF. L'esempio cinese: il ruolo ausiliario nella persecuzione della popolazione degli Uiguri – 5. L'esempio statunitense: il ruolo "attivo" delle *big tech* e l'accusa di contribuire al razzismo endemico della polizia locale. – 6. Uno sguardo all'Italia: le pronunce del Garante per la *privacy* nei casi SARI e *Clearview AI*. – 7. Prime indicazioni dalla Proposta di Regolamento della Commissione Europea e qualche considerazione conclusiva.

(*) Il testo è stato elaborato nell'ambito del progetto di ricerca interdipartimentale su "*The use of AI neural networks in the fight against corporate crimes*" realizzato presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" sotto la coordinazione scientifica della Dott.ssa De Simone

1. Introduzione: i rischi della diffusione delle tecnologie di riconoscimento facciale da un'angolazione penalistica.

Nel marzo del 2022, con l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia già in corso da alcune settimane, sui giornali è stata diffusa la notizia dell'arresto di un'attivista russa all'uscita dalla metropolitana di Mosca, qualche settimana dopo aver rilanciato su *Twitter* una manifestazione contro la guerra organizzata in piazza Pushkinskaya. L'attivista sarebbe stata identificata grazie al sistema di riconoscimento facciale *Sphere*, installato sui mezzi pubblici della capitale russa¹.

Quasi negli stessi giorni, ancora più risalto è stato dato alla notizia che la società *Clearview AI* si sia offerta di aiutare il governo ucraino mettendo a disposizione i propri servizi per individuare infiltrati russi, riunire i rifugiati con le proprie famiglie e identificare le persone morte durante la guerra². *Clearview AI* è una *startup* newyorchese che vende a imprese e agenzie di controllo pubbliche servizi di riconoscimento facciale basati su algoritmi allenati al riconoscimento a partire da un *database* di oltre dieci miliardi di immagini raccolte dai *social network* senza consenso delle persone interessate³. Le modalità di raccolta delle immagini e i servizi connessi, che sembrano permettere una profilazione e sorveglianza delle persone, hanno portato alcuni Stati a ritenere l'attività di *Clearview AI* contraria alla legge. Tra questi, come si avrà modo di vedere, c'è anche l'Italia⁴.

Pochi mesi prima di questi eventi, *Apple* ha annunciato di aver migliorato il sistema di riconoscimento facciale installato sui modelli più recenti di *iphone*, permettendo di sbloccare il telefono con il proprio volto anche nel momento in cui si indossi una mascherina, a condizione che gli occhi siano ben visibili⁵.

I tre esempi qui brevemente riportati consentono già di intuire in cosa consistano le tecnologie di riconoscimento facciale (TRF) e quali applicazione possano ricevere: si tratta di sistemi in grado di identificare o autenticare una persona a partire dalle caratteristiche del volto⁶. Si è quindi nel campo della raccolta di dati biometrici, che

¹ L. CARRER, *La Russia usa il riconoscimento facciale su chi manifesta contro la guerra*, 16 marzo 2022, in www.wired.it.

² K. CARBONI, *La più controversa startup di riconoscimento facciale sta collaborando con l'Ucraina*, 14 marzo 2022, in www.wired.it.

³ L. ZORLONI, *Ho scoperto che la più discussa società di riconoscimento facciale al mondo ha le mie foto*, 23 marzo 2021, in www.wired.it.

⁴ V. per ora il comunicato stampa del GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Riconoscimento facciale: il Garante privacy sanziona Clearview AI per 20 milioni di euro. Vietato l'uso dei dati biometrici e il monitoraggio degli italiani*, 9 marzo 2022, in www.garanteprivacy.it. Più ampiamente, *infra*, par. 5.

⁵ *Ora è possibile sbloccare gli iPhone anche indossando la mascherina*, 15 marzo 2022, in www.ilpost.it.

⁶ Nella dottrina giuridica interna, un lavoro monografico dedicato al tema è quello di G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; v. anche, da un'angolazione processual-penalistica, E. SACCHETTO, *Face to face: il complesso rapporto tra automated facial recognition technology e processo penale*, in www.laegislazionepenale.it, 16 ottobre 2020. Per una ricognizione della materia da una prospettiva penalistica, con specifico riguardo al contesto statunitense, cfr. New York City Bar, *Power, Pervasiveness and Potential: the Brave New World of Facial Recognition Through a Criminal Law Lens (and beyond)*, agosto 2020, in

permettono di distinguere le persone in base a particolari attributi del corpo quali, ad esempio, le impronte digitali, la forma dell'iride o il DNA⁷. Nel caso delle TRF, tuttavia, il dato da ottenere e analizzare è particolarmente visibile e piuttosto facile da "raccolgere", sia nello spazio fisico sia in quello digitale⁸.

Se, dal primo punto di vista, la messa a punto di tecnologie sempre più sofisticate punta a riconoscere un volto anche laddove sia parzialmente travisato, ad esempio con una mascherina, è nello spazio *online* che è possibile rinvenire, in maniera estremamente semplice, milioni quando non miliardi di immagini che ritraggono volti. Si pensi appunto ai *social network*, dove sono gli stessi utenti a caricare, volontariamente, le proprie foto, il più delle volte provvedendo anche a *taggarle* ossia a indicare a chi corrisponda un determinato volto, così contribuendo all'identificazione delle persone raffigurate.

Le TRF si presentano, dunque, come uno strumento dalle potenzialità applicative particolarmente ampie, sia dal punto di vista della diffusione potenzialmente capillare di strumenti di videosorveglianza diretti a "catturare" il volto delle persone sia delle numerose finalità a cui le stesse possono essere indirizzate, tanto di gestione della pubblica sicurezza quanto di natura prettamente commerciale⁹. Esse determinano un salto evolutivo significativo nella raccolta e gestione del dato biometrico, che lo rende suscettibile di molteplici utilizzi, come già risulta dagli esempi prima riportati, e che spaziano dall'impiego da parte della pubblica autorità per fini di controllo e sorveglianza oppure in contesti financo bellici alla messa in atto di strategie commerciali per aumentare la vendita di prodotti.

La natura anfibia di questi strumenti costituisce, dunque, un primo elemento degno di riflessione, che permette di illuminare il ruolo centrale giocato dalle imprese private nello sviluppo di tali tecnologie e nella vendita successiva alle amministrazioni governative e agenzie di controllo.

Infatti, si registra un apparente disallineamento tra la crescente diffusione delle TRF nell'ambito commerciale e qualche battuta d'arresto rintracciabile nel campo della gestione della sicurezza pubblica, dove, negli ultimi tempi, alcune tra le più grandi *tech company* hanno in parte smesso di fornire i propri prodotti alle forze dell'ordine per scopi di gestione dell'ordine pubblico. Questi comportamenti, visibili soprattutto nel contesto

<http://documents.nyctbar.org.s3.amazonaws.com/files/2020662-BiometricsWhitePaper.pdf>.

⁷ L'art. 4, n. 14) del Regolamento Generale sulla Protezione dei dati (GDPR) definisce i dati biometrici come «i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici». Essi rientrano, dunque, nell'elenco delle particolari categorie di dati di cui all'art. 9 del medesimo Regolamento, il cui trattamento è pertanto sottoposto a un regime di maggior tutela, con la possibilità, espressamente prevista dal medesimo art. 9, per ciascuno Stato di prevedere ulteriori restrizioni a simili trattamenti proprio allorquando si tratti di dati biometrici.

⁸ Cfr. IBERLE, *Face Recognition Technology. Compulsory Visibility and Its Impact on Privacy and the Confidentiality of Personal Identifiable Images*, Springer, Cham, 2020, *passim*.

⁹ Per una ricognizione delle distinte finalità per cui possono essere utilizzate le TRF, v. T. HUANG - Z. XIONG - Z. ZHANG, *Face Recognition Applications*, in S.Z. LI - A.K. JAIN (a cura di), *The Handbook of Face Recognition*, Springer, Cham, 2005, p. 617 ss.

statunitense, non derivano da un'intervenuta disciplina di settore volta a restringerne il campo applicativo, ma sono conseguenza di precise scelte di *business*, motivate dalla volontà d'impresa di dissociarsi da pratiche oggetto di forti critiche da parte dell'opinione pubblica. Non a caso, si tratta di un *trend* che riguarda principalmente gli attori più importanti attivi sul mercato, ma che non sembra coinvolgere, invece, le imprese più piccole¹⁰. Ad ogni modo, si è in presenza di un fenomeno che fornisce un punto di vista parzialmente inedito nell'analisi dei rapporti tra impresa e Stato, con la prima a richiedere al secondo un intervento legislativo in un settore caratterizzato da uno squilibrio delle conoscenze in tutto favore dei soggetti privati¹¹.

Al contempo, il tema delle TFR sollecita un approfondimento dal punto di vista penalistico, non soltanto in relazione ai rischi di violazione del diritto alla *privacy* e al corretto trattamento dei dati personali, ma anche, e soprattutto, in ragione della possibilità di attuare, dietro ragioni di tutela della pubblica sicurezza, forme di sorveglianza¹² di massa e di profilazione¹³ delle persone, con una severa compressione dei diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti della personalità nonché di riunione, associazione e libera manifestazione del pensiero¹⁴. A tal riguardo, da più parti si è messo in luce come l'installazione di TRF in spazi pubblici possa esplicare effetti di auto-censura da parte della popolazione, scoraggiata dall'esercitare tali fondamentali diritti (*chilling effect*)¹⁵.

Dunque, l'idea di un potere pubblico in grado di esercitare un controllo pervasivo e costante delle persone, che consenta di tenere traccia del comportamento di ciascuno a partire dalle riprese effettuate dai sempre più diffusi sistemi di videosorveglianza, non sembra rappresentare la concretizzazione di un immaginario distopico o riconducibile alla sola realtà di Stati autoritari. Certamente, in ordinamenti in cui vi è un minore rispetto delle libertà personali, alcuni usi delle TRF spingono verso l'ulteriore compressione di diritti fondamentali: oltre all'esempio già fatto della Russia, si vedrà

¹⁰ *Infra*, par. 4.

¹¹ Su come lo squilibrio di conoscenze in settori a elevata complessità tecnologica favorisca il diffondersi di fenomeni auto-normazione (più o meno regolata) d'impresa cfr. soprattutto G. FORTI, *Principio di precauzione e diritto penale*, in *Criminalia*, 2006, p. 196 ss., nonché C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 301 ss. Sul fenomeno dell'autonormazione, all'interno di una vasta bibliografia, v. da ultimo D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Giappichelli, Torino, 2021.

¹² Da intendersi come la «raccolta ed elaborazione di dati personali, identificabili o meno, allo scopo di influenzare o controllare coloro ai quali essi appartengono»: così, D. LYON, *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 2. V. anche G. ZICCARDI, *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2015.

¹³ Ai sensi dell'art. 4 del GDPR, per profilazione s'intende «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

¹⁴ G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., p. 57 ss.

¹⁵ Sul c.d. *chilling effect*, tra i contributi più recenti, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, p. 277 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, 252 ss.

come in Cina il riconoscimento facciale contribuisca a perpetrare quello che è stato definito come il genocidio culturale della popolazione degli Uiguri, minoranza musulmana e turcofona che vive nel nord-ovest del paese¹⁶.

Nondimeno, è opportuno inquadrare i rischi ingenerati dall'uso (e abuso) di simili tecnologie anche alle nostre latitudini, dove, ad esempio, le forze di polizia dispongono di un sistema di riconoscimento facciale la cui funzione "real time" – fino ad oggi non ancora utilizzata – è stata di recente ritenuta illegittima dal Garante per la protezione dei dati personali perché priva di un'adeguata base legale. Al riguardo, il Garante ha appunto stigmatizzato i rischi derivanti da una simile tecnologia, capace di attuare delle vere e proprie forme di sorveglianza di massa¹⁷. Non a caso, nelle più recenti proposte di regolamentazione della materia elaborate a livello di Unione Europea, le TFR sono incluse tra i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, il cui utilizzo va adeguatamente limitato o, in alcuni casi, addirittura bandito¹⁸.

La particolare cautela con cui affrontare il tema deriva dalla capacità di queste tecnologie di ridisegnare il rapporto tra potere statale e cittadini, tra autorità e libertà: un mutamento che passa anche da una nuova e diversa concezione dello spazio pubblico, inteso come luogo in cui ognuno è visibile e di conseguenza tracciabile. Spazio pubblico "fisico" che funge, a ben vedere, da specchio rovesciato del mondo *online*, dove è ancora più facile divenire oggetti di uno stretto monitoraggio, così rinsaldando il legame che avvince dimensione pubblica e privata dell'utilizzo delle TFR.

In quest'ottica, prima di procedere a un'analisi ravvicinata del fenomeno, appare opportuno compiere un passo indietro, per tentare di inquadrare la diffusione del riconoscimento facciale all'interno della società contemporanea.

2. Le TRF espressione del capitalismo della sorveglianza e della società del controllo.

Profilazione, controllo e sorveglianza costituiscono elementi caratteristici delle società attuali, rispetto alle quali la proliferazione delle TFR, supportata dal comportamento aggressivo di imprese dai fatturati paragonabili o superiori a quelli degli Stati più evoluti, sembra porsi in maniera perfettamente coerente. Come illustrato nel lavoro già classico di Shoshana Zuboff, l'ultima evoluzione del modello socio-politico del capitalismo avrebbe riconfigurato l'attività d'impresa in un senso "estrattivo" ossia rivolto in via prioritaria ad acquisire dati sul comportamento delle persone, per poi utilizzarli per scopi commerciali¹⁹. Non si tratta soltanto della possibilità di fare previsioni su gusti e comportamenti di un certo *target*, ma anche di sfruttare i dati

¹⁶ V., ad es., M. CLARKE, *Framing the Xinjiang emergency: colonialism and settler colonialism as pathways to cultural genocide?*, in ID. (a cura di), *The Xinjiang emergency Exploring the causes and consequences of China's mass detention of Uyghurs*, p. 10 ss. Più ampiamente, *infra* par. 4.

¹⁷ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere sul sistema SARI real time*, 25 marzo 2021. Più in dettaglio, *infra*, par. 5.

¹⁸ *Infra*, par. 6.

¹⁹ Cfr. S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs, New York, 2019.

a disposizione per incidere, mediante meccanismi di condizionamento, sul comportamento effettivo delle persone, da orientare nel senso ritenuto più vantaggioso da un punto di vista economico²⁰.

La possibilità per le imprese di attingere a una mole vastissima di dati deriva dalla crescente digitalizzazione delle attività umane, favorita dalla diffusione di sistemi, a partire dagli *smartphone*, che consentono di individuare una “traccia” di ciò che si è compiuto. D'altronde, in letteratura si è efficacemente proposto di definire con il termine *onlife* la dimensione soltanto all'apparenza scissa che l'uomo contemporaneo vive, diviso tra la vita *online* e quella *offline*, che appunto si ritiene non possano più continuare a essere considerate in maniera separata²¹.

Ebbene, gli effetti del capitalismo della sorveglianza non s'impongono soltanto nella strutturazione delle attività economiche, ma incidono in profondità anche nell'assetto delle relazioni sociali. Le potenzialità del controllo pervasivo a cui chiunque può essere sottoposto determinano, infatti, un mutamento nei comportamenti quotidiani, all'interno di quello che viene definito come un nuovo *panopticon* digitale, un sistema di controllo che opererebbe come una sorta di super-io collettivo in grado di condizionare “da remoto” i comportamenti individuali e indirizzarli in vista di una loro monetizzazione²².

D'altronde, in letteratura si è segnalato come le metafore prese in prestito dall'immaginario distopico da “Grande fratello”, solitamente adoperate per descrivere società connotate da una massiccia sorveglianza dei cittadini, risultino inadeguate a descrivere quella che, in altre e precedenti teorizzazioni, è stata inquadrata come società del controllo²³, quale forma che avrebbe sostituito le precedenti società disciplinari, entrate irrimediabilmente in crisi nel corso del Novecento²⁴.

Queste ultime erano caratterizzate dalla presenza di istituzioni per così dire “rigide”, all'interno delle quali l'individuo era anzitutto contenuto fisicamente e quindi disciplinato, lungo un arco temporale potenzialmente capace di coprire una vita intera (famiglia scuola caserma fabbrica ospedale)²⁵. Nella società del controllo si assiste,

²⁰ ID., spec. p. 65 ss.

²¹ La felice espressione è stata coniata da L. FLORIDI, *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, Cham, 2015.

²² S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism*, cit., p. 438, dove l'A. descrive la nuova realtà in cui gli individui sono immersi: «a new phenomenon to live continuously in the milieu of the gaze of others, to be followed by hundreds or thousands of eyes, augmented by Big Other's devices, sensors, beams, and waves rendering, recording, analyzing, and actuating».

²³ G. DELEUZE, *Les sociétés de contrôle* (1990), ora disponibile in *EcoRev'*, 1, 2018, p. 5 ss.

²⁴ Così, D. LYON, *La cultura della sorveglianza. Perché la società del controllo ci ha reso tutti controllori*, Luiss University Press, Roma, 2020, p. 19 ss. V. anche G. BALBI – P. DI SALVO, *Introduzione all'edizione italiana. La sorveglianza: un tema “classico” per capire il contemporaneo*, ivi, p. 9 ss.

²⁵ Sulle società disciplinari, imprescindibile il riferimento a M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Einaudi, Torino, 2014. Nella letteratura interna, altrettanto obbligatorio il rimando a M. PAVARINI - D. MELOSSI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario* (1977), Il Mulino, Bologna, 2018. Sulla (successiva) perdita di centralità dell'istituzione carceraria e sull'esercizio di un controllo latamente penale all'interno e da parte dell'intera collettività, altrettanto doveroso è il riferimento a D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001), Il Saggiatore, Milano, 2004.

invece, a una rarefazione e contestuale moltiplicazione degli strumenti – appunto – di controllo: «*i controlli sono una modulazione, come una modellatura auto-deformante, che si modifica continuamente, da un istante all'altro, o come un setaccio le cui maglie cambiano da un punto all'altro*»²⁶. In un tale contesto, a occupare il campo non è più la fabbrica, ma l'impresa, che gestisce salari, premi e promozioni mediante meccanismi che stimolano la competitività tra le persone²⁷.

Proprio la constatazione del carattere maggiormente orizzontale del controllo, differente dalla “verticalità” con cui è esercitato il potere disciplinare, è valorizzata da chi pone in relazione l'affermarsi della società del controllo con il diffondersi di una cultura della sorveglianza generata dagli stessi utenti²⁸. Al riguardo, sia sufficiente riprendere l'esempio dei *social network*, e della mole di informazioni che da essi possono essere ricavate, semplicemente “seguendo” una persona nella sua vita *online*²⁹.

Si ribalta, dunque, l'idea che concepisce un sorvegliante munito di poteri particolarmente penetranti e una moltitudine di sorvegliati: in un contesto iperconnesso, sono le stesse persone suscettibili di controllo a rendersi, a loro volta, solerti controllori. Da questa angolazione, la collettività è immersa all'interno di una vera e propria cultura della sorveglianza. Accanto a quella tradizionale, messa in campo, in maniera più o meno legittima, da agenzie di *intelligence*, governi e poteri digitali, si pone il comportamento dei singoli cittadini, che erige una simile attività a pratica quotidiana.

I concetti di capitalismo della sorveglianza, società del controllo e cultura della sorveglianza, ancorché diretti a inquadrare da angolazioni parzialmente diverse l'evoluzione degli assetti socio-economici delle società contemporanee, convergono, quindi, nel delineare uno scenario in cui la costante tracciabilità delle vite umane consente l'immagazzinamento di dati e al contempo diffonde forme di sorveglianza orizzontali³⁰. La possibilità di ricorrere a tecnologie di riconoscimento facciale, che come tali consentono di identificare e tracciare le persone a partire dal proprio volto, si inserisce in maniera perfettamente congruente in un simile scenario, imprimendo una particolare curvatura alle pratiche estrattive tipiche del capitalismo della sorveglianza³¹. In questo campo, infatti, persino il volto umano è ridotto a un insieme di dati, da disaggregare e utilizzare per le finalità più disparate.

Per comprendere meglio questo elemento, è dunque opportuno esaminare con maggior grado di dettaglio il funzionamento di tali tecnologie.

²⁶ G. DELEUZE, *Les sociétés de contrôle*, cit., p. 7.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ D. LYON, *La cultura della sorveglianza*, cit., p. 25 ss.

²⁹ Per un catalogo delle «*pratiche della sorveglianza*», ivi, p. 59 ss.

³⁰ V. le considerazioni sviluppate ivi, p. 50 ss.

³¹ Diversi esempi connessi all'utilizzo delle TRF sono illustrati già da S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism*, cit., spec. p. 230 ss., all'interno del paragrafo dedicato all'estrapolazione dei dati direttamente dal corpo (*body rendition*).

3. Il funzionamento delle TRF: datificazione e classificazione degli individui.

In via di prima approssimazione, le TRF compiono un trattamento in modo automatizzato di immagini digitali che contengono il volto di una persona: ricorrendo a tecniche biometriche, ne sono ricavati i caratteri identificativi, riportati in forma di codici alfanumerici ed eventualmente arricchiti da indici ulteriori (*hashing*)³².

Tale processo può essere utilizzato per finalità di autenticazione/verifica della persona, mediante l'abbinamento del volto dal vivo alla foto (ad esempio) presente su un documento di identità; di identificazione, tramite l'individuazione di una corrispondenza (*match*) tra la fotografia e quelle già raccolte e contenute in un *database*; infine, di rilevazione ossia di individuazione dei volti, come può accadere utilizzando i filmati realizzati da telecamere a circuito chiuso, da confrontare con le foto presenti in un *database* alla ricerca di una corrispondenza.

Le TRF permettono che la ricerca del *match*, indicato per il tramite di un indice percentuale, avvenga in maniera particolarmente rapida e in relazione a centinaia di migliaia di foto. Questa potrà essere realizzata sia in modalità "da remoto" sia "in tempo reale": nel primo caso, si tratta appunto di ricercare una corrispondenza tra l'immagine acquisita e quelle già presenti nel *database*; nel secondo, le TRF permetteranno di operare un confronto tra una moltitudine di volti, catturati in tempo reale, e quelli già presenti a catalogo. Uno degli esempi più classici è rappresentato dalla ricerca di un soggetto ritenuto pericoloso all'interno di una folla facendo ricorso a videocamere di sorveglianza puntate su aree pubbliche.

È tale ultima modalità a destare le maggiori perplessità, in quanto comporta, in linea potenziale, una sorveglianza di massa, in assenza di qualunque forma di consenso da parte delle persone oggetto del trattamento. Nel prosieguo si vedrà come le proposte di regolamentazione mirino a limitare fortemente la possibilità di ricorrere a tali forme di riconoscimento facciale, privilegiandosi quelle che operano *ex post*³³.

Ad ogni modo, in tutti i casi è operata una categorizzazione delle persone, a prescindere dall'identità delle stesse, semplicemente isolando le caratteristiche tipiche del volto del soggetto ritratto³⁴. Tale operazione è realizzata grazie al ricorso a strumenti di apprendimento automatico, tipici di sistemi che vengono definiti di intelligenza artificiale. Il riconoscimento facciale pertiene, quindi, a un sotto-campo dell'IA, quello della visione artificiale, che si occupa appunto di insegnare alle macchine a rilevare e interpretare le immagini. Come segnalato in letteratura, si tratta di un ambito particolarmente problematico, stante la natura relazionale e spesso inafferrabile delle immagini³⁵.

³² Illustra in dettaglio il funzionamento delle TFR, G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., p. 32 ss. V. anche J. BUOLAMWINI – V. ORDÓÑEZ – J. MORGENSTERN – E. LEARNED-MILLER, *Facial recognition technologies: a primer*, Algorithmic Justice League, 29 maggio 2020, disponibile in <https://people.cs.umass.edu/~elm/papers/FRTprimer.pdf>.

³³ *Infra*, parr. 5 e 6.

³⁴ La c.d. «*indifferenza formale*» verso gli utenti caratterizza, a ben vedere, il capitalismo della sorveglianza in sé e le pratiche che gli sono tipiche: cfr. S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism*, cit., p. 353 ss.

³⁵ K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 119 ss.

Pertanto, al fine di istruire la macchina alla comprensione di ciò che “vede”, si parte dalla raccolta di un campione quanto più esteso possibile di immagini, opportunamente catalogate ed etichettate. Come noto, nel vasto settore del c.d. *deep learning*, il processo di apprendimento e miglioramento continuo delle macchine avviene mediante delle tecniche di correlazione induttiva e inferenza probabilistica basate sulla frequenza statistica con cui si replicano determinati schemi nel campione. Non vi è, dunque, un’effettiva comprensione degli stessi, quanto, appunto, un progressivo affinamento delle capacità di individuare correlazioni interne a ciò che viene processato³⁶.

Così, nel campo delle TRF, una volta che alla macchina sono state presentate le immagini entra in gioco un algoritmo (*learner*) che guida l’apprendimento a partire dai dati etichettati e che, a sua volta, informa un ulteriore algoritmo (*classifier*) sulle modalità con cui individuare le relazioni tra i nuovi *input* e gli *output* attesi. Il miglioramento costante di un simile sistema è dunque strettamente dipendente dalla mole dei dati analizzati e dal grado di precisione con cui sono stati etichettati. Una volta messi a punto *set* di dati stabilizzati per lo sviluppo della visione artificiale, questi fungono da base di partenza per il perfezionamento dei diversi sistemi, a seconda degli obiettivi di volta in volta prefissati³⁷.

I sistemi di riconoscimento facciale necessitano, allora, di poter attingere a un catalogo quanto più ampio e variegato possibile di immagini, capace di alimentare e istruire macchine voraci e all’apparenza insaziabili. Da ciò ne discende, da un canto, la raccolta “selvaggia” del materiale disponibile in rete, compiuta nell’assenza sostanziale del consenso da parte delle persone coinvolte, e, dall’altro, il ricorso a *database* già esistenti e concepiti per altri utilizzi, come ad esempio accaduto con le raccolte di foto segnaletiche a disposizione delle autorità di pubblica sicurezza. Ne discendono problematiche connesse non soltanto al rispetto del diritto alla *privacy* delle persone le cui foto sono state utilizzate per allenare i sistemi di riconoscimento facciale, ma anche in termini di affidabilità dei sistemi, dipendenti dalla varietà dei dati e dalla correttezza dell’etichettamento³⁸.

A tal riguardo, da più parti si sono evidenziati i *racial bias* dei sistemi di riconoscimento facciale, meno allenati a riconoscere persone di determinati generi o colori della pelle³⁹, e, di volta in volta, le aziende coinvolte hanno cercato di rimediare ampliando la tipologia di dati a cui fanno ricorso⁴⁰. Nondimeno, in letteratura si è

³⁶ V. ad es. S. QUINTARELLI (a cura di), *Intelligenza artificiale. Cos’è davvero, come funziona, che effetti avrà*, Bollati Boringhieri, Milano, 2020; M. CHIRIATTI, *Incoscienza artificiale. Come fanno le macchine a prevedere per noi*, Luiss University Press, Roma, 2021.

³⁷ K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale*, cit., p. 111 ss.

³⁸ Ivi, spec. p. 141 ss.

³⁹ Cfr., ad es., I. IVANOVA, *Why face-recognition technology has a bias problem*, in *www.cbsnews.com*, 12 giugno 2020; A. NAJIBI, *Racial Discrimination in Face Recognition Technology*, in <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2020/racial-discrimination-in-face-recognition-technology/>, 24 ottobre 2020. V. anche *Coded Bias*, documentario del 2020 che indaga, appunto, i pregiudizi e le discriminazioni realizzate dagli algoritmi, in particolar modo nei sistemi di riconoscimento facciale.

⁴⁰ V., ad es., J. ROACH, *Microsoft improves facial recognition technology to perform well across all skin tones, genders*,

criticato questo *modus operandi*, diretto a correggere problematiche ritenute al contrario insite nei sistemi di intelligenza artificiale e discendenti in maniera diretta dall'attività di classificazione che è alla base del processo di apprendimento delle macchine: «Le pratiche di classificazione danno forma al modo in cui l'intelligenza artificiale viene classificata e prodotta (...) tutto ciò che esiste al mondo viene convertito in dati attraverso l'estrazione, la misurazione, l'etichettatura e l'ordinamento, e questo diventa, intenzionalmente o meno, una scivolosa evidenza empirica per i sistemi tecnologici addestrati su questi dati»⁴¹.

Ne risulta che le TFR sembrano realizzare al massimo grado il processo di "datificazione" dell'individuo, ridotto a mero dato numerico; al medesimo tempo, si contribuisce alla costruzione di generi e razze in base alle quali distinguere artificialmente il genere umano. In letteratura si sollecita dunque a interrogarsi su chi compia una siffatta catalogazione e su quali basi⁴²: una questione che diviene ancor più pressante allorché si pretenda di classificare le persone a partire dalle caratteristiche del proprio volto e che chiama in causa le imprese private impegnate nello sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale.

4. I rapporti tra Stato e imprese nell'utilizzo delle TRF. L'esempio cinese: il ruolo ausiliario nella persecuzione della popolazione degli Uiguri.

Una volta osservata la non neutralità alla base del funzionamento delle TRF, e più in generale dei sistemi di IA, strettamente dipendente dalle modalità di classificazione dei dati a partire dai quali le macchine "imparano", ai fini delle presenti riflessioni appare opportuno concentrarsi, altresì, sul ruolo – anfibio e ambiguo – occupato dall'impresa nella diffusione di tali strumenti presso le forze di pubblica sicurezza⁴³.

Un ruolo che muta, evidentemente, al variare del contesto osservato, a seconda della natura più meno autoritaria dello Stato di riferimento, ma che in ogni caso conferma come le *big tech* di fatto forniscano la tecnologia necessaria a forme di sorveglianza di massa, quando non sono esse stesse a promuovere il ricorso a simili strumenti, soprattutto laddove si muovano in ambiti scarsamente disciplinati e al riparo dall'attenzione mediatica. Al contrario, qualora esigenze reputazionali lo suggeriscano, sono le medesime imprese a prendere le distanze dagli utilizzi controversi delle TRF, in alcuni casi anche mediante l'interruzione dei rapporti commerciali con Stati e agenzie federali.

La Cina sembra offrire un chiaro esempio di brutale utilizzo dell'IA e delle TFR per scopi di sorveglianza e profilazione di massa. Se l'ambizione a divenire *leader*

26 giugno 2018, articolo apparso sul sito della società *Microsoft*, nonché R. PURI, *Mitigating Bias in AI Models*, 6 febbraio 2018, articolo apparso sul sito della società *IBM*.

⁴¹ K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale*, cit., p. 144.

⁴² Ivi, p. 164 ss.

⁴³ Così D. LYON, *La cultura della sorveglianza*, p. 50: «La sorveglianza è anche una grande industria. Le corporation globali vi prendono parte e spesso hanno stretti legami con il governo».

mondiale nel settore ha determinato una diffusione di queste tecnologie all'interno di città sempre più connesse e "smart", nella regione dello Xinjiang, dove risiede la popolazione degli Uiguri, sembra si stia compiendo un vero e proprio esperimento totalitario⁴⁴.

Agli strumenti tradizionali di controllo sociale si affiancano, infatti, quelli più tecnologici, al fine di ottenere una sorveglianza a tappeto e permanente di tale minoranza etnico-religiosa, giustificata dal governo cinese per ragioni di contrasto al terrorismo. La raccolta dei dati degli Uiguri è associata all'elaborazione di modelli predittivi – rischio criminale compreso – rivelando in maniera plastica come l'installazione di telecamere e la diffusione di *app* di controllo sociale si presti a declinazioni liberticide nei rapporti tra autorità e cittadini. Le nuove tecnologie, incluse quelle di riconoscimento facciale, sono utilizzate nell'ambito di una politica di "rieducazione" promossa dal partito comunista e che comprende anche forme di detenzione di massa⁴⁵.

I tentativi di portare all'attenzione della Corte Penale Internazionale tali pratiche, così da avviare un'indagine, non sono andati a buon fine: nel dicembre 2021, l'Ufficio del Procuratore ha ritenuto che non vi fossero le basi giuridiche per procedere per genocidio e crimini di guerra, in quanto i fatti sarebbero avvenuti prevalentemente nel territorio della Repubblica popolare cinese, che non ha mai aderito allo Statuto di Roma⁴⁶.

Invece, si è assistito al proliferare di sanzioni di natura economica, promosse in primo luogo dagli Stati Uniti e indirizzate anche verso le imprese multinazionali cinesi accusate di contribuire alle pratiche di individuazione e confinamento della popolazione uigura. In particolare, i primi *ban* sono stati emanati durante il mandato presidenziale di Donald Trump, inserendosi all'interno di una più generale politica di accesa competizione commerciale con la Cina⁴⁷. Nondimeno, anche nel corso della presidenza di Joe Biden si è proseguito lungo la medesima direttrice, e lo scorso dicembre è stato approvato il c.d. *Uyghur Forced Labor Prevention Act*, che prevede, tra le altre cose, il divieto di importazione dei prodotti dalla regione dello Xinjiang, a meno che le imprese

⁴⁴ Cfr. S. PIERANNI, *Red Mirror. Il nostro futuro si scrive in Cina*, Laterza, Roma, 2020, p. 52 ss. Ma v. anche le risoluzioni del Parlamento europeo del 17 dicembre 2020 sul lavoro forzato e la situazione degli uiguri nella regione autonoma uigura dello Xinjiang, del 19 dicembre 2019 sulla situazione degli uiguri in Cina ("*China Cables*"), del 18 aprile 2019 sulla Cina, in particolare la situazione delle minoranze religiose ed etniche, e del 4 ottobre 2018 sulla detenzione di massa arbitraria di uiguri e kazaki nella regione autonoma uigura dello Xinjiang.

⁴⁵ Si legga il recente report di HUMAN RIGHTS WATCH, "*Break Their Lineage, Break Their Roots*". *China's Crimes against Humanity Targeting Uyghurs and Other Turkic Muslims*, 19 aprile 2021, disponibile in www.hrw.org/report/2021/04/19/break-their-lineage-break-their-roots/chinas-crimes-against-humanity-targeting#_ftn109.

⁴⁶ G. PANE, *Il popolo abbandonato degli Uiguri: il Prosecutor della CPI chiude le indagini contro la Cina*, in www.iusinitinere.it, 28 settembre 2021. Per il comunicato della Corte, v. THE OFFICE OF THE PROSECUTOR - INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Report on Preliminary Examination Activities 2020*, 14 dicembre 2020, par. 70 ss., in www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf.

⁴⁷ Cfr. A. NISSEN, *Import Bans on Products from Forced Labor in the Trump Era*, in *Un. Bologna L. Rev.*, 2020, p. 367 ss.

non dimostrino, in maniera “chiara” e “convincente” di essere estranee a pratiche di sfruttamento del lavoro⁴⁸.

Inoltre, sempre nel dicembre 2021, alcune imprese cinesi, accusate di contribuire alla sorveglianza biometrica e al tracciamento della popolazione uigura, sono state inserite in una delle *blacklist* messe a punto dell’*Office of Foreign Assets Control* (OFAC) presso il Dipartimento del Tesoro statunitense. La competenza di tale ufficio si radica a partire dalla valuta usata nelle transazioni, il dollaro, e ad essa di riconnette il potere di vietare rapporti commerciali in dollari con Stati, individui e gruppi di persone ritenuti una minaccia alla sicurezza, alla politica estera o all’economia nazionale⁴⁹.

Anche l’Unione Europa ha reagito: sulla base della Decisione 2020/1999 del Consiglio del 7 dicembre 2020, sono state applicate misure restrittive a quattro alti ufficiali cinesi nella regione dello Xinjiang per le violazioni dei diritti umani sulla minoranza musulmana degli uiguri⁵⁰.

Oltre alle sanzioni economiche, è opportuno prendere in considerazione anche l’effetto reputazionale delle accuse mosse alle imprese di essere coinvolte in tali pratiche: una vasta eco mediatica hanno avuto le notizie che riguardavano società cinesi come *Alibaba* e *Huawei*, “giganti” del settore: la prima, tra le più importanti multinazionali nel campo dell’*e-commerce*, è stata accusata di aver messo a punto un *software* in grado, a partire da filmati o fotografie caricati dagli utenti, di individuare e segnalare persone appartenenti alla minoranza uigura⁵¹. La seconda, attiva nel settore delle telecomunicazioni e già destinataria di una serie di *ban* dovuti ad accuse di spionaggio, si ritiene fornisca alla polizia cinese un sistema di *scan* facciale capace di individuare una persona di etnia uigura e, eventualmente, di inviare un *alert*⁵². In entrambi i casi, le aziende si sono difese dichiarando che si tratta di sistemi soltanto testati in via di prova e non destinati ad utilizzi che possano contribuire a pratiche discriminatorie e dannose per i diritti umani⁵³.

⁴⁸ Per una ricognizione a prima lettura, v., ad es., GIBSON DUNN, *The Uyghur Forced Labor Prevention Act Goes Into Effect in the United States*, 14 gennaio 2022, in www.gibsondunn.com/the-uyghur-forced-labor-prevention-act-goes-into-effect-in-the-united-states/.

⁴⁹ Dal sito dell’OFAC: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20211216>. Sul tema, v., ad es., V. ORTLAD, *Criminal Prosecution in Sheep’s Clothing: The Punitive Effects of OFAC Freezing Sanctions*, in 98 *J. Crim. L. and Criminology*, 2008, p. 1439 ss. Nella letteratura interna, particolare attenzione all’attività dell’OFAC, anche in relazione alle regole di *compliance* d’impresa, è prestata da S. MANACORDA, *The “Dilemma” of Criminal Compliance for Multinational Enterprises in a Fragmented Legal World*, in S. MANACORDA – F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Springer, Cham, 2022, p. 67 ss.

⁵⁰ Cfr. *Council implementing Regulation (EU) 2021/478 of 22 March 2021 implementing Regulation (EU) 2020/1998 concerning restrictive measures against serious human rights violations and abuses*, disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2021:0991:FULL&from=EN>.

⁵¹ H. DAVIDSON, *Alibaba offered clients facial recognition to identify Uighur people, report reveals*, 20 dicembre 2020, in www.theguardian.com.

⁵² V. NI, *Documents link Huawei to Uyghur surveillance projects, report claims*, 15 dicembre 2021, in www.theguardian.com.

⁵³ V. *Statement from Alibaba Group Regarding Recent Reports of the Company’s Facial Recognition Technology*, 16 dicembre 2020, in www.alizila.com/statement-from-alibaba-group-regarding-recent-reports-of-the-companys-facial-recognition-technology/; le dichiarazioni da parte di Huawei sono riportate da E. DOU, *Documents link Huawei*

In un contesto autoritario come quello cinese, dunque, sembrano trovare attuazione particolari modelli di sorveglianza totale, con le imprese attive nel settore che rivestono un ruolo ausiliare, consistente nella messa a disposizione di tecnologie idonee alla realizzazione di simili politiche. Al medesimo tempo, l'utilizzo di tali tecnologie su scala così vasta ne contribuisce al miglioramento, atteso che, come già osservato, quanto maggiore è la mole di dati processati dai sistemi di IA tanto più rapida e precisa ne sarà l'evoluzione⁵⁴.

5. L'esempio statunitense: il ruolo "attivo" delle big tech e l'accusa di contribuire al razzismo endemico della polizia locale.

Nel volgere lo sguardo, invece, a una democrazia liberale come quella statunitense, il ruolo delle imprese nel contribuire alla diffusione di strumenti di controllo e sorveglianza presso le forze di polizia appare maggiormente riconducibile all'incontro tra gli interessi commerciali delle prime e gli obiettivi di gestione dell'ordine pubblico delle seconde. In altre parole, nel vuoto normativo che caratterizza il settore, l'utilizzo o meno di simili strumenti sembra rimesso, in buona parte, alle scelte dei singoli uffici e alle eventuali sinergie che vengono a instaurarsi con le *corporation* che li producono.

Così, *Rekognition*, il sistema di riconoscimento facciale messo a punto da *Amazon*, è stato al centro di progetti-pilota sviluppati in alcune città, tra cui, ad esempio, Orlando⁵⁵. In questo caso, il progetto è terminato in virtù del fatto che la città non disponesse della tecnologia adeguata al funzionamento del sistema in modalità *real time*⁵⁶. Già prima dell'interruzione della sperimentazione, però, numerose associazioni di attivisti, ma anche impiegati e *shareholder* di *Amazon*, avevano protestato contro i rischi derivanti dal suo utilizzo, proteste rimaste tuttavia inascoltate dall'impresa⁵⁷.

Soltanto qualche tempo dopo, invece, la società ha deciso di vietare, prima per un anno e poi anche per quello successivo, la vendita di *Rekognition* alle forze di polizia, anticipando di qualche mese le società *IBM* e *Microsoft*. Il deciso cambio di rotta da parte di *Amazon* e di altre tra le più importanti *tech company* al mondo è da ascrivere al moto di reazioni e proteste che in tutti gli Stati Uniti sono seguite alla morte di George Floyd, uomo nero di 46 anni morto a causa della tecnica di immobilizzazione c.d. *knee on neck* alla quale è stato sottoposto nel corso di un arresto da parte di Dereck Chauvin, ufficiale

to *China's surveillance programs*, 14 dicembre 2021, in www.washingtonpost.com.

⁵⁴ Lo sottolinea S. PIERANNI, *Red Mirror*, cit., p. 55.

⁵⁵ D. ALBA, *With No Laws To Guide It, Here's How Orlando Is Using Amazon's Facial Recognition Technology*, 30 ottobre 2018, in www.buzzfeed.com.

⁵⁶ N. STATT, *Orlando police once again ditch Amazon's facial recognition software*, 18 luglio 2019, in www.theverge.com.

⁵⁷ J. VINCENT, *AI researchers tell Amazon to stop selling 'flawed' facial recognition to the police*, 3 aprile 2019, in www.theverge.com; ID., *Amazon employees protest sale of facial recognition software to police*, 22 giugno 2018, *ivi*; C. LECHER, *Shareholders are pushing Amazon to stop selling its facial recognition tool*, 17 gennaio 2019, *ivi*.

di polizia bianco⁵⁸.

Nell'ambito delle critiche al razzismo strutturale che caratterizza la società statunitense e che si rifletterebbe in maniera vistosa nelle attività degli apparati di polizia⁵⁹, alle *big tech* si è contestato di fornire strumenti di controllo e sorveglianza massiva, a loro volta viziati da *racial* (e *gender*) *bias*, con le TFR più allenate a identificare uomini bianchi. La necessità di prendere le distanze dalle attività della polizia ha dunque portato le multinazionali in questione a rivedere le proprie politiche aziendali in materia e a interrompere i contratti in essere, in attesa di una disciplina legislativa sul tema.

La soluzione più radicale è quella adottata da *IBM*: nel giugno 2020, il CEO ha dichiarato che la società non avrebbe più sviluppato, compiuto ricerche e venduto TRF per scopi di *law enforcement*. Al medesimo tempo, con una lettera indirizzata al Congresso degli Stati Uniti, ha sollecitato a disciplinare la materia, ponendo in risalto l'estrema opacità alla base dei rapporti tra le agenzie di controllo e le imprese impegnate nella vendita di tali tecnologie nonché, soprattutto, i rischi di «*mass surveillance, racial profiling, violations of basic human rights and freedoms*»⁶⁰. *Microsoft*, invece, analogamente ad *Amazon*, ha temporaneamente interrotto le sue attività nei confronti degli organi dello Stato, in attesa di un'espressa disciplina del settore⁶¹.

Le scelte delle *corporation* di interrompere la fornitura di sistemi di riconoscimento facciale appaiono quindi dettate, almeno in primo luogo, da esigenze reputazionali⁶². In una fase storica connotata da profonde tensioni e divisioni in senso alla società statunitense, i rischi per i colossi tecnologici di essere percepiti dai consumatori come fornitori di sistemi in grado di perpetuare forme di discriminazione e razzismo da parte degli agenti di polizia è stato considerato evidentemente troppo alto. In tal senso, il comune richiamo a una regolamentazione pubblica della materia è espressione evidente della necessità di poter aderire a un insieme codificato di regole a cui attenersi, di modo da poter agire nella legalità e, soprattutto, di poter dichiarare di farlo. Sebbene già fossero noti i pericoli discendenti dall'utilizzo delle TRF, è stata l'esplosione della questione razziale a rivelarsi determinante nello spingere le imprese a rimeditare le proprie scelte di *business*.

Negli Stati Uniti, all'iniziale opacità nella diffusione del riconoscimento facciale tra forze di polizia è quindi seguita una fase di sovraesposizione mediatica che ha

⁵⁸ R. CORNELLI, *Note sulla Police brutality a partire dai fatti di Minneapolis*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 2/2020, p. 1 ss.

⁵⁹ Esalta il fattore razziale nelle pratiche violente della polizia statunitense, R. CORNELLI, *La forza di polizia. Uno studio criminologico sulla violenza*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 25 ss. Mette in luce la natura sistematica dell'addestramento alla violenza a cui sono formati gli agenti di polizia negli Stati Uniti, E. GRANDE, [La condanna di Derek Chauvin per la morte di George Floyd: giustizia è fatta?](#), 14 maggio 2021, in *Questione giustizia*.

⁶⁰ Il testo della lettera è disponibile in: www.ibm.com/blogs/policy/facial-recognition-sunset-racial-justice-reforms/.

⁶¹ A. LEVY, *Microsoft says it won't sell facial recognition software to police until there's a national law 'grounded in human rights'*, 11 giugno 2020, in www.cnn.com; K. WEISE – N. SINGER, *Amazon Pauses Police Use of Its Facial Recognition Software*, 10 giugno 2020, in www.nytimes.com.

⁶² Sull'importanza della dimensione reputazionale nell'esercizio dell'attività d'impresa, e sui costi derivanti da una "bad reputation", v. il numero speciale della rivista *Buss.&Soc.*, num. 6, 2019, intitolato appunto *Corporate Reputation: Being Good and Looking Good*, e in particolare D. BREITINGER – J.P. BONARDI, *Firms, Breach of Norms, and Reputation Damage*, p. 1143 ss.

inquadrato criticamente la questione, spingendo i *competitor* più in vista a uscire dal mercato. Tutto ciò, comunque, non ha ancora portato a una regolamentazione a livello federale. Così, permane il rischio che, a fronte della scelta delle maggiori società di dissociarsi da pratiche commerciali malviste dai consumatori, siano aziende più piccole ad occupare il campo e soddisfare la domanda⁶³.

6. Uno sguardo all'Italia: le pronunce del Garante per la privacy nei casi SARI e Clearview AI.

Nel contesto italiano, o meglio europeo, sebbene allo stato non via sia ancora una regolamentazione in materia di riconoscimento facciale, deve registrarsi un crescente interesse per la questione. Ne è significativo testimone la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'uso dell'IA nel diritto penale, in cui, tra le altre cose, si chiede alla Commissione «una moratoria sulla diffusione dei sistemi di riconoscimento facciale per le attività di contrasto con funzione di identificazione»⁶⁴, almeno finché non vi sia la garanzia che tali tecnologie siano conformi ai diritti fondamentali e immuni da pregiudizi discriminatori, e sussista un quadro giuridico tale da evitarne un uso distorto e improprio. Nel medesimo testo si esprime, inoltre, profonda preoccupazione «per l'utilizzo di database privati di riconoscimento facciale da parte delle autorità di contrasto e dei servizi di intelligence, come Clearview AI, una banca dati di oltre tre miliardi di immagini raccolte illegalmente dai social network e da altre fonti Internet»⁶⁵.

A seguito di tale Risoluzione, l'Italia ha effettivamente approvato una moratoria dei sistemi biometrici di riconoscimento facciale in luoghi pubblici o aperti al pubblico fino alla fine del 2023, ad eccezione, tuttavia, dei trattamenti effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione e repressione dei reati, o anche di esecuzione di sanzioni penali ai sensi del d.lgs. 51/2018. Una soluzione temporanea, in attesa dell'approvazione del Regolamento sulla c.d. legge sull'intelligenza artificiale⁶⁶.

Si delinea, quindi, uno scenario in rapido mutamento, in cui la recente attenzione di legislatore e opinione pubblica costituisce un elemento di novità. A differenza degli Stati Uniti, infatti, dove l'assenza di leggi federali favorisce l'attività di imprese multinazionali nell'incidere e direzionare le scelte dell'autorità nelle modalità di gestione di ordine e sicurezza pubblici, grazie anche a dei programmi pilota con cui testare e migliorare tali strumenti, nello scenario europeo si registra una maggiore volontà di regolamentare la materia. Ciononostante, vi sono casi significativi di utilizzo delle TRF tutt'altro che scevri da problematiche.

Guardando all'Italia, sin dal 2017 il Ministero dell'Interno dispone del *Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini* (SARI). Quest'ultimo, ad oggi, è utilizzato nella

⁶³ J. HOROWITZ, *Tech companies are still helping police scan your face*, 3 luglio 2020, in www.edition.cnn.com.

⁶⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale (2020/2016(INI)), par. 27.

⁶⁵ Ivi, par. 28.

⁶⁶ V. artt. a 9 a 12, lg. n. 3374/2021, di conversione del d.l. n. 139/2021.

sola funzione da remoto, denominata *Enterprise*, che consente l'identificazione di un soggetto ignoto a partire da un'immagine fotografica. In particolare, mediante «una ricerca computerizzata nella banca dati AFIS, e grazie a due algoritmi di riconoscimento facciale, [SARI Enterprise] è in grado di fornire un elenco di immagini ordinato secondo un grado di similarità»⁶⁷. A sua volta, la banca dati AFIS (*Automated Fingerprint Identification System*) rappresenta il sistema automatizzato di acquisizione delle impronte digitali, di cui fa parte il *Sotto Sistema Anagrafico* (Ssa), che contiene, invece, le foto segnaletiche presenti nei *database* della polizia, insieme alle informazioni fisiche delle persone ritratte.

