



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna
della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Penali

VOLUME I

Anno 2023

La giurisprudenza delle Sezioni Penali

Anno 2023

DIRETTORE: *Maria Acierno*

VICE-DIRETTORE: *Angelo Caputo*

COORDINATORE: *Gennaro Sessa*

hanno collaborato alla redazione

Autori: Francesco Agnino, Maria Cristina Amoroso, Valeria Bove, Caterina Brignone, Elena Carusillo, Fulvio Filocamo, Vincenzo Galati, Giovanni Gallo, Antonio Gatto, Bruno Giordano, Teresa Grieco, Anna Mauro, Giuseppe Marra, Maria Elena Mele, Aldo Natalini, Andrea Nocera, Maria Eugenia Oggero, Stefania Riccio, Claudia Terracina, Michele Toriello, Francesca Zavaglia.

INDICE VOLUME I

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I IL REATO

CAPITOLO I

PROSPECTIVE OVERRULING E GIURISPRUDENZA SUI TEMI PENALI.

(di Vincenzo Galati)

1. Premessa.	1
2. La giurisprudenza civile della Corte di cassazione.	3
2.1. Le Sezioni Unite.	3
2.2. Le Sezioni semplici.	7
3. Il principio di legalità penale e la giurisprudenza costituzionale.	8
3.1. La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla legalità penale (formale).	8
3.2. La sentenza n. 364 del 1988.	12
4. La giurisprudenza delle Sezioni penali della Corte di cassazione.	14
4.1. Le Sezioni Unite.	14
4.2. Le Sezioni semplici.	20
4.2.1. Le questioni processuali.	20
4.2.2. Le questioni sostanziali.	22
5. Osservazioni conclusive.	26

CAPITOLO II

RECIDIVA REITERATA E PREVENTIVA APPLICAZIONE DELLA RECIDIVA SEMPLICE

(di Vincenzo Galati)

1. La questione controversa.	33
2. La recidiva nel diritto vivente.	34
3. La tesi prevalente sul rapporto tra la recidiva reiterata e la progressiva dichiarazione della recidiva semplice.	35
4. La soluzione delle Sezioni Unite.	36
5. L'effettiva ragione dell'incremento sanzionatorio nel caso di recidiva reiterata.	37
6. Conclusioni.	38

CAPITOLO III

IL PROCURATORE GENERALE È LEGITTIMATO AD IMPUGNARE L'ORDINANZA DI AMMISSIONE ALLA PROVA E LA MESSA ALLA PROVA NON È APPLICABILE ALL'ENTE: LE SEZIONI UNITE, LA SPORTIVA.

(di Valeria Bove)

1. I principi affermati dalle Sezioni Unite.	41
2. Le questioni rimesse e gli orientamenti in contrasto sulla prima di esse.	41
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite sulla prima questione rimessa...	43

4. ...e sulla seconda questione rimessa.	46
5. La decisione delle Sezioni Unite sulla (inapplicabilità della) messa alla prova nei confronti dell'ente.	47

CAPITOLO IV

RILEVANZA PENALE DEL MOBBING E REATO DI MALTRATTAMENTI IN AMBIENTE LAVORATIVO

(di Aldo Natalini)

1. La rilevanza penale del mobbing nella giurisprudenza di legittimità.	53
2. L'irrilevanza della formale legittimità delle iniziative disciplinari assunte nei confronti dei lavoratori mobbizzati.	55
3. La configurabilità del delitto di maltrattamenti nella sua accezione di <i>mobbing</i> "verticale".	57

SEZIONE II LA PENA

CAPITOLO I

UNIFICAZIONI DI PENE CONCORRENTI E CRITERIO MODERATORE.

(di Andrea Nocera)

1. Le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite.	61
2. I termini del contrasto.	62
3. La soluzione delle Sezioni Unite: il principio di diritto affermato.	64

CAPITOLO II

CONTINUAZIONE IN SEDE ESECUTIVA TRA REATI PUNTI CON LA PENA DELL'ERGASTOLO GIUDICATI CON GIUDIZIO ABBREVIATO

(di Vincenzo Galati)

1. L'ordinanza di rimessione.	69
2. I diversi orientamenti sulla questione devoluta.	70
3. La nozione di «pena inflitta» ai sensi dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen.	71
4. La natura della diminuzione di cui all'art. 442, comma 2, cod. proc. pen.	73
5. I principi di diritto affermati.	76

CAPITOLO III

LA POSSIBILITÀ DA PARTE DEL GIUDICE DI SUBORDINARE LA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA AGLI OBBLIGHI PREVISTI DALL'ART. 165 COD. PEN. SOLO IN CASO DI COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE.

(di Fulvio Filocamo)

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.	79
2. Gli orientamenti contrapposti.	79
3. La soluzione affermata dalle Sezioni Unite.	80

SEZIONE III REATI DEL CODICE PENALE

CAPITOLO I

IL DOLO DI PROFITTO NEL FURTO

(di Bruno Giordano)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite e l'ordinanza di rimessione.	83
---	----

2. L'orientamento favorevole ad un concetto di profitto <i>lato sensu</i> inteso.	83
3. L'orientamento favorevole ad un concetto di profitto <i>stricto sensu</i> patrimoniale.	85
4. La decisione delle Sezioni Unite.	87
4.1. La funzione selettiva del dolo specifico.	88
4.2. La nozione di patrimonio e lo spostamento patrimoniale.	89
4.3. Rapporto con l'art. 131- <i>bis</i> cod. pen.	90
4.4. Il movente e il dolo specifico.	90

CAPITOLO II

CONTRAFFAZIONE (NON GROSSOLANA) DELLA PATENTE STRANIERA E FALSITÀ IN AUTORIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

(di Aldo Natalini)

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.	93
2. L'inganno alla fede pubblica e l'irrilevanza delle condizioni di validità fissate dalla legge extrapenale per l'abilitazione alla guida.	94
3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.	96

SEZIONE IV LEGISLAZIONE SPECIALE

CAPITOLO I

IL DELITTO DI ESERCIZIO ABUSIVO DELL'ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA DI CUI ALL'ART. 132 D.LGS. N. 385 DEL 1993, COME SOSTITUITO DALL'ART. 8, COMMA 2, D.LGS. N. 141 DEL 2010 E IL RELATIVO TRATTAMENTO SANZIONATORIO.

(di Maria Eugenia Oggero)

1. Premessa.	99
2. La questione controversa.	99
3. Il contrasto di giurisprudenza.	99
4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.	100
5. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 132 TUB, come modificato dall'art. 8, comma 2, del d.lsg. n. 141 del 2010, per eccesso di delega.	103

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SUL REDDITO DI CITTADINANZA.

(di Anna Mauro)

1. La questione di diritto su cui sono intervenute le Sezioni Unite.	107
2. Brevi cenni al quadro normativo di riferimento.	108
2.1. Il d.l. n. 4 del 28 gennaio 2019	108
2.2. La legge di bilancio 2023 e l'abolizione del reddito di cittadinanza.	110
2.3. Il d.l. n. 48 del 4 maggio 2023, convertito, con modificazioni, in l. n. 85 del 2023.	110
3. I termini del contrasto giurisprudenziale.	111
3.1. Il primo orientamento: configurabilità del delitto in forza delle sole false indicazioni od omissioni di informazioni dovute dei dati di fatto riportati nell'autodichiarazione indipendentemente dall'effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione del beneficio.	111
3.2. Il secondo orientamento: configurabilità del delitto in forza delle sole false indicazioni od omissioni di informazioni dovute dei dati di fatto riportati nell'autodichiarazione indipendentemente dall'effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione del beneficio.	113
4. La decisione delle Sezioni Unite.	113

SEZIONE V LE CONFISCHE

CAPITOLO I

L'AVVIO DELLA PROCEDURA FALLIMENTARE NON OSTA ALL'ADOZIONE O ALLA PERMANENZA, OVE GIÀ DISPOSTO, DEL SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA PER REATI TRIBUTARI.

(di Andrea Nocera)

1. Le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite. 119
2. Il contrasto giurisprudenziale. 120
3. La soluzione delle Sezioni Unite: il principio di diritto. 123

CAPITOLO II

CONFISCA ALLARGATA E DIVIETO PROBATORIO.

(di Maria Cristina Amoroso)

1. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. 127
2. Il quadro normativo di riferimento. 127
3. La giurisprudenza di legittimità antecedente all'introduzione del limite probatorio. 128
4. Gli orientamenti contrapposti. 129
5. Le Sezioni Unite, n. 8052 del 26/10/2023 (dep. 2024), Rizzi, Rv 285852-01. 130

PARTE SECONDA QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I ATTI, NULLITÀ, ABNORMITÀ

CAPITOLO I

È NULLA LA NOTIFICAZIONE DELL'ATTO DI CITAZIONE ALL'IMPUTATO FATTA NELLE MANI DEL DIFENSORE D'UFFICIO CHE ABBA RIFIUTATO LA DOMICILIAZIONE PRESSO IL SUO STUDIO. NON È ABNORME L'ORDINANZA DEL GIUDICE DI PACE CHE DISPONE LA RESTITUZIONE DEGLI ATTI AL PUBBLICO MINISTERO PER LA RINNOVAZIONE DELLA NOTIFICAZIONE NELLE FORME DELLA PRESENTAZIONE IMMEDIATA.

(di Elena Carusillo)

1. Premessa. 137
2. Il caso, le questioni controverse e l'ordinanza di rimessione. 138
3. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla prima questione. 138
4. La decisione delle Sezioni Unite. 139
5. Gli indirizzi interpretativi sulla seconda questione. 140
6. La pronuncia delle Sezioni Unite. 141

SEZIONE II INDAGINI PRELIMINARI

CAPITOLO I

LE INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI E COMUNICAZIONI “IN RELAZIONE AD UN DELITTO DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA”: LE PRIME PRONUNCE DI LEGITTIMITÀ SULL’ART. 1 D.L. 10 AGOSTO 2023, N. 105.