SARI *Enterprise* è venuto alla pubblica ribalta nel settembre 2018, quando il suo utilizzo ha consentito l'identificazione e l'arresto di due persone di origine georgiana accusate di aver compiuto un furto in un'abitazione qualche mese prima: grazie alle immagini riprese dalle videocamere di sorveglianza, il sistema ha potuto individuare una corrispondenza tra i milioni di immagini presenti nel *database*⁶⁸. In tale occasione, la Polizia di Stato ha comunicato che la fase di sperimentazione era terminata e che SARI rappresentava un importante ausilio nel contrasto alla criminalità⁶⁹.

Se, dunque, in precedenza era necessario immettere manualmente i tratti caratterizzanti il volto della persona ricercata per sperare di ottenere dal sistema qualche corrispondenza, con SARI questa operazione è automatizzata. Proprio perché rappresenta una semplice sofisticazione nel trattamento delle immagini, appena qualche mese prima dell'identificazione delle persone accusate di furto in abitazione il Garante per la protezione dei dati personali aveva dato il via libera a SARI *Enterprise*. Nel relativo provvedimento si era osservato, infatti, che tale funzione rappresenta «un mero ausilio all'agire umano, avente lo scopo di velocizzare l'identificazione, da parte dell'operatore di polizia, di un soggetto ricercato della cui immagine facciale si disponga, ferma restando l'esigenza dell'intervento dell'operatore per verificare l'attendibilità dei risultati prodotti dal sistema automatizzato»⁷⁰.

Diametralmente opposta è stata, invece, la decisione del medesimo Garante sulla modalità *real time* di SARI, intervenuta soltanto di recente, a causa, come svelato da un'inchiesta giornalistica, delle resistenze opposte dal Ministero dell'Interno alla richiesta di fornire una valutazione d'impatto sulla *privacy* dei cittadini (DPIA), come noto necessaria allorché il trattamento possa comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone interessate⁷¹. L'istruttoria, aperta nel 2017, è arrivata soltanto nel 2021 a conclusione. Nel frattempo, il Ministero dell'Interno aveva pubblicato un bando per potenziare ulteriormente la funzione *real time* di SARI, in modo da utilizzarlo come

⁶⁷ Così si può leggere sul sito del Ministero dell'Interno, www.interno.gov.it. Sul tema, in letteratura, v. R. LOPEZ, *La rappresentazione facciale tramite software*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, 239 ss.

⁶⁸ V., ad es., *Brescia: ladri d'appartamento identificati con il riconoscimento facciale*, 7 settembre 2018, in www.repubblica.it.

⁶⁹ *Ecco Sari, il nuovo software di riconoscimento facciale della polizia*, 7 settembre 2018, in www.skytg24.it.

⁷⁰ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Sistema automatico di ricerca dell'identità di un volto*, provvedimento n. 440 del 26 luglio 2018.

⁷¹ R. COLUCCINI, *Lo scontro Viminale-Garante sul riconoscimento facciale*, in *IRPImedia*, 13 gennaio 2020, disponibile.

«sistema tattico per monitorare le operazioni di sbarco e tutte le varie tipologie di attività illegali correlate, video riprenderle ed identificare i soggetti coinvolti»⁷²: nuovamente, il riconoscimento facciale sembra indirizzarsi a detrimento di particolari fasce deboli della popolazione, in questo caso le persone migranti⁷³.

Come accennato, tuttavia, nel marzo 2021 il Garante ha espresso parere non favorevole all'utilizzo di SARI *real time*, in quanto non sussiste una base legale adeguata per tale attività. La pronuncia in questione illustra chiaramente i rischi derivanti dal ricorso a forme di riconoscimento facciale in tempo reale, che «realizza un trattamento automatizzato su larga scala che può riguardare, tra l'altro, anche coloro che siano presenti a manifestazioni politiche e sociali, che non sono oggetto di "attenzione" da parte delle forze di Polizia»⁷⁴, potendo determinare «una evoluzione della natura stessa dell'attività di sorveglianza, passando dalla sorveglianza mirata di alcuni individui alla possibilità di sorveglianza universale allo scopo di identificare alcuni individui»⁷⁵.

A fondamento della propria decisione, il Garante pone la constatazione che quelli oggetto di trattamento rappresentano categorie particolari di dati ai sensi dell'art. 9 RGPD, in quanto «dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica»⁷⁶, nonché, in virtù del potenziale utilizzo nell'ambito di manifestazioni pubbliche, di dati idonei a rivelare le opinioni politiche o l'appartenenza sindacale. Pertanto, il loro trattamento è sottoposto alle condizioni più stringenti dettate dall'art. 7 d.lgs. n. 51/2018, tra cui quella di dovere essere «specificamente previsto dal diritto dell'Unione europea o da legge o, nei casi previsti dalla legge, da regolamento»⁷⁷.

Al riguardo, è interessante sottolineare come il Garante non consideri una base legale adeguata il decreto di attuazione del Codice in materia di protezione dei dati personali relativamente al trattamento dei dati effettuato, per finalità di polizia, da organi, uffici e comandi di polizia. Sebbene sia qui prevista una specifica disciplina per il trattamento dei dati raccolti mediante sistemi di videosorveglianza e di ripresa fotografica, audio e video, a parere del Garante si tratta di «sistemi ontologicamente diversi da quelli dei dati biometrici»⁷⁸.

Infine, come accennato in apertura di lavoro, il Garante per la protezione dei dati personali si è anche occupato di *Clearview AI*, società che offre alle autorità pubbliche un servizio di ricerca e trattamento mediante TRF delle immagini sul *web* liberamente accessibili. Il procedimento, nato a seguito di notizie stampa che denunciavano le criticità nella gestione dei dati da parte di *Clearview AI*, e a quattro reclami di persone

⁷² Ivi, p. 2.

⁷³ V. il report di HERMES – CENTRO PER LA TRASPARENZA E I DIRITTI UMANI DIGITALI, [Tecnologie per il controllo delle frontiere in Italia. Identificazione, riconoscimento facciale e finanziamenti europei](#), 2020.

⁷⁴ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere sul sistema Sari Real Time*, provvedimento n. 127 del 25 marzo 2021.

⁷⁵ *Ibidem*. Per un commento ai provvedimenti del Garante, cfr. anche G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., p. 240 ss.

⁷⁶ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere sul sistema Sari Real Time*, cit., par. 2) delle osservazioni.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

che avevano scoperto che la società deteneva diverse immagini che le raffiguravano senza che avessero prestato consenso, ha fatto chiarezza sull'attività svolta, ritenendola in contrasto con le disposizioni del GDPR relative ai principi che devono caratterizzare il trattamento dei dati (di correttezza e trasparenza, di limitazione delle finalità e di limitazione della conservazione), alle condizioni di liceità del trattamento in generale e a quelle previste per particolari tipologie di dati sensibili, nonché con riguardo al rispetto dei diritti dell'interessato. Pertanto, è stata ordinata l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria nel limite edittale massimo di venti milioni di euro⁷⁹.

La decisione del Garante si rivela di particolare interesse perché illustra in modo plastico le pratiche di sorveglianza e profilazione permesse dalle TRF a partire dal materiale accessibile *online*. Mediante tecniche di *web scraping* – normalmente vietate dai gestori dei siti, in particolare di *social network* – la società raccoglie foto pubblicamente accessibili da siti o video disponibili in rete, per poi elaborarle con tecniche biometriche. Una volta indicizzate, queste possono essere arricchite con i metadati disponibili associati all'immagine (ad es. la pagina *web* da cui è stata presa, la data di nascita della persona ritratta, la nazionalità, la lingua parlata ecc.), che saranno trasmesse una volta trovata la corrispondenza.

Da tutto ciò il Garante ne ricava che l'attività svolta non consiste, come dichiarato dalla società *Clearview*, nella mera classificazione di individui sulla base di caratteristiche note, ma nella gestione di dati biometrici che consente un tracciamento nel tempo delle persone ad essi associate⁸⁰.

7. Prime indicazioni dalla Proposta di Regolamento della Commissione Europea e qualche considerazione conclusiva.

La ricognizione compiuta sinora ha mostrato come il campo delle TRF sia stato interessato, nel corso degli ultimi anni, da un dibattito sempre più ampio, dove stanno trovando spazio e riconoscimento le voci più critiche e preoccupate circa la diffusione di tali strumenti per finalità di gestione della pubblica sicurezza, specialmente in assenza di una disciplina che regoli chiaramente la materia.

Nel caso specifico dell'Italia, le pronunce del Garante per la protezione dei dati personali hanno censurato alcune forme di utilizzo delle TRF capaci di aprire la strada a forme di sorveglianza di massa e profilazione nel tempo delle persone, ribadendo con forza la necessità di una legge sul tema. Il Parlamento italiano ha approvato una

⁷⁹ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Clearview AI*, provvedimento n. 50 del 10 febbraio 2022.

⁸⁰ *Ibidem*: «Le informazioni in questione formano oggetto di archiviazione nel database di Clearview e vengono arricchite nel tempo con altre estratte da nuovi template idonei a riflettere anche i cambiamenti fisici avuti dallo stesso soggetto, come emerge dall'esame di alcuni dei reclami proposti all'Autorità (...). Ne discende che Clearview non offre come risultato della ricerca una semplice corrispondenza, ma anche un archivio di risorse che si snoda attraverso il tempo. La valutazione di tale circostanza, unitamente alla finalità comparativa sopra evidenziata, è idonea ad integrare, come richiesto nel Considerando 24, un'attività assimilabile al controllo del comportamento dell'interessato in quanto posta in essere tramite il tracciamento in internet e la successiva profilazione».

moratoria sulla possibilità di usare sistemi di videosorveglianza dotati di riconoscimento facciale in luoghi pubblici – sebbene con l’eccezione, tra le altre, dell’ipotesi in cui il trattamento sia effettuato dalle autorità competenti a fini di prevenzione e repressione dei reati – in ciò allineandosi all’indicazione contenuta nella Risoluzione del Parlamento europeo sulla richiesta alla Commissione di bandire tali tecnologie, quantomeno in attesa di un intervento legislativo che ne assicuri l’uso in maniera compatibile al rispetto dei diritti fondamentali.

Al riguardo, sono rinvenibili diversi esempi di linee guida, ove le condizioni per l’utilizzo del riconoscimento facciale sono più o meno stringenti anche a seconda dell’organismo che le ha elaborate⁸¹. Al contempo, alcune iniziative promosse da associazioni a tutela dei diritti digitali e fondamentali delle persone mirano a sensibilizzare l’opinione pubblica affinché siffatte tecnologie vengano messe al bando⁸². Le motivazioni sono molteplici e spaziano dall’inaffidabilità alla circostanza per cui i costi, in termini di compressione dei diritti e di mutamento nella relazione tra autorità e libertà, sono di gran lunga maggiore dei benefici.

In un tale scenario, la proposta di Regolamento in materia di intelligenza artificiale⁸³, il primo tentativo compiuto nel contesto europeo di disciplinare in maniera organica l’IA, costituisce un parametro di riferimento particolarmente importante, anche alla luce dell’intensa attività preparatoria che lo ha preceduto, condensata in numerosi atti di impulso e strumenti di *soft law*⁸⁴. Nell’ambizione di disciplinare l’utilizzo dell’IA mediante un «*approccio equilibrato*»⁸⁵, che sia consapevole che «*gli stessi elementi e le stesse tecniche che alimentano i benefici socio-economici dell’IA possono altresì comportare nuovi rischi*

⁸¹ Ad es., se nel documento elaborato dal UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Report. The right to privacy in the digital age*, 13 settembre 2021, par. 45, si condivide la proposta già avanzata dal Parlamento Europeo di una moratoria sull’uso di quei sistemi in grado di compromettere diritti fondamentali, come accade con il riconoscimento facciale, almeno fino a quando non sia provato che tali rischi siano stati neutralizzati, il recente *white paper* intitolato *A Policy Framework for Responsible Limits on Facial Recognition Use Case: Law Enforcement Investigations* e messo a punto nell’ambito del *World Economic Forum* con la partecipazione di Interpol e UNICRI, contiene significative aperture all’utilizzo delle TRF. Particolarmente rilevanti, altresì, sono le linee guida elaborate dal COMITATO CONSULTIVO 108 istituito presso il Consiglio d’Europa, dal titolo *Guidelines on Facial Recognition*, del 28 gennaio 2021.

⁸² V. soprattutto la campagna “*Reclaim your face*”, un’Iniziativa dei Cittadini Europei (ECI) – strumento di partecipazione diretta che consente di proporre alla Commissione europea l’approvazione di nuove leggi – con cui si chiede «*di vietare, nel diritto e nella pratica, gli usi indiscriminati o tendenziosi della biometria che possono sconfinare in attività di sorveglianza di massa illecita*». In Italia, la campagna è promossa dal Centro Hermes per la Trasparenza e i Diritti umani digitali.

⁸³ *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’Intelligenza Artificiale*, 21 aprile 2021.

⁸⁴ V. ad es. le due risoluzioni del Parlamento europeo sui principi etici dell’IA, della robotica e della tecnologia correlata, nonché sul regime di responsabilità civile per l’IA, entrambi del 20 ottobre 2020, e la risoluzione sull’uso dell’IA del 20 gennaio 2021, nonché il Libro Bianco sull’Intelligenza artificiale della Commissione, del 19 febbraio 2020. In dottrina, cfr. L. PARONA, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell’intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self regulation*, in *Riv. regolaz. mercati*, n. 1/2020, p. 70 ss.

⁸⁵ *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’Intelligenza Artificiale*, cit., Relazione, cap. 1, Contesto della proposta.

o conseguenze negative per le persone fisiche o la società»⁸⁶, la proposta di Regolamento qualifica alcuni usi dell'IA come vietati o ad alto rischio, in questo secondo caso prevedendo delle particolari condizioni di utilizzo che siano in grado di attenuarlo⁸⁷.

Ebbene, il tema dell'identificazione biometrica riceve ampia considerazione, proprio in virtù dei potenziali rischi per i diritti fondamentali che ne possono discendere. Coerentemente alle modalità con cui tali sistemi possono operare, si distingue tra l'identificazione biometrica in tempo reale e da remoto: la prima, in spazi pubblici e per attività di contrasto, è vietata in quanto ritenuta particolarmente invasiva dei diritti e delle libertà delle persone interessate «nella misura in cui potrebbe avere ripercussioni sulla vita privata di un'ampia fetta della popolazione, farla sentire costantemente sotto sorveglianza e scoraggiare in maniera indiretta l'esercizio della libertà di riunione e di altri diritti fondamentali»⁸⁸.

Nondimeno, si prevedono delle significative eccezioni a una simile messa al bando, allorché questi sistemi si rendano necessari per la ricerca di potenziali vittime di reato, compresi i minori scomparsi, la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone o di un attacco terroristico, nonché il rilevamento, la localizzazione, l'identificazione o l'azione penale nei confronti di un autore o di una persona sospettata di un reato per cui può essere spiccato un mandato d'arresto europeo, allorché tale reato sia punibile nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno tre anni⁸⁹.

Anche qualora si versi in una delle descritte situazioni, ai fini del trattamento dei dati dovrà tenersi conto della natura della situazione che dà luogo al possibile uso, in particolare la gravità, la probabilità e l'entità del danno causato dal mancato uso del sistema, e le conseguenze dell'uso del sistema per i diritti e le libertà di tutte le persone interessate, in particolare la gravità, la probabilità e l'entità di tali conseguenze. L'uso dovrà essere subordinato a un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro, ad eccezione dei casi in cui ragioni di urgenza non autorizzino a procedere immediatamente, rimandando la richiesta di autorizzazione a una fase successiva⁹⁰.

Invece, per quel che concerne i sistemi di identificazione biometrica da remoto, questi sono inquadrati tra i sistemi di IA ad alto rischio⁹¹. Concordemente, il loro utilizzo deve rispettare una serie di condizioni, tra cui l'attuazione, per tutto il ciclo di vita del

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Per una ricognizione del contenuto della proposta, cfr. C. CASONATO – B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw J.*, n. 1/2021, p. 1 ss.

⁸⁸ *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale*, cit., considerando n. 18). La disciplina è contenuta al Titolo II – Pratiche di Intelligenza Artificiale vietate, art. 5.

⁸⁹ *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale*, cit., Titolo II, art. 5, lett. d).

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Ivi, Allegato III - Sistemi di IA ad alto rischio di cui all'articolo 6, paragrafo 2.

sistema, di un meccanismo di *risk-management* volto a individuare e minimizzare i rischi prevedibili prima della messa in commercio o emersi durante l'utilizzo, a cui si accompagnano contestuali obblighi di informazione al pubblico e di *testing* costante dei sistemi, nonché il rispetto di standard qualitativi dei dati che fungono da base per l'addestramento dei sistemi ad alto rischio al fine di contenere errori e discriminazioni. Un aspetto, quest'ultimo, particolarmente rilevante in relazione alle tecnologie di riconoscimento facciale, come visto sovente affette da pregiudizi di genere o legati al colore della pelle delle persone⁹². Inoltre, si richiede che il sistema sia «*sufficientemente trasparente*», così da permettere di comprendere come funzioni il meccanismo di apprendimento della macchina, e che assicuri un'efficace supervisione umana. Infine, tali sistemi dovranno sottostare a una procedura di verifica di conformità a standard e regole stabilite dall'Unione, che potrà essere effettuata dal produttore stesso o da un organismo certificatore terzo⁹³.

Come si evince da questa pur rapida ricognizione della proposta di Regolamento, il tema del riconoscimento facciale, e più in generale dell'identificazione biometrica, è inquadrato in termini problematici, alla luce delle potenziali ricadute negative sui diritti fondamentali. Se nella modalità da remoto si prevede una serie di condizioni che consente di vigilare sul concreto utilizzo delle TFR e, di riflesso, sulle sue finalità, la consapevolezza circa la possibilità di realizzare forme di sorveglianza di massa attraverso la modalità in tempo reale spinge verso la scelta, ben più radicale, del divieto.

Nondimeno, è facile accorgersi come le eccezioni a siffatto divieto siano suscettibili di ricevere un'applicazione estensiva. Non solo l'elenco eterogeneo dei reati per i quali è prevista la possibilità di ricorrere a un mandato d'arresto europeo, ma il riferimento a situazioni di emergenza o di attacchi terroristici, da un canto, e alle attività di ricerca di vittime, compresi minori scomparsi, dall'altro, sembra inquadrare scenari emergenziali rispetto ai quali appare lecito ricorrere anche ai mezzi più controversi per conseguire lo scopo prefissato.

Visti da un'angolazione penalistica, le condizioni dettate dalla proposta per derogare al divieto riguardano ambiti e obiettivi politico-criminali – il contrasto al terrorismo specialmente, ma anche, in parte, la tutela delle vittime – che hanno legittimato profonde trasformazioni del diritto penale⁹⁴. Nel caso delle TRF, il richiamo a scenari emergenziali per giustificare l'uso anche in *real time* ripropone nuovamente uno schema collaudato di rinuncia parziale a determinate garanzie per finalità di

⁹² *Supra*, par. 3.

⁹³ Ivi, Titolo III - Sistemi di IA ad alto rischio, artt. 8 ss. Per un commento delle condizioni richieste dalla Proposta per i sistemi di IA ad alto rischio, v. C. CASONATO – B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, cit., p. 13 ss.

⁹⁴ Si tratta di una bibliografia vastissima: v., ad es., M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007, 131 ss.; invece, sugli aspetti in chiaroscuro sul sistema di garanzie penalistiche discendenti dalla diffusione del c.d. paradigma vittimario, cfr. tra i tanti C. ELIACHEFF – S. LARIVIÈRE, *Il tempo delle vittime. Come le vittime sono diventate i nuovi eroi della società democratica contemporanea* (2007), Ponte alle grazie, Firenze, 2008, nonché, per un lavoro di taglio monografico, M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015.

pubblica sicurezza⁹⁵.

Tuttavia, come si è osservato nel corso della presente trattazione, la diffusione di tali tecnologie in siffatte modalità rischia di trasformare in maniera irreversibile il rapporto tra potere e cittadini. Le ulteriori condizioni dettate dalla proposta, inerenti alla verifica della gravità della situazione e alla previa autorizzazione dell'autorità (nel caso in cui ragioni d'urgenza non consentano di richiederla in seguito) non sembrano poter contenere il rischio di città puntellate di telecamere di videosorveglianza munite di TRF, che seppure "silenti" – in quanto utilizzabili solo al verificarsi di un'emergenza – molto probabilmente eserciterebbero un effetto dissuasivo nell'esercizio di diritti fondamentali dei cittadini.

Come già accennato, alcune associazioni attive nel campo della tutela dei diritti fondamentali e dei diritti digitali si battono perché il riconoscimento facciale venga messo al bando, senza eccezioni. In questo senso va la recente proposta di emendamenti al Regolamento, presentata il 31 marzo 2022, che prevede, tra le altre cose, il divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di identificazione biometrica in tempo reale⁹⁶.

In ogni caso, anche laddove il Regolamento sia approvato nell'attuale conformazione, ciascuno Stato membro sarà libero di limitare ulteriormente l'uso delle TRF⁹⁷. A quel punto, sarà necessario un dibattito pubblico partecipato e consapevole, che metta in chiara luce rischi e benefici derivanti da tali tecnologie, e che sia dunque capace di orientare le scelte del legislatore.

⁹⁵ V. il sempre attuale lavoro di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II^a ed., ESI, Napoli, 2000.

⁹⁶ La proposta di emendamenti è disponibile in: www.europarl.europa.eu/doceo/document/ITRE-AM-719802_IT.pdf.

⁹⁷ *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale*, cit., art. 5, par. 4.

NOTIFICA POSTALE CON IRREPERIBILITÀ DEL DESTINATARIO: LEGITTIMA LA CONSEGNA AL DIFENSORE

Nota a [Cass., Sez. Un., 25 novembre 2021 \(dep. 14 aprile 2022\),
n. 14573, Pres. Cassano, est. Verga](#)

di Rosa Gaia Grassia

Con la sentenza in oggetto, le Sezioni Unite delle Corti di cassazione si sono pronunciate sulla legittimità della notificazione eseguita mediante consegna al difensore, a norma dell'articolo 161, comma 4, c.p.p., successivamente alla notifica compiuta dall'addetto al servizio postale attestante l'irreperibilità dell'imputato presso il domicilio dichiarato o eletto. In particolare, il Supremo Consesso, ponendo fine ad un annoso contrasto giurisprudenziale, ha affermato la perfetta equivalenza tra la notificazione a mezzo posta e quella a mezzo ufficiale giudiziario, ragion per cui ha ritenuto non necessaria l'osservanza delle modalità ordinarie ai sensi dell'articolo 170, comma 3, c.p.p.

SOMMARIO: 1. Il caso e i termini del contrasto giurisprudenziale – 2. L'impossibilità di notifica al domicilio dichiarato o eletto e la notifica sostitutiva al difensore tra *obiter dicta* e oscillazioni giurisprudenziali – 3. Il percorso motivazionale e le valutazioni giuridiche delle Sezioni Unite – 4. Conclusioni, dubbi e necessarie riflessioni.

1. Il caso e i termini del contrasto giurisprudenziale.

La sentenza in commento è stata pronunciata nell'ambito di un processo per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, *ex art. 570-bis c.p.*, come da riqualificazione del fatto originariamente contestato ai sensi dell'art. 570, co. 2, n. 2, c.p., per avere l'imputato ommesso di corrispondere al coniuge separato e al figlio minore, dal gennaio 2011 fino alla data della decisione di primo grado, la somma mensile di euro 1500,00, oltre ad un importo pari al 50% delle spese straordinarie del minore, facendo così mancare loro i mezzi di sussistenza, secondo quanto stabilito in sede civile dal Tribunale di Latina, con provvedimento del 10 gennaio 2011.

La condanna per il delitto in parola era stata pronunciata dal medesimo Tribunale in data 28 settembre 2018 e confermata dalla Corte di Appello di Roma l'11 settembre 2020.

Quest'ultima, in particolare, aveva disatteso l'eccezione difensiva di nullità assoluta degli atti del processo di primo grado, dedotta giacché il decreto che aveva

disposto il giudizio era stato notificato dall'ufficiale giudiziario al difensore d'ufficio per "irreperibilità" dell'imputato nel domicilio dichiarato, a norma dell'art. 161, co. 4, c.p.p., così determinando la mancata conoscenza del procedimento. Ciò, nonostante non vi fosse prova dell'impossibilità di notifica nel corretto indirizzo in cui l'imputato stesso aveva eletto domicilio.

Di qui, il ricorso per cassazione avverso la sentenza di secondo grado, per asserita violazione degli artt. 161, co. 4, 179 e 420-*bis* c.p.p., 111 e 117 Cost. e 6 CEDU, per avere, appunto, la Corte di Appello disatteso la suddetta eccezione difensiva di nullità assoluta degli atti del giudizio di primo grado, per omessa citazione a giudizio.

Nello specifico, la difesa richiamava l'art. 420-*bis* c.p.p., ai sensi del quale il giudice può comunque procedere se l'imputato assente abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza, oppure se risulti comunque con certezza che egli sia a conoscenza del procedimento o che si sia volontariamente sottratto alla cognizione dello stesso o dei suoi atti. Circostanza, quest'ultima, da ritenersi esclusa, avendo l'imputato dichiarato domicilio presso un indirizzo specifico, dimostrando, in questo modo, la mancata volontà di sottrarsi alle ricerche. Inoltre, la notifica tentata dall'ufficiale giudiziario dopo la prima udienza attestava la mancata consegna, per "irreperibilità" dell'imputato, del plico raccomandato, contenente il verbale di detta udienza ed il decreto di citazione a giudizio, ma tale "irreperibilità", a parere della difesa, non era da sola sufficiente a giustificare la successiva notificazione al difensore d'ufficio, *ex art.* 161, co. 4, c.p.p.

La Sesta sezione della Corte di Cassazione, assegnataria di tale ricorso, ravvisando la presenza di un contrasto giurisprudenziale sul primo motivo di censura, e, più specificamente, sul rapporto tra il richiamato art. 161, co. 4, c.p.p., di cui si adduceva la violazione, e l'art. 170, co. 3, c.p.p., che, seppur non menzionato nell'atto di impugnazione, veniva in rilievo per le modalità di effettuazione della notificazione, con apposita ordinanza¹, rimetteva la questione alle Sezioni Unite.

In particolare, a queste ultime veniva sottoposto il seguente quesito: «se, attestata dall'addetto al servizio postale, incaricato della notificazione della citazione a giudizio, la irreperibilità dell'imputato presso il domicilio dichiarato o eletto, sia legittima la notificazione successivamente eseguita mediante consegna al difensore a norma dell'articolo 161, comma 4, c.p.p., ovvero sia necessaria l'osservanza delle modalità ordinarie ai sensi dell'articolo 170, comma 3, c.p.p.».

Prima di soffermarsi sulla decisione assunta dalle Sezioni Unite e sul principio di diritto dalle stesse emanato², è necessario ripercorrere i due contrapposti indirizzi giurisprudenziali che, nel tempo, si sono succeduti sul punto, accennando, altresì, alla disciplina normativa in materia.

¹ Cass., Sez. VI, 23 settembre 2021, n. 35944, con nota di M. FRISSETTI, *Alle Sezioni Unite una questione sulla notificazione mediante consegna al difensore nel caso di precedente dichiarazione, da parte dell'addetto al servizio postale, di irreperibilità del destinatario nel domicilio dichiarato o eletto*, in *Giurisprudenza Penale*, 2021, 10.

² Per un commento a prima lettura, si veda F. PICCIONI, *Consegna al difensore in caso di notifica postale con irreperibilità del destinatario*, in *Diritto & Giustizia*, 2022, 73, p. 6.

Va detto, a quest'ultimo riguardo, che, in occasione del primo contatto con l'autorità giudiziaria, l'indagato è tenuto a comunicare un luogo - ed una persona, nel caso di elezione di domicilio - presso cui ricevere le comunicazioni relative al procedimento penale in corso, con l'avviso che, in mancanza, esse saranno effettuate, ai sensi dell'art. 161, co. 4, c.p.p., al difensore, di fiducia o d'ufficio. Si ricorre parimenti alla consegna al difensore, altresì, nell'ipotesi in cui la notifica, tentata nel luogo in cui si sia dichiarato o eletto domicilio, si sia rivelata impossibile, per inidoneità o insufficienza dell'indirizzo dichiarato o per irreperibilità del soggetto destinatario³.

In altri termini, secondo il disposto dell'art. 161, co. 4, c.p.p., la notificazione all'indagato/imputato di atti del procedimento può avvenire a mani del difensore solo se risulti impossibile la notifica nel domicilio dichiarato o eletto, o determinato a norma dei primi tre commi dello stesso art. 161 c.p.p., sempre che detto luogo sia idoneamente e validamente individuato.

Questa disciplina, mirando a garantire la speditezza del procedimento, ascrive in modo implicito all'indagato/imputato l'onere di attivarsi per conoscere le relative comunicazioni. Egli, infatti, deve anzitutto reperirle presso l'indirizzo da lui stesso segnalato - personalmente o mediante i soggetti che vi dimorano e a cui la legge dispone possano essere consegnati gli atti - e, in subordine, richiederle al proprio difensore, con cui è tenuto a restare in contatto per essere informato tanto sulla difesa tecnica, quanto sullo stato del procedimento⁴.

Nonostante la disposizione in parola riconduca l'impossibilità della notifica all'insufficienza o alla inidoneità della dichiarazione o dell'elezione di domicilio, è tuttavia discusso in giurisprudenza se, per procedere alla notifica a mani del difensore, anziché nel domicilio dichiarato o eletto, sia sufficiente anche una temporanea assenza del destinatario al momento dell'accesso dell'ufficiale notificatore⁵, o sia viceversa necessaria «una ragione "definitiva" che renda impossibile l'esecuzione della notifica in tale luogo, quale il trasferimento dell'imputato o l'inesistenza ivi del suo nominativo»⁶.

Invero, da oltre un decennio, la giurisprudenza si interroga se il momentaneo allontanamento dell'imputato dal domicilio dichiarato, per motivi di lavoro o di svago, possa vanificare la sua valida manifestazione di volontà di ricevere le notificazioni in un determinato luogo.

Nello specifico, un primo orientamento maggioritario ritiene affetta da nullità assoluta la notificazione eseguita mediante consegna al difensore, ai sensi dell'art. 161, co. 4, c.p.p., qualora, dopo l'accertata irreperibilità del destinatario, da parte dell'addetto

³ Per un approfondimento sul tema, v. M. GAMBARDILLA, *sub art. 161*, in G. LATTANZI - E. LUPO (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Giuffrè, 2008, II, p. 277; A. RUGGIERO, *Difficile equilibrio tra effettività del diritto alla difesa ed esigenze di semplificazione e celerità del procedimento*, in *Giur. it.*, 2002, 10, p. 1913 ss.; F. VIGGIANO, *sub art. 161*, in A. GIARDA - G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, 2007, I, p. 1073.

⁴ Al riguardo, si veda A. LAZZONI - A. TRINCI, *Notifiche: difendersi con le eccezioni*, Giuffrè, 2017, p. 67 ss.; A. NAPPI, *Le notificazioni senza certezze e le Sezioni Unite senza ruolo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1259B. In giurisprudenza, cfr. *Cass.*, Sez. IV, 16 ottobre 2018, n. 49916, e *Cass.*, Sez. V, 13 luglio 2017, n. 40848.

⁵ *Cass.*, Sez. V, 20 marzo 2014, n. 13051.

⁶ *Cass.*, Sez. IV, 12 gennaio 2021, n. 3930.

al servizio postale, nel domicilio dichiarato o eletto, non siano state attivate le modalità di notifica ordinarie, di cui all'art. 170, co. 3, c.p.p.⁷

Stando a simile indirizzo giurisprudenziale, in particolare, andrebbe esclusa la legittimità della notificazione eseguita mediante consegna al difensore, senza procedere con le modalità ordinarie di cui all'art. 170, co. 3, c.p.p., quando l'addetto al servizio postale abbia attestato l'irreperibilità dell'imputato presso il domicilio dichiarato o eletto. Difatti, tale irreperibilità, espressamente citata da quest'ultima disposizione, non sarebbe sovrapponibile a quella tipica disciplinata dall'art. 159 c.p.p., né tantomeno idonea ad integrare la condizione che legittima la notifica sostitutiva al difensore, ossia l'impossibilità della notifica stessa presso il domicilio eletto, essendo lo strumento postale meno affidabile rispetto agli Uffici per le notificazioni istituiti presso le Corti d'appello⁸. Diviene, allora, necessario l'intervento diretto dell'ufficiale giudiziario per perfezionare il procedimento notificatorio, già affidato al servizio postale, qualora quest'ultimo, rilevata ed attestata l'irreperibilità del destinatario, non sia riuscito a completarlo.

Secondo tale impostazione, quindi, la notificazione sostitutiva al difensore, per essere legittima, richiede ulteriori ricerche per notificare l'atto personalmente al destinatario, anche dopo l'attestazione, da parte dell'agente postale incaricato, di non averlo rinvenuto presso il domicilio indicato⁹.

L'orientamento in parola si basa, dunque, sul dato letterale presente nel testo dell'art. 170, co. 3, c.p.p., il quale - disponendo che «qualora l'ufficio postale restituisca il piego per irreperibilità del destinatario, l'ufficiale giudiziario provvede alla notificazione nei modi ordinari» - mostra di ritenere insufficiente l'attestazione di irreperibilità del destinatario compiuta dall'addetto al recapito tramite raccomandata postale, giacché quest'ultima non può essere equiparata all'irreperibilità accertata dall'ufficiale giudiziario, per la minore capacità dimostrativa che nell'ottica legislativa presenta¹⁰.

In diversificata prospettiva, un secondo minoritario filone giurisprudenziale reputa legittima la notificazione eseguita mediante consegna al difensore, a norma dell'art. 161, co. 4, c.p.p., nel caso in cui l'addetto al servizio postale, incaricato delle notificazioni, attesti l'irreperibilità del destinatario nel domicilio dichiarato o eletto.

In particolare, secondo quest'indirizzo, al fine di integrare il presupposto dell'impossibilità di notificazione, sarebbero sufficienti anche la non agevole individuazione del luogo suddetto o la temporanea assenza dell'imputato al momento dell'accesso dell'ufficiale notificatore, senza che sia necessario procedere ad una verifica

⁷ Cass., Sez. III, 23 dicembre 2020, n. 37168; Cass., Sez. II, 20 dicembre 2018, n. 57801.

⁸ Cfr. A. ACETO, *L'irreperibilità al domicilio eletto attestata dall'agente postale consente la notifica al difensore*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 20 aprile 2022.

⁹ Si veda A. SCARCELLA, *Domicilio dichiarato, eletto o determinato e tentata notifica "postale" all'irreperibile: esclusa (con eccezioni) la nullità della consegna al difensore*, in *Ilpenalista.it*, 21 aprile 2022.

¹⁰ Cfr. A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Notifica non andata a buon fine per irreperibilità del destinatario nonostante domicilio dichiarato*, in *Diritto.it*, 20 aprile 2022.

di vera e propria irreperibilità. Ciò, anche considerato che l'art. 170, co. 3, c.p.p. si applica soltanto nelle ipotesi di prima notificazione all'imputato non detenuto¹¹.

2. L'impossibilità di notifica al domicilio dichiarato o eletto e la notifica sostitutiva al difensore tra *obiter dicta* e oscillazioni giurisprudenziali.

Una volta tratteggiati i due orientamenti giurisprudenziali contrapposti sul quesito sottoposto alle Sezioni Unite, prima di procedere all'analisi della decisione assunta dalle stesse, è fondamentale esaminare, in via preliminare, alcune specifiche pronunce, con cui in passato è stata già affrontata la questione oggetto del caso in esame e che in tale occasione sono richiamate.

In ordine cronologico, primaria menzione merita la sentenza n. 28451 del 2011¹², nella quale il domiciliatario non era stato reperito nel domicilio eletto, nonostante l'assunzione di specifiche informazioni sul posto e presso il locale ufficio di anagrafe, né tantomeno risultava risiedere o abitare in quel Comune. Nel ricorso si eccepiva, in particolare, che l'atto da notificare non fosse stato depositato presso la casa comunale del luogo di domiciliazione e che la notifica al difensore fosse avvenuta a mezzo fax.

Ebbene, quanto al primo pregiudiziale motivo di impugnazione, ritenuto infondato già nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, la Corte ha affermato che «l'impossibilità di procedere alla notifica nelle mani della persona designata quale domiciliatario, per il rifiuto di ricevere l'atto ovvero per il mancato reperimento del domiciliatario o dell'imputato stesso nel luogo di dichiarazione o elezione di domicilio o di altre persone idonee, integra l'ipotesi della impossibilità della notificazione ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p.».

Preliminarmente a tale statuizione, però, la stessa Corte ha sottolineato che «il mancato reperimento dell'imputato presso il domicilio dichiarato ovvero del domiciliatario da lui indicato, nel caso in cui le informazioni raccolte nel vicinato non diano esito alcuno, si sostanzia in una situazione di inidoneità o insufficienza della dichiarazione, rendendo così legittima la notifica mediante consegna al difensore».

Trattasi sicuramente di un'affermazione ultronea, giacché, in quel caso, emergeva dagli atti che il domiciliatario non risiedesse, né tantomeno abitasse nel Comune indicato, ragion per cui la notifica nel domicilio eletto era stata impossibile per un'assenza tutt'altro che temporanea dello stesso, ed era quindi superfluo che le Sezioni Unite si soffermassero sulla questione attinente all'interpretazione dell'art. 161, co. 4, c.p.p. e ai suoi rapporti con l'art. 157 c.p.p.¹³

Tale sentenza – i cui citati passaggi possono di certo essere definiti un *obiter dictum* – ha tuttavia dato origine all'orientamento giurisprudenziale successivamente creatosi sul tema, secondo il quale «l'impossibilità della notificazione al domicilio

¹¹ Cass., Sez. I, 17 giugno 2021, n. 23880.

¹² Cass., Sez. Un., 28 aprile 2011, n. 28451.

¹³ Cfr. A. NAPPI, *Un thriller giurisprudenziale: l'impossibilità di notifica al domicilio dichiarato o eletto*, in *Giustiziainsieme.it*, 20 aprile 2022.

dichiarato o eletto, che ne legittima l'esecuzione presso il difensore secondo la procedura prevista dall'art. 161, comma quarto, c.p.p., può essere integrata anche dalla temporanea assenza dell'imputato al momento dell'accesso dell'ufficiale notificatore, senza che sia necessario procedere ad una verifica di vera e propria irreperibilità. Tutto ciò consente di qualificare come definitiva l'impossibilità di ricezione degli atti nel luogo dichiarato o eletto dall'imputato, considerati gli oneri imposti dalla legge a quest'ultimo - ove avvisato della pendenza di un procedimento a suo carico - e segnatamente l'obbligo di comunicare ogni variazione intervenuta successivamente alla dichiarazione o elezione di domicilio, resa all'avvio della vicenda processuale»¹⁴.

Successivamente, in relazione alla sentenza n. 58120 del 2017¹⁵, alla Corte di Cassazione è stato chiesto se, in caso di dichiarazione o elezione di domicilio dell'imputato, la nullità della citazione a giudizio, eseguita tramite consegna al difensore di fiducia anziché presso il domicilio dichiarato o eletto, potesse essere sanata laddove quest'ultimo, nel dedurre la nullità, non avesse allegato circostanze impeditive della conoscenza dell'atto da parte dell'imputato. Al riguardo, i giudici di legittimità hanno dato responso negativo, sottolineando che si trattasse di una nullità a regime intermedio.

A destare perplessità è, in particolare, il percorso argomentativo a tal fine seguito, che in più punti si rivela contraddittorio¹⁶.

Infatti, inizialmente si afferma che non sussiste «nessun dubbio che, in caso di domicilio dichiarato o eletto, prevalga l'esigenza di notificare l'atto presso il domicilio dichiarato o eletto, e, solo in caso di inidoneità della dichiarazione o elezione, o di assenza, non meramente temporanea, dell'imputato, la notifica può essere eseguita presso il difensore, anche se nominato d'ufficio, ma ai sensi del comma 4 dell'art. 161»¹⁷. A seguire, però, viene sottolineata la necessità di definire meglio il presupposto che integri l'impossibilità della notifica, e si sostiene che «in linea con quanto precisato da Sez. Un. n. 28451 del 28/04/2011, Pedicone, Rv. 250121, deve ritenersi al riguardo che sia sufficiente l'attestazione dell'ufficiale giudiziario di non aver reperito l'imputato nel domicilio dichiarato - o il domiciliatario nel domicilio eletto - non occorrendo alcuna indagine che attesti la irreperibilità dell'imputato, doverosa solo qualora non sia stato possibile eseguire la notificazione nei modi previsti dall'art. 157, come si desume dall'incipit dell'art. 159 c.p.p.». Pertanto, ad avviso della Corte, «anche la temporanea assenza dell'imputato o la non agevole individuazione dello specifico luogo indicato come domicilio abilita l'ufficio preposto alla spedizione dell'atto da notificare a ricorrere alle forme alternative previste dall'art. 161, comma 4, c.p.p.»¹⁸.

Le due affermazioni, oltre che contraddittorie, si mostrano anche in questo caso ultronee, giacché la Corte era stata chiamata a pronunciarsi su un ricorso con cui l'imputato lamentava che la citazione in appello non fosse avvenuta presso il domicilio da lui dichiarato, bensì presso il difensore, ai sensi dell'art. 157, co. 8-bis, c.p.p. I

¹⁴ Cass., Sez. VI, 19 aprile 2017, n. 24864.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 58120.

¹⁶ V. ancora A. NAPPI, *Un thriller giurisprudenziale: l'impossibilità di notifica al domicilio dichiarato o eletto*, cit.

¹⁷ Testualmente Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 58120, cit., pp. 8 e 9.

¹⁸ Testualmente Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 58120, cit., pp. 11 e 12.

presupposti di tale disposizione sono però completamente diversi rispetto a quelli di cui all'art. 161, co. 4, c.p.p., giacché la prima ha ad oggetto le notifiche successive alla prima in caso di nomina di difensore di fiducia, e non l'impossibilità di notifica nel domicilio dichiarato o eletto¹⁹.

Trattasi, dunque, di un ulteriore *obiter dictum*, che peraltro riconduce implicitamente alla pronuncia prima disaminata²⁰ un'asserzione non esattamente riferibile al caso di assenza solo temporanea dell'imputato o del domiciliatario.

La questione è poi tornata in auge con la sentenza n. 23948 del 2019²¹, con la quale la Suprema Corte a Sezioni Unite si è espressa sul seguente quesito: «se, ai fini della pronuncia della dichiarazione di assenza di cui all'art. 420-bis c.p.p., integri di per sé presupposto idoneo l'intervenuta elezione da parte dell'indagato di domicilio presso il difensore di ufficio nominatogli o, laddove non lo sia, possa comunque diventarlo nel concorso di altri elementi indicativi con certezza della conoscenza del procedimento o della volontaria sottrazione alla predetta conoscenza del procedimento o di suoi atti»²².

Per la celebrazione del processo *in absentia*, difatti, è necessario che sia garantita all'imputato la conoscenza del giudizio, ossia la cognizione dell'addebito contenuto nel decreto di citazione, così come della data e del luogo di svolgimento del processo²³.

Pertanto, nella pronuncia da ultimo richiamata, il Supremo Consesso rivisita gli indici sintomatici di cui all'art. 420-bis c.p.p. in chiave di effettività, soprattutto per quanto concerne la loro incidenza sulla comunicazione dell'atto introduttivo del processo all'imputato²⁴. In particolare, per la dichiarazione di assenza di quest'ultimo, la Corte valorizza tre modalità di notifica, quali quella a mani proprie dell'imputato stesso, quella a mani di persona convivente o addetta alla ricezione, in caso di sussistenza di altri indici sintomatici della conoscenza di cui alla norma in parola, e quella al domiciliatario o a persona idonea convivente, in caso, rispettivamente, di elezione o dichiarazione di domicilio²⁵.

¹⁹ Sempre A. NAPPI, *Un thriller giurisprudenziale: l'impossibilità di notifica al domicilio dichiarato o eletto*, cit.

²⁰ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2011, n. 28451, cit.

²¹ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, dep. 17 agosto 2020, n. 23948, con nota di F. VARONE, *A proposito dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e del processo in absentia: le Sezioni Unite della Cassazione difendono il diritto dell'imputato alla conoscenza della vocatio in iudicium*, in *Cass. pen.*, 2021, 1, p. 129, e di E.A.A. DEICAS, *Considerazioni sugli indici sintomatici di conoscenza ai fini di procedere in assenza dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2021, 1, p. 158.

²² In merito, v. A. CONTI, *L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio: orientamenti e problematiche interpretative*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, p. 1418; A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 10, p. 1302 ss.

²³ Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2019, n. 28912, con nota di N. ROMBI, *Le Sezioni Unite sulla restituzione nel termine del contumace*, in *Giur. it.*, 2019, 10, p. 2264. Del medesimo avviso, più recentemente, Cass., Sez. V, 12 ottobre 2020, n. 34327, e Cass., Sez. III, 17 novembre 2020, n. 10225.

²⁴ Cfr. S. QUATTROCOLO, *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*, in *Sist. pen.*, 2021, 3, p. 10 ss.

²⁵ Cfr. F. LOMBARDI, *La notifica sostitutiva al difensore ex art. 161 comma 4 c.p.p. alla luce delle recenti oscillazioni giurisprudenziali*, in *lpenalista.it*, 4 novembre 2021.

Nello specifico, per quanto concerne, appunto, la notifica al domiciliatario o a persona idonea convivente, in caso di elezione o dichiarazione di domicilio²⁶, le Sezioni Unite richiedono l'effettività della dichiarazione o elezione nel momento genetico, cioè la presenza di un legame significativo o comunque non implausibile tra l'imputato e il luogo comunicato all'autorità giudiziaria, precisando che, qualora la notifica si sia ivi rivelata impossibile, lo strumento comunicativo di cui all'art. 161, co. 4, c.p.p. non è idoneo alla dichiarazione di assenza. Tale strumento resta invece utilizzabile solo per le notifiche successive alla citazione in giudizio, giacché rappresenta, congiuntamente all'istituto di cui all'art. 157, co. 8, c.p.p., una *fictio iuris* di conoscenza del processo, non compatibile con le esigenze di certezza richieste dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁷.

La Cassazione, peraltro, equipara la momentanea irreperibilità e la definitiva impossibilità di notificare nel domicilio, affermando che «risultare sloggiato al domicilio eletto non consente di procedere in assenza sulla scorta della notifica quale soggetto irreperibile o presso la casa comunale; inoltre risultare irreperibile non consente che la pur valida notifica ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p. prevalga sul dato sostanziale della non conoscenza»²⁸, così ritenendo entrambe le circostanze ostative alla notifica di cui al menzionato articolo.

Da tale interpretazione deriva, dunque, l'impossibilità per il giudice di dichiarare l'assenza durante il compimento degli atti introduttivi al dibattimento e la necessità di disporre notifica *ex art. 420-quater*, co. 1, c.p.p., in vista di un'eventuale sospensione del processo a carico di irreperibili. Il che ha provocato l'insorgere di una disputa giurisprudenziale, soprattutto perché il perimetro motivazionale della sentenza si è esteso ben oltre rispetto al quesito posto alla Corte, fino a realizzare una vera e propria rilettura sistematica degli indici di conoscenza rilevanti ai fini del giudizio in assenza²⁹.

In particolare, al riguardo, si è formato un orientamento il quale, nel filone della sentenza n. 23948 del 2019³⁰, ha affermato che «la notifica della *vocatio in iudicium*, effettuata ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p., in quanto eseguita in luogo diverso dal domicilio indicato, non consente di ritenere la sicura conoscenza del procedimento da parte dell'imputato»³¹.

Al contempo, non è però mancato l'indirizzo di ispirazione conservatrice, secondo cui, invece, «nel caso in cui la notifica all'imputato nel domicilio da questi dichiarato o eletto abbia avuto esito negativo per una ragione "definitiva" (ad es. per trasferimento dell'imputato o inesistenza del suo nominativo nel luogo indicato) che

²⁶ Si veda, al riguardo, A. MANGIARACINA, *La sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non è presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza ai sensi dell'art. 420-bis, comma 1, c.p.p.*, in *Proc. pen. e giust.*, 2021, 2, p. 371.

²⁷ Sul punto, v. F. LOMBARDI, *Inidoneità del domicilio eletto o dichiarato e consegna dell'atto al difensore ex art. 161, comma 4, c.p.p.: nuovo contrasto all'orizzonte*, in *Pen. dir. proc. (web)*, 7 maggio 2021, in commento a Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2021, n. 3930, cit.

²⁸ Testualmente Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 23948, cit., p. 26.

²⁹ Cfr. F. ALONZI, *L'interpretazione delle Sezioni Unite dei presupposti per procedere in assenza dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 6, p. 809 ss.

³⁰ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 23948, cit.

³¹ Cass., Sez. VI, 18 giugno 2020, n. 21997.

renda impossibile l'esecuzione della notifica, tale situazione deve considerarsi acquisita e valida per ogni fase e grado del procedimento, per evidenti ragioni riconducibili alla unitarietà del procedimento penale nonché ad esigenze di economia e di speditezza processuale. Ne deriva che, qualora l'imputato non ottemperi all'obbligo - imposto dall'art. 161, comma 1, c.p.p. - di comunicare il mutamento del domicilio, le successive notificazioni nel corso dell'intero procedimento potranno essere eseguite al difensore ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p.»³².

Più specificamente, quindi, quest'ultimo orientamento, opponendosi alla posizione assunta con la sentenza n. 23948 del 2019³³ - che escludeva l'operatività della modalità di notificazione di cui all'art. 161, co. 4, c.p.p. - ne ammette l'efficacia, pur limitandone l'applicazione solo all'ipotesi in cui l'impossibilità di notifica sia definitiva, e non anche a quella in cui il destinatario sia soltanto temporaneamente assente da un luogo idoneo ed effettivamente a lui collegato.

Tale tesi, del resto, appare in linea con un indirizzo giurisprudenziale precedente³⁴, il quale aveva già ritenuto che non sempre l'attestata irreperibilità del domiciliatario comporti l'automatica impossibilità di notificare l'atto nel domicilio eletto, essendo altresì necessario che detta irreperibilità determini l'inidoneità di tale domicilio, cosa che non appare possibile in caso, appunto, di temporanea assenza³⁵.