(di Michele Toriello)

1. Le norme del codice di rito e della legislazione emergenziale degli anni ‘90 relative ai “delitti di criminalità organizzata”. 145
2. L’elaborazione giurisprudenziale in tema di sospensione dei termini delle indagini durante il periodo feriale: le Sezioni Unite Petrarca e Donadio. 146
3. L’elaborazione giurisprudenziale in tema di intercettazione di conversazioni e comunicazioni: le Sezioni Unite Scurato e la giurisprudenza successiva. 149
4. L’art. 1 d.l. 10 agosto 2023, n. 105, convertito, con modificazioni, nella legge 9 ottobre 2023, n. 137. 158
5. Le prime pronunce di legittimità che hanno riconosciuto alla nuova disposizione natura di norma di interpretazione autentica 162

SEZIONE III DIBATTIMENTO

CAPITOLO I

CONTESTAZIONE SUPPLETIVA DELLA RECIDIVA E PRESCRIZIONE DEL REATO.
LA PORTATA DELLA REGOLA PROCESSUALE ESPRESSA DALL’ART. 129 COD.
PROC. PEN.

(di Stefania Riccio)

1. La questione controversa e i termini del contrasto. 169
2. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite Domingo. 171
- 2.1. L’imprescindibilità della contestazione 171
- 2.2. La tenuta del sistema processuale: la regola di immediata declaratoria delle cause di non punibilità codificata dall’art. 129 cod. proc. pen. 172

SEZIONE IV IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

REGIME TEMPORALE DELL’ARTICOLO 578-BIS COD. PROC. PEN. LE SEZIONI UNITE NE ESCLUDONO L’APPLICAZIONE.

(di Anna Mauro)

1. La vicenda oggetto del giudizio. 175
2. La disciplina normativa. 176
3. Le contrastanti soluzioni interpretative. 178
- 3.1. Il primo orientamento: efficacia retroattiva dell’art. 578-bis cod. proc. pen. e conseguente possibilità di procedere alla confisca per equivalente in caso di prescrizione del reato anche nell’ipotesi in cui il reato sia stato commesso anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 3 del 2019. 179
- 3.2. Il secondo orientamento: irretroattività dell’art. 578-bis cod. proc. pen. e conseguente impossibilità di mantenere la confisca per equivalente eventualmente disposta nei precedenti gradi di giudizio, in caso di prescrizione di reati commessi prima dell’entrata in vigore dello stesso art. 578-bis cod. proc. pen. 179

4. La soluzione fornita dalle Sezioni Unite.	180
---	-----

CAPITOLO II

È RICORRIBILE PER CASSAZIONE L'OMESSA DICHIARAZIONE DI ESTINZIONE DEL REATO PER PRESCRIZIONE MATURATA IN EPOCA ANTECEDENTE ALLA PRONUNCIA RESA ALL'ESITO DEL CONCORDATO IN APPELLO.

(di Elena Carusillo)

1. Premessa.	185
2. La questione controversa e l'ordinanza di rimessione.	185
3. Gli orientamenti contrapposti.	185
4. La pronuncia delle Sezioni Unite.	187

CAPITOLO III

SEQUESTRO PER FINALITÀ DI PROVA: NON IMPUGNABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO REIETTIVO DELL'ISTANZA DI DISSEQUESTRO ADOTTATO DAL GIUDICE IN UDIENZA PRELIMINARE I LIMITI DELLA INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE

(di Stefania Riccio)

1. La questione controversa e la tesi "negazionista".	191
2. Gli orientamenti a favore della impugnabilità immediata: i termini del contrasto.	192
3. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite: tutela del diritto di proprietà e limiti della interpretazione adeguatrice.	193

CAPITOLO IV

NELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO L'OMESSA SUBORDINAZIONE DELLA PENA SOSPESA AGLI OBBLIGHI DI CUI ALL'ART. 165, COMMA QUINTO, COD. PEN. NON E' PENA ILLEGALE.

(di Valeria Bove)

1. I principi affermati dalle Sezioni Unite.	199
2. La questione rimessa e gli orientamenti in contrasto.	199
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.	200

CAPITOLO V

IL DIVIETO DI "REFORMATIO IN PEIUS" E LE SUE DECLINAZIONI NEL PROCESSO PENALE.

(di Maria Eugenia Oggero)

1. La giurisprudenza delle Sezioni unite sul tema del divieto, per il giudice di appello investito dell'impugnazione del solo imputato, di <i>reformatio in peius</i>	205
2. Il divieto di <i>reformatio in peius</i> e il giudizio di rinvio.	213
3. Violazione divieto di <i>reformatio in peius</i> e continuazione: le pene intermedie.	218
4. Violazione del divieto di <i>reformatio in peius</i> e continuazione: la riqualificazione del reato più grave.	219
4.1. Esclusione di circostanze aggravanti e riconoscimento di circostanze attenuanti.	220
4.2. La riqualificazione del fatto e l'incidenza delle circostanze attenuanti già riconosciute in primo grado.	223
5. Divieto di <i>reformatio in peius</i> e sospensione condizionale della pena.	224
6. Altre decisioni più recenti in tema.	228
7. Considerazioni conclusive.	232

SEZIONE V

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE

CAPITOLO I

NOVITÀ IN TEMA DI MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

(di Francesca Zavaglia)

1. I motivi di rifiuto. Premessa.	239
2. Condizioni di salute.	240
3. La territorialità dell'esecuzione della pena.	242
4. Tutela della maternità e dell'infanzia.	246
5. Diritto di difesa.	248
6. Trattamenti inumani o degradanti.	249
7. Principio di proporzione.	250

SEZIONE VI

ESECUZIONE

CAPITOLO I

I RINNOVATI POTERI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE SUL GIUDICATO TRA DOGMA DI INTANGIBILITÀ ED ESIGENZE DI FLESSIBILITÀ.

(di Antonio Gatto)

1. Premessa.	255
2. Procedimento.	255
3. Pena illegale.	257
4. Rideterminazione della pena e "adattamento" del giudicato.	258
5. Computo della pena da espiare.	260
6. Prescrizione della pena.	261
7. Concessione della sospensione condizionale.	261
8. Revoca della sospensione condizionale.	263
9. Continuazione.	266
10. Rapporto tra incidente di esecuzione e restituzione nel termine.	267
11. Conflitto tra giudicati.	267
12. Cause di estinzione del reato.	268
13. Prestazioni assistenziali.	268
14. Restituzione di cose sequestrate.	270
15. Pene accessorie.	271
16. Sanzioni amministrative accessorie.	271
17. Spese processuali.	272

PRESENTAZIONE

La rassegna della giurisprudenza della Corte di cassazione relativa alle decisioni intervenute nel 2023 affianca ad aspetti tradizionali profili innovativi.

Tradizionale, in primo luogo, è il nesso, per così dire, di derivazione della rassegna dalla principale attività dell'Ufficio, ossia quella di massimazione, il cui proprium è rappresentato dall'essere un'attività di individuazione del principio di diritto disciplinata (prima di tutto dal decreto del Primo Presidente Lupo del 4 marzo 2011) e scandita da fasi, tutte affidate a magistrati del Massimario scelti sulla base di specifici criteri attitudinali: dopo lo "spoglio", che comporta la prima selezione delle sentenze da massimare, la concreta elaborazione della massima viene assegnata ai magistrati addetti alla rispettiva sezione; la massima predisposta dal "massimatore" viene esaminata dal "revisore", che può confermarla, modificarla o proporre la soppressione. Le opzioni del massimatore e del revisore sono poi oggetto della "verifica", che è curata dal coordinatore (un magistrato del massimario cui sono affidati compiti di stretta collaborazione con il responsabile del settore, per quello penale oggi il Vice Direttore) o dallo stesso Vice Direttore. L'attività di massimazione è alla base di molte delle relazioni predisposte dal Massimario, quali le segnalazioni di contrasto e le relazioni di orientamento, alcune delle quali – opportunamente rielaborate – hanno trovato spazio nella rassegna: è il caso, ad esempio, del capitolo sul divieto di reformatio in peius, un tema classico sempre foriero però di incertezze, così come del capitolo sul prospective overruling, un tema, dalle vaste implicazioni (non solo penalistiche, ma anche costituzional-ordinamentali), al centro del dibattito dei penalisti con il quale abbiamo scelto di aprire la rassegna.

Sempre nella tradizione è la puntuale attenzione riservata alle decisioni delle Sezioni unite, un'attenzione tanto più doverosa dopo l'introduzione dell'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen. con il regime di "vincolatività affievolita" da esso stabilito.

Del tutto innovativa, invece, è la scelta di attribuire carattere "monografico" al secondo volume, interamente dedicato a «un anno di applicazione del d.lgs. n. 150 del 2022 (cd. "riforma Cartabia")»: un'opzione, questa, correlata, all'ampiezza e all'indubbia rilevanza rivestita dall'intervento novellatore. La scelta dei singoli temi, tutt'altro che "a rime obbligate", è stata orientata dall'"interesse" mostrato dalla giurisprudenza di legittimità, ma il volume si chiude con

un capitolo dedicato al commento “a prima lettura” del c.d. “correttivo”, ossia del d.lgs. n. 31 del 2024.

La rassegna della giurisprudenza dell'anno 2023 è stata coordinata da Gennaro Sessa con l'ausilio di Michele Toriello e Aldo Natalini; i singoli contributi sono stati curati da Francesco Agnino, Maria Cristina Amoroso, Valeria Bove, Caterina Brignone, Elena Carusillo, Fulvio Filocamo, Vincenzo Galati, Giovanni Gallo, Antonio Gatto, Bruno Giordano, Teresa Grieco, Anna Mauro, Giuseppe Marra, Maria Elena Mele, Aldo Natalini, Andrea Nocera, Maria Eugenia Oggero, Stefania Riccio, Claudia Terracina, Michele Toriello e Francesca Zavaglia. La rifinitura dell'editing si deve, invece, al personale addetto alla Segreteria dell'Ufficio.

Roma, 10 giugno 2024.