Del medesimo avviso è anche la dottrina. Si è osservato, infatti, che la notifica al difensore rappresenta l'ultimo strumento a disposizione dell'autorità giudiziaria per far fronte al difficile caso in cui il soggetto sottoposto a procedimento abbia cambiato il proprio domicilio senza procedere alla comunicazione di variazione normativamente prevista. A ciò si è aggiunto, inoltre, che, in caso di assenza temporanea dell'imputato, potendo quest'ultimo non essere a conoscenza del tentativo di notifica svolto intanto dall'ufficiale giudiziario, l'attivazione dell'onere, in capo a lui gravante, di assumere le informazioni presso il proprio difensore non sarebbe neanche giustificata³⁶.

Di opinione contraria è, tuttavia, quell'orientamento secondo cui «l'impossibilità della notificazione al domicilio dichiarato o eletto, che ne legittima l'esecuzione presso il difensore secondo la procedura prevista dall'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., è integrata anche dalla temporanea assenza dell'imputato al momento dell'accesso dell'ufficiale notificatore o dalla non agevole individuazione dello specifico luogo, non occorrendo alcuna indagine che attesti la sua irreperibilità, doverosa invece qualora non sia stato possibile eseguire la notificazione nei modi previsti dall'art. 157 c.p.p.»³⁷.

Tale orientamento non reputa, infatti, necessario il previo doppio accesso dell'ufficiale giudiziario nel domicilio eletto, previsto invece dall'art. 157, co. 7, c.p.p. per

³² Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2021, n. 3930, cit.

³³ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 23948, cit.

³⁴ Cass., Sez. III, 8 novembre 2017, n. 18910.

³⁵ Cfr. ancora F. LOMBARDI, *La notifica sostitutiva al difensore ex art. 161 comma 4 c.p.p. alla luce delle recenti oscillazioni giurisprudenziali*, cit.

³⁶ Cfr. G. LEO, *Domicilio dichiarato o eletto e impossibilità della notifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1, p. 42.

³⁷ Così, Cass., Sez. VI, 6 ottobre 2017, dep. 15 novembre 2017, n. 52174; Cass., Sez. VI, 19 aprile 2017, n. 24864; Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 12909. In dottrina, invece, si veda F. ZAVAGLIA, *La nullità della notifica del decreto di citazione presso il difensore anziché presso il domicilio eletto o dichiarato*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1521 ss.

la prima notificazione all'imputato non detenuto nel caso in cui il destinatario sia reperibile nel luogo della notificazione, e le persone indicate nel primo comma della stessa norma (conviventi anche temporanei e portiere o chi ne fa le veci) siano invece assenti, inidonee o si rifiutino di ricevere l'atto³⁸.

In altri termini, secondo l'orientamento in parola, lo strumento comunicativo di cui all'art. 161, co. 4, c.p.p. sarebbe validamente utilizzabile per la notifica all'imputato dell'atto introduttivo del giudizio tramite il suo difensore, considerati gli oneri di reperibilità e interlocuzione a cui lo stesso è sottoposto dal nostro ordinamento³⁹.

D'altronde, dall'elezione di domicilio scaturisce la responsabilità dell'imputato, che, nel caso di notifica dell'atto introduttivo formalmente eseguita a persona diversa in modo corretto, ex artt. 157 c.p.p. ss., ha l'onere di attivarsi per informarsi sullo stato procedimentale.

Da ciò si desume una presunzione normativa di conoscenza di ogni atto processuale, inclusa la *vocatio in iudicium*, ragion per cui, se l'imputato non sia stato a conoscenza del giudizio, è sempre suo onere darne prova⁴⁰, considerato che, in caso contrario, l'art. 420-bis c.p.p. avalla la declaratoria di assenza e la prosecuzione del giudizio⁴¹.

La Corte, peraltro, con la sentenza n. 24846 del 2021⁴², ha affrontato la questione attinente alla possibilità di procedere in assenza dell'imputato, dopo che lo stesso non sia stato reperito nel domicilio dichiarato presso la propria residenza e sia stata effettuata la notifica sostitutiva al difensore, anche relativamente all'applicazione dell'art. 629-bis c.p.p.

In tale pronuncia⁴³, però, il ragionamento muove dalla verifica di sussistenza del requisito fondamentale per la rescissione del giudicato, ossia l'«incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo» come causa dell'assenza⁴⁴.

Invero, la Cassazione ritiene sussistente l'onere dell'indagato di attivarsi per conoscere le sorti del procedimento a suo carico a partire dal momento in cui lo stesso dichiara il luogo in cui intende ricevere le notifiche, anche se detto momento preceda l'avvio formale del procedimento.

³⁸ V. Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 58120, e Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 12909. In dottrina, cfr. A. DE FRANCESCO, *Per la notifica al difensore ex art. 161, comma 4, c.p.p. è sufficiente la temporanea assenza dell'imputato*, in *Dir. e giust.*, 2019, 59, p. 14 ss.

³⁹ Cfr. sempre F. LOMBARDI, *La notifica sostitutiva al difensore ex art. 161 comma 4 c.p.p. alla luce delle recenti oscillazioni giurisprudenziali*, cit.

⁴⁰ Cfr. R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida dir.*, 2014, 21, p. 98; G. GARUTI, *Jus superveniens e "nuovo" processo in assenza*, in *Giur. it.*, 2014, 6, p. 1406. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. I, 24 giugno 2021, n. 27629.

⁴¹ Sul sistema delle presunzioni nell'ambito del processo in assenza, in ottica critica, si veda C. CONTI, *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto e spunti ricostruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 4, p. 461 ss.

⁴² Cass., Sez. IV, 10 marzo 2021, n. 24846.

⁴³ Cass., Sez. IV, 10 marzo 2021, n. 24846, cit.

⁴⁴ Si veda G. DI PAOLO, *La rescissione del giudicato ex art. 625-ter c.p.p.: rimedio effettivo o meccanismo virtuale?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2015, per una critica sull'onere della prova ascrivito all'imputato.

Due, in particolare, le fasi in cui tale onere informativo si manifesta: la prima va dalla dichiarazione o elezione di domicilio fino all'accertata inidoneità del medesimo da parte dell'organo notificatore; la seconda è, invece, successiva all'accesso infruttuoso del notificatore presso il luogo indicato.

Ebbene, nella prima fase, l'indagato ha il dovere di rendersi reperibile al recapito fornito o di far ivi reperire altri soggetti legittimati alla ricezione, da cui poi potrà acquisire le informazioni relative al procedimento. Peraltro, proprio per comprendere se egli possa aver indicato un recapito «inesistente, inveritiero o inadeguato per l'impossibilità di reperirvi lui stesso od altre persone legittimate alla ricezione»⁴⁵, in modo da sottrarsi poi al processo, la Corte precisa che la dichiarazione o elezione di domicilio debba essere attentamente vagliata attraverso i controlli effettuati in sede di notificazione⁴⁶.

Diversamente, nella seconda fase, quando è ormai stata accertata l'impossibilità di notificare gli atti processuali al destinatario, l'indagato/imputato ha il dovere di attivarsi per ottenere informazioni tramite il proprio difensore, con cui è tenuto a interfacciarsi costantemente in merito allo stato procedimentale⁴⁷.

Pertanto, il mancato assolvimento dell'onere informativo, in entrambe le fasi - attraverso la dichiarazione di un recapito a cui il soggetto sia poi risultato sconosciuto e mediante il disinteresse nel contattare il proprio difensore per ricevere informazioni sul procedimento -, rende ascrivibile a colpa dell'imputato l'ignoranza del processo, sicché la domanda di rescissione del giudicato eventualmente presentata dovrà essere rigettata.

L'incolpevole mancata conoscenza del processo è, quindi, un requisito che condiziona l'esercizio dei diritti partecipativi dell'imputato, ed è dunque posto a fondamento sia della disciplina della revocabilità della dichiarazione di assenza, che di quella dell'accoglimento della domanda di rescissione⁴⁸.

Tuttavia, come dalla Cassazione evidenziato⁴⁹, nel dato letterale dell'art. 420-*bis* c.p.p., si ravvisa una lacuna nel caso in cui l'imputato abbia ignorato il procedimento a suo carico per causa ascrivibile a propria colpa. In tale ipotesi, infatti, non essendo l'imputato a conoscenza del procedimento, e non essendosi sottratto volontariamente a tale conoscenza, non si sarebbe potuto, fin dall'inizio, procedere in sua assenza. Né, peraltro, l'imputato dichiarato assente potrebbe eccepire l'ignoranza colposa del processo, giacché tanto l'art. 420-*bis*, co. 4, c.p.p., quanto l'art. 629-*bis* c.p.p., richiedono a tal fine un'ignoranza incolpevole⁵⁰.

⁴⁵ Cass., Sez. IV, 10 marzo 2021, n. 24846, cit.

⁴⁶ Cfr. F. LOMBARDI, *La notifica sostitutiva al difensore ex art. 161 comma 4 c.p.p. alla luce delle recenti oscillazioni giurisprudenziali*, cit.

⁴⁷ Cfr. C. MIGLIACCIO, *Conoscibilità e conoscenza effettiva. Nessun onere di allegazione per la nullità della notificazione*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3307. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. II, 20 novembre 2020, n. 34041.

⁴⁸ V. M. BARGIS, *La rescissione del giudicato ex art. 625-ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, p. 160 ss.

⁴⁹ Cass., Sez. II, 25 gennaio 2017, n. 14787.

⁵⁰ In dottrina, v. A. DIDDI, *La rescissione del giudicato*, in *Giur. it.*, 2017, 10, p. 2279.

Dalle diverse pronunce esaminate, emerge quindi che – nonostante il diverso avviso della sentenza n. 23948 del 2019⁵¹ – la giurisprudenza maggioritaria esclude l’inapplicabilità dell’art. 161, co. 4, c.p.p. per la notifica dell’atto di citazione a giudizio dell’imputato, in virtù della suddetta presunzione di conoscenza degli atti del procedimento su di lui gravante. Quest’ultima si ricollega, infatti, al summenzionato onere di acquisire informazioni sullo stato procedimentale dopo la configurazione di uno o più indici sintomatici di cui all’art. 420-*bis* c.p.p., ed è superabile solo con la prova dell’incolpevole ignoranza del processo, ossia quella dovuta a cause che sfuggono al dominio dell’imputato, come il caso fortuito o la forza maggiore.

Ancora incertezze emergono, tuttavia, quanto al concetto di irreperibilità del destinatario al domicilio dichiarato o eletto, da intendersi come definitiva impossibilità di notificare al recapito indicato, o, viceversa, anche come temporanea assenza⁵².

I dubbi sono perlopiù determinati sia dalla scarsa armonizzazione della disciplina dettata dagli artt. 157 ss., 420-*bis* ss. e 629-*bis* c.p.p., con riferimento alla notifica sostitutiva di cui all’art. 161, co. 4, c.p.p., alla sua portata funzionale e ai suoi presupposti operativi, sia dalle contrastanti sentenze di legittimità, che, come visto, si sono succedute al riguardo.

L’oggetto della questione è rilevante, giacché trattasi della validità degli atti processuali compiuti in seguito alla dichiarazione di assenza dell’imputato, effettuata dopo che lo stesso non è stato rinvenuto al recapito fornito per temporanea assenza, e la notifica è stata pertanto eseguita al suo difensore, *ex art.* 161, co. 4, c.p.p.

A ciò si aggiunga che, ad avviso della stessa giurisprudenza, la notifica sostitutiva al difensore, qualora manchino i presupposti di legge, come la verifica dell’assoluta inidoneità del domicilio a consentire la comunicazione, rappresenta un caso di nullità assoluta, a rilevabilità ed eccepibilità permanente.

In altri termini, la notifica in parola è da considerarsi omessa in quanto effettuata a un soggetto diverso dall’imputato e dai soggetti allo stesso equiparati, non potendo dedursi la sua idoneità a permettere all’imputato l’effettiva conoscenza del processo, sulla base della sola circolazione di informazioni, intercorsa tra lui e il difensore, relativamente al mandato difensivo⁵³.

Proprio per questo, la recente rimessione alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha rappresentato un’occasione per dirimere alcuni tra i dubbi relativi all’istituto in oggetto.

⁵¹ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 23948, cit.

⁵² Cfr. F. LOMBARDI, *La notifica sostitutiva al difensore ex art. 161 comma 4 c.p.p. alla luce delle recenti oscillazioni giurisprudenziali*, cit.

⁵³ Cass., Sez. II, 9 gennaio 2019, n. 11632. In dottrina, si veda D. POTETTI, *Omesso avviso dell’udienza preliminare alla persona offesa e poteri-doveri del giudice*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3289 ss.; A. MACRILLÒ, *Nullità derivante dalla mancata citazione dell’imputato presso il domicilio eletto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 6, p. 715 ss.

3. Il percorso motivazionale e le valutazioni giuridiche delle Sezioni Unite.

Per delineare meglio la questione controversa, il Supremo Consesso dà avvio alle proprie argomentazioni sottolineando gli elementi fondamentali dell'istituto della notificazione, che raccorda l'esigenza di garantire l'effettiva conoscenza degli atti alla necessità di attribuire al regime della conoscenza legale la produzione degli effetti processuali.

In particolare, la Corte ribadisce che la funzione propria della notificazione sia quella di portare l'atto a conoscenza del destinatario, per permettere la corretta instaurazione del contraddittorio e l'esercizio effettivo del diritto di difesa.

Al riguardo, è necessario scindere il sistema "legale" da quello "reale": mentre, infatti, il primo prevede che la presunzione di conoscenza dell'atto da parte del soggetto interessato derivi dal compimento di precise formalità, il secondo richiede l'assoluta certezza dell'effettività di tale conoscenza.

Tra detti sistemi antitetici, si inseriscono, tuttavia, diverse situazioni intermedie, che rispondono a una disciplina differenziata, diretta, al contempo, ad agevolare l'effettiva conoscenza dell'atto da parte del destinatario, e a tutelare l'interesse di chi promuove la procedura di notificazione, tenuto ad assolvere all'onere legislativo indipendentemente dalla condotta del primo.

Vari sono, quindi, i modelli di notificazione, ed è il legislatore a stabilire, a seconda del caso, quale debba essere adottato, sulla base della maggiore idoneità a portare a conoscenza del destinatario l'atto notificato.

In particolare, il codice vigente, così come modificato dalle riforme del 2005 (D.L. n. 17/2005 convertito con modificazioni dalla l. n. 60 del 22/4/2005) e del 2014 (l. n. 67 del 28/4/2014)⁵⁴, ha superato il tradizionale dualismo, che, come detto, scindeva la conoscenza legale da quella effettiva.

Più specificamente, per quanto concerne la notificazione della citazione a giudizio, la menzionata l. 67/2014 ha delineato un sistema normativo finalizzato a garantire l'effettività della conoscenza del processo da parte dell'imputato, che deve essere personalmente informato sia del contenuto dell'accusa, che del giorno e del luogo dell'udienza.

Invero, l'art. 420-bis, co. 2, c.p.p., nel tentativo di agevolare il compito del giudice, ha indicato alcuni casi in cui è possibile valorizzare una notifica non effettuata a mani proprie dell'imputato, ai fini della certezza della conoscenza della "*vocatio in iudicium*", purché vi sia prova della conoscenza del procedimento, determinata o dalla circostanza che l'imputato abbia compiuto determinati atti processuali (come la dichiarazione o l'elezione di domicilio, o la nomina di un difensore di fiducia), o dal fatto che sia stato destinatario di misure restrittive della libertà personale (quali l'arresto, il fermo e le

⁵⁴ Tali leggi hanno a loro volta tenuto conto anche della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha più volte evidenziato alcune criticità del sistema legale di presunzioni di conoscenza degli atti dell'ordinamento processuale penale italiano. Tra le tante citate dalle Sezioni Unite: Corte EDU, Brozicek c. Italia, 19 dicembre 1989; Corte EDU, T. c. Italia, 28 agosto 1991; Corte EDU, Somogyi c. Italia, 18 maggio 2004; Corte EDU, Sejdovic c. Italia, 10 novembre 2004.

misure cautelari), o anche dall'acquisizione di dati che dimostrino, con certezza, che egli abbia avuto cognizione del procedimento o che si sia volontariamente sottratto alla conoscenza dello stesso o dei suoi atti.

Trattasi di "indici di conoscenza" che, però, come sostenuto dalla richiamata sentenza n. 23948 del 2019⁵⁵, non possono essere interpretati come "presunzioni di conoscenza", giacché altrimenti si assisterebbe ad una regressione innaturale al sistema del processo contumaciale anteriore alla riforma del 2005, così violando le disposizioni convenzionali, come interpretate dalla Corte Edu⁵⁶. Quest'ultima, infatti, ha più volte in passato ricordato che ogni soggetto condannato in un procedimento in cui è assente ha il diritto di essere nuovamente giudicato sul merito dell'accusa, dopo essere stato ascoltato, a meno che non sia stato accertato che abbia rinunciato al diritto di comparire e di difendersi⁵⁷.

Pertanto, per le Sezioni Unite, la tradizionale dicotomia di fondo tra conoscenza legale – conseguente al solo rispetto delle forme legislativamente previste – e conoscenza effettiva, che ha caratterizzato la riforma del 2014, è stata sostituita a favore della seconda, portando al definitivo superamento del processo in contumacia, mediante l'introduzione del processo in assenza "volontaria" dell'imputato, nell'ottica di riconoscere maggiori garanzie di effettività della partecipazione al processo stesso.

Così ricostruito brevemente l'istituto, il Supremo Consesso disamina anzitutto l'art. 170, co. 3, c.p.p. e la sua corretta interpretazione in caso di irreperibilità del destinatario dopo la dichiarazione o elezione di domicilio.

Necessario appare, infatti, chiarire se, nel caso in cui la notificazione dell'atto venga effettuata all'imputato con il mezzo della posta - anche laddove questi abbia dichiarato o eletto domicilio, ai sensi dell'art. 161 c.p.p. -, l'attestazione di irreperibilità del destinatario eseguita dall'addetto al servizio postale imponga in ogni caso la necessità di attivare la notifica con le modalità ordinarie, ai sensi dell'art. 170, co. 3, c.p.p., per il regolare perfezionamento del procedimento di notificazione.

In particolare, se da un lato l'art. 148 c.p.p., rubricato "Organi e forme delle notificazioni", dispone che le notificazioni degli atti debbano essere eseguite dall'ufficiale giudiziario o da chi ne esercita le funzioni, salvo diversa disposizione di legge, al contempo, l'art. 170 c.p.p. prevede che esse possano essere eseguite tramite gli uffici postali, con le modalità stabilite dalle relative norme speciali. Anche in tal caso, però, la titolarità della funzione resta in capo all'ufficiale giudiziario, giacché, ai sensi dell'art. 1 della l. 20 novembre 1982 n. 890 – la quale ha riordinato la disciplina delle

⁵⁵ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 23948, cit.

⁵⁶ Così, Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 23948, Ismail, cit., nonché, Cass., Sez. Un., 23 aprile 2021, n. 15498, Lovric, secondo cui la corretta dichiarazione di assenza non osta alla rescissione del giudicato. Le Sezioni Unite, nella pronuncia in commento, richiamano però anche la recente Cass., Sez. Un., 3 marzo 2022, n. 7635, Costantino, che ha sottolineato l'importanza riconosciuta dall'ordinamento alle condizioni di effettività dell'esercizio del diritto a intervenire nel processo, rilevando come la sua corretta instaurazione può basarsi solo sull'eliminazione di qualsiasi ostacolo alla partecipazione che sia in potere del giudice superare, giacché solo tale verifica permette di ricondurre la mancata comparizione soltanto ad una scelta libera dell'imputato.

⁵⁷ Cfr., *ex multis*, Corte Edu, *Sejdovic c. Italia*, 1° marzo 2006.

notificazioni a mezzo posta –, in materia civile, amministrativa e penale, l'ufficiale giudiziario può “avvalersi” del servizio postale per la notificazione degli atti, e resta quindi comunque l'organo delle notificazioni. A ciò si aggiunga che, per l'art. 3 della medesima legge, la posta rappresenta un mezzo per portare a compimento il procedimento di notificazione, ragion per cui anche l'attività svolta da un soggetto diverso deve essere riferita all'ufficiale giudiziario, al quale ne viene riconosciuta la paternità e, altresì, la funzione di redigere la relata di notificazione (sull'originale e sulla copia dell'atto), menzionando l'ufficio postale tramite cui spedisce la copia al destinatario (in piego raccomandato con avviso di ricevimento).

Dunque, a parere della Corte, è sempre direttamente riferita all'ufficiale giudiziario l'intera attività dell'ufficio postale, poiché quest'ultimo ne costituisce un *alter ego*.

Per tale motivo, detta attività è sottoposta alle regole generali che disciplinano le notificazioni e le relative nullità, tanto più se si considera che la citata l. 890/1992 non contiene un autonomo regime, e quindi rimanda, nell'ambito del processo penale, a quanto sancito dagli artt. 171 e 177 c.p.p. Inoltre, l'art. 1, co. 1, della legge in parola prevede che la notificazione a mezzo dell'ufficiale giudiziario costituisca solo una mera opzione, per disposizione del giudice o richiesta di parte, rispetto a quella a mezzo posta, ragion per cui, in tutti gli altri casi, la perfetta equiparazione tra i due mezzi è implicita, soprattutto se si tratta di comminatoria di nullità.

In altri termini, le Sezioni Unite non ritengono la notificazione degli atti a mezzo del servizio postale sussidiaria rispetto a quella ordinaria, giacché essa può essere sempre eseguita dall'organo incaricato nei modi stabiliti dalle relative norme speciali, salvi i limiti che, nell'ambito specifico del processo penale, derivano dalla diversa disposizione dell'autorità giudiziaria procedente o dalla necessità di forme particolari incompatibili con il ricorso al servizio postale⁵⁸.

La Corte, al riguardo, richiama la sentenza n. 15 del 1998⁵⁹, secondo la quale la diversità tra il procedimento di notificazione effettuato dall'ufficiale giudiziario personalmente e quello effettuato ricorrendo al servizio postale non comporta differenti garanzie in merito alla presunzione legale di conoscenza da parte del destinatario dell'atto, né tantomeno differenti regimi di nullità, come d'altronde sostenuto anche dalla Corte costituzionale.

Quest'ultima, infatti, con la sentenza n. 211 del 1991⁶⁰, aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 170 c.p.p., in relazione all'art. 8, co. 2, l. n. 890/1982, con riferimento agli artt. 24, co. 2, e 3, co. 1, Cost., sottolineando che non vi sarebbe uguaglianza tra cittadini, né pari diritto di difesa, qualora una delle due forme di notificazione fosse meno garantita, anche sotto il profilo delle nullità, rispetto all'altra.

Il fatto, quindi, che anche la Consulta avesse evidenziato la perfetta parità tra i due tipi di notificazione, sotto ogni profilo, ad avviso del Supremo Consesso giustifica

⁵⁸ Così, Cass., Sez. Un., 8 aprile 1998, n. 15, e Cass., Sez. V, 23 febbraio 2005, n. 12451, che richiama a sua volta Cass., Sez. I, 30 giugno 1998, n. 3867.

⁵⁹ Cass., Sez. Un., 22 maggio 1998, n. 15.

⁶⁰ Corte cost., 13 maggio 1991, n. 211.

la mancata previsione di nullità concernenti solo le notifiche effettuate a mezzo posta e induce a ribadire che queste ultime siano totalmente equiparabili a quelle compiute personalmente dall'ufficiale giudiziario, il quale, comunque, mantiene sempre la titolarità della funzione.

Invero, né l'art. 170 c.p.p., né tantomeno la l. 890/1982 limitano, per l'ufficiale giudiziario, la possibilità di avvalersi del servizio postale per la notificazione di atti, ad eccezione delle sole ipotesi in cui sia l'autorità giudiziaria a disporre che la notifica sia eseguita personalmente dal predetto ufficiale, o in cui sia il rispetto di determinate forme ad essere incompatibile con il ricorso al mezzo postale.

In virtù di ciò, le Sezioni Unite ritengono, dunque, che l'uso del mezzo postale sia possibile tanto in caso di prima notifica all'imputato non detenuto, quanto in caso di domicilio dichiarato o eletto, giacché l'art. 170 c.p.p., posto a chiusura del Titolo V sulle notificazioni, non rinvia a nessuna delle ipotesi in quest'ultimo specificate, facendo così supporre una propria generale operatività.

Alla stessa conclusione conduce, inoltre, la circostanza che la Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale affermano sul punto che il predetto articolo costituisce una riproduzione del previgente art. 178 c.p.p. del 1930, non essendo emerse controindicazioni rispetto ai vantaggi conseguibili dall'impiego del servizio postale come mezzo di notificazione.

A seguire, il Supremo Consesso richiama poi un'altra precedente pronuncia, ossia la sentenza n. 19602 del 2008⁶¹, secondo la quale, per le notificazioni all'imputato non detenuto, la circostanza che l'*incipit* dell'art. 157 c.p.p. disponga testualmente «salvo quanto previsto dagli artt. 161 e 162» c.p.p. porta a ritenere duplice il percorso previsto da tali norme, trattandosi di modalità di notificazioni alternative tra loro. Nello specifico, la prima è consentita nel caso in cui l'imputato non abbia ancora avuto un contatto con le autorità indicate nell'art. 161 c.p.p., e impone pertanto il rispetto della sequenza procedimentale di cui all'art. 157 c.p.p., mentre la seconda presuppone il preventivo contatto con l'autorità e l'invito formulato da quest'ultima ad indicare un domicilio per le notifiche.

Nondimeno, la Corte ribadisce di essersi altresì pronunciata similmente nelle citate sentenze n. 28451 del 2011⁶² e n. 58120 del 2017⁶³, con cui, come già disaminato, ha sostenuto che il sistema delineato dagli artt. 161, 162, 163 e 164 c.p.p. per le notificazioni da eseguirsi presso il domicilio dichiarato o eletto, oppure tramite consegna dell'atto al domiciliatario, costituisca un complesso di disposizioni esaustivo per il perfezionamento della notificazione, ed altresì alternativo rispetto a quello previsto dall'art. 157 c.p.p. per la prima notificazione all'imputato non detenuto.

Tale sistema, infatti, si fonda sul dovere dell'imputato, adeguatamente edotto al riguardo, di dichiarare o eleggere domicilio e di comunicare all'autorità giudiziaria ogni successiva variazione, ai sensi dell'art. 161, co. 1 e 2, c.p.p., ragion per cui non può essere

⁶¹ Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 19602.

⁶² Cass., Sez. Un., 2 aprile 2011, n. 28451, cit.

⁶³ Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 58120, cit.

contaminato con l'applicazione di disposizioni concernenti le ipotesi della prima notificazione, con esso incompatibili.

Peraltro, proprio nella sentenza n. 58120 del 2017⁶⁴, il Supremo Consesso ha evidenziato la necessità di procedere secondo la disciplina di cui all'art. 157 c.p.p. per l'esecuzione della prima notificazione all'imputato non detenuto che non abbia eletto o dichiarato domicilio. In seguito, una volta effettuata regolarmente la prima notificazione, se l'imputato nomina il difensore di fiducia, tutte le successive notificazioni saranno effettuate tramite appunto consegna al difensore, *ex art. 157, co. 8-bis*, c.p.p. Se invece vi è stata dichiarazione o elezione di domicilio, e quindi un primo contatto tra l'imputato e i soggetti di cui all'art. 161 c.p.p., dovranno seguirsi le forme previste da quest'ultima norma.

Nella sentenza n. 28451 del 2011⁶⁵, invece, la Corte ha chiarito che il rinvio operato dall'art. 163 c.p.p. alle formalità di cui all'art. 157 c.p.p. non riguarda i luoghi di effettuazione della notifica, già esplicitati negli artt. 161 e 162 c.p.p., bensì le persone consegnatarie dell'atto, ossia conviventi e portiere, e le specifiche forme di tutela della riservatezza indicate dall'art. 157, co. 6, c.p.p. Pertanto, l'impossibilità di procedere alla notifica a mani della persona designata come domiciliataria, in seguito al rifiuto di ricevere l'atto o al mancato reperimento del domiciliatario, dell'imputato stesso o di altre persone idonee nel luogo di dichiarazione o elezione di domicilio, integra l'ipotesi dell'impossibilità della notificazione e legittima il ricorso alle modalità di cui all'art. 161, co. 4, c.p.p., e non alle forme di cui all'art. 157, co. 8, c.p.p.

Oltre a tali due precedenti pronunce, però, il Supremo Consesso richiama anche la giurisprudenza maggioritaria, costituita da diverse decisioni a sezioni semplici⁶⁶, che ritengono sufficiente l'attestazione di mancato reperimento dell'imputato nel domicilio dichiarato, o del domiciliatario nel domicilio eletto, per l'integrazione del presupposto dell'"impossibilità" della notifica, ai sensi dell'art. 161, co. 4, c.p.p., considerando, invece, doverosa un'indagine tesa ad attestare l'irreperibilità dell'imputato solo qualora non sia stato possibile eseguire la notificazione nei modi previsti dall'art. 157 c.p.p., come si desume dall'*incipit* dell'art. 159 c.p.p.

Quindi, ad avviso della Corte, la temporanea assenza dell'imputato, o la non agevole individuazione dello specifico luogo indicato come domicilio, abilitano l'ufficio preposto alla spedizione dell'atto da notificare a ricorrere alle forme alternative previste dall'art. 161, co. 4, c.p.p., giacché la dichiarazione e l'elezione di domicilio possono essere ritenute "inidonee" non solo quando è praticamente "impossibile" la notificazione nel luogo indicato, ma anche quando, per cause diverse dal caso fortuito e dalla forza maggiore, esse non sono "funzionali" ad assicurare il pronto ed efficace esito positivo dell'adempimento comunicativo. Resta comunque salvo quanto previsto dall'art. 9 delle l. 890/1982, come modificato dall'art. 1, co. 461, della l. 27 dicembre 2017, n. 205, che disciplina la fattispecie della non reperibilità per "destinatario sconosciuto, trasferito,

⁶⁴ Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 58120, cit.

⁶⁵ Cass., Sez. Un., 2 aprile 2011, n. 28451, cit.

⁶⁶ Cass., Sez. VI, 19 aprile 2017, n. 24864; Cass., Sez. VI, 6 ottobre 2017, n. 52174; Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016; Cass., Sez. VI, 15 settembre 2016, n. 42548.

irreperibile, deceduto, indirizzo inesatto, indirizzo insufficiente, indirizzo inesistente”, e dispone che tale circostanza debba essere documentata dall’agente postale con attestazione datata e sottoscritta nell’avviso di ricevimento, cui fa seguito la restituzione del plico al mittente.

Ribadita quindi la perfetta parità, sotto ogni profilo, tra la notificazione a mezzo posta e quella a mezzo ufficiale giudiziario, che porta a ritenere valida l’attività di ricerca già svolta dall’agente postale e pienamente fidefacenti le sue attestazioni di merito⁶⁷, le Sezioni Unite, nel caso di specie, affermano che l’art. 170, co. 3, c.p.p. - nello stabilire che «qualora l’ufficio postale restituisca il piego per irreperibilità del destinatario, l’ufficiale provvede alle notificazioni nei modi ordinari» - faccia riferimento alla necessità che la procedura prosegua secondo le due diverse e alternative modalità normativamente previste, ossia quella di cui agli artt. 159 e 160 c.p.p., e quella di cui all’art. 161, co. 4, c.p.p.

In particolare, mentre l’una prevede nuove ricerche per l’adozione del decreto di irreperibilità, in caso di prima notifica all’imputato *ex art. 157 c.p.p.*, la seconda dispone la notifica al difensore, qualora vi sia stata dichiarazione ed elezione di domicilio *ex art. 161 c.p.p.*, salvo che l’imputato, per caso fortuito o forza maggiore, non sia stato nella condizione di comunicare il mutamento del luogo dichiarato o eletto. In tale ipotesi, infatti, considerata la disaminata dizione letterale dell’art. 170, co. 3, c.p.p., si dovranno applicare le disposizioni di cui ai precedenti artt. 157 e 159 c.p.p.

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

Di qui, con specifico riferimento alla vicenda scrutinata, la Cassazione ha disposto l’annullamento senza rinvio della sentenza, rilevando che si fosse proceduto in assenza, a fronte di una notifica al difensore d’ufficio per irreperibilità del destinatario al domicilio dichiarato, *ex art. 161, co. 4, c.p.p.*, senza che però vi fosse stata un’effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra l’imputato e tale difensore. Questi, anzi, disertando tutte le udienze, aveva mostrato disinteresse alla difesa, sicché non potevano ritenersi realizzate le condizioni di un rapporto di informazione tra l’avvocato e il suo assistito, da cui poter desumere che quest’ultimo avesse avuto effettiva cognizione dell’avvio del processo a suo carico.

⁶⁷ Sull’argomento, v. Cass., Sez. II, 19 febbraio 2020, n. 9544; Cass., Sez. II, 18 giugno 2019, n. 33870; Cass., Sez. III, 12 gennaio 2016, n. 7865.

4. Conclusioni, dubbi e necessarie riflessioni.

In conclusione, si può affermare che, tra gli aspetti più rilevanti del ragionamento condotto dalle Sezioni Unite, vi è anzitutto l'equiparazione della notificazione di atti giudiziari a mezzo posta a quella compiuta personalmente dall'ufficiale giudiziario, nonché la lettura convenzionalmente orientata dell'art. 420-*bis* c.p.p., in termini di effettività della conoscenza correlata all'instaurazione del processo, attraverso un provvedimento formale di *vocatio in iudicium*.

Considerevole è, altresì, l'interpretazione dell'art. 170, co. 3, c.p.p. - nella parte in cui dispone che «qualora l'ufficio postale restituisca il piego per irreperibilità del destinatario, l'ufficiale provvede alle notificazioni nei modi ordinari» - come rimando alle due alternative modalità processualmente previste, ossia quella di cui agli artt. 159 e 160 c.p.p., che prevedono nuove ricerche per l'adozione del decreto di irreperibilità, ove si tratti di prima notifica all'imputato, e quella di cui all'art. 161, co. 4, c.p.p., tramite notifica al difensore d'ufficio, ove si tratti di domicilio eletto o dichiarato.

Orbene, data la necessità di non sovrapporre i due diversi procedimenti di notificazione, e attesa la parità delle due tipologie di notifica, che rende valida l'attività di ricerca svolta dall'agente postale e totalmente fidefacenti le sue attestazioni, la soluzione proposta dalla Corte appare in linea con il dato letterale dell'art. 170, co. 3, c.p.p., che sembra sottolineare l'esigenza che la procedura segua secondo l'ordinaria disciplina stabilita dal codice, ossia le due menzionate alternative modalità. D'altronde, non sussiste un valido motivo per ritenere che l'ufficiale giudiziario, in entrambi i casi, debba ripetere attività già svolte dall'agente postale⁶⁸.

Al contempo, però, non ci si può esimere dall'evidenziare che, come nelle fattispecie di cui alle precedenti sentenze n. 28451 del 2011 e n. 58120 del 2017⁶⁹, anche nel caso in esame l'attestazione dell'irreperibilità del destinatario da parte dall'addetto al servizio postale rendeva indiscutibile l'impossibilità della notificazione e, inoltre, il ricorrente non aveva dedotto un'assenza solo temporanea dal domicilio dichiarato, ma si era limitato a una generica contestazione dell'irreperibilità. Ciò nonostante, le Sezioni Unite hanno ragionevolmente ritenuto che, accertata l'irreperibilità, ne conseguisse l'impossibilità di notifica nel domicilio dichiarato, e hanno ultroneamente affermato che pure la temporanea assenza del destinatario giustifichi la notifica a mani del difensore⁷⁰.

Tale asserzione può allora essere ritenuta un ulteriore *obiter dictum* attraverso il quale, da ormai dieci anni, la Corte, nell'interpretazione del rapporto tra l'art. 157 e l'art. 161 c.p.p., manifesta la volontà di escludere l'applicabilità dell'art. 157, co. 8, c.p.p., ossia la possibilità di deposito del plico destinato all'imputato che abbia dichiarato o eletto

⁶⁸ V. A. SCARCELLA, *Domicilio dichiarato, eletto o determinato e tentata notifica "postale" all'irreperibile: esclusa (con eccezioni) la nullità della consegna al difensore*, cit.

⁶⁹ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2011, n. 28451, cit., e Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 58120, cit.

⁷⁰ Cfr. A. NAPPI, *Un thriller giurisprudenziale: l'impossibilità di notifica al domicilio dichiarato o eletto*, cit.

domicilio presso la casa comunale del luogo di domiciliazione, prima di procedere alla notifica a mani del difensore, *ex art. 161, co. 4, c.p.p.*

Infatti, la giurisprudenza precedente aveva, al contrario, sostenuto che la notificazione all'imputato eseguita nel domicilio dichiarato o eletto, tramite deposito nella casa comunale, escludesse la situazione di "impossibilità della notificazione" che determina la sua esecuzione attraverso la consegna dell'atto al difensore⁷¹.

La sentenza in esame, invece, preceduta dalle citate pronunce n. 28451 del 2011⁷² e n. 58120 del 2017⁷³, ha affermato che il sistema delineato dagli artt. 161, 162, 163 e 164 c.p.p. per le notificazioni da eseguirsi presso il domicilio dichiarato o eletto, oppure tramite consegna dell'atto al domiciliatario, rappresenti un insieme di norme completo per il perfezionamento della notificazione. Tale sistema risulta alternativo a quello previsto dall'art. 157 c.p.p. per la prima notificazione all'imputato non detenuto, ragion per cui non può essere contaminato dall'applicazione di disposizioni che, riguardando le ipotesi della prima notificazione, sono con esso incompatibili.

Peraltro, le menzionate sentenze n. 28451 del 2011 e n. 58120 del 2017 a ciò aggiungono che l'art. 163 c.p.p., nella parte in cui rimanda alle disposizioni dell'art. 157 c.p.p., ritenendole applicabili per le notificazioni eseguite nel domicilio dichiarato o eletto a norma degli artt. 161 e 162 c.p.p., rappresenti una clausola di salvaguardia concernente l'individuazione dei soggetti potenziali consegnatari dell'atto, e non il luogo o le modalità della notificazione.

È però la stessa rubrica della norma a confutare ciò, richiamando l'art. 157 c.p.p. per disciplinare le "formalità per le notificazioni nel domicilio dichiarato o eletto", e non per l'individuazione dei "soggetti potenziali consegnatari dell'atto".

L'interpretazione della Corte rappresenta, pertanto, una forzatura del dato normativo⁷⁴, che, al fine di evitare il passaggio dal deposito presso la casa comunale prima della notifica a mani del difensore, giunge, collateralmente, all'inaccettabile conclusione di legittimare quest'ultima anche in caso di un'assenza breve e temporanea del destinatario dal domicilio dichiarato. E ciò, peraltro, mediante una prassi, quella degli *obiter dicta*, che meriterebbe, di per sé, accurate riflessioni.

⁷¹ Così, Cass., Sez. VI, 21 febbraio 1995, n. 611, e Cass., Sez. III, 21 febbraio 1997, n. 4033.

⁷² Cass., Sez. Un., 28 aprile 2011, n. 28451, cit.

⁷³ Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 58120, cit.

⁷⁴ Cfr. A. NAPPI, *Un thriller giurisprudenziale: l'impossibilità di notifica al domicilio dichiarato o eletto*, cit.

LA RIFORMA PENALE (L. N. 134/2021): LE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI SEQUESTRO E CONFISCA DELLO SCHEMA DI DECRETO DELEGATO PRESENTATO DAL GOVERNO

di Francesco Menditto

La l. n. 134/2021 (cd. Riforma Cartabia) all'art. 1 prevede numerose deleghe al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari. Le deleghe riguardano, seppur in modo limitato, le materie dei beni sequestrati e delle confische. Lo schema di decreto delegato presentato dal Governo alle Camere il 9 agosto prevede le norme attuative sul patteggiamento della confisca facoltativa, sull'esecuzione della vendita per equivalente, sulla vendita dei beni confiscati, sull'amministrazione dei beni sequestrati e sulla regolamentazione dei rapporti tra improcedibilità e confisca disposta con la sentenza di primo grado. Queste ultime presentano alcune criticità col rischio, qualora sia dichiarata l'improcedibilità, di un arretramento del principio per cui la criminalità da profitto si contrasta con la sottrazione delle ricchezze illecitamente accumulate. Prevedere che dall'improcedibilità discenda la revoca della confisca di primo grado disposta nel processo penale, con l'unica possibilità di proporre sequestro e confisca di prevenzione, comporta che in molti casi la confisca sarà revocata pur in presenza di beni provento, diretto o indiretto, del reato anche di delitti di criminalità organizzata, tributari, in materia di corruzione, ma anche di criminalità da profitto comune.

SOMMARIO: 1. La legge n. 134 del 2021. Le deleghe in materia di sequestro e confisca. – 2. Lo schema di decreto delegato presentato dal Governo, in particolare in materia di sequestro e confisca. – 3. La regolamentazione dei rapporti tra improcedibilità e confisca disposta con la sentenza di primo grado. – 3.1. La disciplina della l. n. 134/2021. – 3.2. Le ragioni della disciplina della l. n. 134/2021. L'origine dell'art. 578-bis c.p.p. Gli orientamenti della giurisprudenza. – 3.3. Le valutazioni sulla disciplina contenuta nella l. n. 134/2021 (prima dell'adozione dello schema di decreto). – 3.4. La disciplina dello schema di decreto delegato: a) i testi proposti. – 3.5. La disciplina dello schema di decreto delegato: b) la relazione illustrativa e i suoi limiti – 3.6. Conclusioni, l'auspicabile "ripensamento" del testo. – 3.7. Alcune proposte correttive. – 4. Il patteggiamento sulla confisca facoltativa. – 4.1. La disciplina della l. n. 134/2021. – 4.2. La disciplina dello schema di decreto delegato. – 5. L'esecuzione della confisca per equivalente. – 5.1. La disciplina della l. n. 134/2021. – 5.2. La disciplina dello schema di decreto delegato. – 6. La vendita dei beni confiscati. – 6.1. La disciplina della l. n. 134/2021. – 6.2. La disciplina dello schema di decreto delegato. – 7. L'amministrazione dei beni sequestrati. – 7.1. La disciplina della l. n. 134/2021. – 7.2. La disciplina dello schema di decreto delegato. – 8. Conclusioni.

1. La legge n. 134 del 2021. Le deleghe in materia di sequestro e confisca.

La legge 27 settembre 2021, n. 134¹ propone una riforma organica del processo e del sistema sanzionatorio penale con l'obiettivo di rendere *ragionevole la durata* del processo penale in una prospettiva di efficienza perseguita dal P.N.R.R.

Il testo approvato ha ampliato l'ambito della riforma proposta dal disegno di legge Bonafede (AC 2435), presentato il 13 marzo 2020², intervenendo su più istituti, come proposto dalla Commissione Lattanzi³.

La riforma si inserisce in un più ambizioso disegno, rappresentato dalla riorganizzazione del sistema giustizia per ridurre i tempi, anche attraverso nuovi modelli di organizzazione derivanti da immissione di risorse personali (con l'istituzione dell'Ufficio del processo) e materiali (in particolare, incrementando la digitalizzazione del processo penale).

La legge, all'articolo 1, contiene le deleghe al Governo per la riforma del processo penale, del sistema sanzionatorio penale e per la disciplina organica della giustizia riparativa da attuare entro un anno dall'entrata in vigore (19 ottobre 2022), con uno o più decreti legislativi. Si prevede l'inoltro degli schemi di decreto alle competenti commissioni parlamentari, per un parere da rendere entro sessanta giorni. L'art. 2 contiene alcune disposizioni entrate in vigore immediatamente.

Tra le numerose deleghe previste dall'art. 1, alcune riguardano la complessa materia delle confische e dell'amministrazione dei beni sequestrati, in particolare:

- la possibilità di raggiungere l'accordo tra imputato e pubblico ministero, in tutti i casi di applicazione della pena su richiesta, anche in ordine alla confisca facoltativa, con determinazione di oggetto e ammontare (art. 1, comma 10, lett. a), n. 1);
- l'esecuzione della confisca per equivalente, quando non ha ad oggetto beni mobili o immobili già sottoposti a sequestro (art. 1, comma 14, lett. a), prima parte);
- vendita dei beni confiscati a qualsiasi titolo nel processo penale (art. 1, comma 14, lett. b);
- l'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro e dei beni confiscati (art. 1, comma 14, lett. a), seconda parte);
- i rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e la confisca disposta con la sentenza impugnata (art. 1, comma 13, lett. d).

¹ Il testo della legge è pubblicato in questa *Rivista*, 15 ottobre 2021, con un commento di G.L.GATTA, [Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'](#), in questa *Rivista*, 15 ottobre 2021.

² [Riforma della giustizia penale: il testo a fronte del d.d.l. A.C. 2435 e delle proposte di emendamento della Commissione Lattanzi](#), in questa *Rivista*, 27 maggio 2021; [Riforma della giustizia penale: il testo del disegno di legge approvato dalla Camera](#), *ivi*, 5 agosto 2021.

³ *Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435*, [Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. AC 2435](#), 24 maggio 2021, in questa *Rivista*, 25 maggio 2021.

2. Lo schema di decreto delegato presentato dal Governo, in particolare in materia di sequestro e confisca.

Il Consiglio dei Ministri, su proposta della Ministra della giustizia Marta Cartabia, in data 4 agosto 2022 ha approvato, *in esame preliminare*, lo schema di decreto legislativo attuativo della l. 27 settembre 2021, n. 134⁴.

Lo schema di decreto e la relazione illustrativa⁵ sono stati presentati alle Camere il 9 agosto 2022 (A.G. n. 414) che dovranno esprimere il parere entro l'8 ottobre 2022.

La relazione illustrativa dà ampio spazio alle ragioni della riforma e del testo dello schema di decreto⁶, composto di novantanove articoli che introducono nuove disposizioni e intervengono sul codice penale, sul codice di procedura penale e sulle principali leggi complementari ai due codici. Si precisa che *«Il filo conduttore degli interventi di riforma è rappresentato dall'efficienza del processo e della giustizia penale, in vista della piena attuazione dei principi costituzionali, convenzionali e dell'U.E. nonché del raggiungimento degli obiettivi del P.N.R.R., che prevedono entro il 2026 la riduzione del 25% della durata media del processo penale nei tre gradi di giudizio. La riduzione dei tempi del processo penale, attraverso una riforma organica come quella oggetto dello schema di decreto legislativo, è altresì funzionale a completare il percorso di riforma avviato con le disposizioni immediatamente precettive della legge n. 134/2021 (art. 2) e, in particolare, con quelle che hanno introdotto l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione»*.

L'esercizio della delega sulla materia dei sequestri e delle confische riguarda i seguenti articoli:

- art. 25, lett. a), che modifica l'art. 444, commi 1 e 2 c.p.p., regolando il possibile accordo, nei casi di applicazione della pena su richiesta, anche in ordine alla confisca facoltativa (art. 1, comma 10, lett. a), n. 1), l. n. 134/2021);

- art. 41, lett. i), n. 2), che inserisce all'art. 86 disp. att. c.p.p. il comma 1-bis, disciplinando l'esecuzione della confisca per equivalente (art. 1, comma 14, lett. a), prima parte, l. cit.);

- art. 41, lett. i), n. 1), che modifica l'art. 86, comma 1, disp. att. c.p.p. intervenendo sulla vendita dei beni confiscati a qualsiasi titolo nel processo penale (art. 1, comma 14, lett. b), l. cit.);

- art. 41, lett. l, nn. da 1 a 5), che modifica numerosi commi dell'art. 104 disp. att. c.p.p. in materia di amministrazione dei beni sottoposti a sequestro e dei beni confiscati (art. 1, comma 14, lett. a), seconda parte, l. cit.);

- art. 33, lett. c), che introduce nel codice di procedura penale l'art. 578-ter, regolando i rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e la confisca disposta con la sentenza impugnata (artt. 1, comma 13, lett. d) e art. 33, lett. c), l. cit.).

⁴ [Comunicato del Consiglio dei Ministri](#).

⁵ [La relazione illustrativa e lo schema di decreto](#) sono stati pubblicati in questa *Rivista*, 10 agosto 2022.

⁶ Lo schema di decreto è stato predisposto anche sulla base dei contributi di sei gruppi di lavoro, composti da qualificati esperti.

Si esamineranno oltre le modifiche introdotte, rilevando eventuali incongruenze e possibili miglioramenti dei testi, iniziando dalla regolamentazione degli effetti dell'improcedibilità dell'azione penale sulla confisca disposta in primo grado, un tema particolarmente sensibile per l'importanza che le confische hanno assunto nel nostro ordinamento e per la rilevata opportunità di proporre modifiche al testo dello schema di decreto.

3. La regolamentazione dei rapporti tra improcedibilità e confisca disposta con la sentenza di primo grado.

3.1. La disciplina della l. n. 134/2021.

L'art. 1, comma 13, lett. d), della l. n. 134/2021 prevede che il decreto delegato disciplini «*i rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e l'azione civile esercitata nel processo penale, nonché i rapporti tra la medesima improcedibilità dell'azione penale e la confisca disposta con la sentenza impugnata; adeguare conseguentemente la disciplina delle impugnazioni per i soli interessi civili, assicurando una regolamentazione coerente della materia*».

Il testo veniva introdotto nel corso dei lavori preparatori, evidentemente perché si rilevava che l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini massimi prevista dall'art. 344 *bis* c.p.p. (immediatamente in vigore ai sensi dell'art. 2, comma 2, l. cit.) avrebbe *travolto* la confisca disposta in primo grado con la sentenza di condanna, diversamente dall'art. 578 *bis* c.p.p. che consente la pronuncia sulla confisca anche se dopo la sentenza di condanna di primo grado interviene l'estinzione del reato per prescrizione o amnistia⁷.

Venuta meno l'estinzione del reato per prescrizione dopo la sentenza di primo grado (art. 2, comma 1, l. cit.) e introdotta l'improcedibilità nei gradi di impugnazione (art.

⁷ [Gli emendamenti presentati alla Camera](#) dal Ministro della giustizia il 14 luglio 2021 nulla prevedevano in ordine alla confisca, prevedendosi, con l'inserimento nel testo del disegno di legge dell'art. 14-*bis*, la modifica dell'art. 578 c.p.p., la regolamentazione dei soli effetti dell'improcedibilità sulle statuizioni sugli interessi civili disposti con la sentenza di condanna di primo grado. Durante i lavori della commissione venivano presentati emendamenti diretti a regolamentare gli effetti dell'improcedibilità sulla confisca nel caso di declaratoria di improcedibilità, ad esempio n. 0.7.500.44. «*All'emendamento 7.500 del Governo, parte consequenziale, relativa all'articolo 7, comma 1, dopo la lettera c) inserire la seguente: c-bis) disciplinare i rapporti tra la improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e l'azione civile esercitata nel processo penale, nonché i rapporti tra la medesima improcedibilità dell'azione penale e la confisca disposta con la sentenza impugnata, assicurando una disciplina organica della materia*» (cfr. [bollettino dei lavori della commissione giustizia della Camera del 27 luglio 2021](#)). Il tema veniva sollevato nel parere reso il 19 luglio 2021 dall'Associazione nazionale magistrati, [L'ANM sugli emendamenti governativi al ddl di riforma del processo penale \(A.C. 2435\)](#): «*Il meccanismo di prescrizione processuale comporterà la messa nel nulla dei provvedimenti di confisca, anche di cd. confisca in casi particolari di cui all'art. 240-bis cod. pen. che oggi, invece, l'art. 578-bis cod. proc. pen. pone al riparo dal pericolo di caducazione per il caso in cui la prescrizione del reato venga dichiarata nei giudizi di impugnazione, chiamando il giudice che dichiara la prescrizione alla decisione sull'impugnazione ai soli fini della confisca*».

2, comma 2, l. cit.), si è ritenuto di demandare al legislatore delegato di disciplinare gli effetti di questa improcedibilità sulla pronuncia della confisca.

3.2. *Le ragioni della disciplina della l. n. 134/2021. L'origine dell'art. 578 bis. c.p.p. Gli orientamenti della giurisprudenza.*

L'art. 578 bis c.p.p., che trova origine nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa, risponde a un principio generale per cui, accertata la responsabilità all'esito del contraddittorio di primo grado, l'esame della confisca non può essere paralizzato da eventi sopravvenuti di carattere sostanziale o processuale che impediscano la pronuncia sulla responsabilità, verificandosi altrimenti l'automatico effetto della revoca del sequestro.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la sentenza 31617/2015, Lucci⁸, pur riconoscendo (nei limiti della questione che era stata rimessa) l'applicabilità della confisca del prezzo del reato anche nel caso di declaratoria di prescrizione dopo la sentenza di condanna di primo grado, e previo accertamento definitivo della responsabilità, delineavano principi di carattere generale applicabili a tutte le forme di confisca misure di sicurezza di natura obbligatoria. Secondo la Corte la logica dell'obbligatoria confisca del prezzo del reato in base alla generale previsione dell'art. 240, secondo comma, c.p. è assimilabile a quella che ha indotto il legislatore ad introdurre previsioni speciali di confisca obbligatoria anche del profitto del reato, sul rilievo che occorre un provvedimento verso il lucro desunto dal reato, inteso come vantaggio economico ottenuto in via diretta ed immediata dalla commissione del reato, e quindi legato da un rapporto di pertinenzialità diretta con l'illecito penale.

Da un lato, la Corte escludeva l'applicabilità della confisca senza condanna, ove non espressamente prevista, solo per la confisca-sanzione (specificamente per la confisca per equivalente); dall'altro, consentiva la confisca dopo la condanna di primo grado (riferendosi, come ricordato, alla confisca del prezzo del reato), pur se poi segue nelle fasi successive la declaratoria di prescrizione (e la conferma dell'accertamento della responsabilità), sulla base di principi relativi a tutte le forme di confisca-misure di sicurezza obbligatorie, valorizzando la scelta del legislatore di "sterilizzare" le utilità che il reato può aver prodotto in capo al suo autore. Tale *ratio* ricorre per tutte le forme di confisca-misura di sicurezza obbligatorie, ed infatti il ragionamento delle Sezioni Unite veniva esteso alla confisca allargata⁹, cui le Sezioni Unite non potevano riferirsi, essendo vincolate all'oggetto delle questioni che erano state a essa rimesse.

La l. n. 161/2017, poi, modificava l'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992, conv. dalla l. n. 256/1992 che all'epoca disciplinava la confisca allargata o estesa, inserendo un comma 4-*septies*.

⁸ Cass., Sez. Un., 26/06/2015, n. 31617, Lucci, in Ced cass., n. 264437.

⁹ Cass., Sez. V, 9/11/2017, n. 1012, D'Agostino e altri, in Ced cass., n. 271923, sulla disciplina previgente alla l. n. 16/2017.

Il legislatore dava puntuale attuazione ai principi enucleati dalla citata sentenza delle Sezioni Unite (seppur normando solo l'ipotesi della confisca allargata o estesa), delineando una cognizione del giudice dell'impugnazione — compresa la Corte di cassazione — modellata sulla disciplina dettata dall'art. 578 c.p.p., tanto che la nuova disposizione confluiva, col d.lgs. n. 21/2018, nell'art. 578-*bis* c.p.p., in attuazione della riserva di codice della materia penale.

L'art. 578-*bis* c.p.p. è stato successivamente modificato dalla l. n. 3/2019 che ha esteso la sua disciplina anche alla «*confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale*», con un rinvio alla confisca-misura di sicurezza, diretta e per equivalente, prevista dal citato art. 322-*ter* c.p. Con questa disposizione si ampliava il dato normativo con l'espressa previsione della confisca-misura di sicurezza obbligatoria di cui al citato art. 322-*ter* c.p. (confermando il principio per cui l'art. 578-*bis* c.p.p. può riferirsi ad ogni forma di confisca-misura di sicurezza obbligatoria ed anche alla confisca per equivalente menzionata dal medesimo articolo. L'espressa previsione della confisca per equivalente superava il limite indicato dalla sentenza delle Sezioni Unite Lucci, individuato nell'assenza di una espressa normativa per la confisca per equivalente, di natura sanzionatoria (e non misura di sicurezza).

Successivamente, la giurisprudenza ha esteso i principi dell'art. 578-*bis* c.p.p. ad ogni forma di confisca obbligatoria prevista da leggi speciali, ivi compresa la confisca per equivalente.

Si afferma che la portata applicativa dell'art. 578-*bis* c.p.p., pur se inserito dal d.lgs. n. 21/2018 con modalità ricognitiva rispetto al previgente art. 12-*sexies*, comma 4-*septies* d.l. n. 306/1992, conv. dalla l. n. 356/1992, va desunta dal testo della disposizione che richiama la «*confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge*». Il riferimento alle *altre disposizioni di legge* riguarda non solo gli articoli delle leggi speciali richiamate in precedenza dal citato art. 12-*sexies* (poi confluite, come ricordato, negli artt. 85-*bis* d. P.R. n. 309/1990 e 301, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 43/1973), ma assume «*una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale*»¹⁰, compresa la confisca per reati tributari prevista dall'art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/2000¹¹.

¹⁰ Cass., Sez. Un., 30/01/2020, n. 13539/2020, Perroni, in Ced cass., n. 278870.

¹¹ Giurisprudenza ormai costante, Cass, sez. III, 18/03/2021, n. 20793, Rotondi, in Ced cass., n. 281342; Cass., Sez. III, 07/09/2021, n. 39157, Sacrati, in Ced cass. n. 282374; Cass. Sez. III, 21/01/2022, n. 7882, Viscovo, in Ced cass. n. 282836: «La disposizione dell'art. 578-bis cod. proc. pen., che ha disciplinato la possibilità di mantenere la confisca con la sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato nel caso in cui sia accertata la responsabilità dell'imputato, è applicabile anche alla confisca tributaria ex art. 12-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, ma, ove questa sia stata disposta per equivalente, non può essere mantenuta in relazione a fatti anteriori all'entrata in vigore del citato art. 578-bis cod. proc. pen., atteso il suo carattere afflittivo.».

3.3. *Le valutazioni sulla disciplina contenuta nella l. n. 134/2021 (prima dell'adozione dello schema di decreto).*

Nei primi commenti alla legge delega è stato proposto l'ambito dell'intervento del legislatore delegato secondo i seguenti principi¹²:

- nel sistema previsto dall'art. 344-*bis* c.p.p., introdotto dalla l. n. 134/2021, viene meno la possibilità che il termine prescrizione maturi in epoca successiva alla pronuncia della sentenza di condanna in primo grado e non è consentito il protrarsi dei giudizi di impugnazioni oltre i termini massimi previsti, trovando fondamento il nuovo istituto dell'improcedibilità nel principio di ragionevole durata del processo alla persona (non riferibile, però, ai beni e al procedimento patrimoniale);

- nel sistema vigente, operando una causa di estinzione del reato che per lungo tempo aveva imposto la conclusione del processo penale anche per la pronuncia sulla confisca, il legislatore aveva disposto diversamente introducendo l'art. 578-*bis* c.p.p. (e prima, con la l. n. 161/2017, il comma 4-*septies* nel d.l. n. 306/1992, conv. dalla l. n. 356/1992), consentendo la prosecuzione del processo ai soli fini dell'accertamento dei presupposti per la pronuncia sulla confisca;

- la giurisprudenza aveva esteso l'applicabilità dell'art. 578 *bis* c.p.p. a plurime forme di confisca, secondo un'univoca tendenza a dare concretezza al principio generale di contrasto alle accumulazioni illecite attraverso sequestri e confische;

- nel nuovo sistema, pur se il reato non può più essere dichiarato estinto dopo la sentenza di primo grado, opera l'improcedibilità che impedisce la pronuncia sulla dichiarazione di colpevolezza (che non può avvenire oltre il termine previsto) ma non paralizza necessariamente un accertamento incidentale della responsabilità ai soli fini della pronuncia sulla confisca.

Dunque, si riteneva che il legislatore delegato dovesse prevedere, all'esito di una sentenza di condanna in primo grado (come previsto oggi) e superati i limiti temporali dettati dall'art. 344 *bis* c.p.p., la prosecuzione del processo prevedendo una valutazione incidentale sulla responsabilità, esaminati tutti i motivi dell'impugnativa, in quanto presupposto della confisca. Naturalmente anche tutti i motivi di impugnativa in ordine alla disposta confisca andavano esaminati esattamente come previsto dall'art. 578-*bis* c.p.p.

In tal senso si leggeva il dato testuale che affidava al legislatore delegato il compito di «*disciplinare i rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e i rapporti tra la medesima improcedibilità dell'azione penale e la confisca disposta con la sentenza impugnata*» e l'evidente *ratio* diretta a evitare che la confisca disposta in primo grado, nel contraddittorio, venisse revocata a seguito della dichiarazione di improcedibilità.

Alcune perplessità venivano sollevate in altri commenti: «...*Quanto detto comporta che, una volta superati i limiti temporali dettati dall'art. 344-bis cod. proc. pen., il processo non può proseguire fino a giungere ad una pronuncia definitiva sul reato, mentre nulla si*

¹² F. MENDITTO, [La legge n. 134/2021. le deleghe in materia di sequestro e confisca](#), 11 novembre 2021, in *Il penalista*.

dice in ordine alla possibile prosecuzione per l'accertamento dei presupposti della confisca. In buona sostanza, se ad estinguersi non è più il reato, bensì il processo destinato al suo accertamento, viene meno lo spazio processuale nel cui ambito procedersi all'accertamento di quelle questioni – quali la confisca obbligatoria – aventi una natura comunque incidentale rispetto alla verifica in ordine alla sussistenza del reato... Nel momento in cui si stabilisce che l'appello ed il giudizio in cassazione hanno una durata predeterminata e che, una volta superati i limiti temporali, l'azione penale diviene preclusa, pare arduo poter immaginare che il processo prosegua ai soli fini dell'accertamento dei presupposti della confisca... A quanto detto occorre aggiungere che ipotizzare la prosecuzione del processo penale ai soli fini della decisione sulla confisca, oltre a richiedere un intervento normativo in tal senso, si porrebbe in contrasto con quelle esigenze di celerità e ragionevole durata del processo che sono alla base dell'introduzione dell'improcedibilità dell'azione ex art. 344-bis cod. proc. pen.», pur se si concludeva: «... allo stato, non ci si può che limitare a prendere atto, da un lato, della dichiarata volontà del Legislatore di intervenire per coordinare l'improcedibilità dell'azione penale con la pronuncia sulla confisca e, dall'altro, della difficoltà di realizzare tale coordinamento consentendo una prosecuzione del giudizio penale ai limitati fini dell'accertamento finalizzato alla decisione sulla confisca»¹³.

3.4. La disciplina dello schema di decreto delegato: a) i testi proposti.

L'art. 33, lett. c), dello schema, in attuazione dell'art. 1, comma 13, lett. d), l. n. 134/2021, introduce nel codice di procedura penale l'art. 578-ter, regolando i rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e la confisca disposta con la sentenza impugnata.

L'art. 578 ter c.p.p., rubricato «*Decisione sulla confisca e provvedimenti sui beni in sequestro nel caso di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*», prevede:

«1. Il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344 -bis, dispongono la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna.

2. Fuori dai casi di cui al comma 1, se vi sono beni in sequestro di cui è stata disposta confisca, il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, dispongono con ordinanza la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto o al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo competenti a proporre le misure patrimoniali di cui al titolo II del Libro I del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

3. Il sequestro disposto nel procedimento penale cessa di avere effetto se, entro novanta giorni dalla ordinanza di cui al comma 2, non è disposto il sequestro ai sensi dell'articolo 20 o 22 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.».

¹³ Relazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte suprema di cassazione, [La legge 27 settembre 2021, n. 134. Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.](#)

Collegati al nuovo testo sono ulteriori disposizioni:

a) l'art. 41, comma 1, lett. ee) dello schema, inserisce nel codice di rito l'art. 175-bis «*Decisione sulla improcedibilità ai sensi dell'articolo 344 bis del codice*» per cui «*1. Ai fini di cui agli articoli 578, comma 1-bis, e 578-ter, comma 2, del codice, la Corte di cassazione e le corti di appello, nei procedimenti in cui sono costituite parti civili o vi sono beni in sequestro, si pronunciano sulla improcedibilità non oltre il sessantesimo giorno successivo al maturare dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione di cui all'articolo 344-bis del codice.*»;

b) l'art. 5, comma 1, lett. b), dello schema, introduce l'art. 165-ter disp. att. c.p.p. «*Monitoraggio dei termini di cui all'articolo 344-bis del codice*» per cui: «*I presidenti della Corte di cassazione e delle corti di appello adottano i provvedimenti organizzativi necessari per attuare il costante monitoraggio dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione e del rispetto della disposizione di cui all'articolo 175-bis.*».

La mera lettura dei testi proposti evidenzia la univoca scelta adottata nello schema di decreto. In sintesi:

- al comma 1 dell'art. 578 *ter* c.p.p., la Corte d'appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare l'improcedibilità, pronunciano la confisca prevista come obbligatoria «*anche quando non è stata pronunciata condanna*». Non si specifica quali sono le ipotesi di confisca obbligatoria richiamate. Possono intendersi astrattamente tali: la confisca-misura di sicurezza obbligatoria di cui all'art. 240, secondo comma, nn. 1) e 1-bis) c.p.; le ipotesi di confisca-misura di sicurezza obbligatoria previste da altre disposizioni del codice penale (compreso l'art. 240-bis c.p. e da leggi speciali)¹⁴, la confisca per equivalente egualmente obbligatoria, seppur qualificata come sanzionatoria; ovvero la confisca prevista dall'art. 240, secondo comma, n. 2), c.p. che fa espresso riferimento anche all'assenza di condanna. Il dato testuale della norma proposta nello schema di decreto, che fa riferimento alla confisca «*anche quando non è stata pronunciata condanna*» impone di accogliere la seconda soluzione, esplicitata anche nella relazione illustrativa;

- al comma 2 dell'art. 578-*ter* c.p.p., si prevede che fuori dei casi previsti dal comma 1, in presenza di una confisca di primo grado con declaratoria di improcedibilità, Corte d'appello e Corte di cassazione trasmettono gli atti al procuratore della Repubblica distrettuale competente e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo (escludendo la pur pacifica competenza concorrente in alcuni casi del procuratore della Repubblica circondariale prevista dall'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 159/2011) al fine di valutare se avanzare proposta di sequestro di prevenzione (o altre misure patrimoniali, previste dal d.lgs. n. 159/2011), con la precisazione (contenuta nel comma 3 dell'art. 578-*ter* in esame) che il sequestro penale perde efficacia se non è disposto entro sessanta giorni il sequestro di prevenzione, urgente (*ex art. 22 d.lgs. n. 159/2011*) o ordinario (*ex art. 20 d.lgs. cit.*). Emerge, con immediatezza (si ritornerà sul punto a breve) che qualora non sia possibile avanzare una proposta di sequestro (e confisca) di prevenzione sarà automaticamente

¹⁴ Tra le tante: art. 644, sesto comma, c.p. (usura), art. 322-*ter* c.p. (plurimi reati contro la pubblica amministrazione), art. 648-*quater* (riciclaggio e autoriciclaggio), art. 73, comma 7-bis, d.P.R. n. 309/1990 (legge stupefacenti), art. 12 d.lgs. n. 74/2000 (reati tributari), artt. 4 l. n. 146/2006 (reati aggravati dalla transnazionalità).

revocato il sequestro penale (e la confisca di primo grado) a seguito della declaratoria l'improcedibilità;

- gli articoli 175 *bis* c.p.p. (che impone, nel caso in esame, alla Corte di pronunciarsi entro sessanta giorni dal maturarsi dell'improcedibilità) e 165-*ter* disp. att. c.p.p. (per cui i presidenti di Corte d'appello e delle Corti di cassazione dovranno monitorare il rispetto dei termini delle dichiarazioni di improcedibilità), dimostrano la ferma volontà che la dichiarazione di improcedibilità e gli effetti sulla confisca disposta in primo grado si verifichino tempestivamente.

3.5. La disciplina dello schema di decreto delegato: b) la relazione illustrativa e i suoi limiti.

La relazione illustrativa esplicita le ragioni della scelta derivanti fondamentalmente dall'inquadramento teorico attribuito al nuovo istituto dell'improcedibilità.

Va dato atto dell'ampia motivazione che consente di comprendere la difficoltà di tradurre in una norma il principio e criterio direttivo e dell'approfondimento operato.

Si afferma, in primo luogo, la scelta di non fare riferimento all'art. 578-*bis* c.p.p.: *«Il regime applicabile in caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione regola in modo omogeneo le due ipotesi negli artt. 578 e 578-bis c.p.p., attribuendo al giudice penale il compito di decidere sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili, o ai soli effetti della confisca "in casi particolari", secondo un'impostazione che, tuttavia, è in parte superata alla luce del quadro normativo sopravvenuto e, comunque, riguardando la diversa ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, non è mutuabile per disciplinare i rapporti tra azione civile o confisca e improcedibilità per superamento dei termini massimi del giudizio di impugnazione».*

Si fa, poi, espresso riferimento alla necessità di tenere conto dei principi ricavabili dalla stessa legge n. 134 del 2021 e dai principi generali del sistema in quanto la delega non fornirebbe *«indicazioni specifiche su come atteggiare tali rapporti, lasciando astrattamente aperte soluzioni diverse (quali la caducazione delle statuizioni civili e in materia di confisca o la prosecuzione o devoluzione del giudizio in altra sede)».* L'affermazione non convince perché non in linea col testo della delega e su quella che appare la sua *ratio*. Il principio e il criterio direttivo furono introdotti nel corso dei lavori preparatori evidentemente per evitare che, in mancanza di una norma analoga all'art. 578-*bis* c.p.p., all'improcedibilità conseguisse la revoca della confisca disposta in primo grado, con il venir meno delle ragioni per cui era stato introdotto l'art. 578-*bis* c.p.p. (in precedenza esposte) e della successiva giurisprudenza *espansiva*. Se il legislatore delegante avesse voluto determinare la revoca del sequestro e della confisca con la declaratoria di improcedibilità nulla avrebbe dovuto prevedere, trattandosi di effetto naturale conseguente alla sentenza in rito, laddove l'art. 1, comma 13, lett. d), della l. n. 134/2021 ha previsto un'espressa regolamentazione per "salvare" gli effetti della confisca decisa in primo grado, oltre che le determinazioni assunte con la sentenza di primo grado *«per i soli interessi civili».* Ed infatti, nel caso dell'improcedibilità dichiarata che riguardi anche gli interessi civili lo schema di decreto

individua un'idonea soluzione attraverso il trasferimento dell'azione innanzi al giudice civile.

La relazione afferma testualmente che l'unico riferimento ritenuto valido e coerente «*nell'orientare la scelta del legislatore delegato, è il quadro generale di sistema*», scartando di conseguenza ipotesi astrattamente prospettabili (prosecuzione del giudizio ai fini della confisca, trasferimento del giudizio in altra sede). Il *quadro generale*, però, è ricostruito dalla stessa relazione, in un contesto in cui la *ratio* del legislatore delegante sembra univoca (nel volere evitare che la confisca di primo grado sia travolta dall'improcedibilità), offrendo una ricostruzione sistematica non agevole in presenza di nuovi istituti (come l'improcedibilità) e in sede di stesura di nuovi testi, non valorizzando adeguatamente il principio e criterio direttivo previsto¹⁵. In altre parole, la ricostruzione sistematica avrebbe potuto tenere dei riflessi della volontà del legislatore delegante che si individua nell'evitare la caducazione della confisca nel caso di declaratoria di improcedibilità (così come per i capi relativi agli interessi civili), imponendo una decisione in ogni caso e non solo, come previsto dallo schema di decreto, nel caso in cui ricorrano i presupposti della proposta di confisca di prevenzione.

Secondo la relazione, dal quadro di sistema si desume l'impossibilità di fare proseguire il giudizio, innanzi alla Corte d'appello e alla Corte di cassazione, dopo la declaratoria di improcedibilità, ai soli fini della pronuncia della confisca, in quanto «*...la pronuncia di improcedibilità ha carattere processuale e, come tale, impedisce di proseguire nell'esame del merito e di giungere a una condanna definitiva, caducando la precedente pronuncia*». A fronte di questa premessa, condivisibile solo rispetto alla pronuncia della condanna, la relazione sembra compiere un *salto logico* quando sostiene: «*L'improcedibilità preclude, quindi, l'applicazione della confisca che presuppone una condanna (comunque la si voglia intendere, tanto in senso formale, quanto in senso sostanziale)*». Invero, la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione (su cui si tornerà oltre), come è noto, hanno spinto anche la Corte Edu a ritenere consentita la pronuncia della confisca anche in assenza della pronuncia di una condanna, purché garantiti pienamente i diritti della parte all'esame dei motivi di impugnazione sulla condanna (e sulla confisca), ponendo a fondamento dell'ablazione l'accertamento incidentale della responsabilità¹⁶.

Le riflessioni della giurisprudenza ora citata, che ha avuto una lunga evoluzione anche comportando la modifica della posizione inizialmente espressa dalla Corte Edu, non è approfondito dalla relazione illustrativa: «*Né può ricorrersi a un'estensione della differente disciplina prevista dall'art. 578-bis c.p.p. nel caso di estinzione del reato per prescrizione, poiché il superamento dei termini massimi previsti per il giudizio di impugnazione è uno sbarramento processuale che impedisce qualsivoglia prosecuzione del giudizio, anche solo*

¹⁵ I limiti del presente lavoro non consentono di approfondire il tema dell'inquadramento sistematico del nuovo istituto dell'improcedibilità. Cfr. G. CANZIO, [Il modello "Cartabia". organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità](#), in questa Rivista, 14 febbraio 2022; D. NEGRI, [Dell'improcedibilità temporale. pregi e difetti](#), in questa Rivista, 21 febbraio 2022.

¹⁶ Il tema, che non può essere approfondito in questa sede, è riassunto nella sentenza delle Sezioni Unite, 30/01/2020, n. 13539, Perroni, in questa Rivista, con nota di A. BASSI, [Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia](#), 21 maggio 2020.

*finalizzata all'accertamento della responsabilità da un punto di vista sostanziale e svincolato dalla forma assunta dal provvedimento (come invece consentito, a seguito della sentenza della C. Cost., 26.3.2015 n. 49, nel caso di sentenza di proscioglimento per prescrizione)». Dunque, si afferma «che l'improcedibilità è uno sbarramento processuale che impedisce qualsivoglia prosecuzione del giudizio, anche solo finalizzata all'accertamento della responsabilità» pur senza confrontarsi con i principi affermati dalla Corte costituzionale e dalla Corte Edu, peraltro in presenza di un nuovo istituto che richiede ancora, per la sua sistemazione, approfondimenti dogmatici e giurisprudenziali che potranno essere sviluppati solo nei prossimi anni. Sembra, invero, che l'improcedibilità sia stata introdotta al principale fine di impedire la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato, con tutti gli effetti che ne conseguono in ordine alle pene, principali e accessorie (comprese le sanzioni pecuniarie, intendendosi per tali le forme di confisca sanzione¹⁷ o, ad esempio, la riparazione pecuniaria prevista dall'art. 322-*quater* c.p.), e anche alle misure di sicurezza (o altri istituti a questi accessori), se non previsto diversamente. Il legislatore delegato, però, ha espressamente previsto una regolamentazione per tenere fermi gli effetti della confisca-misura di sicurezza o sanzione come la confisca per equivalente che si sostituisce alla confisca che non può essere eseguita sui beni confiscati).*

La relazione giustifica la scelta operata ritenendo «...impropria, del resto, l'assimilazione di una causa impediente della prosecuzione del giudizio, di natura processuale, a una causa estintiva del reato, che è fenomeno attinente al merito del processo». La valutazione negativa nell'assimilare (quanto alla possibile prosecuzione del giudizio ai fini della confisca) una causa di improcedibilità ad una causa estintiva del reato sembra troppo radicale in quanto, se in presenza della causa "radicale" di estinzione del reato si ritiene consentito (anche secondo la Corte Edu) pronunciabile la confisca, non si comprende perché la mera improcedibilità, pronunciata dopo una sentenza di condanna, dovrebbe impedire una pronuncia sull'applicazione della confisca.

La relazione prosegue, ritenendo non praticabile il trasferimento del giudizio in altra sede, ai fini della confisca, specificamente innanzi al giudice della prevenzione, «trattandosi di misura che deve essere applicata in un procedimento giurisdizionale informato a tutte le garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale (ivi inclusa la garanzia della ragionevole durata). Pertanto, non si potrebbe trasferire nel procedimento di prevenzione l'azione patrimoniale dopo che la confisca sia stata applicata con una sentenza penale non definitiva. L'imputato potrebbe difendersi rispetto alla decisione di confisca, appellando anche o soltanto i punti riguardanti la responsabilità penale (presupposto della confisca), che non potrebbero essere decisi, seppur incidenter tantum, dal giudice della prevenzione». Pur concordandosi sull'ampiezza dell'accertamento e delle garanzie in capo al giudice della prevenzione, ciò è ben possibile semplicemente con l'introduzione di una norma che preveda in questi casi la piena applicabilità delle disposizioni del codice di rito. Va ricordato che il giudice (di

¹⁷ Diverse ipotesi di confisca-sanzione sono introdotte, spesso nelle leggi speciali, con la finalità di applicare al reo un'ulteriore sanzione che si affianca alle pene tradizionali (detentive e pecuniarie). In alcuni casi è la stessa norma, pur non vincolante per l'interprete, che qualifica la confisca come sanzione: ad esempio per la confisca ai danni dell'Ente la sezione II del d.lgs. 213/2001 dedicato alle «sanzioni in generale», disciplina all'art. 9.

merito) della prevenzione applica costantemente le disposizioni del rito penale (seppur con alcune semplificazioni) e accerta incidentalmente la responsabilità penale pur in presenza di declaratorie di improcedibilità e di estinzione del reato¹⁸, di conseguenza potrebbe operare analogamente decidendo (incidentalmente) tutte le questioni sollevate con l'atto di appello. Non si considera che con la riforma del 2008 il giudice della prevenzione opera accertamenti incidentali sulla sussistenza dei presupposti delle misure personali ai fini dell'applicazione della confisca disgiunta¹⁹, e da sempre (e specificamente dai nuovi orientamenti in materia di presupposti di applicabilità per i pericolosi generici derivante anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019) accerta incidentalmente la responsabilità in ordine a delitti dichiarati improcedibili, estinti e perfino nel caso in cui non sia sorto tempestivamente un procedimento penale. Va sottolineato, peraltro, che il giudice della prevenzione in grado di appello è rappresentato dalle sezioni specializzate che, nella quasi totalità dei distretti trattano anche gli appelli dei processi penali, con la conseguente formazione in ordine ai principi del giudizio penale di impugnazione, così come le sezioni della Corte di cassazione competenti per i ricorsi in materia di trattazione si occupano anche degli ordinari ricorsi.

Quanto al richiamo alla necessità di assicurare la ragionevole durata del processo, soccorre per il procedimento di prevenzione la previsione di termini di durata con espressa inefficacia del sequestro (cfr. artt. 27, co. 6 e 10 comma 3-bis d.lgs. n. 159/2011), sicché sarebbe sufficiente una mera norma di coordinamento che richiami testualmente tali termini.

Infine, si afferma, questa volta condivisibilmente, che *«Neppure potrebbe essere previsto un trasferimento della decisione al giudice penale dell'esecuzione. Se l'azione patrimoniale fosse trasferita in sede esecutiva dopo una sentenza penale di condanna non definitiva, pertanto, senza il presupposto dell'accertamento (definitivo) sul tema della responsabilità penale, nel procedimento dinanzi al giudice dell'esecuzione dovrebbe paradossalmente svolgersi il controllo sul giudizio penale di primo grado demandato alle impugnazioni (appello e ricorso per cassazione) penali»*. Invero, appare illogico fare intervenire il giudice dell'esecuzione quando non vi è nulla da eseguire, dovendo ancora accertarsi, almeno incidentalmente, la responsabilità penale. Il Giudice dell'esecuzione interviene, anche ai fini della confisca da adottare, solo qualora vi sia stata una condanna (cfr. art. 183-bis disp. att. c.p.p. e giurisprudenza costante). Proprio la correttezza dell'argomento utilizzato in questo caso dalla relazione, fondata su norme e giurisprudenza, sembra evidenziare la debolezza (o semplicemente non condivisibilità) degli argomenti ora esaminati.

¹⁸ In tema di prescrizione, Cass, Sez. II, 31/03/2017, n. 33538, Bnp Paribas Leasing Solutions Spa e altri, in Ced. cass., n. 270715; Cass. Sez. II, 19/01/2018, n. 11846, Carnovale e altri, in Ced. cass., n. 272496.

Anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 24/2019, pone in risalto l'ambito del giudizio del giudice della prevenzione: *«... occorre un pregresso accertamento in sede penale, che può discendere da una sentenza di condanna oppure da una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto (Cass., n. 11846 del 2018, n. 53003 del 2017 e n. 31209 del 2015)»*.

¹⁹ Per ragioni di sintesi si rinvia a F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca allargata (art. 240-bis c.p.)*, Volume I, *Aspetti sostanziali e processuali*, 2019, Milano, pagg. 660 ss.

3.6. Conclusioni, l'auspicabile "ripensamento" del testo.

Il testo proposto dallo schema di decreto delegato non convince per i plurimi argomenti esposti.

Non sembra sia stato affrontato adeguatamente la possibilità di percorrere soluzioni alternative in grado di dare attuazione alla *ratio* dei principi e criteri della delega secondo cui si consente una pronuncia di merito sulla confisca disposta in primo grado pur dopo la declaratoria di improcedibilità oggi prevista, naturalmente (quale conseguenza del sistema) garantendo pienamente i diritti delle parti, con un giudizio "pieno" sui motivi di impugnazione avverso la condanna (che farebbero venire meno la confisca) e nei confronti della confisca e dei suoi presupposti.

Il "trasferimento" del giudizio in sede di prevenzione proposto dallo schema di decreto non fa piena applicazione della *ratio* della delega, non tenendo conto che sulla base dell'attuale normativa (art. 29 d.lgs. n. 159/2011) e prassi il pubblico ministero già richiede sequestro e confisca di prevenzione (contestualmente, precedentemente o successivamente) alla richiesta di sequestro in sede penale, ovviamente nel solo caso in cui i presupposti delle due confische ricorrano, sicché, nei casi in cui siano esperibili entrambi i procedimenti questo già accade.

Nella gran parte dei casi i sequestri funzionali alle diverse forme di confisca (facoltativa; obbligatoria prevista dall'art. 240, secondo comma, c.p. e dalle numerose disposizioni del codice penale e delle leggi speciali; per equivalente) presentano caratteristiche e presupposti ben diversi da sequestro e confisca di prevenzione. Anche la confisca allargata o estesa, prevista dall'art. 240-*bis* c.p., la forma più vicina alla confisca di prevenzione, prevede, ad esempio, un'ampiezza di beni acquisiti nel tempo (ragionevolezza temporale) autonomamente valutabile rispetto al principio di correlazione temporale applicabile alla confisca di prevenzione²⁰. Anche il sequestro e la confisca nei confronti dei cd. pericolosi generici (di cui agli artt. 1, comma 1, lett. c) e 4, comma 1, lett. c) (persone che vivono abitualmente, anche in parte, del provento di attività delittuosa) richiedono oggi presupposti molto più rigorosi rispetto alla confisca prevista per i singoli delitti che generano profitto, dovendo accertarsi: « a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano — o abbiano costituito in una determinata epoca — l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito»²¹.

Dunque, sulla base delle disposizioni contenute nello schema di decreto, verrebbero revocate confische, i cui presupposti sono stati accertati nel contraddittorio nel giudizio di primo grado, nella quasi totalità dei casi. In particolare:

- nella gran parte delle ipotesi di confisca allargata o estesa ex art. 240-*bis* c.p. in cui non ricorrono i presupposti della confisca di prevenzione, in precedenza non richiesta

²⁰ Per ragioni di sintesi si rinvia alle sentenze della Corte costituzionale n. 33/2018, relativa alla confisca allargata o estesa, e alla n. 29/2019, in tema di confisca di prevenzione.

²¹ Corte costituzionale, sent. n. 24/2019, cit.

dal pubblico ministero evidentemente perché non la riteneva sovrapponibile; è opportuno sottolineare che dai dati offerti dall’Agenzia Nazionale per i beni sequestrati e confiscati, attualmente sono in confisca definitiva 2/3 di beni per confisca di prevenzione, 1/3 per confisca allargata o estesa²²;

- nella gran parte delle ipotesi di confisca, diretta o per equivalente, per delitti tributari (o di carattere economico-finanziario), non potendo ravvisarsi l’abitudine che consente la confisca di prevenzione;

- per i casi di delitti contro la pubblica amministrazione che non consentono di ravvisare l’abitudine;

- per la gran parte delle diverse forme di confisca obbligatoria relativa a delitti di criminalità da profitto comune (usura, truffa ai danni dello Stato e degli anziani, riciclaggio, autoriciclaggio, etc.) ove ancora una volta difficilmente si potrà ravvisare l’abitudine della condotta delittuosa richiesta dalla confisca di prevenzione.

Dunque, l’improcedibilità potrà *travolgere* le confische.

Gli effetti ora descritti si pongono in contrasto con l’evoluzione normativa e la ragion d’essere delle confische, nell’ordinamento italiano e internazionale.

È opportuno ricordare che un’efficace azione di contrasto al crimine da profitto è possibile solo se all’azione repressiva “classica” si affianca un intervento patrimoniale diretto a eliminare i profitti illecitamente accumulati che costituiscono la causa prima di questo tipo di delitti. Dopo la legge Rognoni-La Torre (n. 646/1982) che ha introdotto la confisca di prevenzione, sono seguiti nuovi istituti finalizzati ad un efficace contrasto patrimoniale: il sequestro e la confisca previsti dall’art. 12 *sexies* d.l. n. 356/92, conv. dalla l. n. 356/92²³ (c.d. confisca allargata o estesa), numerose ipotesi di confisca obbligatoria²⁴, la confisca per equivalente²⁵.

In numerosi interventi degli ultimi anni, diretti a potenziare i mezzi di aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati dagli appartenenti a organizzazioni di tipo mafioso, con una progressiva estensione alla criminalità che trae profitti illeciti, sono in linea con l’evoluzione dell’ordinamento, nazionale e internazionale, finalizzati a dare concretezza al principio per cui attraverso il recupero da parte dello Stato dei patrimoni illecitamente accumulati si dimostra che *il delitto non paga*.

La Corte costituzionale ha più volte posto in risalto il rilievo delle confische.

Con la sentenza n. 33/2018, la Corte ha sottolineato che la confisca allargata o estesa si colloca «*nell’alveo delle forme “moderne” di confisca alle quali, già da tempo, plurimi Stati europei hanno fatto ricorso per superare i limiti di efficacia della confisca penale “classica”: limiti legati all’esigenza di dimostrare l’esistenza di un nesso di pertinenza – in termini di*

²² Limitando l’esempio agli oltre 30.000 immobili complessivamente definitivamente confiscati in sede di prevenzione e penale gli effetti sono facilmente quantificabili

²³ Emblematico il progressivo ampliamento, da un lato dei soggetti destinatari della confisca di prevenzione, dall’altro dei delitti elencati nel citato art. 12 *sexies*.

Tra le tante: art. 644, sesto comma, c.p. (usura), art. 322-ter c.p. (plurimi reati contro la pubblica amministrazione), art. 648-*quater* (riciclaggio e autoriciclaggio), art. 73, comma 7-bis, d.P.R. n. 309/1990 (legge stupefacenti), art. 12 d.lgs. n. 74/2000 (reati tributari), artt. 4 l. n. 146/2006 (reati aggravati dalla transnazionalità).

²⁵ Ipotesi ampliate progressivamente a numerosi delitti.

strumentalità o di derivazione – tra i beni da confiscare e il singolo reato per cui è pronunciata condanna. Le difficoltà cui tale prova va incontro hanno fatto sì che la confisca “tradizionale” si rivelasse inidonea a contrastare in modo adeguato il fenomeno dell’accumulazione di ricchezze illecite da parte della criminalità, e in specie della criminalità organizzata: fenomeno particolarmente allarmante, a fronte tanto del possibile reimpiego delle risorse per il finanziamento di ulteriori attività illecite, quanto del loro investimento nel sistema economico legale, con effetti distorsivi del funzionamento del mercato. Di qui, dunque, la diffusa tendenza ad introdurre speciali tipologie di confisca, caratterizzate sia da un allentamento del rapporto tra l’oggetto dell’ablazione e il singolo reato, sia, soprattutto, da un affievolimento degli oneri probatori gravanti sull’accusa».

In tale contesto si inserisce la confisca senza condanna disciplinata dall’art. 578 bis c.p., in linea col dialogo in corso tra le Corti nazionali e la Corte di Strasburgo e con riferimento alle regolamentazioni, nazionali e internazionali vigenti e alle elaborazioni giurisprudenziali anche della Corte EDU.

Rinviando a quanto già esposto sull’evoluzione dell’art. 578 bis, la confisca senza condanna è prevista da convenzioni internazionali²⁶ e dalla direttiva n. 42 del 2014 dell’Unione europea che propone «forme minime» di confisca senza condanna, lasciando agli Stati membri la possibilità di ampliarne la portata²⁷.

La Grande Camera della Corte europea ha affrontato il tema della confisca senza condanna applicata alla lottizzazione abusiva, dunque una confisca di natura sanzionatoria, come ribadito anche in questo caso dalla Corte. La Grande Camera, sulla scia della sentenza 49/2015 della Corte costituzionale, esclude la violazione dell’art. 7 Cedu qualora la confisca, prevista dalla legge, sia disposta previo accertamento incidentale della responsabilità, da parte del giudice. Dunque, la confisca può essere applicata unitamente alla sentenza che rileva la prescrizione del reato. Accettata la conformità alla legalità convenzionale di un accertamento di colpevolezza compiuto in via incidentale ex art. 7 Cedu, ne consegue che questo è in grado di vincere la presunzione di innocenza ex art. 6 Cedu²⁸.

²⁶ Si può citare la *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* che, all’art. 13, impegna gli Stati a una intensa cooperazione internazionale ai fini della confisca. Gli obblighi potrebbero prescindere da una condanna e dalla natura penale del procedimento nel quale viene emesso l’ordine di confisca: si richiede soltanto che tale provvedimento abbia ad oggetto «proventi» derivanti dai reati previsti dalla Convenzione, o beni di valore corrispondente a tali proventi, ovvero «beni, attrezzature e altri strumenti utilizzati o destinati ad essere utilizzati per la commissione di reati» previsti dalla Convenzione. La *Legislative Guide* al n. 375 richiama la possibilità, per il legislatore nazionale, di «non richiedere una condanna penale come condizione per ottenere un ordine di confisca, prevedendo la confisca basata su un minore onere della prova applicato nei procedimenti».

²⁷ L’articolo 4, al par. 2, prevede che qualora la confisca all’esito della condanna non sia possibile gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato:

- a) almeno nei casi in cui tale impossibilità risulti da malattia o da fuga dell’indagato o imputato;
- b) sia stato avviato un procedimento penale per un reato che può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico;
- c) detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l’indagato o imputato avesse potuto essere processato.

²⁸ È opportuno citare un passo della sentenza della Corte Edu «215. Per quanto riguarda il fatto di sapere se le confische siano state imposte a seguito di condanne per reati, la Corte rammenta che essa ha generalmente ritenuto che tale elemento costituisca solo uno dei criteri da prendere in considerazione (*Saliba c. Malta (dec.)*, n. 4251/02, 23

La Corte costituzionale (sent. n. 49/2015), in linea generale, pone in risalto la linea di tendenza diretta ad ampliare le ipotesi di accertamento della responsabilità (penale) senza condanna e precisa che nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità, doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica, nel pieno rispetto delle garanzie che l'art. 7 della Cedu. In conclusione, la Corte costituzionale ritiene compatibile con i principi costituzionali e della Cedu l'applicazione della confisca, anche nella forma sanzionatoria in assenza di condanna, purché: vi sia una disposizione che la preveda; sia diretta ad assicurare il rispetto di diritti garantiti dalla Costituzione; si operi un accertamento pieno della responsabilità (penale) dell'imputato offrendo tutte le garanzie del processo penale previste dall'ordinamento interno e dalla Cedu; operino, nel caso di coinvolgimento di terzi, i principi in materia di sanzione, con accertamento della mala fede del terzo il cui onere grava sull'accusa.

Naturalmente, non si ignora che il lodevole obiettivo complessivo della riforma consiste nella riduzione dei tempi del giudizio di appello (la Corte di cassazione oggi provvede normalmente nei termini indicati dall'art. 344-ter c.p.p.) e che, se raggiunto farà venire meno le ragioni dell'art. 578-ter (e dell'art. 578-bis) c.p.p. Al momento, però, i tempi delle decisioni di molte Corti d'appello sono ampiamente superiori a quelli previsti dall'art. 344-ter c.p.p.²⁹, e non è prevedibili, nonostante i monitoraggi previsti dalla

novembre 2004, Sud Fondi S.r.l. e altri (decisione sopra citata), M. c. Germania (sopra citata), Berland c. Francia, n. 42875/10, § 42, 3 settembre 2015), senza essere determinante quando si tratta di stabilire il tipo di misura (Valico S.r.l. c. Italia (dec.), n. 70074/01, CEDU 2006-III, e Società Oxygène Plus (decisione sopra citata, § 47). Solo raramente la Corte ha ritenuto questo elemento decisivo per dichiarare l'inapplicabilità dell'articolo 7 (Yildirim c. Italia (dec.), n. 38602/02, CEDU 2003-IV; Bowler International Unit c. Francia, n. 1946/06, § 67, e 23 luglio 2009).²¹⁶ Secondo la Corte, subordinare il carattere penale di una misura, nell'ambito della Convenzione, al fatto che l'individuo abbia commesso un atto qualificato come reato dal diritto interno e sia stato condannato per questo reato da un giudice penale si scontrerebbe con l'autonomia del concetto di «pena» (si veda, in tal senso, Valico S.r.l., decisione sopra citata). Infatti, senza un'interpretazione autonoma del concetto di pena, gli Stati sarebbero liberi di infliggere pene senza definirle tali, togliendo in tal modo alle persone le tutele dell'articolo 7 § 1, norma che si vedrebbe così privata di efficacia. Ora, è fondamentale che la Convenzione sia interpretata e applicata in modo da rendere le tutele concrete ed efficaci, e non teoriche ed illusorie, il che riguarda altresì l'articolo 7 (Del Rio Prada, sopra citata, § 88).²¹⁷ Di conseguenza, se la condanna inflitta dalle giurisdizioni penali interne può rappresentare un criterio tra gli altri, per decidere se una misura costituisca o meno una «pena» ai sensi dell'articolo 7, la mancanza della condanna non basta di per sé ad escludere l'applicabilità di questa norma».

²⁹ Cfr. G. CANZIO, [Il modello "Cartabia". organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità](#), cit.: «L'appello dura in media 835 giorni: otto volte la media europea, più del doppio rispetto al giudizio di primo grado. È la fase più lenta nella quale si arenano procedimenti in stato avanzato, con la conseguenza che il 25% delle prescrizioni (circa 30mila) si verifica in appello. Le criticità – invero serie e consistenti – sono concentrate a macchia di leopardo in alcuni uffici giudiziari, soprattutto ma non solo nei distretti di Napoli e Roma (gravate dal 40% dei giudizi di appello pendenti sul territorio nazionale e dal 50% di quelli ultrabiennali, con tempi medi di oltre 3 anni a Roma e di oltre 5 anni a Napoli e con indici di prescrizione dei reati, rispettivamente, del 48% e del 30%).…….Occorre per le Corti in difficoltà agire selettivamente, sulla base di un'analisi accurata dei dati, rendendo per esse disponibili risorse straordinarie (dall'ufficio del processo penale ai magistrati e ai cancellieri, alla digitalizzazione e all'informatica, alla logistica, alla statistica) e fissando i termini di un serio cronoprogramma di riduzione prima e di eliminazione poi dell'imponente arretrato. L'obiettivo dovrebbe essere quello di riuscire a gestire le nuove sopravvenienze secondo le linee della riforma e nello stesso tempo a realizzare un efficace piano straordinario per la definizione dello stock di arretrato, accumulato nel tempo, assicurando il costante rilievo – non solo di tipo statistico – del corretto impiego delle risorse negli uffici,

riforma, se i correttivi apportati ne consentiranno il rispetto, in particolare per i processi più impegnativi, tra i quali rientra quelli con le confische di maggiore rilievo..

In conclusione, deve auspicarsi che, anche attraverso i pareri delle commissioni parlamentari e, comunque, una ulteriore riflessione del legislatore delegato, si preveda una modalità che assicuri il rispetto dei principi ora esposti.

3.7. Alcune proposte correttive.

In questa sede si possono offrire alcune possibili soluzioni, compatibili col quadro di sistema e con la ratio dei criteri e principi della delega.

La prima soluzione consiste nel consentire la prosecuzione del processo ai soli fini della pronuncia sulla confisca, con piena cognizione dei motivi di appello, prevedendo anche un termine per la decisione.

La valutazione sui presupposti della confisca impone l'accertamento incidentale della responsabilità dell'imputato.

Un testo possibile, mutuato dall'art. 578-bis c.p.p. e quanto all'inefficacia dalla normativa in materia di prevenzione, potrebbe essere il seguente:

«1. Quando è stata disposta la confisca, il giudice di appello o la corte di cassazione, se l'impugnazione non risulta inammissibile, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato.

2. La mancata definizione del giudizio di cui al comma 1 entro i termini a tal fine prorogati di due anni nel giudizio di appello e di sei mesi nel giudizio di cassazione, applicabili anche nel giudizio conseguente all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice competente per l'appello, comporta l'inefficacia della confisca.».

Qualora, invece, si preferisca trasferire il procedimento al giudice della prevenzione il testo potrebbe essere così articolato:

«1. Quando è stata disposta la confisca, il giudice di appello e la Corte di cassazione, se l'impugnazione non risulta inammissibile, l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, se l'impugnazione non è proposta sull'affermazione di penale responsabilità o sui presupposti della confisca dichiara, con ordinanza, eseguibile la statuizione di confisca contenuta nella decisione di primo grado.

2. Se l'impugnazione ha ad oggetto l'affermazione di responsabilità o uno dei presupposti della confisca, il giudice di appello o la Corte di cassazione, rinviano alla Corte di Appello competente ai sensi dell'articolo 10 del Decreto legislativo 6 settembre 2011, numero 159. La Corte di Appello e la Corte di cassazione decidono sui soli motivi di appello o di ricorso per cassazione, previo accertamento della responsabilità quale presupposto per l'applicazione della confisca e sui motivi riguardanti la ricorrenza dei presupposti della confisca.

dell'utilizzo delle migliori prassi applicative e dell'efficacia dei risultati progressivamente conseguiti.».

3. *Nei casi previsti dal comma 2, qualora i motivi di appello o di ricorso per cassazione riguardino l'affermazione di responsabilità si applicano le disposizioni del codice e i termini previsti per la decisione dal Decreto legislativo 6 settembre 2011 numero 159.*

4. *Avverso la decisione emessa dalla Corte di Appello è proponibile ricorso per cassazione.».*

4. Il patteggiamento sulla confisca facoltativa.

4.1. La disciplina della l. n. 134/2021.

L'art. 1, comma 14, l. n. 134/2021, alla lett. a), n. 1), seconda parte, prevede l'accordo sul patteggiamento nel caso di confisca facoltativa. Questo il testo, prevedere: «*che, in tutti i casi di applicazione della pena su richiesta, l'accordo tra imputato e pubblico ministero possa estendersi alla confisca facoltativa e alla determinazione del suo oggetto e ammontare».*

La disposizione trova origine nella relazione della Commissione Lattanzi ove si proponeva che l'accordo tra imputato e pubblico ministero potesse estendersi alle pene accessorie e «*alla confisca, anche per equivalente, compresa la determinazione del suo ammontare, salve le ipotesi di confisca obbligatoria individuate dal legislatore delegato».*

La norma approvata con la l. n. 134/2021, diversamente formulata rispetto alla relazione Lattanzi, ha condivisibilmente considerato che un accordo tra pubblico ministero e parte è possibile, tenuto conto della natura giuridica dell'istituto, solo per la confisca facoltativa. Tutte le altre forme di confisca penale previste dall'ordinamento, che hanno pacificamente natura obbligatoria, non consentono alcun accordo perché, altrimenti, verrebbe meno la loro ragion d'essere che impone l'ablazione dei beni in presenza dei relativi presupposti:

- la confisca obbligatoria di cui all'art. 240, secondo comma, c.p.;
- la confisca obbligatoria prevista da specifiche disposizioni che sono state introdotte nel tempo nel codice penale³⁰;
- la confisca allargata o estesa di cui all'art. 240-bis c.p. e prevista da alcune disposizioni di leggi speciali;
- la confisca per equivalente (o di valore) disciplinata da numerose disposizioni del codice penale e di leggi speciali, che era menzionata dalla Commissione Lattanzi.