*Il Vice Direttore
Angelo Caputo*

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I

IL REATO

CAPITOLO I

PROSPECTIVE OVERRULING E GIURISPRUDENZA SUI TEMI PENALI

(di Vincenzo Galati)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza delle Sezioni civili della Corte di cassazione. - 2.1. Le Sezioni Unite. – 2.2. Le Sezioni semplici. – 3. Il principio di legalità penale e la giurisprudenza costituzionale. – 3.1. La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla legalità penale (formale). – 3.2. La sentenza n. 364 del 1988. - 4. La giurisprudenza delle Sezioni penali della Corte di cassazione. – 4.1. Le Sezioni Unite. - 4.2. Le Sezioni semplici. - 4.2.1. Le questioni processuali. – 4.2.2. Le questioni sostanziali. - 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Il tema di interesse primario ai fini della presente indagine è, senz'altro, quello della vincolatività del precedente (oltre che della prevedibilità delle decisioni giudiziarie) e dei presupposti affinché possa ritenersi tale il pronunciamento della giurisprudenza su quelli successivi dei giudici che avranno ad oggetto la medesima materia.

Al di là della tradizionale distinzione tra ordinamenti di *civil law* e *common law*, ci si chiede se non debba ritenersi che anche nei sistemi nei quali il precedente non assume un significato equiparabile, formalmente, alla legge, allo stesso non possa riconoscersi un'efficacia, latamente e, in prima approssimazione, «vincolante».

Siffatta caratteristica del precedente, laddove lo stesso non possieda, per previsione di legge, tale natura, deriva dalla necessaria (secondo alcune letture dottrinali) prevedibilità della decisione giudiziale, individuato come «segno di quell'avvicinamento, unanimemente riconosciuto, tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*».

Occorre, inoltre, chiarire il significato di tale, eventuale, vincolo, nel senso che si rende necessario verificare se esso riguardi gli altri giudici chiamati a decidere l'identica questione (vincolo, per così dire, ordinamentale), ovvero se possa avere, quanto meno, un rilievo nella condotta di conformazione dei cittadini al principio di legalità (teoria generale della colpevolezza penale).

La questione, in sostanza, è se il precedente contribuisca a determinare l'insieme della disciplina che è necessario osservare nella gestione dei rapporti intersoggettivi e se le regole che ne scaturiscono abbiano, almeno in parte, una regolamentazione assimilabile a quella della legge formale.

Assume rilievo una doppia prospettiva, dovendosi avere riguardo, in primo luogo, al piano interno alla giurisdizione e, secondariamente, ai rapporti tra privati (nel settore civile) e ai rapporti tra privati e Stato (nel settore penale).

Il riferimento ai precedenti giurisprudenziali ai fini della formazione del, così detto, «diritto vivente» riguarda esclusivamente quelli provenienti dalla giurisprudenza di legittimità (art. 65 r.d. n. 12 del 1941, 374, comma terzo, cod. proc. civ., 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen.), rimanendo ad esso estranea la giurisprudenza di merito (Sez. U civ., n. 4135 del 12/02/2019, Rv 652852-02 e Corte cost. n. 78 del 2012, par. 10).

A tale proposito, la questione di interesse in questa sede riguarda anche le modalità attraverso le quali si forma il «diritto vivente», con specifico riguardo ai temi di rilievo ordinamentale quali l'accesso alle funzioni di legittimità e alle stesse Sezioni unite, il rapporto tra queste ultime e le Sezioni semplici.

Si segnala, sul punto, come recenti riforme legislative abbiano teso proprio al potenziamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione nella consapevolezza che il livello quantitativo e qualitativo della produzione giurisprudenziale di legittimità esige non solo un'adeguata classificazione e un appropriato studio, ma anche la verifica della sua incidenza sui comportamenti (latamente intesi) e sulla qualificazione degli stessi.

Quali indici normativi della rilevanza del precedente si possono citare le seguenti disposizioni:

- l'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. consente di rinviare, nel motivare la sentenza, ai precedenti conformi (senza specificare che siano di merito o legittimità) ed assegna, quindi una pregnante rilevanza al diritto per come interpretato dalla giurisprudenza;

- l'art. 348-*ter* cod. proc. civ. consente di rinviare, nel pronunciare l'inammissibilità dell'appello, a precedenti conformi;

- l'art. 360-*bis* cod. proc. civ. prevede che il ricorso per cassazione sia inammissibile quando (n. 1) il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;

- l'art. 363 cod. proc. civ. disciplina il procedimento con il quale il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere a quel giudice di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge e la possibilità di tale enunciazione anche d'ufficio da parte della Corte;

- l'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. (per come introdotto dalla legge 23 giugno 2017) impedisce alla Sezione semplice di pronunciare in difformità dal principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, rendendo obbligatoria, qualora non vi sia la condivisione con quel principio di diritto, la nuova rimessione alle Sezioni unite;

- l'art. 618, comma 1^{ter}, cod. proc. pen. (introdotto come la norma di cui al punto precedente) consente alle Sezioni unite di enunciare il principio di diritto, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile.

Ancora, la funzione nomofilattica delle decisioni delle Sezioni unite è garantita dall'art. 374, commi primo e secondo, cod. proc. civ. ove è prevista l'assegnazione alle Sezioni semplici delle questioni relative alla giurisdizione quando sulle medesime si siano pronunciate le Sezioni unite e l'assegnazione a queste ultime dei processi relativi a questioni già decise dalle Sezioni semplici in maniera difforme o su quelli che presentano questioni di particolare importanza.

Analogamente l'art. 610, comma 3, cod. proc. pen. stabilisce che la Corte decide a Sezioni unite sulle questioni di speciale importanza o quando occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni.

Per quanto riguarda, infine, il caso in cui la cassazione annulli o cassi la sentenza impugnata con rinvio, rilevano le norme che impongono al giudice di rinvio di uniformarsi al principio di diritto fissato dalla Corte di cassazione, principio che neppure la stessa Corte potrà ignorare nel caso di successiva impugnazione della sentenza pronunciata in sede di rinvio (artt. 384, comma secondo, cod. proc. civ., 143 disp. att. cod. proc. civ., 627, comma 3, e 628, comma 2. cod. proc. pen., 173, comma 2, disp. att. cod. proc. pen.).

Si innesta, nel contesto descritto, la questione (centrale ai fini della presente indagine) dell'ambito di vincolatività del precedente giurisprudenziale che operi un'interpretazione *in malam partem* rispetto all'orientamento preesistente.

Pur nella consapevolezza che l'attuale sistema non consente l'equiparazione della fonte giurisprudenziale alla legge formale, ci si chiede se e in quali termini vi siano spazi per l'operatività e l'«efficacia» dei mutamenti giurisprudenziali *peggiorativi* solo per il futuro, alla stregua di quelli normativi e, quindi, della rilevanza temporale di tali mutamenti esclusivamente per le condotte successive al loro maturare.

Va risolta, pertanto, la questione della possibile limitazione all'efficacia dell'*overruling* mediante il temperamento individuato dalla previsione della sua applicabilità solo ai comportamenti futuri (*prospective overruling*).

2. La giurisprudenza civile della Corte di cassazione.

Le questioni sin qui delineate, pur assumendo un rilievo teorico, hanno trovato finora risposte parziali nella giurisprudenza delle Sezioni Unite civili che, in più occasioni, hanno affrontato e risolto il tema della rilevanza dell'*overruling* e dell'ambito di operatività del *prospective overruling*.

La natura della presente relazione consente di operare solo una rapida rassegna delle decisioni più rilevanti sul tema di interesse, giustificata, tuttavia, dal costante e attuale richiamo, da parte della giurisprudenza penale, dei principi elaborati nel settore civile che, per primo, si è confrontato con il tema.

2.1. Le Sezioni Unite.

S'intende, in primo luogo, fare riferimento a Sez. U, n. 15144 dell'11/07/2011, Rv. 617905-01 con la quale è stata prospettata la delimitazione dell'operatività dei

mutamenti giurisprudenziali che stabiliscono decadenze in ragione della tutela dell'affidamento incolpevole.

Unica eccezione all'efficacia retroattiva dell'*overruling* è stata individuata per il caso in cui la precedente interpretazione abbia creato l'apparenza di una regola, sulla quale le parti abbiano posto affidamento qualora il mutamento giurisprudenziale sia imprevedibile e produca un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.

In questi casi, nel bilanciamento tra il principio della soggezione del giudice alla legge e quello del giusto processo, deve prevalere quest'ultimo.

Nella sentenza si legge che *«se è pur vero che una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo che sia poi riconosciuta errata, e quindi contra legem, non può essere considerata la lex temporis, vero è però che, sul piano fattuale, quella giurisprudenza ha comunque creato l'apparenza di una regola, ad essa conforme. Per cui, anche per tal profilo, viene in rilievo l'affidamento in quell'apparenza riposto dalla parte. Affidamento, ovviamente, tutelabile non oltre il momento di oggettiva conoscibilità (da verificarsi in concreto) dell'arresto nomofilattico di esegesi correttiva»*.

Sez. U, n. 17402 del 12/10/2012, Rv. 623574-01 ha operato un primo tentativo di contenimento della nozione di *overruling*, affermando il principio di diritto per cui devono essere esclusi i casi in cui vi siano oscillazioni giurisprudenziali e quando eventuali arresti della giurisprudenza di legittimità (anche a Sezioni Unite) non ricevano univoche applicazioni nella prassi.

Sul punto, è stato precisato che: *«il mutamento di giurisprudenza nell'interpretazione di una norma o di un sistema di norme, idoneo a vanificare l'effettività del diritto di azione e di difesa, e dal carattere, se non proprio repentino, quanto meno inatteso, o comunque privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, quali possono essere quelli di un, sia pur larvato, dibattito dottrinale o di un qualche significativo intervento giurisprudenziale sul tema»*.

Un limite di natura diversa all'applicabilità dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di *overruling* (segnatamente quelli affermati dalla citata Sez. U, n. 15144 del 2011 cit.) è stato individuato dalla Corte in materia tributaria.