La disposizione introdotta ha l'obiettivo di limitare la discrezionalità del giudice che, sulla base dell'attuale giurisprudenza può disporre la confisca pur se non sia stata oggetto dell'accordo delle parti. Accordo che, pur se raggiunto, non vincola, operando il principio per cui la sentenza impone al giudice di attenersi al solo profilo del trattamento

³⁰ Tra le tante: art. 416-bis, settimo comma, c.p. in materia di associazioni di tipo mafioso, anche straniere; art. 644, sesto comma, c.p., relativo all'usura; art. 322-ter c.p., riguardante plurimi reati contro la pubblica amministrazione; art. 648-quater c.p., relativo a riciclaggio e autoriciclaggio o con leggi speciali (ad esempio, art. 73, comma 7-bis, d.P.R. n. 309/1990, in materia di stupefacenti).

sanzionatorio e non anche a quello relativo alla confisca³¹, fermo restando che l'accordo anche per l'applicazione delle misure di sicurezza, tra cui la confisca, impone al giudice di riceverlo integralmente nella sentenza ovvero di rigettare la richiesta³².

La natura facoltativa della confisca, con la conseguente discrezionalità valutativa ed obbligo di motivazione su alcuni presupposti (nesso causale col commesso reato, pericolosità del condannato derivante dell'ulteriore disponibilità della cosa), sempre richiesta dalla Corte di cassazione nel caso di sentenza di patteggiamento³³, consente di estendere, sotto il profilo sistematico l'accordo tra le parti.

4.2. La disciplina dello schema di decreto delegato.

L'articolo 25 dello schema di decreto delegato prevede numerose *Modifiche al Titolo II del Libro VI del codice di procedura penale*, tra cui, al comma 1, lett. a), nn. 1) e 2), gli interventi sull'art. 444 c.p.p. diretti a dare attuazione alla delega.

Si inserisce un secondo periodo all'art. 444, comma 1, c.p.p., che consente l'accordo sull'applicazione della pena, disciplinandone le caratteristiche essenziali. L'accordo può prevedere «... di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato»³⁴ (lett. a) n. 1). Di conseguenza, si interviene sul secondo comma del medesimo art. 444 c.p.p., per cui il giudice, sulla base degli atti, deve valutare la correttezza, oltre che della qualificazione giuridica del fatto e l'applicazione e la comparazione delle circostanze, anche delle «determinazioni in merito alla confisca» (lett. a) n. 2).

Dunque, in ogni ipotesi di confisca facoltativa, prevista in linea generale dall'art. 240, primo comma, c.p. per «*le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto*», pubblico ministero e imputato potranno accordarsi determinandone l'oggetto, dunque quali e quanti beni confiscare, e il suo *ammontare*, vale a dire l'importo del profitto, non sempre agevole da quantificare con esattezza.

Ci si può interrogare sull'ampiezza del controllo consentito dal giudice, espressamente previsto con modalità analoga a quello relativo alla qualificazione giuridica del fatto e all'applicazione e comparazione delle circostanze, senza alcun riferimento alla *congruità* prevista per l'accordo sulle pene (principale e accessorie³⁵). La qualificazione giuridica, l'applicazione e la comparazione delle circostanze sono *guidate* da criteri normativi (anche per la comparazione delle circostanze vi è l'art. 69 c.p., con un giudizio sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p.³⁶). Per la determinazione e l'ammontare

³¹ Cass., Sez. II, 18/12/2015, n. 1934, Spagnuolo, in Ced cass., n. 265823.

³² Cass., Sez. Un., 26/09/2019, n. 21368, Savin, in Ced cass., n. 279348.

³³ Cass., sez. III, 5/04/2017, n. 30133, Giordano e altro, in C.E.D. Cass, n. 270324; Cass., Sez. II, 24/11/2020, n. 10619, Fortuna, in Ced cass, n. 280991.

³⁴ La modifica riguarda anche il possibile accordo sulle pene accessorie.

³⁵ La modifica apportata all'art. 444, comma 2, c.p.p. dalla lett. b) dell'art. 25 dello schema al comma 2, laddove le parole «*congrua la pena indicata*» sono sostituite da «*congrue le pene indicate*» evidenzia che la valutazione di congruità riguarderà non più l'accordo sulla pena principale ma anche sulle pene accessorie.

³⁶ Recentemente, Cass, Sez. V, 08/10/2020, n. 33114, Martinenghi, in Ced cass., n. 279838.

della confisca facoltativa, anche in considerazione della non sempre agevole quantificazione, deve ritenersi, invece, che vi sia un ampio margine di discrezionalità per le parti, derivante anche dalla natura facoltativa dell'ablazione; di conseguenza, non appare agevole individuare un ampio margine di verifica da parte del giudice.

La questione, indubbiamente, sarà oggetto di approfondimento giurisprudenziale.

La nuova disposizione, in linea con i principi vigenti applicabili alle disposizioni processuali (*tempus regit actum*³⁷), potrà trovare applicazione nei procedimenti pendenti laddove la parte possa ancora richiedere l'accordo.

5. L'esecuzione della confisca per equivalente.

5.1. La disciplina della l. n. 134/2021.

L'art. 1, comma 14, lett. a), prima parte, l. n. 134/2021 prevede, nell'esercizio della delega prevista dal comma 1, modifiche al codice di procedura penale e alle relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, di disciplinare la «*esecuzione della confisca per equivalente, quando non ha a oggetto beni mobili o immobili già sottoposti a sequestro...con le modalità di esecuzione delle pene pecuniarie*».

È noto che la confisca per equivalente trova origine nell'impossibilità di eseguire le forme di confisca obbligatorie quando non sia rinvenuta la cosa oggetto del provvedimento ablatorio. La mancata ablazione in favore dello Stato del *vantaggio* tratto dal condannato impedisce il *riequilibrio* perseguito dall'ordinamento attraverso l'applicazione del principio per cui *il delitto non paga*: quanto è stato ottenuto dal reo come *utile* a vario titolo per il commesso reato gli deve essere sottratto e va acquisito dallo Stato, così dimostrando l'inutilità dell'illecito commesso.

Queste le ragioni che spingono il legislatore a introdurre plurime ipotesi di confisca per equivalente che rendono indiretto il nesso tra cosa e reato, consentendo, qualora non sia possibile la confisca diretta del profitto e del prezzo del reato (e di quanto indicato dalle singole disposizioni), l'ablazione di cose, nella disponibilità diretta o indiretta del condannato, di pari valore. La prima ipotesi di confisca per equivalente, cui ne seguiranno molte altre, viene introdotta con la l. n. 108/1996, che, modificando l'art. 644 c.p., prevede al sesto comma la confisca obbligatoria del prezzo o del profitto «*ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari*».

Pur se manca, come previsto da altri ordinamenti, una disposizione di carattere generale che consenta la confisca per equivalente (ad esempio, attraverso un limite edittale minimo di pena), sono ormai numerose le norme che la prevedono³⁸.

³⁷ Giurisprudenza costante, ad esempio, Cass., Sez. V, 23/05/2019, n. 27626, Arena, in Ced. cass., n. 276518.

³⁸ Tra le tante: art. 644, sesto comma, c.p. (usura), art. 322-ter c.p. (plurimi reati contro la pubblica amministrazione), art. 648-*quater* (riciclaggio e autoriciclaggio), art. 73, comma 7-bis, d.P.R. n. 309/1990 (legge stupefacenti), art. 12 d.lgs. n. 74/2000 (reati tributari), art. 4 l. n. 146/2006 (reati aggravati dalla

La natura sanzionatoria della confisca per equivalente è generalmente riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina

La giurisprudenza ha individuato alcuni principi in tema di sequestro che si riflettono sulle modalità esecutive della successiva confisca.

Il pubblico ministero:

- può richiedere il sequestro nei limiti del *quantum* del prezzo/profitto, senza indicare i beni che saranno individuati in sede esecutiva;
- può indicare specifici beni che coprono l'intero *quantum*;
- può indicare beni che non coprono l'intero *quantum*, con la conseguenza che il sequestro sarà disposto sui beni indicati (ovviamente all'esito della valutazione del giudice per le indagini preliminari) e sul valore residuo per il quale lo stesso pubblico ministero potrà procedere in sede esecutiva individuando ulteriori beni;

Il giudice che decide sulla richiesta (di norma il giudice per le indagini preliminari), trattandosi di confisca di valore, può disporre il sequestro, nei limiti del *quantum* corrispondente al profitto/prezzo del reato, senza necessità di individuare i beni da apprendere, attività riservata alla fase esecutiva demandata al pubblico ministero³⁹.

Il giudice della cognizione, all'esito del processo, deve disporre la confisca, trattandosi di misura di sicurezza obbligatoria. In particolare:

- in presenza di beni sequestrati, ne dispone la confisca fino al valore corrispondente al *quantum* riconosciuto (eventualmente revocando il sequestro di parte dei beni) ovvero, se i beni sono di valore inferiore, ne dispone la confisca aggiungendo il valore mancante (perciò da eseguire in fase esecutiva, dopo la definitività della sentenza);
- in assenza di previo sequestro, indica solo l'importo complessivo da apprendere, spettando al pubblico ministero l'individuazione dei beni nella fase esecutiva, dopo la confisca definitiva⁴⁰.

Il giudice dell'esecuzione, infine, stante la natura obbligatoria della confisca, dovrà disporla (anche con la sola indicazione del *quantum*) in fase esecutiva qualora il giudice della cognizione non vi abbia proceduto⁴¹.

Dunque, si possono verificare casi in cui sia disposta la confisca di un determinato importo, equivalente a quello del prezzo o del profitto non rinvenuto, ma manchi il sequestro dei beni in tutto o in parte idoneo a incamerare l'intero valore confiscato. In assenza di regolamentazione si registrano prassi operative molto diverse, che impegnano pubblici ministeri e giudici dell'esecuzione alla costante ricerca di utili principi.

Per le ragioni ora esposte la Commissione Lattanzi proponeva la regolamentazione adottata dalla l. n. 134/2021 «*per risolvere in via definitiva la tematica, complessa, relativa alle modalità di esecuzione della confisca per equivalente, quando essa non sia preceduta dalla materiale apprensione, già in sede di sequestro, di specifici beni*».

transnazionalità).

³⁹ Giurisprudenza costante, ad esempio, Cass., Sez. VI, 25/10/2017, n. 53832, Cavicchi e altro, in Ced Cass. n. 271736.

⁴⁰ Giurisprudenza costante, ad esempio, Cass., Sez. VI, 25/10/2017, n. 53832, Cavicchi e altro, cit.

⁴¹ Giurisprudenza costante, da ultimo, Cass., Sez. I, 11/12/2019, n. 282, Primiterra, in Ced cass. n. 278464.

L'esecuzione con le forme previste per le pene pecuniarie è stata già adottata in una ipotesi analoga dall'art. 735-bis c.p.p., in cui manca il previo sequestro, per l'esecuzione di provvedimenti resi da Autorità straniera che abbiano ad oggetto una «confisca consistente nella imposizione del pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore del prezzo, del prodotto o del profitto del reato».

La scelta di regolamentare nel dettaglio l'esecuzione della confisca per equivalente, quando non abbia ad oggetto beni mobili o immobili già sottoposti a sequestro, con la modalità propria dell'esecuzione delle pene pecuniarie appare congrua in quanto la confisca per equivalente, come per le condanne a pena pecuniaria, comporta, per il destinatario l'obbligo di corrispondere un importo pecuniario, e per lo Stato consiste in un titolo esecutivo per quel medesimo importo.

5.2. La disciplina dello schema di decreto delegato.

L'art. 41, lett. i), n. 2), dello schema di decreto inserisce all'art. 86 disp. att. c.p.p. il comma 1-bis, secondo cui «Qualora sia stata disposta una confisca per equivalente di beni non sottoposti a sequestro o, comunque, non specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca, l'esecuzione si svolge con le modalità previste per l'esecuzione delle pene pecuniarie, ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente al provvedimento di confisca.».

Il testo evita di riferirsi alle sole ipotesi in cui la confisca «non ha a oggetto beni mobili o immobili già sottoposti a sequestro». Correttamente si richiamano solo i «beni non sottoposti a sequestro».

Per evitare incertezze la disposizione precisa che la regolamentazione riguarda, in ogni caso in cui i beni non siano «specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca». Sono comprese, così, tutte le ipotesi possibili in cui manchi il previo sequestro di beni (ad esempio, di aziende o quote sociali, con i corrispondenti beni aziendali, pur consentito dall'art. 104 disp. att. c.p.p. e di frequente applicazione), ovvero il provvedimento di confisca non precisi i beni che devono intendersi confiscati perché individuati nel corso del processo e non sottoposti a sequestro.

La specificazione operata non è in eccesso di delega in quanto si desume dalla norma del legislatore delegante la volontà di disciplinare l'esecuzione della confisca per equivalente in ogni ipotesi in cui manchi un previo sequestro di qualunque bene (mobile, mobile registrato, immobile, quote sociali, azienda) idoneo a soddisfare, anche solo parzialmente, il *quantum* della confisca.

Opportuno l'inciso finale della nuova disposizione per cui è «ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente al provvedimento di confisca». Si conferma lo specifico ruolo del pubblico ministero che ha l'onere di svolgere le indagini dirette a individuare beni nella disponibilità indiretta del condannato, in precedenza non sequestrati, su cui eseguire la confisca per equivalente divenuta definitiva. La disposizione è in linea con la *ratio* della confisca per equivalente, diretta a riequilibrare gli effetti del delitto recuperando quanto illecitamente sottratto e

impone un procedimento che consenta di raggiungere questa finalità, evitando le frequenti operazioni elusive dirette a conservare il vantaggio illecitamente conseguito.

Manca, però, una specifica disciplina di tutela degli interessati qualora all'esito delle indagini svolte dal pubblico ministero dovessero essere sottoposti a vincolo beni nella disponibilità diretta o indiretta del condannato; sarebbe utile prevedere l'intervento del giudice dell'esecuzione, come già previsto dalla giurisprudenza, per contestare la disponibilità dei beni o il valore individuato⁴².

L'espressa previsione delle modalità di esecuzione della confisca per equivalente in assenza di previo sequestro di beni ovvero di confisca disposta su beni non determinati, inserita nel comma 1-bis dell'art. 86 delle disp. att. c.p.p., comporta che sia risolta inequivocabilmente l'incertezza sulle modalità esecutive in presenza di beni sequestrati. In tale ipotesi si applica la disciplina generale contenuta nel comma 1 dell'art. 86 (che, come si vedrà, è stato solo parzialmente modificato) secondo cui «*La cancelleria provvede alla vendita delle cose di cui è stata ordinata la confisca, salvo che per esse sia prevista una specifica destinazione*». Sul punto si era già osservato che non essendo prevista una specifica destinazione per i beni genericamente confiscati per equivalente non poteva che trovare applicazione l'art. 86, comma 1, disp. att. c.p.p., laddove specifiche destinazioni erano e sono previste, ad esempio, dal d.lgs. n. 159/2011 per i beni confiscati nel procedimento di prevenzione (art. 110, comma 2, lett. d) e ai sensi dell'art. 240-bis c.p. (confisca allargata o estesa) ovvero per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. (art. 110, comma 2, lett. e) e art. 104-bis, comma 1-*quater*, disp. att. c.p.p.).

Lo schema si limita a richiamare «*le modalità di esecuzione delle pene pecuniarie*», dunque, l'art. 660 c.p.p.

Sono note le criticità del vigente procedimento, con un'altissima percentuale di pene pecuniarie non pagate, che prevede «*l'intervento, in successione, dell'ufficio del giudice dell'esecuzione, dell'agente della riscossione, del pubblico ministero e del magistrato di sorveglianza. A tutti questi soggetti sono demandati plurimi adempimenti più o meno complessi, che tuttavia non riescono, allo stato, ad assicurare né adeguati tassi di riscossione delle pene pecuniarie, né l'effettività della conversione delle pene pecuniarie non pagate*» (Corte cost. sent. n. 279/2019).

Il tema è affrontato dalla relazione illustrativa in cui si richiama l'art. 1 comma 16 della l. n. 134/2021, che delega il Governo a modificare la disciplina in materia di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie: «*L'esigenza di semplificare e razionalizzare l'esecuzione della pena pecuniaria emerge dai dati statistici citati in altra parte di questa relazione, che testimoniano come le percentuali di riscossione siano bassissime. La volontà della legge delega, come emerge da una lettura congiunta dei richiamati criteri direttivi, è di introdurre meccanismi efficaci per l'esecuzione tanto delle pene pecuniarie, quanto della confisca per equivalente, nell'ipotesi di cui si è detto. In attuazione della legge delega, pertanto, la nuova disciplina dell'esecuzione della*

⁴² Cass., Sez. V, 02/12/2014, n. 9738, Giallombardo, in Ced. cass., n. 262893 «*In tema di confisca per equivalente, il giudice della cognizione, nei limiti del valore corrispondente al profitto del reato, può disporre il provvedimento ablatorio anche in mancanza di un precedente provvedimento cautelare di sequestro e senza necessità di individuare i beni da apprendere, potendo il destinatario ricorrere al giudice dell'esecuzione qualora si ritenga pregiudicato dai criteri adottati dal P.M. nella selezione dei cespiti da confiscare*».

pena pecuniaria troverà applicazione, in quanto compatibile, anche per l'esecuzione della confisca per equivalente. Ciò è coerente con la natura di sanzione penale riconosciuta come propria di tale forma di confisca dalla giurisprudenza e dalla dottrina. La conversione della confisca per equivalente in una pena sostitutiva, finalizzata alla coercizione dell'adempimento, ove possibile, è d'altra parte misura già prevista in altri ordinamenti europei e giudicata compatibile con il diritto UE (cfr. Corte di Giustizia, Prima Sezione, 10 gennaio 2019, Causa C-97/18 ET). Essa è d'altra già prevista dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, richiamata dal citato art. 735 bis c.p.p.».

Troverà applicazione il procedimento disciplinato dal nuovo testo dell'art. 660 c.p.p., introdotto dall'art. 38, comma 1, lett. c), dello schema, in applicazione dell'art. 1, comma 16 della l. n. 134/2021, le cui ragioni ispiratrici e le singole disposizioni sono ben illustrate al Capitolo II della relazione illustrativa allo schema di decreto cui si può rinviare⁴³. Si potrà giungere, dunque, accertato il mancato pagamento alla conversione prevista dai nuovi testi degli artt. 660 c.p.p., 102, 103 l. n. 689/1989, anche nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo ovvero, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva.

6. La vendita dei beni confiscati.

6.1. La disciplina della l. n. 134/2021.

Prevede l'art. 1, comma 14, lett. a), seconda parte, l. n. 134/2021 che la «*vendita dei beni confiscati a qualsiasi titolo nel processo penale avvenga con le forme di cui agli articoli 534 -bis e 591 -bis del codice di procedura civile*».

La norma è stata proposta dalla Commissione Lattanzi con l'obiettivo di «*risolvere la questione delle competenze e delle modalità di liquidazione dei beni definitivamente confiscati nell'ambito di processi penali in ordine a reati per i quali non si applicano le disposizioni del codice antimafia (come avviene, invece, per la confisca cd. allargata, di cui già al 12-sexies d.l. 306/92, ormai importata nel tessuto codicistico all'art. 240-bis c.p.) ...la proliferazione nell'ordinamento di una pluralità di ipotesi di confisca ha comportato la congestione delle cancellerie degli uffici giudiziari, anche in ragione del fatto che si tratta di uffici strutturalmente*

⁴³ Questa la premessa della relazione illustrativa: «*Gli interventi in tema di pena pecuniaria mirano, con le parole della legge delega (art. 1, co. 16), a "restituire effettività" a tale tipologia di pena principale (art. 17 c.p.), alla quale sono riconducibili la multa (pena principale per i delitti) e l'ammenda (pena principale per le contravvenzioni). La premessa di un simile obiettivo è la notoria quanto annosa condizione. generale di ineffettività della pena pecuniaria, che di norma, come da decenni denunciano gli studiosi del diritto penale – da ultimo, in un documento dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale – non viene né eseguita né convertita. L'ineffettività della pena pecuniaria è imputabile all'inefficienza delle procedure di esecuzione, che richiedono di essere radicalmente riviste: l'efficienza del processo penale, secondo la volontà della legge delega – in tema di pene pecuniarie così come in materia di pene sostitutive delle pene detentive – deve infatti estendersi anche alla fase dell'esecuzione e contribuire all'effettività della pena. Un processo efficiente che, in caso di condanna, sfocia in pene ineffettive, perché non eseguite, non risponde alle finalità di prevenzione generale e speciale della pena, che trova applicazione attraverso il processo e l'attività giurisdizionale e amministrativa. Di qui lo sforzo per rendere effettiva la pena pecuniaria che, nel sistema italiano, è notoriamente l'unica pena principale alternativa a quella detentiva (cfr. art. 17 c.p.): un'alternativa oggi non credibile, come denuncia da tempo la dottrina, proprio e anche in ragione della sua generale ineffettività.*».

non attrezzati per gestire questo tipo di attività in tutti i casi (sempre più frequenti) nei quali non si tratta di vendere beni mobili di agevole commercializzazione, per i quali già è possibile per gli uffici avvalersi utilmente dell'IVG, in forza dell'art. 13 del reg. di esecuzione del c.p.p. o dell'art. 152 del TU spese di giustizia. Questioni delicate si sono poste, ad esempio, per la liquidazione di aziende o quote societarie. Ma una questione analoga si pone con riferimento alla liquidazione di beni immobili, che vede le cancellerie penali sprovvedute delle conoscenze delle problematiche inerenti alle vendite immobiliari e che, dalle informazioni disponibili, ha condotto a una generalizzata stasi dei procedimenti. Il tutto senza che ci si possa neppure avvalere della competenza all'Agenzia nazionale per i beni confiscati, vista la perimetrazione del suo ambito di intervento prevista dal recente Codice della crisi di impresa».

La disposizione affronta un tema cruciale, rappresentato dalla difficoltà di esecuzione dalle numerose confische definitive (in particolare, per equivalente) di beni immobili, quote sociali e aziende, per cui sono intervenute prassi operative divergenti anche con riferimento alla gestione dei beni definitivamente confiscati.

Attualmente la disciplina dell'esecuzione della confisca è contenuta nell'art. 86, comma 1, disp. att. c.p.p., secondo cui *«La cancelleria provvede alla vendita delle cose di cui è stata ordinata la confisca, salvo che per esse sia prevista una specifica destinazione.»*. Nessuna regolamentazione è prevista per l'amministrazione dei beni tra la confisca definitiva e destinazione e/o vendita⁴⁴. La norma è stata scritta nel 1989, quando non esistevano le forme di confisca allargata o estesa, per equivalente e obbligatoria; perciò, si applicava in pochi casi e per beni determinati (generalmente veicoli).

Una specifica destinazione (e regolamentazione dell'amministrazione dei beni confiscati definitivamente) è stata prevista dagli artt. 104-bis, comma 1-*quater*, disp. att. c.p.p. e 110, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 159/2011, con rinvio alla regolamentazione del d.lgs. n. 159/2011 per la confisca di prevenzione e competenza dell'Agenzia nazionale per i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata⁴⁵. Questa disciplina si riferisce testualmente alla *«confisca in casi particolari prevista dall'articolo 240-bis del codice penale o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano»*, originariamente prevista dall'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992, conv. nella l. n. 356/1992 (confisca definitiva *allargata* o *estesa* o per *sproporzione*) nonché alle confische per delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.

6.2. La disciplina dello schema di decreto delegato.

L'art. 41, lett. i), n. 1), dello schema, in attuazione dell'art. 1, comma 14, lett. b), l. n. 134/2021, modifica l'art. 86, comma 1, disp. att. c.p.p. aggiungendo un secondo periodo secondo cui *«Il compimento delle operazioni di vendita può essere delegato a un istituto all'uopo autorizzato o ad uno dei professionisti indicati negli articoli 534 bis e 591 bis del codice di procedura civile, con le modalità ivi previste, in quanto compatibili»*.

⁴⁴ In tal senso, in motivazione, Cass., Sez. I, 3/10/2020, n. 30422, Synergo Consorzio Nazionale, in Ced cass., n. 279736.

⁴⁵ Giurisprudenza costante, recentemente, Cass., Sez. III, 12/12/2019, n. 14738, Marchio, in Ced cass., n. 279462.

Dunque, per le modalità di liquidazione dei beni definitivamente confiscati nell'ambito di processi penali per reati per i quali non si applicano le disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 (o altre leggi speciali) si consente alle cancellerie penali di delegare le operazioni di vendita prevista dalle disposizioni degli articoli 534-*bis* e 591-*bis* del codice di procedura civile.

Si provvede concretamente a “decongestionare” le cancellerie degli uffici giudiziari, non attrezzate per gestire la vendita di beni come aziende, quote societarie, ma anche beni immobili. Le cancellerie potranno procedere direttamente alla vendita dei beni confiscati, come avviene attualmente avvalendosi dell'istituto autorizzato, oppure delegarla a professionisti esterni in conformità alle citate norme del codice di procedura civile.

Invero, la norma dello schema si limita, sostanzialmente, a riprodurre il testo della delega non affrontando direttamente il tema della gestione dei beni dalla confisca definitiva alla concreta vendita dei beni, affidata durante il procedimento all'amministratore giudiziario nominato ai sensi e sotto la direzione del giudice che ha disposto il sequestro, pur se una soluzione si può rinvenire nelle modifiche apportate all'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. (*sub*, par.7.2).

7. L'amministrazione dei beni sequestrati.

7.1. La disciplina della l. n. 134/2021.

L'art. 1, comma 14, lett. b), l. n. 134/2021 prevede che il decreto legislativo di modifica del codice di procedura e delle relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, disciplini «*l'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro e dei beni confiscati in conformità alle previsioni dell'articolo 104 -bis disp. att. c.p.p.*»

La disposizione, proposta dalla Commissione Lattanzi, non trova alcuna spiegazione nella relazione di accompagnamento.

Anche i lavori parlamentari non offrono utili elementi. Vi è solo un cenno nel dossier dell'Ufficio studi del Senato e della Camera dei Deputati del 30 agosto 2021 ove si legge «*L'intento della previsione è di: favorire l'amministrazione dinamica e non la semplice custodia dei beni sequestrati ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p.; rafforzare la tutela dei terzi titolari di diritti sui beni sottoposti a vincolo già nella fase di cognizione del procedimento penale; assumere quale modello di riferimento per tutte le tipologie di sequestro preventivo a fini di confisca a carico di persone fisiche e di persone giuridiche le norme in tema di amministrazione e gestione dei beni sequestrati e confiscati contenute nel codice antimafia, che contiene una disciplina volta ad evitare, per quanto possibile, la perdita di produttività anche occupazionale dei beni sottoposti a vincolo a salvaguardia degli interessi sociali ed economici coinvolti; introdurre regimi differenziati di disciplina tra i sequestri e le confische nei casi di cui all'art. 240-*bis* c.p. e 51, comma 3 *bis* c.p.p., da un lato, e tutti gli altri sequestri e confische penali dall'altro*».

Il contenuto dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., cui il legislatore delegato deve conformare l'amministrazione dei beni sequestrati e dei beni confiscati, assai scarno, non sembra essere un utile punto di riferimento per individuare la portata degli interventi

consentiti. Questi possono, però, desumersi dalle esigenze di coordinamento che nascono dalla stratificazione normativa in materia verificatasi negli ultimi anni, quanto meno dalla prevista entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa di cui al d.lgs. n. 14/2019 (all'epoca, 15 maggio 2022) e le interpretazioni sull'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 (relative a sequestro e confisca di prevenzione) a diverse forme di confisca derivanti da evoluzioni normative non sempre coerenti o coordinate consentiranno al legislatore delegato di mettere ordine in una complessa materia dai plurimi risvolti applicativi.

7.2. La disciplina dello schema di decreto delegato.

L'art. 41, lett. l, nn. da 1 a 5), in applicazione dell'art. 1, comma 14, lett. a), seconda parte, l. n. 134/2021, apporta limitate modifiche ad alcuni commi dell'art. 104-bis disp. att. c.p.p. in materia di amministrazione dei beni sottoposti a sequestro e dei beni confiscati.

La relazione illustrativa precisa «*Le norme contenute nell'art. 104-bis disp. att. c.p.p. continuano a disciplinare l'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo, conformemente alla ratio della direttiva di cui alla lett. b) dell'art. 1 comma 14 della legge delega. La soluzione prescelta determina anche un coordinamento con la disciplina dei commi 1-bis e 1-quater dell'art. 104-bis modificata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, entrata in vigore il 15 luglio 2022, senza necessità di ulteriori modifiche*». Dunque, si è scelto di operare limitate modifiche al testo dell'art. 104-bis disp. att. c.p.p., come emendato dal Codice delle crisi d'impresa entrato in vigore il 15 luglio 2022 che ha risolto numerose difficoltà operative verificatesi in presenza delle diverse forme di confisca introdotte nel nostro ordinamento e al necessario coordinamento.

È utile una sintetica ricostruzione dell'evoluzione della disciplina dell'amministrazione dei beni sequestrati.

Il sequestro e la confisca di prevenzione hanno trovato una coerenza normativa, quanto meno con il d.lgs. n. 159/2011 (per i procedimenti iniziati dopo il 13 ottobre 2011) e con i commi 194 ss l. n. 228/2012 (per i procedimenti iniziati prima del 13 ottobre 2011), disciplinando in modo coerente e coordinato numerose questioni che si pongono e che interessano in questa sede:

- 1) l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati (Titolo III, Capi I e II), ivi compresi i rapporti pendenti con i terzi;
- 2) la tutela dei terzi (anche titolari di diritti reali di garanzia, di diritti reali e personali di godimento) dei beni sequestrati e poi confiscati (Titolo IV, Capi I e II);
- 3) i rapporti con le procedure concorsuali (Titolo IV, Capo III);
- 4) l'amministrazione e destinazione dei beni definitivamente confiscati.

Plurimi interventi normativi e interpretazioni giurisprudenziali hanno progressivamente esteso le disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 ai sequestri e alle confische penali. Questa la disciplina applicabile prima delle modifiche apportate dal Codice delle crisi d'impresa:

- a) per sequestro e confisca ex art. 240 bis c.p. (e per le norme di leggi speciali che espressamente a questo articolo rinviano) e disposti per delitti di cui all'art. 51 comma 3-

bis c.p.p., si applicano le disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 in materia di amministrazione dei beni sequestrati, tutela dei terzi e destinazione dei beni confiscati (art. 104-*bis* comma 1-*quater*, disp. att. c.p.p. e art. 110, comma 1, lett. lett. c) ed e), d.lgs. n. 159/2011). Vi sono incertezze sull'applicazione dei rapporti con le procedure concorsuali;

b) per i sequestri funzionali a forme di confisca diverse da quelle *supra* a), si applicano le disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 per l'amministrazione dei beni sequestrati (art. 104-*bis*, commi 1-*bis* e 1-*ter*, disp. att. c.p.p.), mentre vi sono incertezze sull'operatività delle norme relative alla tutela dei terzi (pur se la giurisprudenza tende sempre più a richiamarle). Si esclude l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 159/2011, sia per la regolamentazione dei rapporti con le procedure concorsuali (giurisprudenza costante che elabora principi propri risalenti a Cass. pen. S.U. 29951/2004, Focarelli), sia per la destinazione dei beni confiscati.

La disciplina è mutata radicalmente con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 14/2019 (15 luglio 2022) che prevede agli artt. 317 e ss e 373 (che riscrive i commi 1-*bis* e 1-*quater* dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p.)⁴⁶:

- per ogni forma di sequestro, compreso quello impeditivo ex art. 321, comma 1, c.p.p., l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 in materia di amministrazione dei beni sequestrati;

- per ogni forma di sequestro (escluso quello impeditivo ex art. 321) e confisca penale, l'applicabilità delle disposizioni dell'intero Titolo IV del d.lgs. n. 159/2011, dunque in materia di tutela dei terzi e rapporti con le procedure di liquidazione giudiziale (artt. 317 ss). Non trovano applicazione le disposizioni sull'amministrazione e destinazione dei beni confiscati;

- per sequestro e confisca ex art. 240-*bis* c.p. e per delitti ex art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., l'applicabilità di tutte le disposizioni del d.lgs. n. 159/2011: amministrazione dei beni sequestrati, tutela dei terzi compresi i rapporti con la liquidazione giudiziale, amministrazione e destinazione dei beni confiscati.

Lo schema di decreto, come ricordato, apporta alcune modifiche all'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p.⁴⁷ che nella relazione illustrativa vengono indicate come derivanti solo dal

⁴⁶ Cfr. G. MASTRANGELO, [Le soluzioni del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza al problema della sovrapposizione dei sequestri penali con le procedure liquidatorie](#), in questa *Rivista*, 8 maggio 2020.

⁴⁷ Questo il testo dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. con evidenziate le modifiche:

«1. ~~Nel caso~~ In tutti i casi in cui il sequestro preventivo o la confisca ~~abbia~~ abbiano per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia, di cui all'articolo 61, comma 23, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'autorità giudiziaria nomina un amministratore giudiziario scelto nell'Albo di cui all'articolo 35 del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni. Con decreto motivato dell'autorità giudiziaria la custodia dei beni suddetti può tuttavia essere affidata a soggetti diversi da quelli indicati al periodo precedente.

1-*bis*. Si applicano le disposizioni di cui al Libro I, titolo III, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni nella parte in cui recano la disciplina della nomina e revoca dell'amministratore, dei compiti, degli obblighi dello stesso e della gestione dei beni. ~~Quando il sequestro è disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice~~. In caso di sequestro disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice o di confisca, ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziale si applicano, altresì, le disposizioni di cui al titolo IV del Libro I del citato decreto legislativo.

coordinamento con la disciplina del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ormai entrata in vigore, senza offrire ulteriori chiarimenti.

Alla luce delle precisazioni ora esposte è possibile esaminare le modifiche apportate all'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. dai nn. da 1 a 5 dell'art. 41, lett. l, l. n 134/2021

Il n. 1) prevede due modifiche al comma 1 della norma in esame:

- le parole: «*Nel caso*» sono sostituite dalle seguenti: «*In tutti i casi*»;

- e la parola: «*abbia*» è sostituita dalle seguenti: «*o la confisca abbiano*».

Se la prima modifica è di carattere formale, la seconda inserisce anche la confisca tra i provvedimenti che richiedono la nomina dell'amministratore giudiziario. Orbene, se la confisca è preceduta da sequestro, in quella fase è stato nominato l'amministratore giudiziario che prosegue la sua opera fino alla confisca definitiva, sempre che il sequestro non sia revocato, in quanto le pronunce sulla confisca in primo e secondo grado ai sensi dell'art. 323, comma 3, c.p.p. consentono il permanere degli effetti del sequestro. Se, invece, viene disposta dal giudice la confisca durante il procedimento, senza il contestuale sequestro, questa non è esecutiva, sicchè non vi è necessità di nominare un amministratore giudiziario.

L'inserimento del termine confisca nel comma 1 potrebbe spiegarsi, e comunque interpretarsi, con la necessità di nominare l'amministratore giudiziario che assumerà le sue funzioni con la definitività della confisca (non preceduta da sequestro), come spesso accade per la confisca per equivalente, consentendo la gestione dei beni confiscati fino alla loro definitiva destinazione, con la vendita prevista dall'art. 86, comma 1, disp. att. c.p.p. Con tale interpretazione si colmerebbe la criticità tuttora presente, consentendo lo spossessamento e la gestione del bene confiscato (non preceduto da sequestro) da parte dell'amministratore giudiziario, sotto la direzione del giudice dell'esecuzione, non sembrando applicabile l'art. 104-*bis*, comma 1-*ter* (competenza del giudice che ha disposto il sequestro).

1-ter. I compiti del giudice delegato alla procedura sono svolti nel corso di tutto il procedimento dal giudice che ha emesso il decreto di sequestro ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, dal giudice delegato nominato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 35, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni.

-quater. Ai casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-bis del codice penale o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice, si applicano le disposizioni del titolo IV del Libro I del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Si applicano inoltre le disposizioni previste dal medesimo decreto legislativo in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati e di esecuzione del sequestro. In tali casi l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla corte di appello e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. ~~Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno.~~

1-quinquies. Nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo.

1-sexies. ~~Le disposizioni dei commi 1-quater e 1-quinquies si applicano anche nel caso indicato dall'articolo 578-bis del codice.~~ In tutti i casi di sequestro preventivo e confisca restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nel caso indicato dall'articolo 578-bis del codice».

Il n. 2) prevede che al comma 1-*bis* dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. le parole: «Quando il sequestro è disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice» siano sostituite dalle seguenti: «In caso di sequestro disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice o di confisca». La modifica, con l'introduzione ancora una volta del termine confisca, sembra confermare l'interpretazione proposta con riferimento all'analogo inserimento previsto al comma 1 del termine "confisca".

Il n. 3) prevede la soppressione del comma 1-*quater*, ultimo periodo, dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. «Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno» che attualmente trova applicazione solo per la confisca prevista dall'art. 240-*bis* c.p., estendendo il relativo principio, con la modifica che sarà ora esaminata, a ogni ipotesi di confisca.

Il n. 4) procede alla sostituzione integrale del comma 1-*sexies* dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., secondo cui «Le disposizioni dei commi 1-*quater* e 1-*quinqies* si applicano anche nel caso indicato dall'articolo 578-*bis* del codice», prevedendo il seguente testo: «1-*sexies*. In tutti i casi di sequestro preventivo e confisca restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nel caso indicato dall'articolo 578-*bis* del codice.».

In primo luogo, si estende, opportunamente e facendo venire meno un'ingiustificata disparità di trattamento, la salvezza (vale a dire la prevalenza) dei diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno in ogni ipotesi di confisca, prima prevista sola per la confisca ex art. 240-*bis* c.p. dal soppresso comma 1-*quater* da ultimo citato.

In secondo luogo, si estende testualmente alla confisca prevista dall'art. 578-*bis* c.p.p. (decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione) l'intera regolamentazione contenuta nei precedenti commi dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. e non i soli testi dei commi 1-*quater* e 1-*quinqies*. La disposizione recepisce la giurisprudenza della Corte di cassazione che, estendendo la portata applicativa dell'art. 578-*bis* c.p.p. a varie forme di confisca, ha affermato che a tutte si applicano le disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 (relativo a sequestro e confisca di prevenzione) in tema di amministrazione dei beni sequestrati, destinazione dei beni confiscati e tutela dei terzi in forza dell'art. 104-*bis*, comma 1-*sexies*, disp. att. c.p.p. che prevede l'applicabilità del precedente comma 1-*quater*⁴⁸.

Questa modifica appare particolarmente rilevante per gli effetti che ne derivano, prevedendo testualmente l'estensione dell'applicabilità delle disposizioni su sequestro e destinazione dei beni confiscati previste dal d.lgs. n. 159/2011 (relativo a sequestro e confisca di prevenzione) anche alle forme di confisca previste dall'art. 578-*bis* c.p.p., sulla scia di un'interpretazione che discendeva da alcuni principi delineati dalla Corte di cassazione, sulla base dell'evoluzione normativa del citato art. 578-*bis* c.p.p. (cfr. *supra*, par. 3.2)

⁴⁸ In tal senso, seppur con riferimento alla sola competenza dell'Agenzia in materia di tutela dei terzi, Cass., Sez. III, 15/12/2020, n. 39201/2021, Intesa Sanpaolo, non massimata.

Infine, il n. 5) modifica la rubrica attuale («*Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela dei terzi nel giudizio*») che diviene: «*Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro e confisca. Tutela dei terzi nel giudizio*». La modifica ha, in primo luogo, carattere formale, descrivendo correttamente il contenuto dell'articolo, relativo a ogni ipotesi di sequestro e confisca, pur se con il comma 1-*quater* riferibile alla sola confisca ex art. 240-bis c.p. La modifica, inoltre, ha natura sostanziale per due ragioni: da un lato, conferma l'interpretazione che si è proposta in ordine all'inserimento della "confisca" ai commi 1 e 1-*bis*; dall'altra, consente di interpretare il comma 1-*quinqüies*, che prevede la citazione nel processo di cognizione dei terzi titolari di diritti personali o reali di godimento sui beni in sequestro, come relativo a ogni ipotesi di confisca, pur se il testo era stato introdotto in forza del d.lgs. n. art. 3, comma 3, n. 21/2018 lett. a) che prevedeva la mera ricognizione di quanto previsto dall'ar. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992, conv. dalla l. n. 356/1992 (precisamente al comma 4-*quinqüies*).

Va dato atto al Governo di avere presentato tempestivamente lo schema di decreto delegato previsto dalla l. n. 134/2021, per l'urgenza di procedere ai numerosi interventi ivi previsti.

Le disposizioni in materia di sequestro e confisca sono in larga parte condivisibili, ad eccezione della norma di cui all'art. 578-*ter* c.p.p., per la quale sarebbe opportuna una modifica idonea a garantire la pronuncia della confisca disposta in primo grado, pur se l'improcedibilità interviene nei gradi successivi. Diversamente, si avvierebbe un arretramento rispetto a principi, costituenti patrimonio comune dell'ordinamento nazionale e internazionale: a fronte dei consistenti profitti della criminalità di diversa natura (organizzata, economica, da corruzione, ma anche comune, si pensi alla truffa ai danni dell'anziano in cui il profitto è stato sequestrato e va restituito al condannato in primo grado a seguito della declaratoria di improcedibilità) non può consentirsi che beni illecitamente acquisiti possano rimanere nel patrimonio di chi li ha accumulati per ragioni di ordine strettamente formale, con la declaratoria di improcedibilità, pur dopo una confisca dichiarata in primo grado con tutte le garanzie del contraddittorio.

Il procedimento ben potrebbe proseguire, o innanzi al giudice penale o al giudice della prevenzione (o con le modalità che si riterrà di adottare), ai soli fini della confisca, naturalmente garantendo tutti i diritti previsti dal codice di rito al fine dell'accertamento dei presupposti dell'ablazione, ivi compresi i motivi di impugnativa relativi alla responsabilità.

In conclusione, un ordinamento moderno non può che dare piena applicazione a un principio affermato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, con riferimento alla confisca di prevenzione ma avente carattere generale, per cui la confisca «*costituisce non già una sanzione, ma piuttosto la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina – come ben evidenziato dalla recente pronuncia, già menzionata, delle sezioni unite della Corte di cassazione – un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità, risultando "sin troppo ovvio che la funzione sociale della proprietà privata possa essere assolta solo all'indeclinabile condizione che il suo acquisto sia conforme alle regole dell'ordinamento giuridico. Non può, dunque, ritenersi compatibile con quella funzione l'acquisizione di beni contra legem, sicché nei confronti*

9/2022

dell'ordinamento statale non è mai opponibile un acquisto inficiato da illecite modalità" (Cass., sez. un., n. 4880 del 2015)»⁴⁹.

⁴⁹ Corte cost. sent n. 24/2019, cit.

LO STRANIERO ESPULSO: QUALI GARANZIE PROCESSUALI? LACUNE NORMATIVE E PROSPETTIVE DI RIFORMA

di Angela Laura Chiodo

L'obiettivo del contributo è di analizzare un segmento poco esplorato della disciplina inerente alla condizione dello straniero sottoposto a procedimento penale, espulso dal territorio nazionale. Si tratta di verificare se i mezzi di tutela predisposti dal nostro ordinamento a garanzia delle facoltà partecipative dell'espulso siano conformi all'art. 6 della C.e.d.u., così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Nel cercare di dare risposta a questo quesito, evitando di toccare altri aspetti della complessa architettura normativa dedicata al fenomeno migratorio (che però rimane sullo sfondo), si intraprende un viaggio che, partendo dall'analisi della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale sul riconoscimento dei diritti inviolabili anche allo straniero privo di un valido titolo di soggiorno, bordeggia la vasta area della disciplina dedicata alla partecipazione dell'imputato in giudizio ed affronta l'"alto mare aperto", costituito dalle recenti novità legislative in materia.

SOMMARIO: 1. Il diritto alla partecipazione al giudizio. – 2. I migranti e i diritti fondamentali. – 3. Espulsione degli stranieri e processo penale. – 4. Espulsione e legittimo impedimento a comparire. – 5. La riforma del processo in assenza nella legge Cartabia: quali scenari per l'imputato espulso?

1. Il diritto alla partecipazione al giudizio.

Il diritto alla partecipazione in giudizio richiede che all'imputato sia garantita la possibilità della presenza fisica in aula, perché si tratta dell'unico modo per consentirgli di assumere un ruolo da protagonista all'interno della vicenda giudiziaria che lo riguarda¹.

Contrariamente all'art 14 § 3 lett. *d* del Patto Internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 6 della C.e.d.u. non fa espressa menzione del diritto alla partecipazione in giudizio. Tuttavia, una ormai consolidata giurisprudenza in materia, a partire dalla nota sentenza *Colozza c. Italia*², lo considera un diretto corollario delle garanzie difensive

¹ ROMBI N., *Il diritto alla presenza processuale. Garanzie, limiti, rimedi.*, Padova, 2020, p. 1.

² Corte e.d.u., Camera, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a MANGIARACINA A., *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2010, p. 242 ss.; NEGRI D., *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014, p. 127 ss.; QUATTROCOLO S., *Partecipazione al processo e contraddittorio. In onore di Mario Chiavario*, in *Leg. pen.*, ottobre 2020, p. 107 ss.; ROMBI N., *op.cit.*, p. 60 ss.

enunciate ai paragrafi 1 e 3 dello stesso articolo, anch'esse espressione del diritto "di ascolto" dell'imputato; in particolare, la presenza in giudizio sembra essere una *condictio sine qua non* per l'esercizio del diritto di «difendersi personalmente» (§3 lett. c) e per «esaminare o far esaminare i testimoni a carico» (§ 3 lett. d)³.

La stessa Corte Costituzionale, nella sua risalente giurisprudenza, ha sottolineato l'importanza del diritto alla presenza processuale, funzionale sia a garantire l'autodifesa⁴, sia ad orientare l'imputato verso scelte consapevoli nel contraddittorio dibattimentale, in maniera non difforme da quanto affermato a chiare lettere dai giudici alsaziani: «*La comparution d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi que des témoins*»⁵.

In verità, non da tutti i casi di assenza dell'imputato la Corte di Strasburgo fa discendere una lesione dell'articolo 6 C.e.d.u. La partecipazione processuale è intimamente legata alla volontarietà, in linea con quanto affermato nella Risoluzione (75)11 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa⁶: ad una manifestazione esplicita della volontà di rinunciare ad essere presente, segue la legittima prosecuzione del processo *in absentia* e l'imputato è rappresentato dal suo difensore⁷. Così la Corte, evitando di generare automatismi, ha cercato di contemperare l'esigenza di tutelare il

³ «*En effet, l'exercice des différents droits visés au par. 3 de l'article 6 se concevrait mal s'il n'existait pas un droit pour l'accusé d'être présent à l'audience. Des droits tels que les reconnaissent la litt. c) (droit à la défense) et la litt. e) (droit à un interprète) de cette disposition ne se conçoivent pas sans la présence de l'accusé à l'audience. Cette façon de voir se trouve également confirmée par le libellé de l'art. 5 par. 3 (garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience)*» (Rapporto della Commissione di Strasburgo nei casi Colozza e Rubinat (Requetes n. 9024/80 et 9317/81, Rapport de la Commission adopté le 5 mai 1983), § 111. Si veda anche BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., Art. 6, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 234; BUZZELLI S., CASIRAGHI R., CASSIBBA F., CONCOLINO P., PRESSACCO L., Art. 6, in G. Ubertis- F. Viganò (a cura di) *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 195; CERESA-GASTALDO M., LONATI S., *Profili di procedura penale europea*, Milano, 2021, p.169; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*, uploaded on 30 april 2021, disponibile a [questo link](#), p. 33, §149; INGENITO M., *Il processo penale contro l'imputato irreperibile*, Napoli, 2015, p. 21 ss.; MANGIARACINA A., *op. cit.*, p. 26 ss.; NEGRI D., *op. cit.*, p. 130 ss.; POLLICINO O., BASSINI M., *Personal Participation and Trials In Absentia. A comparative constitutional law perspective*, in S. Quattrococo, S. Ruggeri (a cura di), *Personal Participation in criminal proceedings. A comparative study of participatory safeguards and in absentia trials in Europe*, Cham, 2019 p. 530 ss.; ROMBI N., *op.cit.*, p. 8 ss.; ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, p. 217.

⁴ Corte Cost., sent. n. 99/1975, *Considerato in diritto*, §2.

⁵ Corte e.d.u., Grande camera, 23 novembre 1993, *Poitrinol c. Francia*, § 35.

⁶ Il suo contenuto viene ricostruito da CERESA-GASTALDO M., LONATI S., *op.cit.*, p. 171; INGENITO M., *op.cit.*, p. 29; MANGIARACINA A., *op. cit.*, p. 36 ss.; ROMBI N., *op. cit.*, p. 11. Pur trattandosi di un atto di *soft law*, contiene delle indicazioni essenziali per la tutela della partecipazione in giudizio. Inoltre, rimarcando l'importanza dell'elemento volitivo, afferma che un dibattimento celebrato senza la presenza dell'imputato può aversi solo se quest'ultimo, senza essersi volontariamente sottratto alla giustizia, sia stato effettivamente raggiunto da una citazione in tempo utile per esercitare il suo diritto di difesa e non si trovi nell'impossibilità di comparire.

⁷ BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *op. cit.*, p. 236; BUZZELLI S., CASIRAGHI R., CASSIBBA F., CONCOLINO P., PRESSACCO L.; *op.cit.*, p. 197; ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *op. cit.*, p. 217.

diritto alla partecipazione al giudizio con quella di non arrestare la pretesa punitiva statale⁸.

Nelle ipotesi in cui la rinuncia non è legata ad una manifestazione di volontà (espressa o tacita), la giurisprudenza della Corte ha elaborato una sorta di “modello convenzionale”, per verificare, da un lato, che l'imputato abbia avuto l'effettiva conoscenza dell'esistenza di un procedimento a suo carico e, dall'altro, il grado di consapevolezza di un'eventuale rinuncia⁹.

In particolare, il giudizio *in absentia* è compatibile con i canoni dell'equo processo se vengono rispettate alcune condizioni: a livello preventivo, occorre assicurarsi della conoscenza dell'imputazione e della data dell'udienza¹⁰. Per la Corte e.d.u., il veicolo dell'informazione giudiziaria deve essere di carattere ufficiale e fa sorgere, in capo alle autorità nazionali, un onere di diligenza affinché si adoperino concretamente per mettere il soggetto al corrente dell'iniziativa penale avviata a suo carico¹¹. In mancanza di una prova certa, occorre che l'ordinamento predisponga dei rimedi compensativi: se, infatti, il processo si è svolto in assenza dell'imputato e non è stata dimostrata la volontarietà della sua rinuncia, egli ha il diritto di esercitare le proprie facoltà difensive in un nuovo giudizio sul merito dell'accusa¹². In definitiva, sulla scorta del test di compatibilità all'art. 6 §§ 1-3 Cedu elaborato dalla Corte, il processo celebrato in assenza può reputarsi «*fair*» al ricorrere di tre fondamentali requisiti: il primo, attinente alla sfera individuale della persona, concerne l'inequivocabile e consapevole rinuncia ad essere presente al processo; i successivi, invece, afferiscono ad obblighi gravanti sulle autorità statali, relativamente alla predisposizione di meccanismi di notificazione idonei ad assicurare una conoscenza non meramente legale dell'imputazione e, infine, di mezzi finalizzati a garantire una completa rivalutazione delle accuse mosse a carico dell'imputato¹³.

⁸ Cass. pen., Sez. V., sent. n. 31201/2020, *Considerato in diritto*, §2.

⁹ QUATTROCOLO S., *Assenza e irreperibilità dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX, 2016, p. 32; QUATTROCOLO S., *Partecipazione al processo*, cit., p. 109; RUGGERI S., *Participatory rights in Criminal Proceedings. A comparative-law analysis from a Human Rights Perspective*, in S. Quattrocolo, S. Ruggeri (a cura di), *Personal Participation in criminal proceedings. A comparative study of participatory safeguards and in absentia trials in Europe*, Cham, 2019, p. 691-692.

¹⁰ INGENITO M., *op.cit.*, p. 24; QUATTROCOLO S., *Assenza e irreperibilità*, cit., p. 32; NEGRI D., *op. cit.*, p. 148.

¹¹ Corte e.d.u., sez. II, 12 giugno 2018, *M.T.B. c. Turchia*, § 62.

¹² «*Une procédure se déroulant en l'absence du prévenu n'est pas en principe incompatible avec la Convention s'il peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit*»; così Corte e.d.u., Grande camera, 23 novembre 1993, *Poitrimol c. Francia*, § 31; Corte e.d.u., sez. II, 12 giugno 2018, *M.T.B. c. Turchia*, § 61. Vedi anche INGENITO M., *op.cit.*, p. 24; POLLICINO O., BASSINI M., *op.cit.*, p. 532; QUATTROCOLO S., *Assenza e irreperibilità*, cit., p. 33; RUGGERI S., *op.cit.*, p. 682-683, 699-700.

¹³ QUATTROCOLO S., *Partecipazione al processo*, cit., p. 109 ss. Sotto il profilo dell'impegno preteso dagli Stati allo scopo di prevenire una situazione di assenza, l'indirizzo seguito dalla Corte di Strasburgo tende a dare prevalenza al diritto di partecipazione in giudizio anche rispetto ad altri interessi ritenuti meritevoli di tutela. Per la Corte, infatti, una tutela effettiva di un aspetto così determinante per l'esercizio del diritto di difesa, non può prescindere dall'intervento attivo degli organi pubblici coinvolti in un procedimento penale. Viene così ad essere superata la prospettiva che attribuiva alla mancata partecipazione in giudizio connotazioni di disprezzo nei confronti dell'autorità statale (Cfr. CUCCURU A., *Profili storici della contumacia*

Poiché la presenza al processo è funzionale al contraddittorio, sugli Stati contraenti grava l'obbligo di assicurarla in maniera concreta ed effettiva. La Corte lascia agli Stati un'ampia discrezionalità in relazione alla determinazione del contenuto dei rimedi compensativi, purché si tratti di meccanismi che permettano di riappropriarsi realmente delle garanzie difensive perdute, in linea con la natura sostanziale dei diritti previsti dalla Convenzione¹⁴.

Per le ragioni fin qui esposte, non rientrano in tale ambito quei metodi che, pur riconoscendo formalmente l'esistenza di un mezzo di tutela, subordinando il suo accesso a determinate e gravose condizioni lo rendono, di fatto, inaccessibile¹⁵.

2. I migranti e i diritti fondamentali.

Sul riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, in particolare quello di difesa, anche ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea, non sembrano esserci dubbi¹⁶: la Corte Costituzionale, già a partire dalla sentenza n. 120/1967, ha statuito che destinatario delle garanzie processuali costituzionalmente previste sia anche l'imputato straniero, sull'assunto che il principio di eguaglianza vale pure per il non cittadino quando si tratta di rispettare i diritti fondamentali¹⁷. Successivamente, la Consulta ha specificato che i diritti inviolabili devono essere riconosciuti all'essere umano in quanto tale, a prescindere dalla sua appartenenza ad una determinata comunità politica¹⁸, sino ad affermare che la «condizione giuridica dello straniero non

nel diritto processuale penale: dal diritto romano al "caso Sejdovic" in Dir. Pen. Proc., 2005, 5, p. 643; INGENITO M., op.cit., p.3). In caso di inadempimento di un obbligo amministrativo da parte dello Stato, quindi, la perdita del diritto di partecipare al processo dovrebbe considerarsi "manifestamente sproporzionata". Il diritto dell'imputato di partecipare alla vicenda processuale, tuttavia, non ha valore assoluto, dovendo pur sempre mantenere come limite implicito gli scopi repressivi del processo penale (Cfr. NEGRI D., op. cit., pp. 138-147).
¹⁴ «La Commission rappelle que le but de la Convention consiste à protéger des droits non par théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs» (Rapporto della Commissione di Strasburgo nei casi Colozza e Rubinat (Requetes n. 9024/80 et 9317/81, Rapport de la Commission adopté le 5 mai 1983), § 122).

¹⁵ ROMBINI N., op. cit., p. 11. Vedi anche Corte e.d.u., sez. I, 12 febbraio 2015, *Sanader c. Croazia*, § 69.

¹⁶ Vedi CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 34; CORVAJA F., *Lo straniero e i suoi giudici in Diritto Costituzionale 2020*, 2, p. 142 ss.; NATALE A., *Il giudice e lo straniero. I diritti fondamentali presi sul serio in Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, 2; PUGIOTTO A., "Purchè se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale AIC Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, p. 336 ss.; SORRENTI G., *Giusto processo (e diritto di difesa) in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, p. 205.

¹⁷ Corte Cost., Sent. n. 120/1967, *Considerato in diritto*, § 2. In particolare, al fine di tutelare i diritti fondamentali dello straniero (nel rispetto dell'orientamento personalistico che permea l'intera Costituzione), la Corte Costituzionale ha operato un'interpretazione estensiva dell'art 3 co. 1 Cost, attraverso l'applicazione congiunta degli articoli 2 e 10 co. 2 Cost. Sul punto si vedano pure CARTABIA M., *Gli "immigrati" nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri. Atti della giornata di studi, Università Mediterranea di Reggio Calabria*, 3 dicembre 2015, Napoli, 2016, p. 10 ss.

¹⁸ Corte Cost., Sent. n. 105/2001, *Considerato in diritto*, §4.

deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi (specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato)¹⁹.

A livello sovranazionale, poi, il riconoscimento di tali diritti anche allo straniero si giustifica in funzione del carattere di universalità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁰, ed è ricavabile dal combinato disposto tra diverse disposizioni: già all'art. 1 la Cedu introduce, in capo agli Stati membri, l'obbligo di riconoscere ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo (compreso, quindi, il diritto ad un processo equo). Sebbene un orientamento più risalente della Corte di Strasburgo abbia accordato agli Stati la possibilità di effettuare una valutazione differenziata del godimento di determinati diritti in rapporto alla cittadinanza²¹, ammettendone un bilanciamento con il potere statale di limitare l'accesso e la permanenza dei non cittadini sul territorio²², l'assunto che il godimento dei diritti fondamentali (come il diritto soggettivo «al processo» riconosciuto all'art. 6 §1 C.e.d.u.)²³ e delle libertà riconosciute dalla Convenzione sia esteso anche agli stranieri, è ulteriormente rafforzato dal divieto di discriminazione presente all'interno dell'art. 14 C.e.d.u.: si tratta di una disposizione dalla natura «ancillare», che dispiega i suoi effetti soltanto se connessa ad una delle clausole sostanziali della Convenzione²⁴.

Tuttavia, com'è noto, un'anomala commistione tra istituti di natura amministrativa e processo penale (con particolare riguardo alla preponderante incidenza dell'autorità di polizia in un settore informato ai principi costituzionali di soggezione del giudice soltanto alla legge e di obbligatorietà dell'azione penale), unita al dilagante fenomeno della c.d. *crimmigration*²⁵ e ai vuoti di tutela generati dalla c.d.

¹⁹ Corte Cost., Sent. n. 249/2010, *Considerato in diritto*, § 4.1.

²⁰ CANNIZZARO E., *I diritti degli "stranieri" nella Cedu*, in *Quattro lezioni sugli stranieri. Atti della giornata di studi, Università Mediterranea di Reggio Calabria, 3 dicembre 2015*, cit., p. 38.

²¹ «*The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law*» (Corte E.d.u., *Abdulaziz Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, Grande Camera, 28 maggio 1985, § 72).

²² Cfr. DE VITTOR F., *Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo* in *Diritto Costituzionale*, 2022, 2, p. 82; NASCIBENE B., *Straniero (Diritto Internazionale)*, in *Enc. Dir., Annali*, VI, 2013, p. 903.

²³ BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *op.cit.*, p. 156; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 14*, cit., p. 51; NASCIBENE B., *op. cit.*, p. 899.

²⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 14 and on Article 1 of Protocol No. 12 - Prohibition of discrimination*, disponibile a [questo link](#), p.6. Cfr. anche Corte e.d.u., sez. I, 12 gennaio 2006, *Mizzi c. Malta*, § 134; Corte e.d.u., sez. III, 12 aprile 2010, *Sâmbata Bihor Greek Catholic Parish c. Romania*, § 82; Corte e.d.u., Grande camera, 24 giugno 1993, *Schuler-Zraggen c. Svizzera*, § 67.

²⁵ Il fenomeno risponde ad una logica di stampo securitario e si caratterizza per un approccio alla questione migratoria in chiave repressiva. Per una disamina più approfondita vedi CAPUTO A., *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e la legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, p. 165 ss.; CARTABIA M., *op.cit.*, p. 19 ss.; MASERA L., *La criminalizzazione dello straniero irregolare: uno sguardo d'insieme sul ventennio appena trascorso*, in *Ius migrandi*, cit., p. 611 ss.; ID., *Il diritto penale "dei nemici". La disciplina in materia*

«detenzione amministrativa», hanno contribuito a formare nel tempo un «diritto speciale dei migranti»: un *corpus* di norme sulla condizione dello straniero extracomunitario privo di un valido titolo di soggiorno stratificate nel tempo e accomunate da un affievolimento di determinate garanzie costituzionali, che l'amministrazione può sospendere o articolare diversamente in deroga al diritto comune²⁶.

Anche se in linea di principio l'art. 2, comma 1, del D.lgs. 25 Luglio 1998 n. 286 (d'ora in avanti "T.U.I."), a cui una dottrina ha riservato l'appellativo di «disposizione usbergo»²⁷ per la robusta tutela che accorda alla persona umana, riconosce agli stranieri i diritti fondamentali, l'esame dell'art 13 T.U.I. induce ad affermare che, di fronte all'espulsione amministrativa²⁸, l'orizzonte garantista appena delineato perde di

di immigrazione irregolare in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2020, p. 805 ss.; SPENA A., *Il "gelo metallico" dello Stato. Per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 2019, 2, p. 449 ss.

²⁶CAPUTO A., *Immigrazione e procedimento penale in Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, VII.2, Torino, 2011, p. 529 ss.; ID., *Irregolari, pericolosi, criminali*, cit., p. 175; ID., *Obiettivo. Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto: prove di processo speciale*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 2, p. 30; CARNEVALE S., *Stranieri a processo: meccanismi di espulsione e accertamento penale*, in O. Giolo, M. Pifferi (a cura di), *Diritto contro: meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, 2009, p. 132; NIRO R., *Spunti sul processo speciale dei migranti e l'eclissi dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2021, p. 198 ss.; STILE A., *Espulsione dello straniero e processo penale, Nota a Corte Costituzionale, 07 aprile 2006, n. 142*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1338; SPATARO O., *La disciplina statale dell'immigrazione, tra profili di criticità costituzionale e diritto vivente alla luce di alcune recenti vicende normative*, in *Il Foro Italiano – Gli speciali*, n. 3/2021, p. 58.

²⁷MORSELLI C., *Art. 2 – Diritti e doveri dello straniero*, in *Testo Unico dell'Immigrazione, Commentario di legislazione-giurisprudenza-dottrina*, Pisa, 2019, p. 84 ss. Con riferimento al riconoscimento dei diritti fondamentali della persona garantito dall'art. 2 co. 1 T.U.I., si veda anche BELLAGAMBA G. – CARITI G., *La nuova disciplina dell'immigrazione. Commento per articoli al Testo Unico 25 luglio 1998, n. 286*, Milano, 2008, p. 8 ss.

²⁸L'espulsione amministrativa costituisce una delle differenti modalità di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato, regolate nel nostro ordinamento. Si tratta di un *genus* che ricomprende due *species*: mentre il primo comma dell'art. 13 T.U.I. è dedicato all'espulsione ministeriale, il secondo disciplina quella prefettizia. Pur essendo accomunate dal medesimo risultato, presentano notevoli differenze con riferimento all'autorità che le dispone, alla finalità perseguita, ai presupposti e anche alla tutela giurisdizionale. L'espulsione prefettizia, della quale ci occuperemo nella nostra trattazione, è finalizzata alla gestione dei flussi migratori e può essere disposta in presenza di condizioni tassativamente determinate dal legislatore, che il prefetto dovrà valutare caso per caso. Le ipotesi menzionate all'interno del comma 2 dell'art. 13 T.U.I. presentano differenti livelli di gravità: infatti, il provvedimento espulsivo può essere disposto nei confronti di soggetti considerati socialmente pericolosi o indiziati di far parte di associazioni di tipo mafioso, a norma degli artt. 1,4,16 del d.lgs. 6 settembre 2011, n.159, o che si sono sottratti ai controlli di frontiera o, semplicemente, alla scadenza o al mancato rinnovo del permesso di soggiorno. Questa tipologia di allontanamento, quindi, può riguardare soltanto gli stranieri irregolarmente soggiornanti (usualmente etichettati come "clandestini"), privi *ab origine* del diritto di soggiornare regolarmente sul territorio dello Stato o decaduti in un momento successivo. L'espulsione ministeriale, invece, rientra tra le prerogative del Ministro dell'Interno, che può emettere il provvedimento espulsivo se ritiene che la presenza dello straniero sul territorio dello Stato costituisca una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, a prescindere dalla regolarità o meno della sua posizione. Sebbene, dunque, rivesta un ambito di applicazione più limitato, l'ampia discrezionalità ministeriale nello stabilire se e quando ricorrano i presupposti per la pronuncia del provvedimento costituisce il tratto caratterizzante di questa tipologia e non ha mancato di suscitare problemi sotto il profilo della sua legittimità. Per una disamina più approfondita vedi REALI G., *L'espulsione dello straniero*, in G. Trisorio Liuzzi, D. Dalfino (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*,

significato: l'allontanamento dello straniero privo di un valido titolo di soggiorno dal territorio dello Stato diventa lo scopo ultimo dell'intera architettura normativa, erodendo anche argini costituzionali e sovranazionali, quali il diritto di partecipare al proprio processo, il diritto di difesa e il diritto al contraddittorio²⁹.

Si tratta di profili non certo marginali, in quanto l'effettività della tutela accordata al diritto di partecipare al processo può essere considerata un indice rivelatore non solo del grado di aderenza al modello processuale prescelto (accusatorio, inquisitorio o misto) ma, alla radice, del rapporto tra Stato e individuo³⁰.

3. Espulsione degli stranieri e processo penale.

Volendo sintetizzare in poche battute la disciplina apprestata dal T.U.I., si potrebbe dire che, sebbene siano la presenza e la partecipazione dell'imputato a garantire l'effettività del complesso meccanismo del contraddittorio³¹, nel caso dell'extracomunitario sottoposto ad un procedimento di espulsione, che sia anche protagonista di una vicenda giudiziaria, assistiamo ad un'inversione prospettica: in questo specifico contesto, infatti, l'attivismo processuale della parte viene fortemente limitato dal legislatore, che degrada l'imputato a mero «oggetto di prova»³².

Ai sensi del comma 3 dell'art 13 T.U.I., il decreto di espulsione disposto dal prefetto è immediatamente esecutivo, ancorché sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato, previo nulla osta dell'autorità giudiziaria. Quando si procede nei confronti di un imputato non sottoposto a custodia in carcere, tale nulla osta può essere negato soltanto in presenza di «inderogabili esigenze processuali», riconnesse all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi e all'interesse della persona offesa. In altre parole, l'intervento in giudizio dell'imputato extracomunitario sprovvisto di un valido titolo di soggiorno assume valore soltanto nella misura in cui sia funzionale ad ottenere una collaborazione processuale³³ o miri al soddisfacimento di istanze provenienti da un semplice soggetto del procedimento, quale risulta essere la persona offesa; invece, per

Torino, 2019, p. 120 ss.

²⁹ CAPUTO A., *Immigrazione*, cit., p. 529 ss.; CARNEVALE S., *op. cit.*, p. 111 ss.; PUGIOTTO A., *op. cit.*, p. 339 ss.; SCORDAMAGLIA I., "Non c'è sicurezza, senza diritto". *La permanenza dello straniero sul territorio nazionale ed il processo penale*, in R. Del Coco, E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Roma, 2014, p. 342.

³⁰ Alla comparizione dell'imputato in giudizio sono riconnessi profili di rilevanza di volta in volta differenti, sensibili alle correnti filosofiche, politiche e sociali che influenzano nel tempo un determinato assetto processuale; si tratta di un diritto estremamente importante se si considera che, nel processo penale, è in gioco la libertà personale dell'individuo. Così FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2008, p. 67 ss.; NEGRI D., *op. cit.*, p. 52 ss.

³¹ ANDRONIO A., *Art. 111*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2118; FERRAJOLI L., *op. cit.*, p. 629 ss.; TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019, p. 44 ss.

³² CARNEVALE S., *op. cit.*, pp. 117, 133.

³³ CORDÌ L., *L'espulsione dello straniero. Diritto penale sostanziale e processuale*, Milano, 2011, p. 292.

qualsiasi iniziativa che coinvolga il fatto proprio, prevalgono le esigenze di allontanamento dal territorio statale³⁴.

Non sembra possibile una lettura correttiva che, tenendo in adeguata considerazione la tutela del principio del contraddittorio nella formazione della prova e le istanze difensive dell'imputato, ammetta il prolungamento del soggiorno sul territorio nazionale fino a quando ciò risulti necessario allo svolgimento del processo: da un lato, l'esercizio di una qualsivoglia ponderazione di interessi da parte dell'autorità giudiziaria è impedito dalla lapidaria formulazione della disposizione, che consente la sospensione dell'esecuzione del provvedimento soltanto se ricorrono le ipotesi tassativamente previste dalla norma; dall'altro, la strettissima scansione temporale imposta al giudice per l'accoglimento del nulla-osta dimostra la schiacciante prevalenza del *favor expulsionis*, anche rispetto al principio del libero convincimento³⁵. Per tali ragioni la dottrina ha ravvisato la sussistenza di un irragionevole automatismo³⁶, in forza del quale l'interesse pubblico al perseguimento del reato cede dinnanzi al soddisfacimento delle istanze efficientiste a cui il dispositivo espulsivo è preordinato³⁷.

Ai sensi dell'art. 13, comma 3-*quater*, T.U.I., se l'avvenuta espulsione è provata prima che venga emesso il provvedimento che dispone il giudizio, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere³⁸. Diversamente, cioè se l'allontanamento viene

³⁴ CAPUTO A., *Immigrazione*, cit., p. 539 ss.; CARNEVALE S., *op. cit.*, p. 130 ss.; CORDÌ L., *op. cit.*, p. 294; MORSELLI C., *Trattato*, cit., p. 622; SCORDAMAGLIA I., *op. cit.*, p. 346; SORRENTI G., *op. cit.*, p. 219; VARRASO G., *Immigrazione (Diritto Processuale Penale)* in *Enc. Dir.*, Annali, III, 2010, p. 599.

³⁵ Il nulla-osta all'espulsione, disciplinato dall'art. 13 comma 3 T.U.I., rappresenta il punto di intersezione tra i piani amministrativo e processual-penalistico; il Questore richiede all'organo giudiziario investito dell'accertamento penale l'adozione di un nulla-osta, se l'imputato straniero non è sottoposto a custodia cautelare in carcere. La discrezionalità del magistrato procedente è molto limitata: l'accoglimento della richiesta funge da titolo autorizzatorio per l'esecuzione dell'espulsione; il diniego può essere giustificato soltanto per scopi di carattere processuale, coincidenti con le indicazioni normative sopra menzionate. Inoltre, nell'ipotesi in cui l'organo giudicante non emetta alcun provvedimento adesivo in tal senso, l'espulsione avrà comunque luogo decorsi sette giorni dalla richiesta (venendo riconnessi all'inerzia gli stessi effetti di accoglimento del cd. silenzio assenso). La dottrina più avveduta ha espresso alcune perplessità innanzitutto in relazione all'invasione di campo, da parte di un provvedimento di natura amministrativa, della sfera attinente alla libertà personale dell'individuo; inoltre, sebbene la stessa Corte Cost. n. 492 del 1991 abbia attribuito al nulla-osta natura amministrativa, sono molti gli autori che invece propendono per il carattere giurisdizionale del provvedimento, al fine di assoggettarlo quantomeno agli obblighi di motivazione previsti dall'art. 111, comma 6, Cost. Per un esame esaustivo dell'istituto si veda CAPUTO A., *Diritto e procedura*, cit., p. 282 ss.; ID., *Immigrazione*, cit., p. 535 ss.; CARNEVALE S., *op. cit.*, p. 121 ss.; CORDÌ L., *op. cit.*, p. 291 ss.; MORSELLI C., *Testo Unico*, cit., p. 362 ss.; ID., *Trattato*, cit., p. 620 ss.; PARLATO L., *Aspetti processualpenalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un "giusto processo minore"?* in *Cass. Pen.*, 2004, p. 359; VARRASO G., *op. cit.*, p. 612 ss.

³⁶ PARLATO L., *op. cit.*, p. 359.

³⁷ MORSELLI C., *Trattato*, cit., p. 620; SORRENTI G., *op. cit.*, p. 220.

³⁸ Secondo i giudici di legittimità, la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere risponde ad un'esigenza di bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato, quello di limitare il rientro dell'immigrato ormai espulso nel territorio dello Stato (stante anche la difficoltà concreta di dar seguito ai rimpatri forzati) e, dall'altro, la necessità che i reati ivi commessi siano puniti (C. Cost., sent. n. 270/2019, *Considerato in diritto*, §7). In questa prospettiva la formula normativa appariva lacunosa in quanto riferita esclusivamente ai procedimenti che prevedono l'udienza preliminare; era perciò insorto un contrasto giurisprudenziale sull'applicabilità della norma ai casi di citazione diretta a giudizio (vedi Cass. pen. sez. I,

effettuato in un momento successivo, il processo prosegue comunque, anche se l'imputato si trova ormai fuori dal territorio nazionale³⁹.

L'art 17 T.U.I., rubricato «Diritto di difesa», sembra essere uno dei pochi spiragli lasciati aperti dal legislatore per favorire la presenza attiva dell'espulso nel proprio processo. La disposizione stabilisce che «lo straniero parte offesa ovvero sottoposto a procedimento penale è autorizzato a rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza. L'autorizzazione è rilasciata dal questore anche per il tramite di una rappresentanza diplomatica o consolare su documentata richiesta della parte offesa o dell'imputato o del difensore»⁴⁰.

Le logiche del diritto speciale dell'immigrazione permeano anche questo spazio normativo, dal momento che l'esercizio del diritto di difesa è subordinato ad una valutazione dell'autorità di pubblica sicurezza circa la documentazione a sostegno della richiesta⁴¹. Pur dovendo consistere in un esame di natura formale (la sussistenza a carico

16/09/2004, n. 38282/04, in *C.e.d. Cass.*, n. 229752). Poiché l'interesse dello Stato alla punizione dei reati deve ritenersi logicamente meno intenso laddove questi risultino meno gravi, Corte cost. n. 270 del 2019 ha dichiarato illegittimo l'art. 13, comma 3-*quater*, T.U.I., nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice del dibattimento di dichiarare l'improcedibilità qualora subentri la prova che l'espulsione dello straniero sia avvenuta prima del decreto di citazione diretta a giudizio. La giurisprudenza ha inoltre messo in evidenza che sarebbe antieconomico e irragionevole subordinare la decisione di non luogo procedere *ex art. 13, comma 3-*quater*, T.U.I.* all'avvenuto esercizio dell'azione penale, anche quando l'espulsione sia avvenuta già nel corso delle indagini preliminari; si è affermato perciò che in tali casi il p.m. ha il dovere di chiedere, e il g.i.p. di disporre, l'archiviazione (vedi *Cass. pen., sez. I, 19/09/2007, n. 35843/07, in C.e.d. Cass., n. 237314; Cass. pen., sez. V, 9/3/2016, n. 30929/16, in C.e.d. Cass., n. 267697*).

³⁹ Vedi *Cass. pen., sez. III, 23/6/11, n. 29913/11, in C.e.d. Cass., n. 250665*; in dottrina vedi VARRASO G., *op. cit.*, p. 618.

⁴⁰ La generica indeterminatezza della disposizione ha suscitato negli interpreti non poche preoccupazioni: innanzitutto ci si è chiesti se, con il termine «giudizio», il legislatore abbia inteso restringere l'ambito di applicazione della norma alla sola fase del dibattimento disciplinata dal libro VII del codice di procedura penale, in cui si concentra la *cross examination*. È stato il diritto vivente ad ampliarne i margini operativi, ammettendone l'estensione anche alla fase dell'udienza preliminare, sul presupposto che si tratti di uno snodo centrale per la scelta dei procedimenti speciali da parte dell'imputato (anche in considerazione del *nomen iuris* riservato ad alcuni di essi all'interno del libro VI del codice), oltre che per la sua attitudine ad assumere le peculiarità proprie di un giudizio di merito, così come affermato dalla stessa Corte Costituzionale (CAPUTO A., *Diritto e procedura*, p. 292; ID., *Immigrazione*, cit., p. 544; MORSELLI C., *Testo Unico*, cit., p. 480; ID., *Trattato*, cit., p. 638 ss. Si veda anche Corte Cost., sent. n. 335/2002, *Considerato in diritto*, § 2.2). Dubbi permangono sulla possibilità di ottenere l'autorizzazione nel corso delle indagini preliminari: infatti, in questa fase, il diritto alla presenza dell'indagato viene garantito esclusivamente per gli atti in relazione ai quali essa è ritenuta «necessaria» (CAPUTO A., *Diritto e procedura*, cit., p. 291; SORRENTI G., *op. cit.*, p. 220). Sebbene parte della dottrina ritenga possibile l'applicazione dell'istituto anche durante le indagini, agganciando la previsione normativa all'art. 24 della Costituzione che inquadra la difesa come diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (MORSELLI C., *Testo Unico*, cit., p. 481) nella prassi si fa ricorso alla speciale autorizzazione ministeriale disciplinata dall'art. 13 comma 13 T.U.I. (CAPUTO A., *Diritto e procedura*, cit., p. 292; MORSELLI C., *Trattato*, cit., p. 639). In verità l'alto livello di discrezionalità dell'atto, che pare rispondere a ragioni di opportunità politica, rende estremamente difficoltoso il reingresso in Italia. Per ulteriori informazioni consulta [questo link](#).

⁴¹ Vedi BELLAGAMBA G., CARITI G., *op.cit.*, p. 220; CAPUTO A., *Diritto e Procedura*, cit., p. 293; ID., *Immigrazione*, cit., p. 543; MORSELLI C., *Testo Unico*, cit., p. 482; PARLATO L., *op.cit.*, p. 360.

dello straniero di un procedimento penale giunto alla fase del giudizio; il ruolo rivestito da quest'ultimo; l'esecuzione di atti che richiedano la personale partecipazione al processo)⁴², sarebbe stato più opportuno affidare all'organo giudiziario un incarico di questo tipo, in linea con le caratteristiche di imparzialità e indipendenza attribuite dalla Costituzione, lasciando al questore margini di operatività limitati al rilascio di pareri motivati sulla richiesta dello straniero⁴³.

Per cercare di colmare queste lacune, con l'art. 11 comma 1 lettera *c-bis* del D.p.r. 31 agosto 1999 n. 394 (così come modificato dal D.p.r. 18 ottobre 2004 n. 334) è stato introdotto un permesso di soggiorno «per motivi di giustizia»: esso può essere rilasciato dal questore «nei casi in cui la presenza dello straniero sul territorio nazionale sia *indispensabile* [corsivo aggiunto] in relazione a procedimenti penali in corso per uno dei reati di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale, nonché per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75». Sebbene per questa specifica ipotesi spetti all'organo giudiziario la formulazione della richiesta, l'assenza di specificità della norma, unita all'ampia discrezionalità dell'autorità di polizia desta perplessità: ancora una volta, è evidente il tentativo di far rientrare dalla finestra ciò che in precedenza è stato fatto uscire dalla porta⁴⁴.

I meccanismi presi in analisi non possono di certo essere annoverati tra quelli considerati restitutori dai giudici sovranazionali, dal momento che non hanno la funzione di regolamentare un nuovo giudizio di merito sul fatto criminoso. *Prima facie*, quindi, accostarli ai principi estrapolati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto di partecipazione al processo, al fine di verificarne la compatibilità, potrebbe sembrare azzardato. Tuttavia, nell'artificioso sistema delineato dal D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, costituiscono gli unici mezzi che permettono all'imputato di prendere parte alla vicenda processuale. La scarsa flessibilità che li caratterizza li rende inadeguati a garantire una «partecipazione effettiva» in giudizio, secondo i canoni delineati in seno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, trattandosi di rimedi che riescono a soddisfare le istanze partecipative soltanto formalmente⁴⁵: in concreto di regola è l'imputato a doversi attivare per richiedere l'autorizzazione amministrativa, innescando *iter* burocratici particolarmente lunghi e complessi (dal momento che coinvolgono il difensore dell'imputato, l'autorità di pubblica sicurezza a livello nazionale e il consolato dello Stato estero di provenienza dell'espulso). Inoltre, se si considera che tra i fattori maggiormente incidenti sulla scelta di migrare vi è anche la penuria di risorse materiali, sarebbe illusorio immaginare che lo straniero, autorizzato al rientro dall'autorità di pubblica sicurezza, disponga dei mezzi economici sufficienti per affrontare i viaggi in occasione delle udienze del suo processo.

⁴² CARNEVALE S., *op. cit.*, p. 135.

⁴³ MORSELLI C., *Trattato*, cit., p. 640.

⁴⁴ Si vedano sul punto le considerazioni di CAPUTO A., *Diritto e procedura*, cit., p. 294 ss.

⁴⁵ Così anche CAPUTO A., *Diritto e procedura*, cit., p. 392; CARNEVALE S., *op.cit.*, p. 135; PARLATO L., *op.cit.*, p. 360; SCORDAMAGLIA I., *op.cit.*, p. 345; SORRENTI G., *op. cit.*, p. 220; STILE A., *op.cit.*, p. 1340; VILLA L., *Considerazioni critiche a margine della disciplina sul nullaosta all'espulsione*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2003, 2, p. 77; VARRASO G., *op. cit.*, p. 620.

In conclusione, l'extracomunitario espulso dall'Italia dopo il rinvio a giudizio viene privato del suo diritto alla partecipazione al processo garantito dalla Costituzione e dalla C.e.d.u.; l'attuale normativa mina così alle fondamenta il rapporto tra autorità e libertà, incidendo sulla dignità dell'imputato straniero, quale soggetto dotato di autonomia dinnanzi al potere punitivo.

La Corte Costituzionale, tuttavia, ha sviluppato un atteggiamento alquanto prudente in risposta alle diverse questioni di legittimità costituzionale che sono state sollevate a proposito della normativa ora esaminata, giustificando il diverso livello di tutela tra cittadini e stranieri sulla scorta di parametri di volta in volta differenti: dapprima sulla base del rapporto di appartenenza alla comunità statale⁴⁶, poi ritenendo necessario un bilanciamento con interessi esterni rispetto a quelli tutelati dal processo, quali la gestione dei flussi migratori, l'ordine pubblico, la difesa sociale⁴⁷. Sarebbe perciò legittimo l'esercizio di una maggiore discrezionalità, da parte del legislatore, nella ponderazione degli interessi pubblici correlati alla disciplina dell'immigrazione, limitata soltanto dal canone della manifesta irragionevolezza⁴⁸.

Alcuni autori hanno perciò distinto tra titolarità ed effettivo godimento dei diritti fondamentali dello straniero irregolare, con particolare riferimento a quelli relativi alla tutela giurisdizionale, in considerazione del fatto che, ad una astratta previsione, non corrispondono adeguati meccanismi per un concreto soddisfacimento del loro esercizio⁴⁹.

4. Espulsione e legittimo impedimento a comparire.

In che modo il codice di procedura penale potrebbe tutelare la condizione di chi sia stato espulso mentre prosegue il processo a suo carico? Ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi in cui l'autorizzazione al rientro manchi oppure, sebbene regolarmente rilasciata, non abbia alcun seguito per le insormontabili difficoltà legate al reingresso.

⁴⁶ Corte Cost., Sent. n. 62/1994, *Considerato in diritto*, § 4. Secondo una costante giurisprudenza costituzionale, infatti, l'extracomunitario irregolarmente soggiornante intrattiene con il territorio un rapporto ontologicamente differente rispetto al cittadino, trattandosi di un soggetto privo di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano. Sotto tale profilo, appare particolarmente interessante l'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di immigrazione condotta da SAVINO M., in *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2017, 1, pp. 41-72: l'autore prende atto di una disomogeneità derivante dall'adozione di due paradigmi differenti ed evidenzia come quello c.d. "della cittadinanza", utilizzato per le questioni aventi ad oggetto la materia dell'ingresso e del soggiorno, comporti l'adozione di uno *standard* di tutela più debole.

⁴⁷ Corte Cost., Sent. n. 62/1994, *Considerato in diritto*, § 4; Corte Cost., Sent. n. 353/1997, *Considerato in diritto*, § 2; Corte Cost., Ord. n. 158/2006; Corte Cost., Ord. n. 361/2007. In dottrina vedi CAPUTO A., *Giurisprudenza costituzionale e immigrazione illegale*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 402; CARNEVALE S., *op.cit.*, p. 116 ss.; CARTABIA M., *op.cit.*, p. 15 ss.; CORVAJA F., *op.cit.*, p. 146; NATALE A., *op.cit.*, p. 5; REALI G., *op. cit.*, p. 115.

⁴⁸ Corte Cost., Sent. n. 62/1994, *Considerato in diritto*, § 4; Corte Cost., Sent. n. 353/1997, *Considerato in diritto*, § 2; Corte Cost., Ord. n. 158/2006; Corte Cost., Ord. n. 361/2007.

⁴⁹ Così CAPUTO A., *Diritto e procedura*, cit., p. 36; ID., *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 402; PUGIOTTO A., *op.cit.*, pp. 338, 380 ss.; SPATARO O., *op.cit.*, p. 60.

Si tratta di una situazione che evidentemente non può essere assimilata all'assenza, difettando l'elemento volitivo della rinuncia a partecipare al giudizio⁵⁰, ma nemmeno all'irreperibilità presupponendo che, prima dell'espulsione, nei confronti dello straniero sia stato disposto un valido rinvio a giudizio⁵¹.

La figura limitrofa dell'impedimento a comparire di cui all'art. 420-ter c.p.p. merita qualche riflessione in più⁵². La norma fa dipendere il rinvio dell'udienza per incolpevole mancata comparizione dell'imputato da tre differenti tipologie di esigenze, potendo l'assoluta impossibilità di comparire essere determinata da caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento⁵³.

Sulla possibilità di considerare l'espulsione quale causa di "altro" legittimo impedimento, la giurisprudenza di legittimità si è già pronunciata in senso contrario, in considerazione della possibilità per l'imputato di chiedere l'autorizzazione al rientro ai sensi dell'art. 17 T.U.I.⁵⁴.

L'argomento, tuttavia, non può valere almeno nei casi in cui, richiesta l'autorizzazione, vi sia stato un diniego da parte dell'autorità di pubblica sicurezza.

La situazione non è molto dissimile da quella della detenzione all'estero, in ordine alla quale le Sezioni Unite, dirimendo una questione di diritto sottoposta alla loro attenzione, hanno già da tempo ravvisato la sussistenza di un legittimo impedimento a comparire, valorizzando il diritto all'autodifesa dell'imputato. Come sottolineato dal Supremo Consesso, infatti, ciò che rileva «non è che un processo comunque si svolga, ma che esso si svolga secondo le regole che il sistema detta, prima tra tutte quella del contraddittorio in riferimento al diritto di autodifesa»⁵⁵. Tale orientamento trova sostegno nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, secondo cui la detenzione all'estero può concretare un fatto di materiale impossibilità a comparire e non va, pertanto, assunta a ragionevole presupposto di una diversità di trattamento rispetto alla condizione di chi è sottoposto a restrizione della libertà personale nello Stato italiano⁵⁶.

È evidente che, in caso di diniego dell'autorizzazione, ci troviamo di fronte a un'impossibilità non materiale, ma certamente giuridica, visto che il rientro integrerebbe, ai sensi dell'art. 13, comma 13, T.U.I., un'ipotesi di reato⁵⁷.

⁵⁰ Così PARLATO L., *op.cit.*, p. 361.

⁵¹ Per superare l'impasse, alcuni studiosi ritengono tuttavia che, in presenza di una espressa manifestazione di volontà di partecipare al giudizio da parte dello straniero espulso, andrebbe comunque disposta la sospensione del processo: vedi SCORDAMAGLIA I., *op.cit.*, p. 347 ss.; STILE A., *op.cit.*, p. 1336 ss.

⁵² In questo senso, vedi anche CARNEVALE S., *op.cit.*, p. 135; VILLA L., *op.cit.*, p. 77.

⁵³ Vedi BALZAROTTI M.L., *Impedimento a comparire (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2008, Milano, p. 450 ss.; PUGLISI R., *L'impedimento a comparire dell'imputato in Il giudizio in assenza dell'imputato* Torino, 2014, §§ 614 ss. (versione e-book); SCULCO M., *Art. 420 ter*, D. Vigoni (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, III, Milano, 2020, p. 748.

⁵⁴ Così Cass. pen., sez. V, 27/03/2013, sent. n. 18708; Cass. pen., sez. VI, 28/02/2018, sent. n. 15739.

⁵⁵ Cass., sez. un., 26 marzo 2003 n. 21035, Caridi, §8.1 del *Considerato in diritto*. Vedi anche BALZAROTTI M.L., *op.cit.*, p. 461 ss.; MANGIARACINA A., *op.cit.*, p. 397 ss.; ROMBINI N., *op.cit.*, p. 105; SCULCO N., *op.cit.*, p. 753.

⁵⁶ Corte Cost., sent. n. 212/1974, *Considerato in diritto*, § 2.

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 13 comma 14 T.U.I., il divieto di reingresso opera per un periodo non inferiore a tre anni, né superiore a cinque, con relative eccezioni. Il reingresso in assenza di autorizzazione ministeriale è punito

Il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento, ad ogni modo, appresterebbe una tutela assai parziale, non potendo essere facilmente estesa all'ipotesi in cui il rientro sia reso difficile dalla mancanza delle risorse adeguate allo scopo; gravosa per l'imputato, in quanto subordinata a un onere probatorio non facile da assolvere; non sicura perché, a differenza di quanto previsto per le ipotesi di caso fortuito e forza maggiore, non rileva la semplice probabilità dell'impedimento; inefficiente, dal momento che serve a poco rinviare l'udienza, se non possono rimuoversi le cause dell'impedimento.

5. La riforma del processo in assenza nella legge Cartabia: quali scenari per l'imputato espulso?

Alla luce della legge 27 settembre 2021 n. 134 («*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*»), che delega il Governo a modificare ulteriormente la disciplina del giudizio *in absentia* forse, dopo anni di oblio, è opportuno tenere in considerazione anche la posizione processuale dello straniero espulso.

Alla partecipazione al processo il legislatore ha dedicato l'intero comma 7 dell'art. 1, allo scopo di allineare definitivamente questo settore alle istanze provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale (sia della Corte Edu che della Corte di Giustizia dell'Unione Europea) e alle indicazioni della Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali⁵⁸.

Il criterio direttivo contenuto nella lettera *a*) dell'art. 1 comma 7 postula una ridefinizione delle categorie di imputato presente o assente nel processo, seguendo la traiettoria della consapevole e volontaria rinuncia. Su questa scia, si potrebbe approfittare dello spazio normativo dedicato all'imputato assente per delineare opportunamente i contorni dello *status* di «espulso» (similmente a quanto è stato fatto, nella lettera *f*) dell'art. 1 comma 7, per regolamentare la posizione del «latitante»): ciò consentirebbe di fare chiarezza sugli strumenti a disposizione e sulle garanzie applicabili in conformità con gli *standard* di tutela elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo. Si tratta di un'occasione imperdibile per regolamentare quegli innesti tra procedimento penale e procedimento amministrativo che incidono marcatamente sulle prerogative difensive dello straniero.

con la reclusione da uno a quattro anni e l'accompagnamento immediato alla frontiera. Ai fini del perfezionamento della fattispecie è necessario che lo straniero sia stato raggiunto da un provvedimento espulsivo, poi materialmente eseguito e, in aggiunta, la mancanza di un idoneo titolo abilitativo al reingresso. La dottrina ritiene che possa essere attribuita efficacia abilitativa non soltanto alla speciale autorizzazione ministeriale, menzionata al comma 13, ma anche a quella prevista dall'art. 17 T.U.I. Per maggiori informazioni si veda CAPUTO A., *Diritto e procedura*, cit., p. 182 ss.

⁵⁸Vedi BRONZO P., *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello*, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 3302.

L'art. 1 comma 8 lett. c) della legge 134/2021, inoltre, apre le porte all'individuazione di quelle situazioni processuali in cui, pur con il necessario consenso delle parti, la partecipazione ad un atto del procedimento o all'udienza possa avvenire tramite la tecnologia del collegamento a distanza⁵⁹. Si può perciò prospettare l'opportunità di includere, tra i casi in esame, anche la specifica condizione dell'imputato extracomunitario sottoposto a provvedimento espulsivo.

Che la situazione giuridica soggettiva alla cui salvaguardia l'art. 17 T.U.I. è preordinato possa essere soddisfatta mediante l'opzione «telematica», utile soprattutto a rimuovere l'ostacolo della distanza fisica, è fuori discussione. Si tratta inoltre della soluzione più consona allo spirito «efficientista» della riforma, che punta soprattutto ad un abbattimento dei tempi del processo penale attraverso l'estensione della c.d. *remote justice*⁶⁰.

Malgrado ciò non si può tacere il timore che le istanze partecipative dello straniero espulso possano comunque subire indebite compressioni. L'acritico accoglimento di una simile proposta avrebbe infatti esclusivamente l'effetto di espandere ulteriormente l'area del diritto speciale dei migranti. Da un lato quella che per lungo tempo è stata considerata un'eccezione al principio di immediatezza e che, durante l'emergenza pandemica, ha assunto i contorni di una vera e propria prassi regolamentata⁶¹, rischierebbe di diventare l'unica via praticabile per la specifica categoria degli imputati extracomunitari espulsi dal territorio nazionale⁶². Dall'altro, le stesse garanzie previste in via generale per la partecipazione a distanza, senza un adeguato corredo di strumenti idonei a colmare i *deficit* normativi esistenti nel Dlgs. 25 Luglio 1998, n. 286, finirebbero per essere in concreto vanificate.

In particolare, nella prospettiva di una riforma, in primo luogo il presupposto della manifestazione del consenso, calato nell'*iter* procedimentale preordinato all'espulsione dell'imputato irregolarmente soggiornante, richiederebbe l'individuazione di una porzione di tempo in cui essere soddisfatto⁶³. In linea con le recenti pronunce della Corte Costituzionale sullo svolgimento delle udienze da remoto,

⁵⁹ Vedi BARGIS M., *Appendice di aggiornamento al Compendio di procedura penale*, Cedam, 2020, p. 15; BRONZO P., *op.cit.*, p. 3306; DI PAOLO G., *Verso la modernizzazione del processo penale*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione degli Studiosi del Processo penale Gian Domenico Pisapia "Alla ricerca di un processo penale efficiente", 21 gennaio 2022, disponibile a [questo link](#); GATTA G.L., *Riforma della giustizia penale. Contesto, obiettivi e linee di fondo della "Legge Cartabia"*, in questa *Rivista*, 18 ottobre 2021, § 5.1, lett. c).

⁶⁰ GATTA G.L., *op.cit.*, § 1.

⁶¹ Si vedano BARONE G., *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *Cass. Pen.*, 2021, p. 698 ss.; RUGGIERI F., *Il processo penale al tempo del Covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in *Leg. pen.*, 18 maggio 2020, p. 5 ss.

⁶² A seguito della prassi insorta durante l'emergenza pandemica di celebrare i riti direttissimi da remoto, fondato è il timore che, anche nei confronti degli imputati extracomunitari espulsi, la modalità virtuale possa costituire la regola più che un'eccezione (vd. [questo link](#)).

⁶³ Come è evidente, tale proposta risente della mancanza di una più generale e accurata regolamentazione, da parte della legge delega, delle forme di prestazione del consenso ad opera delle parti (DEI-CAS E., [La partecipazione a distanza, in attesa della riforma del processo penale](#), in *Sist. pen.*, 7 aprile 2022, p. 6; DI PAOLO G., "Verso la modernizzazione del processo penale", cit.; GALGANI B., *Il processo penale in 'ambiente' digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in *Questione Giustizia*, 2021, 4, p. 192).

in cui si evidenzia come le parti debbano essere informate tempestivamente al fine di esprimere il loro eventuale *favor* alla partecipazione a distanza⁶⁴, una scelta ragionevole sarebbe quella di collocarlo in prossimità dell'adozione del nulla osta all'espulsione, quando l'autorità giudiziaria valuta la sussistenza delle inderogabili esigenze processuali, avendo cura di assicurare la presenza del difensore e dell'interprete, ove necessario.

In secondo luogo, con riferimento alla c.d. «remotizzazione» dell'udienza, se l'auspicio avanzato da autorevole dottrina è che essa sia improntata al «realismo partecipativo», conformemente a quanto richiesto dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 342 del 1999⁶⁵, tale esigenza dovrebbe essere avvertita con maggiore urgenza ove il protagonista della vicenda giudiziaria celebrata da remoto fosse lo straniero espulso. Si può temere, nel caso di specie, che la condizione di vulnerabilità a cui tale soggetto è esposto possa accentuare gli effetti negativi che lo svolgimento virtuale del rito processuale di per sé comporta⁶⁶, vanificando la previsione secondo la quale il collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza ed il luogo di custodia deve essere realizzato con modalità tali da rendere «effettiva», e dunque concreta e non soltanto «virtuale», la possibilità di percepire e comunicare⁶⁷. A tal proposito, di notevole importanza appare l'attenzione rivolta dagli organismi internazionali alla condizione di vulnerabilità dello straniero: secondo le recenti linee guida predisposte dalla Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ), nel valutare l'opportunità di allestire l'udienza da remoto, il giudice deve tenere in considerazione il contesto specifico e le concrete difficoltà che i migranti potrebbero riscontrare, al fine di assicurare loro un'effettiva partecipazione in giudizio⁶⁸.

Una soluzione ragionevole potrebbe essere quella di abbinare al rinvio dell'udienza per assoluta impossibilità di comparire dell'imputato, le potenzialità della *remote justice*. In altre parole, dopo un primo rinvio dovuto all'accertamento della sussistenza di un legittimo impedimento, integrato o dal diniego dell'autorizzazione o dall'impossibilità di far fronte alle spese del viaggio, la partecipazione virtuale in giudizio dell'imputato espulso, previo consenso delle parti, potrebbe subentrare soltanto nel caso di persistenza, anche nella successiva udienza, delle condizioni ostative alla partecipazione.

⁶⁴ Corte Cost., sent. n. 96/2021, *Considerato in diritto*, § 4.1.