Si tratta dell'arresto costituito da Sez. U, n. 13676 del 16/06/2014, Rv. 631443-01.

Il tema posto davanti alle Sezioni Unite riguardava l'affidamento incolpevole del cittadino nella certezza delle disposizioni vigenti in materia tributaria, nel caso di richieste di rimborso conseguenti alla declaratoria di illegittimità delle norme impositive da parte della Corte di giustizia.

In sede di remissione era stata prospettata la possibilità di garantire la tutela dell'affidamento incolpevole attraverso una limitazione dell'efficacia retroattiva della pronuncia dichiarativa dell'illegittimità dell'imposizione tributaria attraverso

l'individuazione della decorrenza del termine decadenziale per il rimborso, non già dalla data del versamento o della ritenuta (come da giurisprudenza tributaria consolidata), ma da quella della pronuncia alla quale doveva riconnettersi la qualificazione di momento genetico del diritto alla restituzione.

Nel pervenire alla risposta negativa sulla questione, la Corte ha evidenziato come, affinché possa parlarsi di *overruling* o *prospective overruling*, sia necessario che «*si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso che il suddetto overruling comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte*».

Sez. U, n. 23675 del 06/11/2014, Rv. 632844-01 ha, invece, chiarito che «*l'overruling delle Sezioni Unite in materia processuale è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti", atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo*».

Ciò che ha inteso sottolineare la Corte, in tale decisione, è che la stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale (con particolare riferimento a quella di legittimità e a quella delle Sezioni Unite) costituisce una sorta di «*criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche*».

A supporto di tale affermazione (potenzialmente *trasversale*, ossia applicabile anche alla materia penale, stante il riferimento alla vincolatività del precedente di legittimità) ha richiamato la modifica dell'art. 374 cod. proc. civ. e l'introduzione dell'art. 360-*bis* cod. proc. civ. per effetto del d.lgs. n. 40 del 2006 e della legge n. 69 del 2009.

Pertanto, la deroga a detta stabilità è ammessa nel caso in cui ricorrano «buone» o (nel caso di norme processuali) «ottime» ragioni in quanto la «*“conoscenza” delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di “giustizia” del processo (...)*».

La Corte ha descritto, quale premessa per confermare, nella fattispecie sottoposta al proprio esame, il precedente orientamento espresso dallo stesso organo nomofilattico, i limiti all'*overruling* nel senso sopra precisato.

Sez. U, n. 4135 del 12/02/2019, Rv. 652852-01, ha enunciato, per quanto qui rileva, due principi: il primo, già ricordato, secondo cui dal «diritto vivente» è esclusa la giurisprudenza di merito; il secondo con il quale è stata ribadita la rilevanza, ai fini del *prospective overruling*, delle sole norme processuali rispetto alle quali, l'istituto assolve alla funzione di porre il cittadino al riparo da «*effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) di mutamenti imprevedibili della*

giurisprudenza di legittimità (...), così consentendosi all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento dell'atto, di produrre ugualmente i suoi effetti», non potendosi invocare, invece, se il nuovo indirizzo giurisprudenziale di legittimità ampli «facoltà e poteri processuali che la parte non abbia esercitato per un'erronea interpretazione delle norme processuali in senso autolimitativo, non indotta dalla giurisprudenza di legittimità, derivando l'effetto pregiudizievole direttamente ed esclusivamente dall'errore interpretativo della parte».

Le Sezioni Unite hanno evidenziato che, se è vero che la funzione nomofilattica riconosciuta alla Corte di cassazione mira ad una tendenziale stabilità e valenza generale dell'interpretazione data in sede di legittimità, ciò accade in virtù di una efficacia non cogente, bensì persuasiva.

Gli orientamenti espressi dai giudici di legittimità non soggiacciono al principio di irretroattività, non possono essere assimilati allo *jus superveniens* e possono, inoltre, essere disattesi dal giudice di merito.

E' stata richiamata Sez. U, n. 15144 del 2011 cit. che ha riconosciuto la retroattività del mutamento dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità (*overruling*) che porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una preclusione o una decadenza prima escluse, individuando come unica eccezione il mutamento di orientamento connotato dal carattere della imprevedibilità; in tal caso, l'operatività della decadenza o della preclusione deve essere esclusa in ragione del bilanciamento degli interessi in gioco e, in particolare, del principio del giusto processo (art. 111, comma primo, Cost.).

Le Sezioni Unite hanno stabilito che «*il prospective overruling è un meccanismo finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti nocivi di mutamenti imprevedibili delle "regole del gioco" attraverso la sterilizzazione delle conseguenze pregiudizievoli del nuovo indirizzo interpretativo, consentendosi all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento dell'atto, di produrre ugualmente i suoi effetti».*

Merita tutela, pertanto, la parte che abbia confidato legittimamente nell'interpretazione resa dalla Suprema Corte nel momento in cui ha posto in essere la condotta processuale, al fine di non farle subire gli effetti pregiudizievoli derivanti dal successivo *revirement* giurisprudenziale, ma «*pur sempre riconducibili alle disposizioni processuali vincolanti per tutti i giudici, soggetti solo alla legge (art. 101, comma secondo, Cost.)».*

Diverso il caso in cui la parte invochi un nuovo indirizzo giurisprudenziale ampliativo di facoltà e poteri processuali, in quanto a sé più favorevole.