⁶⁵ Così BARGIS M., *op.cit.*, p. 15; DEI-CAS E., *op. cit.*, p. 20; DI PAOLO G., “Verso la modernizzazione del processo penale”, *cit.*

⁶⁶ Vedi DEI-CAS E., *op.cit.*, p. 24 ss.; GARAPON A., *La despazializzazione della giustizia* (versione e-book), Milano-Udine, 2021, §§ 105 ss.; TONINI P., *Le nuove tecnologie e la Riforma Cartabia in Dir. Pen. Proc.*, 2022, 3, p. 294. Garapon in particolare, tra gli effetti distorsivi attribuibili alla despazializzazione, include anche la scarsa percezione dei ruoli rivestiti dalle parti all'interno dello spazio virtuale; le asimmetrie di potere, dovute ad un affievolimento del principio di parità delle armi; la ricchezza del dibattito, snaturata dal flusso telematico in semplice circolazione di informazioni.

⁶⁷ Corte Cost., sent. n. 342/1999, *Considerato in diritto*, § 3.

⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, Giugno 2021, p. 12, disponibile a [questo link](#).

In tal modo la praticabilità dell'opzione telematica costituirebbe l'*extrema ratio*⁶⁹, dandosi prevalenza alla possibilità di essere fisicamente presenti; allo stesso tempo, le condizioni ostative al reingresso non determinerebbero la prosecuzione in assenza, dal momento che l'imputato avrebbe la possibilità di intervenire in giudizio, seppure a distanza.

In tal caso, per arginare gli effetti spersonalizzanti del collegamento da remoto, in attesa di ulteriori delucidazioni da parte del legislatore sulle modalità di realizzazione dell'udienza virtuale, sarebbe utile replicare almeno alcuni degli accorgimenti previsti dall'art. 205 *ter* disp. att., quali la presenza di un difensore nel luogo in cui viene assunto l'atto e il diritto all'interprete.

⁶⁹ Questa soluzione per altro, come emerge dal tenore letterale dell'art. 1 comma 8 lett. c) della l. 134/2021, sarebbe in linea con la volontà del legislatore delegante di riservare la partecipazione a distanza soltanto ad una porzione ben delimitata del processo, costituita dalla singola udienza o dal singolo atto: nel caso in cui avesse voluto includere l'intero *iter* processuale, infatti, il legislatore avrebbe utilizzato la locuzione "udienza tenuta mediante collegamento da remoto" (così DI PAOLO G., "Verso la modernizzazione del processo penale", cit.).

L'“HAPPY END” DI UNA SAGA GIUDIZIARIA: LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE TROVA (FORSE) IL SUO TIPO (*)

Nota a [Cass., sez. VI, sent. 11 novembre 2021 \(dep. 15 giugno 2022\), n. 23401, Pres. Fidelbo, rel. Rosati.](#)

di Eugenio Fusco e Carlo Enrico Paliero

SOMMARIO: 1. La decisione. – 2. L'infinita vicenda processuale. – 3. Le questioni pregiudiziali. – 3.1 In particolare, sulla questione del mancato/insufficiente accertamento del reato presupposto. – 4. Il *thema decidendum*. – 4.1. Il pregresso argomentativo. – 4.2. Il 'nuovo' impianto argomentativo. – 5. Le nostre valutazioni sul modello ascrittivo della responsabilità colposa all'ente: due opinioni a confronto. – 5.1. La sistematica del modello. – 5.1.1. Punto. – 5.1.2. Contrappunto. – 6. Il 'nodo' del requisito di "elusione fraudolenta". – 6.1. Due considerazioni e due dubbi. – 6.2. La criteriologia ermeneutica adottata ... – 6.3. ... e la sua ammissibilità nel quadro costituzionale. – 7. Contrappunto: una critica di metodo e di merito – 8. Conclusioni condivise.

1. La decisione.

Con una sentenza di elevato *standing*, inevitabilmente destinata a rappresentare un fondamentale *leading case*, se non una vera propria pietra miliare nel cammino ermeneutico della sistematica imputativa *ex crimine* degli enti, la Cassazione ha posto la parola 'fine' all' *'affaire Impregilo'*. Una vicenda protrattasi addirittura per circa un ventennio e che rievoca inevitabilmente l'apologo rabelaisiano sulla strutturale ed estenuante diacronicità dei processi, per consustanziale accumulo di materiale cartaceo; a fronte del quale il mitico ed ineffabile giudice Bridoye non aveva altra risorsa che un lancio di dadi¹. Nell'occasione che ci riguarda i Giudici della legge non si sono affidati alla sorte, ma hanno reciso quello che sembrava ormai diventato un nodo gordiano della prassi ermeneutica 'ex 231' con una decisione (mai come in questo caso l'*Urbedeutung* del termine sembra più appropriata!) tagliente quanto concettualmente acuminata².

(*) Nel giudizio abbreviato – all'origine della vicenda processuale – l'accusa è stata sostenuta dal dott. Eugenio Fusco, che ha anche proposto ricorso in appello a seguito della sentenza di assoluzione del Giudice di prime cure. Il dott. Fusco ha redatto i paragrafi 2, 3, 5.1.2 e 7 della presente nota a sentenza; i restanti paragrafi sono stati redatti dal prof. Carlo Enrico Paliero, mentre il paragrafo 8 è frutto di una comune riflessione.

¹ F. RABELAIS, *Gargantua e Pantagruelle* (1532-1564), trad. it. a cura di M. Bonfantini, ed. Einaudi, Torino, 1973, Libro III, Capp. XXXIX-XLIV, Vol. 1, p. 451 ss.

² Per un suo perspicuo e approfondito commento cfr. C. PIERGALLINI, [Una sentenza "modello" della Cassazione](#)

2. L'infinita vicenda processuale.

L'indagine, che risale al 2004, era stata svolta dalla Procura della Repubblica di Monza, ma gli atti sono stati poi trasmessi alla Procura di Milano poiché il Gup del Tribunale di Monza, uniformandosi all'orientamento giurisprudenziale prevalente³, si era dichiarato incompetente.

Il processo nei confronti della società, per l'illecito di cui all'art. 25-ter, lett. r), D.lgs 231/2001, è stato definito, in primo grado, con il rito abbreviato.

Vale la pena ricordare – seppure in via di estrema sintesi – che, nella vicenda in esame, l'aggiotaggio informativo (art. 2637 c.c.), quale reato presupposto, ineriva distinti comunicati stampa: solo per un gruppo di comunicazioni⁴, il Giudice di primo grado ha ritenuto applicabile la causa di esenzione della responsabilità prevista dall'articolo 6 del decreto 231, che è il vero e proprio *thema decidendum* della sentenza qui in commento (v. *infra* §§ 4 ss.). Con riferimento ai dati contenuti nella relazione trimestrale⁵ – oggetto di

[pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"](#), in questa *Rivista*, 27 giugno 2022. Per un inquadramento generale della sistematica del paradigma punitivo 'ex 231' rinviamo, *in limine*, al pregevole studio di V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.

³ Trattasi dell'orientamento secondo cui la consumazione del delitto di manipolazione informativa coincide con l'immissione della notizia falsa nel server del NIS (Network Information System) – il sistema informativo che mette a disposizione degli operatori finanziari e dei risparmiatori l'informazione – collocato presso la sede della Borsa Valori, in Milano. Tale criterio di individuazione del *locus commissi delicti* è, tuttavia, destinato ad entrare in crisi in conseguenza della riallocazione dei mercati borsistici. Per un approfondimento del tema sia consentito il rinvio a E. FUSCO – M. PACINI, *Enforcement penale e mercati finanziari nell'era della digitalizzazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 7.

⁴ Per avere una più circostanziata cognizione del fatto si riporta per esteso il capo d'imputazione:

C) del reato p. e p. dagli artt. 81, 110 c. p., 2637 c. c. perché, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, in tempi diversi, in concorso tra loro, omissis, quale Presidente del Consiglio d'Amministrazione, e omissis, quale Amministratore Delegato di IMPREGILO S.p.A., diffondevano notizie false concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del valore delle azioni IMPREGILO e delle obbligazioni emesse da società del Gruppo; in particolare:

1. *comunicavano al mercato in data 25.02.2003, l'avvenuta deliberazione di messa in liquidazione di IMPREPAR affermando, contrariamente al vero, che "il bilancio di liquidazione IMPREPAR chiuderà quindi sostanzialmente in pareggio e non produrrà ulteriori effetti economici rispetto alle svalutazioni già consolidate dalla capogruppo nella situazione trimestrale al 30 settembre 2002";*
2. *comunicavano al mercato, in data 10.03.2003, che "il bilancio di liquidazione evidenzia la capacità di IMPREPAR di ripagare il debito nei confronti del sistema bancario e della capogruppo IMPREGILO", circostanza non conforme al vero;*
3. *comunicavano al mercato, in data 30.12.2002 che "l'entrata di Equinox nel capitale di Fisia Italimpianti consente alla società di acquisire un socio finanziario in grado di sostenere lo sviluppo della società ed eventuali futuri investimenti", circostanza non conforme al vero.*

In Milano, sede della Borsa s.p.a. e luogo ove avveniva la diffusione dei comunicati di cui sopra, il 30.12.2002 nonché il 24. 2 e il 10. 3.2003.

⁵ Per avere una più circostanziata cognizione del fatto si riporta per esteso il capo d'imputazione:

D) del reato p. e p. dagli artt. 110 c.p., 2637 c.c. perché, in concorso tra loro, omissis, quale Presidente del Consiglio d'Amministrazione e omissis, quale Amministratore Delegato di IMPREGILO S.p.A., diffondevano notizie false concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del valore delle azioni IMPREGILO e delle obbligazioni emesse da società del Gruppo; in particolare, nella relazione trimestrale comunicata al Mercato nel novembre 2003,

un diverso comunicato – l'accusa nei confronti dell'ente era, invece, caduta per l'insussistenza del reato-presupposto⁶.

La Corte d'appello ha confermato la sentenza del Gup del Tribunale di Milano; avverso alla sentenza di secondo grado, emessa il 21 marzo 2012, il Procuratore generale ha proposto ricorso per Cassazione.

La Suprema Corte, con sentenza n. 4677 del 18 dicembre 2013, ha accolto il ricorso e annullato la sentenza impugnata, rinviando il giudizio alla Corte d'Appello.

La Corte d'appello di Milano, all'esito del giudizio di rinvio, con sentenza emessa il 10 dicembre 2014, ha confermato l'assoluzione della società, motivando sulla mancanza della prova relativa alla sussistenza del fatto.

La pronuncia appena richiamata è stata, a sua volta, impugnata con ricorso per Cassazione avanzato dal Procuratore generale distrettuale, il quale ha rilevato che il Giudice del rinvio non si era uniformato ai principi di diritto affermati con la sentenza rescindente, con riferimento, in particolare, ai seguenti profili: *i)* riguardo all'asserita adeguatezza del modello adottato dalla società, la quale, non può ricavarsi dalla mera conformità dello stesso alle linee guida predisposte da enti sì autorevoli ma privi di potestà normativa; *ii)* relativamente alla non coincidenza della condotta fraudolenta, di cui all'articolo 6, comma 1, lett. c), D.Lgs. 231/2001, con la mera violazione della prescrizione contenuta nel modello, in cui si sarebbe, invece, sostanziato il comportamento tenuto dai vertici dell'ente, consistito nella sola alterazione o sostituzione del contenuto della comunicazione diffusa al mercato azionario, senza l'impiego di ulteriori condotte ingannevoli. In merito alla sussistenza del reato-presupposto, parte ricorrente ha, poi, evidenziato che, soprattutto nella sentenza di primo grado – sul punto, peraltro, si era uniformemente espressa anche la pronuncia della Corte d'Appello – era stata svolta una valutazione delle risultanze probatorie più approfondita rispetto a quella "incidentale", di regola ritenuta sufficiente ai fini dell'accertamento in questione.

All'udienza davanti alla Corte di Cassazione il Procuratore generale, condividendo e facendo proprie le argomentazioni esposte nel ricorso, ha chiesto l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata.

La difesa di IMPREGILO S.p.A., ha depositato un'articolata memoria, proponendo, oltre alla questione centrale – accolta dalla Corte – alcune interessanti pregiudiziali.

indicavano un indice di bilancio (risultato operativo/valore della produzione) pari a 5,2% anziché l'indice reale del 5,0% specificato e presentato all'attenzione di omissis dalla Direzione Amministrativa della società. In Milano, sede della Borsa s.p.a. e luogo ove avveniva la diffusione del comunicato di cui sopra, il 30.12.2002 nonché il 24.02 e il 10.03.2003.

⁶ Il Giudice di prime cure, con riferimento all'indice di bilancio indicato nella relazione trimestrale, osservava che la percentuale "gonfiata", pari allo 0,2%, aveva determinato un incremento del dato numerico di 5,9 milioni di euro su un fatturato di oltre 2 miliardi, grandezze che rendevano l'alterazione del tutto marginale e, quindi, inidonea ad influenzare *sensibilmente* il corso dei titoli della emittente.

3. Le questioni pregiudiziali.

Così ricostruito il complesso *iter* giudiziario, prima di addentrarsi nel *thema decidendum*, vale la pena, sulla scia del percorso argomentativo seguito dal Giudice della legge, ripercorrere l'analisi di tre rilevanti questioni pregiudiziali: i) *l'effetto preclusivo, rispetto all'esercizio dell'azione penale, della pregressa archiviazione dell'illecito ascritto all'ente*, ii) *l'intervenuta prescrizione del medesimo prima che fosse contestato ai sensi dell'articolo 59 D.Lgs. 231/2001* e iii) *il mancato/insufficiente accertamento del reato-presupposto*.

Riguardo al primo tema, è incontroverso che la contestazione dell'illecito ad IMPREGILO S.p.A. sia avvenuta solo a seguito dell'ordine di imputazione coatta formulato dal Giudice per le indagini preliminari; parimenti incontroverso è che, successivamente all'iniziale richiesta di archiviazione, l'azione penale sia stata esercitata senza acquisire elementi ulteriori rispetto a quelli sui quali era stata avanzata la richiesta di archiviazione.

Tanto premesso, il Giudice di legittimità ha condivisibilmente ritenuto infondato il preteso effetto preclusivo della richiesta di archiviazione del reato presupposto⁷ sull'esercizio dell'azione penale nei confronti della società, posto che – insegna la Corte – gli atti officiosi del rito penale non prevedono comportamenti concludenti con effetto surrogatorio; conseguentemente la natura del singolo atto non può essere alterata allo scopo di ricomprenderlo in una tipologia diversa da quella di appartenenza. Inoltre, nella materia della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, l'inazione del pubblico ministero non si esaurisce con la mera emanazione del relativo decreto motivato in quanto è comunque previsto un meccanismo di controllo “*ancorché non affidato al giudice per le indagini preliminari*”.

L'articolo 58 dispone, infatti, che il decreto di archiviazione sia comunicato al Procuratore generale presso la Corte d'Appello, il quale, ove opportuno, potrà svolgere ulteriori accertamenti e, qualora ritenga sussistano le condizioni, procedere direttamente alla contestazione dell'illecito all'ente.

Di talché, seguendo il ragionamento delineato nella sentenza in commento, anche qualora si volesse sostenere un'equiparazione tra il decreto previsto dall'art. 58 e la richiesta di archiviazione nei confronti della società, inviata al Giudice per le indagini preliminari, non sarebbe, in ogni caso, possibile ritenere, quest'ultima, un' *archiviazione di fatto* poiché manca la comunicazione della stessa al Procuratore generale e, quindi, il relativo controllo sull'atto a questi demandato.

Ma il Giudice della legge si spinge ancora oltre nel ragionamento, affermando che, a voler pure superare il dato letterale, sostenendo la sostanziale equivalenza tra richiesta di archiviazione e decreto *ex art. 58*, l'architettura del complessivo sistema predisposto dal D.Lgs. 231/2001 non preclude, comunque, un “*ripensamento*” da parte del pubblico ministero.

⁷ Nel caso che qui occupa, l'atto con il quale è stata presentata richiesta di archiviazione è stato redatto ai sensi degli artt. 408, 411 c.p.p. e degli artt. 125-126 d.lgs. 271/89 e non ai sensi dell'articolo 58 d.lgs. 231/2001.

Ne deriva che, nella vicenda IMPREGILO, la formulazione della contestazione nei confronti della società non può incontrare alcun ostacolo nella precedente richiesta di archiviazione avanzata dalla medesima autorità inquirente.

Con riferimento al diverso profilo della prescrizione dell'illecito amministrativo contestato all'ente, la Corte di cassazione, richiama, preliminarmente, il disposto dell'articolo 22 del D.Lgs. 231/2001, che – al primo comma – prevede, quale termine di prescrizione delle sanzioni amministrative, cinque anni dalla data di consumazione del reato. La prescrizione è però interrotta – secondo quanto stabilito dal comma 2 – dalla richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e dalla contestazione dell'illecito amministrativo ai sensi dell'articolo 59. In quest'ultimo caso, la prescrizione non decorre fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio (quarto comma).

Nella vicenda in esame, l'illecito amministrativo sarebbe certamente estinto per intervenuta prescrizione se si avesse riguardo alla contestazione formulata dalla Procura di Milano, avvenuta il 6 marzo 2009 e, dunque, oltre i cinque anni dalla data di consumazione del reato presupposto, ma i Giudici di legittimità hanno puntualmente evidenziato che l'azione nei confronti dell'ente era già stata esercitata dalla Procura di Monza entro il termine quinquennale di prescrizione, previsto dall'art. 22 D.Lgs. 231/2001⁸.

E la richiesta di rinvio a giudizio, della Procura di Monza, non può essere considerata – secondo la corretta valutazione dei Giudici della legge – *“tamquam non esset”* in conseguenza della regressione del procedimento ad una fase precedente anche in ragione del fatto che, tale regressione, non è derivata da alcuna invalidità degli atti.

Viene, così, esteso alla disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, l'orientamento, più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, in virtù del quale *“il decreto di citazione a giudizio non inficiato di nullità, in quanto rappresenta il concreto esercizio dell'azione penale ed ha l'attitudine di esprimere la persistente volontà di perseguire l'illecito, costituisce valido atto interruttivo della prescrizione ancorché sia seguito da declaratoria di incompetenza per territorio da parte della stessa Autorità che lo ha emesso”*. Ne consegue che *“la declaratoria di incompetenza per territorio non priva di rilievo gli effetti interruttivi e/o sospensivi della prescrizione già intervenuti”*⁹.

Un ultimo, ma ad avviso di chi scrive, ben più rilevante - per la vicenda che qui interessa - tema affrontato dalla Cassazione in commento, in via (necessariamente) pregiudiziale *“poiché potenzialmente suscettibile di escludere a monte la possibilità di ascrivere un illecito all'ente”*, è quello dell'accertamento del reato-presupposto contestato alle persone fisiche.

⁸ Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Monza si dichiarava territorialmente incompetente con sentenza del 24 aprile 2006.

⁹ Cass. pen., Sez. II, sent. 3 marzo 2017 n. 30627, in *ItalggiureWeb*.

3.1. In particolare, sulla questione del mancato/insufficiente accertamento del reato presupposto.

La difesa di IMPREGILO S.p.A., muovendo dalla circostanza che il processo nei confronti degli imputati-persone fisiche si è concluso con sentenza dichiarativa di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, eccepisce il mancato accertamento del reato presupposto e, conseguentemente, l'inconfigurabilità dell'illecito amministrativo in capo all'ente.

Il tema riveste particolare interesse poiché, a fronte della disposizione di carattere generale, secondo cui *il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende* (art. 38, comma 1), assai frequenti – ben oltre le previsioni dei successivi commi dell'art. 38 – sono i casi di giudizi separati e, sempre meno rari, quelli in cui si procede unicamente nei confronti della persona giuridica, a mente dell'art. 8.

In questo più ampio contesto, si colloca la fattispecie del separato giudizio in cui sia stata ritenuta la prescrizione del reato.

Al riguardo, la Cassazione precisa, anzitutto, che, anche in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato-presupposto, il giudice è, comunque, tenuto ad un accertamento autonomo della responsabilità dell'ente (articolo 8, comma 1, lett. b), D.Lgs. 231/2001) e che, sul tema, la giurisprudenza è concorde nell'escludere la necessità di un accertamento definitivo e completo della responsabilità penale individuale, ritenendo, invece, sufficiente un accertamento anche solo incidentale del fatto di reato posto in essere dalla persona fisica¹⁰.

Tanto chiarito, nel caso specifico l'accertamento in questione, secondo il Giudice della legge, è stato indubbiamente svolto: se ne trova ampio riscontro nella pronuncia di primo grado, espressamente richiamata dal Procuratore generale ricorrente e fatta propria dalla Corte di cassazione.

Il giudice di prime cure, rispetto alle contestazioni rivolte all'ente ha – come si è già avuto modo di ricordare – diversamente motivato l'assoluzione: con riferimento alla diffusione al mercato dei dati contenuti nella relazione trimestrale, la società è stata assolta per insussistenza del reato-presupposto; con riferimento alla diffusione al mercato di due comunicati stampa aventi ad oggetto il bilancio di liquidazione della società controllata IMPREPAR¹¹ (nell'ordine, in data 25 febbraio e 10 marzo 2003), è stata ritenuta applicabile, alla società, la causa di esenzione della responsabilità prevista dall'articolo 6 del D.Lgs. 231/2001.

¹⁰ Sul punto Cass. pen., Sez. III, sent. 17 novembre 2017 (dep. 28 febbraio 2018) n. 9072, Pres. Ramacci, Est. Soggi, ric. P.G. c. Ficule Lucas & C. s.a.s., in *Dir. pen. cont.*, con nota di P. CIRILLO, [L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della cassazione](#).

¹¹ Risulta dalla sentenza che, con la prima comunicazione, si dichiarava la chiusura in pareggio del bilancio di liquidazione della IMPREPAR mentre, con la seconda, si evidenziava, sulla base dello stesso bilancio, la capacità della controllata di ripagare il debito nei confronti del sistema bancario e della capogruppo IMPREGILO. Dal mese di maggio 2001, IMPREGILO S.p.A. aveva concentrato nella società controllata IMPREPAR, oltre a partecipazioni minoritarie, la gestione del contenzioso esistente, la chiusura delle attività non operative e le commesse in via di esaurimento. In data 24 febbraio 2003, il giorno antecedente il primo dei due comunicati "incriminati", la IMPREPAR veniva messa in liquidazione dalla capogruppo.

Relativamente ai comunicati da ultimo citati, il Giudice dell'abbreviato ha ritenuto la sussistenza del reato presupposto. La motivazione sulla base della quale giunge a tale conclusione è articolata e valorizza, puntualmente, il cospicuo materiale probatorio portato alla sua attenzione (in particolare le informative di polizia giudiziaria richiamate in sentenza¹²).

I comunicati "incriminati" non corrispondevano a verità in quanto riportavano – secondo il giudicante – una stima di pareggio del bilancio di liquidazione contrastante con le stime redatte dallo stesso liquidatore della società¹³; in motivazione viene dato ampio spazio anche alle allegazioni difensive.

Ricostruite le posizioni dell'accusa e della difesa, il Giudice di prime cure ha ritenuto che la prova definitiva della non attendibilità dei comunicati diffusi al mercato era nel carteggio intercorso, il giorno dopo la comunicazione del 10 marzo 2003, fra il Presidente del consiglio di amministrazione della IMPREGILO e Borsa Italiana. Il Presidente lamentava, in particolare, la diffusione di voci false e di insinuazioni che avevano causato un brusco calo del titolo con conseguente sospensione per eccesso di ribasso. Tali voci sarebbero originate da alcuni dati sui ricavi stimati della società che gli uffici avevano dovuto comunicare, in assenza del Presidente e dell'Amministratore Delegato, a seguito di una richiesta di precisazioni avanzata proprio dai funzionari di Borsa Italiana.

La replica del Presidente era che le dichiarazioni dei dipendenti della società non tenevano conto della previsione, fatta dall'Amministratore, secondo la quale si attendeva, in futuro, una crescita media del 15 % dei ricavi ammettendo, però, che i ricavi in questione erano "ballerini".

I Giudici della Cassazione, nella sentenza in commento, concordando sulla "valenza sostanzialmente confessoria" del carteggio intervenuto con i rappresentanti di Borsa Italiana.

Dunque, il reato-presupposto deve ritenersi sussistente e, conseguentemente, il *thema decidendum* è la configurabilità, nel caso in esame, dell'esimente prevista dall'art. 6 del decreto 231.

¹² Sempre dalla sentenza risulta, in particolare, che dalla XVI informativa di Polizia Giudiziaria, si poteva inferire che, alla data del 31 dicembre 2003, la controllata IMPREPAR contava debiti verso la capogruppo per oltre 296.000.000,00 di euro e ciononostante – secondo quanto emerso da un memorandum acquisito presso un funzionario della IMPREPAR, nel gennaio del 2002 – si riteneva opportuno procedere comunque alla ricapitalizzazione della società per 25 milioni di euro, facendo assumere debiti alla capogruppo IMPREGILO per altri 35 milioni di euro.

¹³ Al riguardo, è stata ritenuta particolarmente significativa una comunicazione alla CONSOB, risalente al 13 marzo 2003, effettuata dal Presidente del consiglio di amministrazione, nella quale si affermava che i debiti e gli oneri della società – che pure risultavano aumentati rispetto al prospetto redatto dal liquidatore – venivano pareggiati dai "ricavi" generati dalla liquidazione, ricavi, tuttavia, non menzionati nel prospetto in questione. Segnatamente, con riferimento alla sopravvalutazione dei crediti, appariva particolarmente deceptivo l'ammontare dichiarato dei crediti vantati dalla IMPREPAR nei confronti dell'Iraq. Tale posta era stata, peraltro, valutata senza tenere conto del perdurante stato di guerra del Paese. La documentazione interna smentiva, dunque, sia le dichiarazioni alla stampa che le comunicazioni ufficiali alla CONSOB.

4. Il *thema decidendum*.

Il *thema decidendum* che fa della sentenza in commento un *leading case* – come si è già anticipato – è la possibilità di imputare a una società di grandi dimensioni (Impregilo, appunto) un delitto di *market abuse* (aggiotaggio informativo) realizzato dagli apicali attraverso una comunicazione al mercato, tenuto conto in particolare che: (a) la società si era sì dotata di un MOG, ma estremamente sincopato, di fatto ricalcante le linee guida dell’associazione di categoria (Confindustria); (b) l’OdV era monocratico e le sue funzioni affidate a un dipendente della società; (c) non erano emerse, da parte degli apicali indagati, condotte materiali, *diverse dalla condotta tipica* del delitto contestato, *per se* connotate da evidenti requisiti di decettività, vuoi ‘artificiosa’, vuoi ‘raggirante’.

4.1. Il *pregresso argomentativo*.

La ‘storia’ processuale del caso ha visto contrapporsi due divergenti paradigmi interpretativi: (i) quello di prima istanza, del GUP di Milano Manzi (confermato in appello), innovativo e ‘progressista’, che nega la responsabilità dell’ente *vs* (ii) quello del primo dei due giudizi di legittimità *in re* Impregilo, orientato a un *revirement* ermeneutico in chiave conservatrice e ‘rigorista’, che tale responsabilità invece afferma¹⁴. Entrambi questi orientamenti si focalizzano, ovviamente da prospettive opposte, sulla struttura del criterio imputativo: “*colpa di organizzazione*” nel lessico di entrambi, ma con declinazione divergente del *significato* normativo-sistematico da assegnarsi a tale condiviso *significante*.

In estrema sintesi.

(a) I punti nodali del ‘paradigma Manzi’ sono costituiti: da un lato, dalla esplicitata adesione a una concezione *normativa* della “colpevolezza dell’ente”, connaturalmente animata dal principio/criterio di *esigibilità* della condotta osservante; dall’altro lato, da una lettura in chiave *soggettiva* dello spinoso requisito della “*elusione fraudolenta*”. Il primo approccio impone all’interprete la *contestualizzazione*, anche storica, del rimprovero da muoversi alla persona giuridica, nel caso di specie risultata determinante per la decisione assolutoria (le lontane origini processuali del caso datavano pochi anni dopo l’entrata in vigore del *novum* legislativo). Il secondo approccio si radica sul terreno del metodo *teleologico* di interpretazione delle norme, al fine di

¹⁴ Come detto, aveva escluso la responsabilità dell’ente il Trib. Milano, 17 novembre 2009, G.U.P. Manzi; sentenza poi confermata in appello da Corte d’Appello Milano, 21 marzo 2012, n. 1824, Pres. ed est. Paparella. Dopo l’impugnazione del Procuratore generale distrettuale interveniva la Suprema Corte con un primo arresto - Cass. Pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677 - che accoglieva il ricorso annullando con rinvio la sentenza e sollecitando la Corte d’appello di Milano ad un nuovo accertamento di fatto. A seguito del rinvio, la Corte di Appello di Milano tornava a pronunciarsi con sentenza del 10 dicembre 2014, confermando la decisione assolutoria del primo giudice, ma modificandone la formula in quanto riscontrava la mancanza di prova della sussistenza del fatto. Dopo l’ulteriore impugnazione da parte del Procuratore generale interveniva la sentenza in commento.

ritrovare – aggirando l'apparentemente insuperabile barriera che devia, nel caso degli apicali, sul canale morto dell'immedesimazione organica – la giusta rotta verso una responsabilità *veramente* colpevole, atta a superare le secche dell'*hindsight bias* (c'è stato reato, quindi c'è responsabilità), vale a dire il sillogismo imputativo tipico di ogni forma di responsabilità oggettiva 'di posizione'¹⁵.

(b) Per converso, il *rationale* della decisione 'restauratrice' si aggrappava tenacemente alle maniglie del metodo *formalistico-letterale*, da un lato, ricostruendo il modello di responsabilità per così dire *in astratto*, impermeabile alle 'circostanze concomitanti' del caso concreto e con prognosi di idoneità (del MOG) *ex ante* e base, più che parziale, *stereotipata* (ad es.: un OdV monopersonale non perfettamente indipendente *non può che essere* (con)causa dell'illecito successivamente commesso). Dall'altro lato, questo diverso approccio si allinea a una lettura *oggettiva* (oggettivo-materiale) del requisito della "fraudolenza" sfruttando l'aggio rappresentato dalla – innegabile – maggior aderenza di questa lettura alla *lettera* della terminologia usata dal legislatore storico. In altri termini, l'ente non può sfuggire a responsabilità se non vi è prova (prescindendo qui per il momento su chi gravi l'onere di tale prova) di un parallelo "illecito di frode", completo di tutti i suoi elementi di "tipica tipicità", da parte dell'apicale, risultando vittima di quest'ultimo lo stesso ente corresponsabilizzato¹⁶.

Profilo da non trascurare: il paradigma 'controriformista' si teneva ben al largo di una *reale sistematizzazione* – in chiave dommatica – del criterio imputativo-base della responsabilità *ex crimine* dell'ente, cioè di quella "colpa di organizzazione" che ormai rappresenta il *topos* universalmente accettato e accreditato di tipicità soggettiva dell'illecito di una *company*.

4.2. Il 'nuovo' impianto argomentativo.

L'intento sistematico *generale* (di "teoria generale") perseguito invece dalla sentenza che si commenta¹⁷ traspare sin dalle prime battute della 'parte in diritto' (§ 7 e ss.), ma soprattutto si evince dall'impianto complessivo della motivazione, che si articola in una serie di passaggi logico-argomentativi tra loro sempre strettamente connessi e corrispondenti ad altrettanti postulati propensi a tradursi in conseguenti note essenziali del Tipo soggettivo dell'illecito dell'ente.

Va anzitutto precisato che il *proceeding* argomentativo della decisione passa diligentemente attraverso le tre 'stazioni' che la storia processuale del caso, nel suo annoso evolversi, aveva edificato come altrettanti *focus* della questione sottoposta: (I) la funzione tipizzante del MOG *sub specie* di idoneità cautelare; (II) i requisiti di

¹⁵ Per un commento a questa sentenza si rinvia a C.E. PALIERO, *La società assolta per il reato dei "vertici": una sentenza "apripista"*, in *Le Società*, 4/2010, p. 476 ss.

¹⁶ Corrispettivamente, v. C.E. PALIERO, *L'imputazione della responsabilità all'ente per il fatto reato dei soggetti apicali: il punto di vista della Cassazione - Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Società*, 4/2014, pp. 476-477.

¹⁷ Perfettamente individuato e scolpito da C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello"*, cit., p. 3 ss.

adeguatezza, per struttura e per funzione, dell'OdV; (III) il profilo di tipicità da assegnarsi all'ulteriore requisito (trattandosi di fatto-reato degli apicali) della "elusione fraudolenta".

Tuttavia, mentre nella pregressa attività giurisdicente questi tre aspetti erano stati trattati separatamente, come distinti elementi da trattarsi 'uno per uno', nell'ultima decisione la loro trattazione diviene unitaria, fornendo anzi il pretesto – meglio, lo spunto – per disegnare, attraverso la definizione di questi centrali profili di tipicità dell'illecito collettivo, il 'volto sistematico' del paradigma imputativo noto come 'colpa di organizzazione'.

4.2.1. Il primo versante della tematica affrontato riguarda direttamente il criterio generale di imputazione soggettiva, nei suoi contenuti strutturali e nella sua dinamica accertativa. Questa parte (che occupa il testo della sentenza dalla p. 10 alla p. 12) si articola in sei consecutive proposizioni, diversamente definibili sotto il profilo della tassonomia propria della tecnica dell'argomentazione.

(i) La prima – la più generale – è un postulato descrittivo dell'essenza della responsabilità, ricavata dal suo *teleologismo* che ne fissa la *nozione*: la finalità preventivo-cautelare del rischio-reato che il legislatore le ha assegnato la costituisce, tecnicamente *colpa*, e *colpa di/per organizzazione*.

(ii) La seconda proposizione, invece, è un puro assioma, enunciato, non perché autoevidente, ma, all'opposto, in quanto assunto come 'punto di partenza' non dimostrato ma ritenuto indispensabile al discorso. Un assioma (ermeneutico) a ben vedere *praeter se non contra litteram legis*. Ci riferiamo con ciò alla categorica affermazione del Collegio secondo cui «l'anzidetta *previsione normativa* [l'art. 6] *non prevede alcuna inversione dell'onere probatorio (...)* grava dunque sull'accusa l'onere di (...) individuare (...) gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità di quest'ultimo». In questo passo particolare la sentenza cita il notissimo arresto *in re Thyssen-Krupp*¹⁸, ma si spinge oltre nella tassatività e ampiezza dell'asserzione. Là infatti il giudice nomofilattico, espresso il principio, lo aveva corroborato argomentativamente in ragione dell'esistenza di un *onus probandi* accusatorio relativo alla dimostrazione in giudizio dell'esistenza del reato-presupposto¹⁹; e qui si fermava. Un dato incontestabile, quello (ci mancherebbe!), ma non

¹⁸ Cass. Pen., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhan, § 62, in *Cass. pen.* 2015, 2, p. 426 ss.

¹⁹ La sentenza Thyssen (v. nota precedente) testualmente affermava: «Occorre allora ricostruire in guisa diversa quella che solitamente viene denominata colpa d'organizzazione, considerandone il connotato squisitamente normativo. Si deve considerare che il legislatore, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l'obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non aver ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d'organizzazione. Al riguardo, peraltro, non si configura un'inversione dell'onere della prova. Come la Corte di cassazione ha già avuto modo di porre in luce (Sez. 6, Scarafia cit.), la responsabilità dell'ente si fonda sulla indicata colpa di organizzazione. Il riscontro di tale deficit organizzativo consente la piana ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale. Grava sull'accusa l'onere

coperto dalla formula legislativa “*l’ente non risponde se prova che*”, evidentemente riferita a un oggetto di prova *diverso*, cioè appunto l’*idoneità* del modello cautelare autonomato, che dà corpo e sangue alla colpa di organizzazione come paradigma *autonomo* di responsabilità. Diversamente, i Giudici della VI Sezione, una volta ribadito l’“enunciato Thyssen”, sia pure attraverso passaggi discorsivi apparentemente (ma solo apparentemente) paratattici, agganciano nella sua sostanza significativa il secondo oggetto di prova al primo, sottoponendoli entrambi a identico regime; quello proprio e vigente nell’*intero* sistema penale e, transitivamente, nell’*intero* sistema sanzionatorio ‘punitivo’.

Si tratta di una svolta, o, meglio, del passaggio finale di un percorso interpretativo già da tempo in atto il cui approdo consiste in sostanza nella ‘interpretazione autentica’ – *id est*, nella modificazione testuale – di una norma pur in sé chiara e precisa, ancorché ‘scomoda’.

Merita allora chiedersi, anzitutto, di quale paradigma ermeneutico abbia fatto uso in questo caso la Suprema Corte, e, secondariamente, se tale paradigma esorbiti o meno la sfera di competenze del Formante giudiziario ordinario.

Certamente si tratta di un esercizio di “giurisprudenza ‘creativa’”: ma di un genere diverso da quello che comunemente viene associato a siffatto neologismo del discorso sull’ermeneutica, il quale designa operazioni interpretative del/i testo/i normativo/i estendendo o restringendo l’area semantica dei *verba legis*. Il suo campo di azione – e di conflitto – corrisponde, in altri termini, alla striscia di quel territorio confinario che separa l’*interpretazione*, che anche nella sua massima espansione possa continuare ad essere ritenuta tale, dall’*analogia*. E, si badi, qui persino lo sconfinamento nell’analogia non sarebbe precluso all’interprete, trattandosi perspicuamente di analogia di norma (processuale) *in bonam partem, pro reo*. Ma nel nostro caso i due presupposti essenziali che fomentano e legittimano siffatte operazioni difettano. Difetta anzitutto la *lacuna* che, altrove, esige un *completamento* della disciplina estendendola a casi realmente (analogia) o apparentemente (interpretazione estensiva) non abbracciati dalla semantica legislativa. Difetta inoltre l’*ambiguità* (l’*anfibia*) dei lessemi o dei sintagmi impiegati dal legislatore²⁰. La formula usata, pur nella sua lapidarietà, esaurisce completamente la

di dimostrare l’esistenza dell’illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* e che abbia agito nell’interesse di questa; tale accertata responsabilità si estende “per rimbalzo” dall’individuo all’ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l’azione dell’uno all’interesse dell’altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell’ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo ente. La condivisa pronuncia considera altresì che militano a favore dell’ente, con effetti liberatori, le previsioni probatorie di segno contrario di cui al D.Lgs. n. 231, art. 6, afferenti alla dimostrazione di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Nessuna inversione dell’onere della prova è, pertanto, ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell’ente, gravando comunque sull’accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D.Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell’ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria.»

²⁰ In argomento, la letteratura è ovviamente sterminata. Per limitarsi alle citazioni italiane più ‘classiche’. cfr. *in primis* N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp.125 ss., spec. p. 171 ss., nonché L. CAIANI, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, Padova, 1954; ID., voce *Analogia*, in *Enc. Dir.*, Milano,

disciplina del regime probatorio dettato; d'altra parte la connessione immediata fra il soggetto e il verbo che la compongono "l'ente (...) prova" non rilascia alcuna ambiguità semantica. Dunque, più correttamente lo sbocco interpretativo del discorso dei Giudici ordinari supremi può essere letto, da punto di vista metodologico, come un esempio di *interpretazione manipolativa* (del testo normativo: "se prova che" va letto come "se viene provato che"); tecnicità ermeneutica non ignota al nostro ordinamento, ma come si sa sinora riservata al Giudice costituzionale.

Occorre chiedersi, allora, se tale esito ermeneutico, segnatamente se destinato a consolidarsi come un *menhir* nel panorama processuale della responsabilità dell'ente, incontri degli ostacoli o si esponga a censure sotto il profilo appunto del (paventato) rischio di 'straripamento di potere'. È per noi possibile fugare questo ingombrante dubbio, e sulla scorta di due distinti e sinergici argomenti: costituzionale, l'uno, teleologico, l'altro. È, da un lato, difficile negare che, se interpretata *alla lettera*, la regola processuale dettata dall'art. 6 impatta frontalmente con l'art. 27, comma 2 (ma anche comma 1) della Costituzione, e in ogni caso contro l'art. 6 comma 2 CEDU. Dall'altro lato, è evidente che un modello processuale comunque punitivo che aggravi irragionevolmente gli oneri probatori dell'incolpato sino ai limiti della *probatio diabolica* frustra alla radice e *già in astratto* la finalità generalpreventiva assegnata dal legislatore al 'sistema 231'. Conseguenza più che plausibile, se non inevitabile: l'attività nomofilattica nella specie svolta dalla Corte in aderenza al teleologismo generale della normativa è, *tout court, costituzionalmente orientata*, volta cioè a mantenere nel sistema un meccanismo di accertamento della responsabilità che nel sistema può – è legittimato a – restare *alla sola condizione che* la lettera della disposizione sia 'manipolata' in assonanza con il superiore dettato dell'art. 27, comma 2 Cost. D'altra parte, non è mancato da parte della stessa Corte costituzionale l'incoraggiamento, rivolto alla Corte di legittimità e improntato all'implementazione a livello ordinamentale del generale principio di economia processuale, a ricorrere a interpretazioni costituzionalmente orientate, così alleviando il Giudice delle Leggi dal carico di quelle questioni risolvibili attraverso una lettura 'creativa' o comunque estensiva di lettere della norma penale che se formalmente declinate disvelano più o meno profondi *vulnera* della Carta²¹. È bensì anche vero che tali operazioni le vediamo effettuate con riguardo a testi normativi appunto caratterizzati da anfibiaologia o vaghezza (e non è questo il caso); tuttavia l'opzione più 'avanzata' adottata della VI Sezione non deve essere considerata stravagante. Al netto del fatto che si tratta di un'interpretazione antiformalista comunque *in bonam partem* (e nella nostra

1958, pp. 348 ss.; G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942; ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Novissimo Dig.*, I, Torino, 1957, pp. 607 ss. e successivamente in *Dig. Pen.*, I, Torino, 1987, 158 ss. Per la dottrina più recente, v. L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICHIOTTI e V. VELLUZZI, Torino, 2008, pp. 149 ss. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011; L. PELLICCIOLI - V. VELLUZZI (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011.

²¹ Su questo tema e sulla sua evoluzione nelle diverse stagioni della Corte costituzionale, con puntuali riferimenti alla giurisprudenza della Consulta v. la raffinata ricostruzione critica di V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, pp. 49 ss.

materia è ovviamente dato non indifferente), si dovrebbe considerare che la manipolazione del significato di un significante *per se* monosemantico, ma costituente una *regola* contraria a un *principio*, quest'ultimo di rango sovraordinato alla regola, null'altro rappresenta che il frutto di un'ermeneutica, se vogliamo dirlo così, *ipernormativa*. Un'ermeneutica cioè che *esclude* dai significati possibili dell'enunciato deontico quello che risulti *estraneo* allo spettro semantico immodificabilmente incluso nel perimetro normativo recintato dal reticolato dei principî costituzionali. 'Sostituendo' appunto tale espressione linguistico-deontica *aliena* con la più prossima, semanticamente, delle espressioni costituzionalmente *consentite* in quanto *domestiche* per il sistema dei principî costituzionali che sovrintendono la responsabilità punitiva.

4.2.2. Le successive proposizioni (pp. 11-12) dal canto loro possono essere lette come un *teorema sistematico*, atto a fondare il Tipo (colposo) della autonoma responsabilità *ex crimine* della persona giuridica. Quella cioè che nel lessico penalistico si definisce come la *fattispecie soggettiva* dell'*illecito*, la quale però, quando si tratta di responsabilità per colpa, è costruita in termini *normativi* e *oggettivi* (c.d. *figura/misura oggettiva della colpa*).

Il primo enunciato di siffatto teorema si compone di due sotto-enunciati, l'uno *negativo*, l'altro *positivo*.

(iii) Si *nega*, anzitutto, che la realizzazione del reato da parte della persona fisica-rappresentante sia *per se* idonea a fondare il rimprovero di colpa; rifiuto *a priori* della logica dell'*hindsight bias* (il "*post hoc, propter hoc*"!) che, segnando il trapasso al paradigma della responsabilità oggettiva, funge anche da soglia insuperabile al di qua della quale si trova lo spazio assegnato alla colpa. Breve: la responsabilità '*ex 231*' è *autentica* responsabilità colposa, non '*per immedesimazione*' o '*per rischio assunto*'.

(iv) Si *afferma*, poi, per converso che, «*secondo una concezione normativa della colpa*» (p. 11) il fulcro del rimprovero all'ente consiste nella violazione di una (o più) regola/e cautelare/i *specifiche* volte proprio «*a prevenire reati della specie di quello verificatosi*» (p. 12), non già a scongiurare genericamente, in modo «*totalizzante*» (sono sempre parole della sentenza), una qualsivoglia forma di illegalismo della *societas* (ovvero, a prevenire reati *diversi* da quello commesso). Si fissa così anche in questo nuovo paradigma di responsabilità il caposaldo cautelare del Tipo colposo: *specificità* delle regole cautelari combinata al *finalismo orientato* sulla minimizzazione di un altrettanto specifico e speculare *rischio*. Si formalizza in questo modo il *circolo sistematico* che muove dal *rischio* per modellare su questo la *regola* (autonormata)²², che, se osservata, esime da

²² C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C. E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, pp. 141 ss.; S. B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1931 ss.; ID., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, in *DisCrimen*, 15 giugno 2022; da ultimo, cfr. in tema la monografia D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022.

responsabilità anche qualora si verifichi l'evento (il reato-presupposto) che sia (*purché sia!*) la concretizzazione proprio di *quel* rischio sul quale la *specifica* regola è stata costruita.

(v) Come i moderni teorici della colpa insegnano, a questo punto manca ancora un elemento per comporre il Tipo oggettivo del delitto/illecito colposo: la c.d. "*copertura del rischio tipico*" o "*causalità della colpa*" [nella misura in cui - correttamente si dice - il *crimen culposum* è 'a doppia causalità: l'una, *naturalistica*, che collega l'evento tipico alla condotta, l'altra, *normativa*, che collega, in duplice sequenza, l'evento al rischio e il rischio alla (finalità della) regola cautelare]²³.

Ebbene anche sotto questo profilo la sentenza non delude le aspettative. Per la prima volta – che ci consti – a chiare lettere la Corte testualmente afferma: «*occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare era diretta a fronteggiare. Occorre cioè una corrispondenza causale tra la violazione della regola cautelare e la produzione del risultato offensivo*» (p. 11).

(vi) Il 'teorema della colpa' viene infine completato dal Supremo Collegio, esigendo dal giudice del merito anche la verifica 'in negativo' incentrata sulla valenza causale (ipotetica) del c.d. "*comportamento alternativo lecito*"; una sorta di 'prova di resistenza' cui la causalità della colpa deve essere sottoposta per consentire la chiusura del circuito eziologico normativo, escludendo l'ipotesi che *anche se* la regola fosse stata rispettata, l'evento-reato *si sarebbe comunque* verificato. In questo caso, il controfattuale euristico è costruito – come sempre – in termini naturalistici (naturalistico-scientifici, anche su base semplicemente statistica/probabilistica), mentre normativamente è costruita l'ipotesi maggiore del sillogismo, cioè l'individuazione del comportamento *osservante* della regola *in concreto* da individuarsi, a sua volta idonea a minimizzare il rischio-reato la cui concretizzazione ha fomentato il processo.

E anche su questo versante del Tipo, il *dictum* della Cassazione è icastico: «*Se l'evento realizzato a causa dell'inosservanza della regola cautelare risulta non evitabile, non vi è spazio per l'affermazione di colpa. Ne deriva che, nel caso in cui [non] sia possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare, la responsabilità colposa non potrà essere affermata*» (p. 11).

5. Le nostre valutazioni sul modello ascrittivo della responsabilità colposa dell'ente: due opinioni a confronto.

Tiriamo le somme sull'insieme degli enunciati che compongono il 'teorema sistematico' (la cui dimostrazione, preparata dai precedenti postulati, è fondata sul *teleologismo* dell'intero modello ascrittivo di responsabilità punitiva all'ente).

²³ Per limitarsi alla saggistica su questo aspetto specifico del Tipo colposo, cfr., S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 21 ss; D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1594 ss.; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1225.

5.1. *La sistematica del modello.*

5.1.1. Punto.

Indagando la sistematica di questo *novum* normativo, in altra sede si sono individuati due possibili paradigmi di imputazione di una responsabilità *ex crimine* alla persona giuridica: *metaforico* vs. *analogico*²⁴.

Ora, non pare dubbio che la Sezione VI in questa occasione abbia aderito all'opzione *analogica*. La 'colpa di organizzazione' dal punto di vista strutturale e dommatico è riconosciuta come *species* della c.d. "colpa penale" – *rectius*, del Tipo colposo di *Unrecht* nelle sue componenti oggettive – che dunque si caratterizza come (modello di) illecito: (a) di *evento* (qui rappresentato e coincidente con il reato-presupposto realizzato dalla persona fisica-rappresentante); (b) integrato da una condotta inosservante di una *regola cautelare specifica* (nella specie, frutto di autoformazione spontanea dello stesso destinatario dell'obbligo presidiato da sanzione); (c) dotato altresì di un *doppio nesso* di causalità (come si è detto: l'uno *naturalistico* che lega la condotta violatrice della cautela all'evento; l'altro *normativo*, che collega la violazione cautelare al *rischio tipico* di cui l'evento-reato è la concretizzazione).

La Corte non ha invece preso posizione circa il tipo di schema (inevitabilmente e 'ontologicamente' plurisoggettivo) al quale questa nuova forma di responsabilità dovrebbe essere ricondotto (concorsuale 'puro'; omissivo improprio; di 'autoria mediata'; di agevolazione colposa?). Ma per la risoluzione del caso sottopostole ciò non le era richiesto e neppure era necessario. Tanto detto, non crediamo di tradire il pensiero della VI Sezione affermando che essa, per quanto le riguarda, prendendo – sia pure implicitamente – posizione sul noto dibattito (concezione *monistica* vs concezione *pluralistica*), ha definitivamente concluso per la *unicità* dell'illecito imputato a titoli (inevitabilmente) diversi alla persona fisica e, rispettivamente, alla persona giuridica. Se unico è l'evento (il reato-presupposto) sul quale, a tacer d'altro, si calibra e si accerta la copertura del rischio tipico, cioè l'elemento che completa il paradigma della colpa (*tanto* della 'colpa' individuale, *quanto* della 'colpa di organizzazione'), altrettanto unico non può che essere l'illecito che il giudice *penale* accerterà (o meno) in giudizio. In ogni caso, resta ferma l'opzione a favore di un modello 'forte' di tipicità del fatto illecito dell'ente anche sul suo versante 'soggettivo' – *rectius*, di imputazione *personale* della responsabilità.

Ogni teorema che si rispetti ha il suo (o i suoi) corollario/i. Il 'teorema sistematico' sopra ricostruito lo individua in relazione alla *funzione dell'OdV* e al *rationale* cui affidarsi per declinarla correttamente pp. 14-18).

Anche su questo punto l'argomentazione è lineare e si articola in due passaggi essenziali.

²⁴ V. C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, pp. 192 ss.

(a) Il primo riguarda la (i limiti della) funzione *impeditiva* (si potrebbe anche dire del *dovere* impeditivo) dell'Organismo di Vigilanza. In questa prospettiva tale organo, all'interno del paradigma cautelare, viene concepito – anch'esso – come una *regola* preventiva; ma si tratta di una sorta di *meta-regola* – 'dinamica' ed *ex post* – volta a presidiare, sempre cautelarmente, l'universo delle regole autonormate che costituiscono la parte '*statica*' del MOG (del quale – è fuori discussione – l'OdV è parte integrante)²⁵.

(b) Il secondo corollario concerne la – reale – *impedibilità concreta* dell'evento-reato da parte del controllo *ex post* effettuato sull'osservanza delle regole cautelari autonormate da parte dell'OdV, per come esso è costituito e per come agisce. *Impedibilità concreta*, in quanto da verificarsi in relazione alle *specifiche modalità* di esecuzione del reato-presupposto che fomenta la responsabilità dell'ente. Se il primo passaggio, nel paradigma colposo così delineato, riconduce la componente strutturale "OdV" nell'alveo dell'"elemento tipico" "*regola cautelare*", il secondo passaggio ne valorizza il ruolo di 'antecedente causale' o *condizione* determinante, a fini euristici, per articolare il controfattuale (naturalistico-normativo) tipico della "*causalità della colpa*".

Nell'argomentare della Corte i due distinti profili, calati nel caso concreto, si intrecciano o, per meglio dire, operano sinergicamente, costituendo l'uno la *ratio explicandi* dell'altro. Si muove proprio dalla peculiarità del caso concreto (il reato-presupposto è stato «*frutto di un'iniziativa estemporanea di costoro [gli amministratori] tra loro concordata in tempi strettissimi*» – p. 15 –); su questa base si verifica la *causalità* di un (pur accertato) *deficit* cautelare rilasciato dall'OdV (nella specie individuato nella sua composizione monocratica e 'dipendente') correlandola alla testata rilevanza eziologica della speculare *condotta alternativa lecita* (una composizione più corretta dell'organismo) rispetto alla realizzazione dell'evento-reato. È in questo modo, e secondo questa sequenza euristica che i Giudici della VI Sezione utilizzano lo *statuto tipico* riservato all'OdV nel suo ruolo di *meta-regola* cautelare.

Se ne ricava che, per immaginare l'impedimento della condotta criminosa imputata agli apicali si sarebbe dovuto presupporre un *potere preventivo di controllo*, da parte dell'organo della vigilanza, sulla sua corretta osservanza delle regole del MOG da parte degli apicali; ma questa *non* è affatto la *funzione tipica* dell'OdV pensata dal legislatore storico! Se così venisse concepita, nell'attuazione pratica del Modello vi sarebbe un'indebita e ingiustificata commistione fra gestione, che spetta esclusivamente agli amministratori, e controllo, che spetta ai diversi organismi societari che varie forme di vigilanza sono deputate a esercitare. Tra questi è ricompreso l'OdV, ma attenzione: il controllo esercitato da quest'organo è esclusivamente sul *sistema di regole* cautelari – sul MOG – e *non* sugli atti gestori (controllo che spetta ad altri organismi endosocietari: ad es. ai sindaci); è pertanto entro questo perimetro funzionale che va saggiata l'idoneità (nel lessico della teoria causale diremmo: la *propensività*) impeditiva dell'attività dell'OdV, valutata, certo, sia sulla base, genetica, della sua composizione e autonomia, sia sulla base, operativa, della concreta attività svolta, di intercettazione delle violazioni

²⁵ Sul quale, esaustivamente, cfr. A.S. VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2019.

anticautelari. Detto altrimenti: ciò che all'OdV compete è il *rispetto* delle regole di prevenzione dei reati, non l'*impedimento* dei reati stessi.

Ed è su tale base concettuale (sovvertitrice dell'opposto *dictum* pronunciato sul punto dalla precedente sentenza della Cassazione, Sezione V) che in questo caso concreto la Suprema Corte esclude la sussistenza – all'interno del paradigma imputativo “colpa di organizzazione” come sopra costituito – della componente tipica “causalità della colpa”; nella misura in cui, per le ragioni di cui *retro*, rispetto alle modalità di condotta illecita tenuta dagli apicali «*rimane del tutto indifferente il grado di autonomia più o meno ampia riconosciuto all'organismo di vigilanza, così come pure la sua composizione monocratica*» (p. 15). Detto in altri termini: nel caso di specie una sorveglianza preventiva degli atti di gestione degli amministratori era l'unica ‘condotta alternativa lecita’ dotata di capacità causale-impeditiva del rischio-reato; esorbitando tale condotta dal perimetro dei poteri funzionali dell'organo, struttura e attività di quest'ultimo divengono eziologicamente irrilevanti e i loro eventuali (e qui peraltro riconosciuti) *deficit* in sé inidonei a fondare la responsabilità della *societas*.

Una postilla in punto di contenuti e limiti funzionali dell'OdV. Alla luce del *dictum* che si commenta ci pare a questo punto fugato ogni dubbio e dissolta ogni suggestione circa la possibilità di ravvisare in capo ai componenti dell'organismo di vigilanza un *potere* di sorveglianza/controllo, e, conseguentemente, di costituire una *posizione di garanzia* (eventualmente idonea a integrare il paradigma di cui all'art. 40 co. 2 c.p.); senza *potere* non ci può essere *dovere*.

5.1.2. Contrappunto.

Non si può negare che la sentenza in commento modelli la colpa di organizzazione mutuando per analogia il paradigma ascrittivo della responsabilità penale colposa della persona fisica: nella prosa dei Giudici di legittimità della sesta sezione, l'isotopia della colpa di organizzazione con il reato colposo è chiarissima²⁶. La “coincidenza” della colpa di organizzazione con la c.d. “colpa penale”, però, non convince del tutto.

Una battuta per rendere l'idea: la disciplina della responsabilità amministrativa della persona giuridica non contempla un agente modello bensì un modello organizzativo.

Gli obblighi di contenimento di fatti illeciti altrui assumono, nello schema applicativo della 231, una dimensione del tutto peculiare rispetto a quella della posizione di garanzia tipica del diritto penale della persona.

Diversamente dalla “prevenibilità” dell'evento dannoso nel reato colposo, l'“idoneità a prevenire il reato” è sempre perseguita attraverso “misure organizzative”: il MOG è strutturato in cautele, protocolli, presidi, interconnessi tra loro; sul cui

²⁶ In questo senso v. C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” cit.*, secondo cui «*sotto il profilo tipologico, la sentenza aderisce ad una versione, di stampo isotopico, che punta a modellare la colpa di organizzazione per analogia, mutuando la paradigmatica che governa l'ascrizione della responsabilità penale alla persona fisica*» (p. 4).

funzionamento vigila l'OdV, che, per svolgere adeguatamente il proprio compito, deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

Dunque, un sistema di *compliance* complesso, la cui finalità è la mitigazione del rischio-reato, posto che il rischio che un sottoposto o un apicale commetta un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente non potrà mai essere totalmente escluso. Pertanto, la valutazione dell'"idoneità preventiva" delle cautele adottate e attuate, pur replicando lo schema della c.d. "colpa penale", si fonda su parametri diversi. Nell'accertamento della responsabilità dell'ente difficilmente si può fare affidamento su leggi scientifiche di copertura, il ragionamento del Giudice piuttosto «*si snoderà attraverso "massime di esperienza" calate, però, in un contesto altamente "organizzato"*»²⁷.

Ancora una postilla: la maggiore complessità del giudizio non può, tuttavia, legittimare alcun genere di scorciatoia: il riferimento è a quelle recenti pronunce di merito, che per giungere ad una valutazione negativa del MOG puntano sulle caratteristiche e sull'operatività dell'OdV, le cui aporie sono più agevolmente evidenziabili²⁸.

Ma, nel caso qui in esame, l'inadeguatezza dell'organismo, già sul piano della sua incongrua composizione, non ha avuto alcun collegamento causale con la consumazione del reato-presupposto per via della "condotta sorpassante" degli apicali, cui il fatto è stato ascritto e sul quale si tornerà più avanti.

6. Il 'nodo' del requisito di "elusione fraudolenta".

Resta da sciogliere il groppo ermeneutico forse il più spinoso per l'interprete annodato dalla norma scrutinata (l'art. 6 d.lgs. 231/2001). Ci riferiamo ovviamente al requisito aggiuntivo della "elusione fraudolenta" del MOG da parte degli apicali-persone fisiche autori del reato-presupposto; come recita la disposizione, solo l'accertamento anche di questo ulteriore elemento può escludere la 'colpa di organizzazione'²⁹.

Qui, *in limine*, una considerazione sembra opportuna. A ben vedere, in un paradigma tipologico espressivo della "colpa di organizzazione" quale quello sinora descritto sulla falsariga di questa recente ermeneutica di legittimità, l'elemento della "elusione fraudolenta" appare come un corpo estraneo, non rintracciabile, a riprova, in

²⁷ Cfr. ancora C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" cit.*, il quale giunge alla conclusione che «*l'isotopia con il reato colposo conosce, quindi, un parziale distacco, imputabile alla diversità del contesto culturale che contraddistingue le organizzazioni complesse*» (p. 6).

²⁸ Cfr. Tribunale Vicenza, 17 giugno 2021, annotata da C. SANTORIELLO, *Autonomia, indipendenza ed operato dell'OdV: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza*, in *Giurisprudenza penale Web*, 7-8/2021, 1 ss.; Tribunale Milano, 7 aprile 2021, con nota di C. SANTORIELLO, *Non c'è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all'Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell'azienda*, *ivi*, 5/2021, 1 ss.; [Tribunale Milano, 8 novembre 2019, n. 13490](#), in *questa Rivista*, 10/2020, con nota critica di E. FUSCO – B. FRAGASSO, [Sul presupposto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS](#), 113 ss.

²⁹ Su cui cfr. perspicua analisi di A. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova 2013.

nessuno dei possibili modelli di costruzione della responsabilità per colpa. Breve: un siffatto elemento è certamente *alieno* al ‘classico’ Tipo colposo cui la sentenza in esame esplicitamente si ricollega. Anzitutto, in quanto non è un fattore la cui presenza *fonda* la colpa, ma che, all’opposto, se presente, la *esclude*; di conseguenza esorbita *per se* dal novero degli elementi costitutivi della fattispecie oggettiva della colpa (di qualsiasi *species* di colpa!). Inoltre, tale elemento ‘integrativo’ consiste nel *fatto* (nel comportamento) *doloso altrui*, e per di più questo ‘altro’ è un corresponsabile del soggetto (l’ente) di cui si deve verificare la colpa (processualmente, si tratta addirittura di un coimputato). Ma non è nota alla sistematica punitiva un’ipotesi in cui la *colpa* di un corresponsabile sia esclusa dal *dolo* di un altro corresponsabile; una intenzionalità tipica che, peraltro, (non è dettaglio da poco) non investe il fatto-reato imputato a tutti i corresponsabili, bensì una condotta “parallela” *in danno* del corresponsabile indagato per colpa, il quale, rispetto a tale condotta *dolosa* assume, in definitiva, il ruolo di vittima. È semmai conosciuta (ancorché controversa), nel diritto penale ‘classico’, l’ipotesi di un concorso doloso in fatto colposo (o viceversa): ma si tratta di cosa ben diversa, che anzitutto riguarda la *stessa* condotta tipica, e inoltre non esime da responsabilità non solo l’agente doloso, ma neppure l’agente colposo.

Breve: dal punto di vista dommatico siffatta sovrastruttura del modello imputativo dell’ente costituisce un rebus, se non un autentico rompicapo.

In questa prova enigmistica si sono misurati gli interpreti, proprio avendo come modello il ‘caso Impregilo’ e qui si sono confrontate, contrapponendosi, due distinte posizioni: l’una *soggettivistica* (propugnata dal GIP di Milano, in prima istanza)³⁰, l’altra *oggettivistica* (sposata dalla Sezione V della Cassazione, in sede di gravame)³¹. La prima leggeva il lessema “*fraudolentement*” come sinonimo di *intenzionalità* della commissione del reato-presupposto coniugata alla consapevolezza/volontà di violare le regole del

³⁰ In primo grado, la nozione di fraudolenza veniva ricondotta all’intenzione degli apicali di eludere le procedure aziendali (v. C.E. PALIERO, *Responsabilità dell’ente e cause di esclusione della colpevolezza*: cit., pp. 476 ss.; A. SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l’elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, p. 607). La sentenza di appello, che pure ha accolto una impostazione soggettivistica rilevava che «si tratta di elusione fraudolenta in quanto i responsabili della società, come s’è visto, anziché approvare i dati e la bozza di comunicato elaborati dagli uffici manipolavano i dati medesimi per poi inserirli nel comunicato stampa in modo da renderli soddisfacenti per il mercato; indubbiamente la frode cui si fa riferimento nel predetto art. 6, d.lgs. 8.6.2001, n. 231 deve riguardare non già gli operatori del mercato cui l’informazione è diretta ma gli altri protagonisti della procedura in quanto la frode deve avere funzione strumentale rispetto all’elusione del modello di organizzazione e delle sue procedure; nel caso di specie v’è stata manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non può non qualificarsi come frode ai danni di altri protagonisti della procedura prevista dal modello»

³¹ Seguendo un’impostazione oggettivistica, il primo arresto di Cassazione intervenuto nella vicenda ha invece escluso che nel caso di specie ricorresse elusione fraudolenta identificata come requisito «non necessariamente coincidente con gli artifici e raggiri» di cui all’art. 640 c.p., «non può non consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola». In dottrina propendono per l’impostazione oggettivistica D. PULITANO, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 415 ss., spec. 428; A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, pp. 25 ss. spec. p. 41; A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in A. BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano 2006, pp. 55 ss, spec. p. 88

MOG predisposte per impedirlo. La seconda orientava il significato del termine esclusivamente sulla *condotta materiale* dell'apicale: condotta *distinta* da quella tipica del reato-presupposto, 'parallela' a questa e decettiva per le sue oggettive modalità rispetto alle cautele del MOG ed ai suoi custodi.

Altrove si era ipotizzato (con il senno del poi, forse ingenerosamente) che il GIP di Milano, optando per una lettura *soft e favorevole* del dettato dell'art. 6 avesse fatto, come il borghese di Molière, "della prosa senza saperlo"; si trattava invece più probabilmente, da parte di quel Giudice, di un'astuzia della ragione esercitata per superare una *impasse* altrimenti inaggirabile.

I Giudici della VI Sezione per parte loro sono stati dei prosatori certamente consapevoli, ma l'esito interpretativo qui è meno lineare, o se non altro di meno univoca lettura.

La premessa è che la presente sentenza prende chiara posizione, *in linea di principio*, per la tesi *oggettivistica*: la "elusione fraudolenta", non solo non deve coincidere con la condotta tipica del reato-presupposto («*l'elusione va valutata, infatti, in riferimento non al precetto penale, bensì alle prescrizioni del modello organizzativo*» – p. 19 –), ma altresì deve possedere intrinseci e materiali connotati di decettività («*il concetto di 'elusione' implica necessariamente una condotta munita di connotazione decettiva*», e il predicato di 'fraudolenza «*vuole evidenziare l'insufficienza della semplice e frontale violazione delle regole del modello, pretendendo una condotta ingannatoria*» – p. 18 –).

Tuttavia, anche qui in stretta correlazione con il caso concreto, questa premessa, in sé definitiva, subisce nell'argomentare successivo – quanto meno – un temperamento che finisce con il (re)introdurre, sia pure implicitamente, una valorizzazione *soggettiva* della formula utilizzata dal legislatore del 2001.

Con un esercizio – indubbiamente abile – di equilibrismo logico, la VI Sezione, al momento di determinare i contenuti di siffatta 'parallela' condotta, di fatto rinuncia a dettagliarne i possibili requisiti *oggettivi* (quale *mezzo* ingannatorio) *diversi* dalla condotta tipica del reato, virando piuttosto sulla valorizzazione: (a) da un lato sull' "atteggiamento *interiore*" – se così si può dire – dell'apicale-reo; (b) dall'altro lato, su un asserito "obbligo di fedeltà" da parte di questi nei confronti della società e dei suoi *shareholders*.

Indici piuttosto chiari di questa chiave di lettura sono riconoscibili nei passi seguenti della sentenza.

E, in particolare:

(aa) sotto il primo profilo, nell'affermazione secondo cui vi è elusione fraudolenta «*solamente in quanto la condotta dell'organo apicale rappresenti una dissociazione dello stesso dalla politica d'impresa*» sicché «*il reato costituisce il prodotto di una scelta personale e autonoma della persona fisica*». (p. 18);

(bb) sotto il secondo profilo, nella caratterizzazione in termini di condotta «*ingannevole e subdola*» del comportamento degli apicali «*perché prodotta (...) in violazione del patto di fiducia che lega i rappresentanti dell'ente agli organi societari che hanno conferito loro tale ruolo*». (p. 19).

6.1. *Due considerazioni e due dubbi.*

Le considerazioni.

La prima: non sembra dubitabile che l'accento posto sul significato del comportamento deviante degli apicali (materializzatosi nella realizzazione del reato-presupposto) inteso come espressione di "una dissociazione dalla politica d'impresa" tende a rendere determinante, per la "fraudolenza", l'aspetto motivazionale della condotta. Questa è infatti rappresentata come una scelta, appunto, "personale" e "autonoma" di antagonismo rispetto alla "politica" (ma qui intesa piuttosto come *etica*) sociale e alle sue regole *anche* cautelari *contra delictum*. Non si torna a pretenderne invece, come requisito caratterizzante, la *intrinseca*, oggettiva insidiosità ingannatrice del (di un) comportamento 'parallelo' *in sé e per sé* considerato.

La seconda: la tipicità frodatória (il '*conslium fraudis*') qualificato come forma di *infedeltà* di nuovo rimanda a una valutazione della condotta delittuosa in termini di *rimproverabilità personale* del comportamento, e non invece in termini di sua *materiale offensività*.

Insomma, al netto delle premesse di principio la lettura del controverso sintagma da parte della VI Sezione è assai meno 'oggettivistica' di quanto voglia sembrare e, anzi, a ben vedere appare prevalentemente 'soggettivistica': per lo meno, '*mista*'.

Quanto ai dubbi.

Il primo, riguarda la distonia fra la pretesa, chiaramente espressa, che il comportamento rilevante cui applicare il predicato di fraudolenza sia *altro e diverso* dalla condotta tipica che integra il reato-presupposto (p. 19) e la specifica caratterizzazione di tale connotato di decettività che, altrettanto perspicuamente, la sentenza riferisce, in chiave motivazionale e di valutazione etica (frode come infedeltà), alla 'scelta criminosa' dell'apicale, che ha *voluto il reato contro* la politica d'impresa della società. Quale di queste due inconciliabili opzioni, nella ricerca semantica del soggetto cui attribuire il predicato, dovrà seguire il futuro giudice di merito che si volesse (*rectius*, si dovrebbe!) orientare sul *dictum* del giudice di legittimità?

Il secondo dubbio lo fa sorgere, sempre *de futuro*, la reale praticabilità del criterio suggerito dalla Corte. Nella misura in cui impone giocoforza al giudice di: (a) accertare previamente di quale sia/fosse, nel concreto del caso, la "politica d'impresa" *propria* della società; (b) distinguere la politica della persona giuridica dalla 'scelta' (etico)politica effettuata dall'apicale 'infedele', tenendo in conto che è proprio l'amministratore il soggetto che, con l'avallo 'a monte' degli *shareholders*, determina e attua la politica d'impresa della società che amministra.

Saranno superabili dal futuro interprete queste indubbe difficoltà?

Rispetto alla prima, affidandosi a quale fonte? Certo non potrebbe bastare per tale scrutinio la lettura del "codice etico" prefazione di rito, se non di stile, di ogni MOG oggi in circolazione. Si dovrebbe forse allora indagare lo 'storico' etico-politico della società, ma per quelle di maggiori dimensioni sembra un cimento ai limiti dell'inesigibilità, da parte del giudice.

Rispetto poi alla seconda aporia prospettata, la sfida più ardua si concentra sulla materiale possibilità di distinguere, una volta dimostrato l'interesse/vantaggio della

società, la decisione attribuibile al *solo* apicale da quella riconoscibile come *propria anche* della società. In definitiva, la pur controversa disposizione di cui all'art. 6 è stata sì dettata per superare normativamente la compenetrazione organica (la "*immedesimazione*") fra l'agire della persona fisica rappresentante, e l'agire della persona giuridica che ne è rappresentata. Ma è altrettanto innegabile che quando si tratta di un apicale, tale compenetrazione è quasi 'ontologica' e può risultare disagevole obliterarla *tout court*, soprattutto nei "casi difficili".

C'è però anche da dire che su questo fronte – il più aspro – della problematica la Corte, per la sua ermeneutica, sfrutta il massimo delle risorse offerte dal caso concreto, in particolare considerando le *modalità* e la *tempistica* della condotta come *hic et nunc* materializzatasi. Si sottolinea che questa è stata realizzata: (i) attraverso un *concerto* fra tutti gli apicali in grado di agire in quel contesto, e quindi di conoscere l'impatto che la condotta avrebbe avuto; (ii) sfruttando la *clandestinità* di questo accordo; (iii) agendo infine *repentinamente* (un vero e proprio 'colpo di mano', insomma) [*«una condotta (...) ingannevole e subdola perché prodotta da un'intesa occulta e repentina fra i suoi autori»* (p. 19)]. In pratica, sembrerebbe di capire, per la Corte è il caso concreto a fornire un *metodo* per distinguere ciò che è decettivo da ciò che è semplicemente inosservante delle regole, attraverso lo scrutinio dell'intero *iter* di realizzazione del reato, dal suo primo concepimento sino al suo venir in essere. E, nella specie, ad essere significativamente determinante è il preordinato e coordinato "profittamento" di una situazione di particolare debolezza della vittima, identificabile qui nel sistema cautelare/prevenzionistico *contra delictum* nel suo complesso, OdV compreso. Altrimenti detto, è come se il previo concerto al vertice – ai massimi livelli decisionali – unito alla tempistica 'fulminea' dell'azione, facendo parte di una astuta strategia che contava sulla 'sorpresa', abbia creato le condizioni "dell'agguato"; per il quale, gli apicali, di concerto, si sono organizzati, 'cogliendo l'attimo' per un *blitz* che appunto profittasse del tempo e dell'occasione ideale per penetrare in una falla del sistema delle cautele in tale immediatezza non otturabile. La combinazione di questo insieme di elementi avrebbe resa *fraudolenta* l'elusione dei controlli attuata perpetrando il reato.

6.2. La criteriologia ermeneutica adottata...

Non siamo interamente convinti che questa prodezza logica sia decisiva per stabilizzare la soluzione dello spinoso problema suscitato da questa parte dell'enunciato normativo di cui all'art. 6. Quello però che qui ci stimola è il tentativo di qualificare, in termini di metodologia ermeneutica, il tipo di argomentare utilizzato per l'occasione dalla Corte.

Si è detto prima (*retro*, § 4) che in questa sentenza la Corte ha dato vita a un saggio di "giurisprudenza creativa". La stessa considerazione, ma con le necessarie precisazioni che seguono, vale per la lettura dai Giudici fornita di quest'ultima componente della disposizione scrutinata. La soluzione adottata si discosta infatti dalle interpretazioni precedenti date *in re* Impregilo (sia quella 'soggettivistica' del GUP Milano, sia quella 'oggettivistica' propugnata dalla precedente giurisprudenza di legittimità). Come detto,

dopo una formale adesione all'oggettivismo' del sintagma, quest'ultimo è stato colmato di contenuti del tutto 'nuovi' e con elementi tipizzanti di 'creazione' appunto giurisprudenziale (si pensi, per tutti, alla declinazione della "fraudolenza" in termini di "infedeltà").

Si è altresì precisato che tale risultato è stato raggiunto muovendo, espressamente, dal *caso* concreto, *id est* dal *fatto*, e, sia pure implicitamente, dal *contesto* (in questo caso rappresentato dalla peculiarità di questo 'nuovo' sistema sanzionorio-imputativo, condizionato dal particolare destinatario del precetto che ne ha a sua volta modellato la disciplina). *Fatto* e *contesto* hanno cioè palesemente contribuito, in questo specifico processo ermeneutico (di sussunzione) a (ri)costruire la fattispecie di riferimento³².

Non ci si può certo né stupire né, tanto meno, scandalizzare. Si tratta al contrario di un metodo caratteristico dell'interpretazione, segnatamente giuridica, noto come *circolo ermeneutico* (o *spirale argomentativa*): «l'interpretazione penalistica sembra costituire un procedimento circolare»³³ che, in dimensione sincronica, dal fatto (il *posterius*) 'risale' alla fattispecie (il *prius*) per ridiscendere poi al fatto, ai fini di *qualificarlo* come *tipico*; non senza però che, in dimensione diacronica, "qualcosa del fatto" sia rimasto nella fattispecie, contribuendo a modellarla (o financo a significativamente modificarla)³⁴.

Quanto al *contesto*, è ben noto il valore che la filosofia del linguaggio abbia attribuito e attribuisca a questo elemento per l'esatta comprensione di un testo e del suo significato, o *sensu*; ciò in semantica vale tanto per un'intera *comunicazione* (o enunciato), quanto per ogni suo singolo termine, o *segno* linguistico. Senza volere, né potere minimamente inoltrarci in questo territorio teoretico, si può senz'altro convenire che «molti termini non possego[a]no altro senso che quello attribuito dal contesto in cui sono collocati»³⁵. Con riferimento alla comunicazione deontico-penale, il contesto privilegiato di riferimento non può che coincidere con la fenomenologia social-comportamentale sottostante; con le c.d. "costanti criminologiche" dalle quali e sulle quali le fattispecie penali sono germinate e modellate. Si tratta appunto dell'applicazione alla nostra materia dell'approccio c.d. *pragmatico* della semantica che appunto garantisce un'esatta comprensione del *segno* contenuto in un enunciato deontico solo collocandolo nel *contesto* che lo ha generato e in cui si ambienta. Anticipando un poco quanto si dirà dappresso, è la diversità di contesto che spiega come lo stesso *significante* "frode/fraudolento" ad esempio assuma, nella interpretazione giurisprudenziale, *significati* così divergenti sotto il profilo contenutistico e anche sistematico a seconda che venga declinato all'interno delle fattispecie di cui all'art. 640 c.p., piuttosto che all'art. 2621 c.c. o, ancora all'art. 223 co. 2 l. f.

³² Cfr. F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, p. 515 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, pp. 136 ss..

³³ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), trad. it., Napoli, 2007, p. 172.

³⁴ ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica* (Saggi, 1969-1996), trad. it. a cura di G. Marino, Napoli, 2003 (*Sulla circolarità nell'individuazione del diritto*, 1973), pp. 115 ss..

³⁵ O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale* cit., p. 154.

Ora dalla lettura dei passi della sentenza sopra riportati non ci sembra dubbio che anzitutto proprio di una semantica *pragmatica* abbiano fatto uso i Giudici della VI Sezione.

Ma vi è un ulteriore aspetto da considerare.

La soluzione che abbiamo definito *mista* può essere definita un saggio di “giurisprudenza creativa” anche nella misura in cui l’interpretazione del *sensu* del lessema sottoposto a nuova lettura – “*fraudolentemente*” – ha subito una modifica, rispetto a precedenti letture, pure avuto riguardo alla *parte* del suo *spettro/perimetro semantico* interessata dall’operazione ermeneutica nella specie effettuata.

Cerchiamo di spiegarci meglio.

Viene qui in considerazione la dicotomia, propria della semantica (anche) deontica: *estensio* vs *intensio*³⁶. È una diade che riguarda la definizione dei concetti rappresentati da enunciati/termini (anche) normativi; semplificando molto la formulazione carnapiana, si può dire che mentre l’*estensio* di un termine si riferisce alla classe di oggetti che cadono sotto il concetto che tale termine vuole esprimere, la *intensio* rappresenta la proprietà o l’insieme di proprietà condivise dagli oggetti che rientrano nel concetto, caratterizzandolo in modo da distinguerlo da tutti gli altri. Sinteticamente: l’intensio di un concetto è la sua definizione, l’estensio è l’insieme delle cose cui si applica, o può applicarsi, l’intensio. Figurativamente, l’intensio costituisce il *nucleo centrale* del perimetro semantico del termine, o dell’enunciato (per ciò che ci riguarda, deontico); l’estensio si spinge ai confini del perimetro stesso, occupandone, come si dice, l’*alone*.

Nell’ermeneutica penalistica, tale dicotomia è, anzitutto, ben conosciuta, e non di rado utilizzata; peraltro, di questa si privilegia in modo predominante la componente *estensiva*. Non sorprendentemente: è su questo terreno (quello dei *margini* dello spettro semantico degli enunciati normativi) che si gioca la cruciale partita che vede il confronto tra interpretazione estensiva e analogia³⁷.

Nella presente sentenza, invece, a noi pare che si sia ermeneuticamente lavorato sull’*intensio* del termine “*fraudolentemente*”; non si è cioè esteso il *sensu* del (segmento di) enunciato, assunto nella sua *intensio* tradizionale, a oggetti (nella specie, a modalità di condotta) in precedenza non comprese da tale concetto/termine. Al contrario, si è operato direttamente sul *nucleo*, sulle proprietà caratteristiche del concetto che ne stabiliscono il *sensu* nel sistema comunicativo penalistico.

Precisiamo. Nel lessico penalistico, il concetto espresso dal novero dei termini riconducibili alla classe linguistica della “*frode*” (“*frode/fraudolento*”, “*truffa*”, “*artificio*”, “*raggiro*”, “*simulazione*”/“*dissimulazione*”, “*inganno*”) condividono un

³⁶ La cui primigenia teorizzazione risale a G. FREGE, *Über Sinn und Bedeutung*, in *Ztschr. f. Philos. u. philos. Kritik*, NF 100, 1892, trad. it. *Sensu e denotazione*. in A. BONOMI (a cura di), *La struttura logica del linguaggio*, Milano 1973, pp. 9-32; il successivo sviluppo teoretico in campo linguistico è invece notoriamente attribuito a A. CARNAP, *Meaning and necessity*, Chicago 1947, 1956, trad. it. della seconda ediz. *Significato e necessità*, Firenze 1976; per una sua tematizzazione in chiave logico-giuridica si veda invece A. G. CONTE, *Materiali per una tipologia delle regole*, Torino 1985

³⁷ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), ed. it. a cura di A. Baratta, 1970, pp. 77 ss.

identico nucleo definitorio (hanno univoca *intensione*), e le operazioni interpretative hanno piuttosto riguardato, in relazione alle diverse fattispecie, i limiti entro i quali potessero essere ricondotti sotto il concetto oggetti (nella specie, *modalità di condotta*) in precedenza non considerati dalla giurisprudenza come facenti parte della fattispecie stessa. Un esempio paradigmatico è rappresentato dal problema della riconducibilità al concetto/Tipo della “*frode*”, *sub specie* di delitto di truffa, di condotte *omissive*, tenuto conto che l’*intensione* del concetto rilascia come proprietà comune e condivisa la modalità *commissiva* della condotta.

Viceversa, il considerare – così fa la Corte – come contenuto del termine “*fraudolentemente*” il profittamento puro e semplice di una occasionale situazione di inferiorità difensiva della vittima, piuttosto che di una particolare posizione dominante dell’autore stesso, e/o la violazione di un dovere di fedeltà non è un intervento ermeneutico che opera “*nell’alone*” della fattispecie (della parte dell’enunciato normativo), estendendo le proprietà condivise ad oggetti ulteriori; esso interviene direttamente “*sul nucleo*”, sul DNA del concetto e del relativo *sensu*, cioè sulla sua *intensione*: in altri termini modifica la *definizione* di “*frode*” (e derivati)³⁸.

Non par dubbio che nel lessico penalistico il concetto di cui discutiamo – sia esso indicato con i significanti *frode* e suoi derivati, *truffa* o altra espressione della stessa classe semantica – comprende modelli comportamentali assai precisamente caratterizzati. Si tratta di comportamenti proattivi, causalmente orientati, indipendenti da rapporti speciali o da qualifiche personali che riguardino autore e vittima del reato; sono pure assenti note di disvalore intrinseco della condotta di sapore etico, che possano richiamare il concetto anglosassone, assai più vago e in parte anche extrapenalistico, di *cheating* (“*fare il furbo*”, essere sleale, barare al gioco)³⁹. Vi sono, è vero, nell’ordinamento penale, fattispecie in cui il disvalore è espresso non dalla condotta in sé, ma da un rapporto di fiducia che lega autore e vittima (si pensi all’infedeltà patrimoniale), ed altre ancora che valorizzano lo sfruttamento ‘sleale’ di posizioni dominanti (si pensi all’*insider trading*), ma nessuna di queste figure rientrano in quella classe di oggetti che cadono sotto il concetto di *frode*.

Vi è ancora da dire che siffatta operazione di ingegneria genetica sul concetto normativo la Corte la effettua giovandosi di due ulteriori risorse dell’ermeneutica giuridica: (i) da un lato il *contesto*, ma valorizzando in questo caso i particolari rapporti che legano, nella specie, gli attori del conflitto qui rilevante (la società *versus* i suoi amministratori); (ii) dall’altro lato, l’altrettanto sperimentato circuito che sempre inevitabilmente si crea, nell’interpretazione delle norme, tra *fatto* e *valore*⁴⁰ la indubbia maggior pregnanza assiologia (di pre-comprensione consistente in un giudizio etico

³⁸ Per la fissazione ermeneutica della “*intenzionalità*” del Tipo penale, v. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, spec. pp. 344 ss.

³⁹ Su questo modello di comportamento considerato dal punto di vista criminologico, v. S.P. GREEN, *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale* (2006), trad. it. a cura di E. Basile, Milano, 2008, pp. 52 ss.

⁴⁰ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., pp. 350 ss. Per un inquadramento gius-teoretico fondamentale, v. L. CAIANI, *I giudizi di valore*, cit.

negativo)⁴¹ del termine *fraudolento*, a confronto con termini più neutri di cui una fattispecie penale può essere dotata, ne hanno facilitata la declinazione *anche* in termini di ‘slealtà profittatrice’.

Bilancio. L’interpretazione ‘evolutiva’ che del controverso sintagma hanno dato i Giudici della VI Sezione ne hanno – quanto meno – fornito una chiave di lettura che ne supera la vaghezza intrinseca dei suoi termini, così come la difficile *provabilità* della sua concreta integrazione nei casi specifici (non è certo un caso che la prova del requisito sia stata dalla dottrina ricorrentemente definita “diabolica” e che, d’altra parte, non ci risultino precedenti, nei quali la giurisprudenza si sia cimentata ad acquisire tale prova).

6.3. ... e la sua ammissibilità nel quadro costituzionale.

Resta ora solo da chiedersi se, dal punto di vista del metodo e della tecnica ermeneutica, questa operazione è: (a) legittima anche sotto il profilo costituzionale; (b) idonea a orientare il futuro giudice di merito nell’interpretazione di questa parte della fattispecie, segnatamente rispetto ai c.d. “casi difficili”.

(aa) Quanto al primo quesito – riservando giocoforza ai teorici generali dell’ermeneutica il giudizio sulla correttezza tecnico-metodologica di una “giurisprudenza creatrice” che impatti direttamente sull’*intensione* dei concetti normativi – come giuristi positivi non ci è in questo caso possibile esprimere riserve circa la legittimità costituzionale di una siffatta manipolazione del Tipo, che, avendo ad oggetto il *senso* di un elemento a valore *esimente*, ridonda comunque *in favorem rei*.

(bb) Quanto al secondo problema si può qui tentare solo una cauta prognosi. Le indicazioni di metodo sia pure non sempre *in claris* fornite dalla VI Sezione sono di per sé in grado di dettare una linea, nella misura in cui sono ricavate da paradigmi della logica deontica affermati e consolidati. La scelta di un approccio *pragmatico* nell’interpretazione del controverso concetto, peraltro, condizionando molto la soluzione al *contesto* nel quale il singolo caso si inserirà, affida inevitabilmente alla determinante casistica, alla ‘disponibilità’ del caso scrutinato, le sorti di un corretto esito ermeneutico. Ma, del resto, come autorevolmente sostenuto, in materia penale l’intero processo di sussunzione si basa su di un raffronto tra *casi*, altro non è in definitiva che «una equiparazione tra il caso concreto e la classe di casi indicati dalla fattispecie»⁴².

⁴¹ Sul concetto in generale di ‘precomprensione’, cfr. H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, trad. it. a cura di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, 1983; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., 1972, trad. it. a cura di P. PERLINGIERI, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 2010.; più nello specifico, per il tema che ci riguarda, A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, cit., p. 126 ss.

⁴² K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 78; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 188 ss.

7. Contrappunto: una critica di metodo e di merito.

Nell'attesa delle motivazioni e conoscendo il solo dispositivo, era lecito attendersi che, la sesta sezione della cassazione, prendendo le distanze dal *dictum* della sezione quinta nella sentenza del 2014, avesse ritenuto configurabile l'*elusione fraudolenta*, deducendola da un comportamento, degli apicali, volontariamente elusivo delle regole di prevenzione (concezione soggettivistica), ma non anche raggirante del MOG attraverso forme di condotta concretamente decettive (concezione oggettivistica)⁴³.

Come si è visto, non è stato così: la sentenza in commento, sull'*elusione fraudolenta* ha convalidato *in toto* il ragionamento seguito, nella causa Impregilo, dalla quinta sezione. Ciò rende assai poco convincente, rispetto al caso in esame, il riferimento, da parte dei Giudici della sesta, alla figura dell'amministratore infedele ossia al *soggetto*

⁴³ Come detto, l'indirizzo giurisprudenziale – anche alla luce della sentenza in commento che richiama quella della quinta sezione nella medesima causa Impregilo – privilegia un'interpretazione di matrice oggettivistica dell'*elusione*, individuando nell'avverbio "*fraudolentemente*", impiegato dal legislatore del Decreto 231, l'allusione ad una condotta "*ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola* (in questi, specifici termini si esprime, nella vicenda Impregilo, la pronuncia della Quinta Sezione della Cassazione: v. *retro* nota 18). La dottrina è, invece, divisa in due diversi orientamenti. La maggioranza degli Autori, sulla scia dell'impostazione oggettivistica sostenuta dalla giurisprudenza, declinano il concetto di *fraudolenza* in termini di concreta decettività della condotta, funzionale a testimoniare anche e soprattutto la funzionalità/adequazione del modello e l'effettività del sistema di controllo, costituendo, da questo punto di vista, un corollario logico dei requisiti di autonomia e indipendenza di cui deve dotarsi l'Organismo di Vigilanza (sul punto v. gli AA. citati *retro* alla nota 33). Altra parte della dottrina (tra gli altri, C. E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza* cit.; A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta* cit.), diversamente, prende le distanze dall'orientamento prevalente favorendo un'interpretazione soggettivistica del concetto di *fraudolenza*, il quale esprimerebbe l'antagonismo degli apicali rispetto alle prescrizioni comportamentali provenienti dalla società; antagonismo che può già dedursi da un comportamento volontariamente elusivo delle regole di prevenzione (in tal senso, cfr. CONFINDUSTRIA (a cura di), *Linee Guida per la Costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, www.confindustria.it, 2014, 15). Al riguardo, i sostenitori della "concezione soggettivistica" della *fraudolenza*, evidenziano come il rischio derivante dall'adesione ad un approccio oggettivistico consiste nel fatto che l'idoneità dei controlli - rispetto ai quali va vagliata la sussistenza del requisito oggettivo della *fraudolenza* - venga valutata con la logica del "*senno di poi*", essendo sempre possibile individuare una carenza organizzativa che, qualora fosse stata correttamente presidiata *ex ante*, avrebbe impedito la violazione del modello o avrebbe, comunque, imposto un più complicato sforzo decettivo. La dimostrazione della *fraudolenza* – come già denunciato nei primissimi commenti sul D.Lgs. 231/2001- si trasformerebbe, allora, in una *probatio diabolica* (sul punto, tra gli altri, P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa*, in *D&G* 2001, p. 80; S. GENNAI - A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano 2001, p. 48), in un onere *probatorio "ciclopico"* in capo all'ente che avrebbe quale effetto, oltre che quello di appiattare su paradigmi oggettivistici la colpevolezza dell'ente (così, C. E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le Società*, 2015, p. 1285), quello di rendere scarsamente appetibile, nella prospettiva dell'agire societario, l'adeguamento organizzativo ai corretti precetti cautelari. A riconoscere come "*autenticamente diabolico*" l'avverbio "*fraudolentemente*" imposto dal dettato normativo, è anche C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello"* cit., pp. 10-11, il quale, in una prospettiva *de iure condendo*, riflette sull'opportunità della sua soppressione, posto che lo stesso «è di ostacolo al radicamento della cultura della compliance e reca una intollerabile fenditura alla colpa di organizzazione, architrave della responsabilità (necessariamente) colpevole dell'ente».

apicale che, nel momento in cui commette il reato, pur agendo nell'interesse od a vantaggio della società, non si conformi alla politica d'impresa, secondo le linee tracciate, a seconda delle competenze, dal consiglio di amministrazione o dall'assemblea dei soci (pag. 16 della sentenza). In particolare, forti sono i dubbi che sorgono nel qualificare, come "infedeli", gli apicali di Impregilo. Certamente, essi hanno disatteso il codice etico e le *policy* aziendali che vietano – ma come potrebbe essere diversamente – di diffondere al mercato notizie false. Ma hanno davvero tradito la politica d'impresa?

Impervia è la strada che il Giudice deve percorrere – è stato già detto – per risalire alla reale politica d'impresa.

Quando poi chi amministra – come sovente e anche nella presente vicenda capita – è contemporaneamente proprietario o comunque diretta emanazione della proprietà, la questione si fa ancora più spinosa.

È arduo immaginare un amministratore-socio *che pur agendo nell'interesse od a vantaggio della società, non si conformi alla politica d'impresa*; forse è più agevole ritenere che egli stesso sia l'artefice della politica d'impresa, specie quando sia necessario piegarla a particolari evenienze.

Perciò l'esempio, riportato in sentenza, dell'amministratore delegato che elude fraudolentemente il MOG allorché *di propria esclusiva iniziativa ed all'oscuro degli altri organi sociali, per far aggiudicare un appalto pubblico alla società, decida di corrompere il pubblico funzionario* (pag. 16), non ci persuade del tutto, specialmente se viene valorizzata – come nella sentenza in commento – l'accezione oggettivistica dell'elusione fraudolenta.

Occorre un *quid pluris* perché, quest'ultima, sia configurabile nei rigorosi termini accolti dalla cassazione.

Proviamo, allora, ad arricchire l'esempio prospettato dai Giudici della sesta ed immaginiamo che in una società con due consiglieri delegati – magari entrambi anche soci – uno dei due, per acquisire maggiore "prestigio" e con l'obiettivo di diventare amministratore unico, *di propria esclusiva iniziativa ed all'oscuro degli altri organi sociali, per far aggiudicare un appalto pubblico alla società, decida di corrompere il pubblico funzionario*; immaginiamo, altresì, che lo faccia utilizzando risorse proprie o comunque non tracciabili nella contabilità della società e, quindi, non presidiate dal MOG. Ecco, in un caso del genere, riteniamo che nessuno possa davvero dubitare della sussistenza di una condotta oggettivamente raggirante e decettiva: qui sì intravediamo l'amministratore infedele che agisce eludendo fraudolentemente il MOG e violando la politica aziendale, che di sicuro non sta attuando.

Tornando al caso che qui occupa – che ci pare distante rispetto a quello testé immaginato – vanno ulteriormente sottolineati due aspetti: *i)* la specificità del reato-presupposto, *ii)* la circostanza che a commetterlo siano stati i massimi vertici aziendali: ciò – come si avrà modo di sottolineare – rende vieppiù condivisibile la soluzione adottata dai Giudici della sesta.

Con riferimento al primo aspetto, "sottoscriviamo" *in toto* quanto sostenuto da autorevole dottrina, secondo cui *dinanzi ad un illecito "comunicativo", non sono reperibili*

*cautele capaci di disinnescare integralmente la sua verifica*⁴⁴: l'estemporaneità che – come nella vicenda Impregilo – può caratterizzare tale tipologia di reato è, in effetti, causa di un insuperabile *deficit* di prevenibilità. E si potrebbe aggiungere che, proprio con riferimento ai presidi configurabili nel MOG, marcata è la diversità rispetto ad un reato-presupposto a concorso necessario qual è la corruzione, richiamata nell'esempio sopra proposto.

Con riferimento al secondo aspetto, va osservato che è arduo immaginare misure organizzative non agevolmente aggirabili dai massimi vertici aziendali, specie se – come è stato nel caso in esame – agiscono d'intesa tra loro.

Corollario di questo ragionamento è che l'interpretazione dell'*elusione fraudolenta* del MOG è fortemente condizionata, dalla tipologia del reato e dalla "qualità" dell'apicale che lo ha commesso e, di conseguenza, dovrà essere "flessibile" per tener necessariamente conto della specificità del caso. Pertanto, l'adesione incondizionata, dei Giudici della sesta, alla "concezione oggettivistica appare – come si è già avuto modo di dire – più formale che sostanziale.

8. Conclusioni condivise.

Questa decisione rilascia certamente i caratteri di una cifra garantista nell'interpretazione complessiva del paradigma imputativo del fatto-reato degli apicali disegnato, a carico dell'ente, dall'art. 6 del d. lgs. 231/2001.

Ma non si tratta di una decisione 'lassista'. Sarebbe un errore grossolano trarne la convinzione che sia stato rilasciato un salvacondotto a favore della persona giuridica per i reati commessi in suo nome e per suo conto dai propri rappresentanti, apicali compresi.

La ricostruzione del modello di ascrizione della responsabilità in termini, come si è detto, *analogici* ha dotato, sia pure *mutatis mutandis*, la "colpa di organizzazione" della persona giuridica di tutti i requisiti, *nessuno escluso*, che compongono il Tipo colposo 'comune', proprio della persona fisica. È su questo acquisito modello che la Corte è passata a sviluppare, con acribia prossima alla pedanteria, il processo di sussunzione del caso concreto, *elemento per elemento*, sotto la fattispecie imputativa così ricostruita. Utilizzando altresì, per l'accertamento di ogni singolo requisito del Tipo, la criteriologia, anche in giurisprudenza consolidata, di volta in volta applicabile alle condizioni dettate dal caso concreto.

E valga il vero.

(a) Quanto al sistema di regole del MOG, questo è stato ritenuto, *non* in assoluto, ma esclusivamente *nel caso concreto* idoneo, valorizzando appunto il *contesto*: nella specie, *temporale* («una adeguatezza che va valutata collocandosi idealmente nel momento in cui il reato è stato commesso, considerando, quindi, l'epoca in cui tali prescrizioni furono elaborate, all'indomani dell'introduzione del d. lsg. n. 231» – p. 13 e p. 14 –). Seguendo, in questo, l'approccio della primigenia sentenza milanese, si è *storicizzato* il *contesto* di 'cultura

⁴⁴ Cfr. C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 5.

cautelare' nel quale la società si è trovata a operare, per valutare l'eventuale *esigibilità* di cautele più stringenti e appropriate; applicando dunque il generale criterio che vale per l'imputazione colposa "per inosservanza di norme", che impone di rapportare lo standard esigibile al *know-how* di esperienze e conoscenze *esistente e fruibile* da parte dell'agente *al momento del fatto* (nella sostanza, una versione post-moderna del polveroso stilema dell'"*homo eiusdem*")⁴⁵. In contesti (storici) mutati, il giudizio sarebbe stato (sarà) diverso.

(b) Quanto invece al ruolo cautelare dell'OdV, una volta chiaritene, in termini *generali* la funzione e i limiti di controllo, l'accertamento sussuntivo ha seguito le cadenze dovute: non si è affatto negata la *insufficienza cautelare* di un organismo così costituito (p. 15), ma in questo caso la tipicità colposa è stata esclusa per una ragione diversa, cioè per carenza dell'ulteriore elemento del Tipo: "causalità della colpa". La regola cautelare è stata violata, ma tale violazione non ha 'coperto' il rischio tipico; anche se osservata, l'evento-reato si sarebbe realizzato comunque.

In conclusione, la decisione in commento colloca indubbiamente, a nostro giudizio, una pietra miliare sulla non sempre piana strada del paradigma di responsabilità *ex crimine* della persona giuridica. La colloca cimentandosi – altrettanto indubbiamente – in un esercizio di "giurisprudenza creativa", che probabilmente rappresentava il solo mezzo per progredire nell'esegesi di una norma (l'art. 6) così tormentata e così tortuosa.

Non è rilievo da trascurare che in questa occasione, diversamente dal normale *trend* rilasciato dal nostro Formante giurisprudenziale, la 'creatività' è di impronta garantista e non repressiva; oltre a razionalizzare e a rendere praticabile una norma, ridonda a favore dell'imputato. Proprio in ragione di ciò resta da vedere se l'argine altrettanto garantista, preservatore della certezza del diritto *sub specie* di conoscibilità del precetto, che nei sistemi di *common law* (precursori dell'apertura a funzioni di legislazione materiale concesse alla giurisprudenza) è costituito dalla *stabilità del precedente*, possa ergersi e reggere anche nel nostro sistema, almeno rispetto a questo *leading case*.

A fronte della ben nota volatilità degli esiti ermeneutici nella nostra giurisprudenza, anche di legittimità (persino quando agisce nella sua massima composizione) il pessimismo della ragione suggerirebbe di dubitarne; ma ci piace far prevalere, qui, l'ottimismo: non quello della volontà (la nostra essendo irrilevante) ma almeno quello alimentato dalla *ragionevolezza*.

⁴⁵ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 29 ss.