Pertanto, proprio sulla base di tali principi, si esclude che l'ipotesi dell'interpretazione ampliativa di facoltà processuali possa essere ricondotta alla logica del *prospective overruling*, in quanto in questo caso non sussisterebbe una lesione

dell'affidamento meritevole di tutela finalizzata ad escludere decadenze o preclusioni, potendo, astrattamente, applicarsi la tutela attraverso la rimessione in termini.

2.2. Le Sezioni semplici.

La delimitazione delle ipotesi di *prospective overruling* alle disposizioni di natura strettamente processuale è stata affermata anche da Sez. 6-5, n. 15530 del 27/07/2016, Rv. 640763-01, Sez. 2, n. 11300 del 10/05/2018, Rv. 648098-01, Sez. L, n. 27555 del 02/12/2020, Rv. 659798-01 (con riguardo all'esclusione per i giudizi amministrativi) e Sez. L, n. 552 del 14/01/2021, Rv. 660089-01.

In tal senso anche **Sez. 3, n. 3436 del 03/02/2023, Rv. 66716-01; Sez. 2, n. 11659 del 04/05/2023, Rv. 667768-01; Sez. 1, n. 10018 del 14/04/2023, Rv. 667495-01.**

Sez. L, n. 5962 del 11/03/2013, Rv. 625840-01, ha invece escluso possa parlarsi di *prospective overruling* con riferimento alle garanzie procedurali di cui all'art. 7, commi secondo e terzo, legge n. 300 del 1970 in quanto aventi ad oggetto la possibilità di far valere all'interno del rapporto sostanziale una giusta causa o un giustificato motivo di recesso (in termini, Sez. L, n. 28967 del 27/12/2011, Rv. 620029-01).

In alcune fattispecie esaminate più di recente dalle Sezioni civili della Corte è stata esclusa la ricorrenza del *prospective overruling* in quanto lo stesso presuppone un «*imprevedibile e radicale mutamento di un precedente univoco orientamento giurisprudenziale*» in materia processuale e, pertanto, non è configurabile laddove si verifichi il consolidamento di opzioni interpretative pure presenti nel panorama giurisprudenziale o nel caso in cui non sia ravvisabile uno stabile (precedente) orientamento.

Si segnala, ancora, Sez. 6-L, n. 12521 del 04/06/2014, Rv. 631039-01, in base alla quale «*il mutamento del precedente orientamento giurisprudenziale, che ha portato a ritenere improcedibile l'appello ove non sia avvenuta la notificazione del ricorso, tempestivamente presentato nel termine di legge, e del decreto di fissazione dell'udienza poiché non è consentito al giudice assegnare all'appellante, ex art. 421 cod. proc. civ., un termine perentorio per provvedere ad una nuova notifica a norma dell'art. 291 cod. proc. civ., costituisce un radicale cambiamento di un consolidato orientamento ad opera del giudice della nomofilachia, trovando conseguentemente applicazione - per le vicende anteriori al suddetto intervento giurisprudenziale - i principi a tutela dell'effettività dei mezzi di azione e difesa in materia di prospective overruling*».

Si tratta di principio esteso da Sez. L, n. 7833 del 29/03/2018, Rv. 648040-01, alle opposizioni avverso le cartelle esattoriali.

Più di recente, in ambito sostanziale, si segnala **Sez. 1, n. 13685 del 18/05/2023, Rv. 667905-01**, ha affermato l'operatività solo per il futuro del mutamento giurisprudenziale sulla natura giuridica della fusione per incorporazione tra società.

Sul punto, la Corte ha enunciato il principio secondo cui «*la fusione tra società (anche nella forma dell'incorporazione) dà luogo ad una vicenda estintivo-successoria simile alla successione "mortis causa" a titolo universale tra persone fisiche, con la conseguenza che il suo*

intervento in corso di giudizio fa sì che la notifica della sentenza ex art. 285 c.p.c. presso il difensore della società estinta sia inefficace ai fini della decorrenza del termine breve per impugnare, non esistendo alcuna norma che investa il predetto della difesa della società incorporante. Peraltro, tale interpretazione, derivando da radicale e imprevedibile mutamento del precedente univoco orientamento giurisprudenziale che vedeva, per contro, la fusione come fenomeno a carattere modificativo-evolutivo, costituisce un caso di prospective overruling, finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) di mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo ».

3. Il principio di legalità penale e la giurisprudenza costituzionale.

È stata già indicata in premessa la rilevanza della esatta definizione del principio di legalità nel settore penale, ai fini della individuazione della regolamentazione della fattispecie penalmente rilevante.

In sostanza, ci si chiede se il suddetto principio consenta di includervi anche il così detto «diritto giurisprudenziale».

La questione si pone nella duplice declinazione che il principio di legalità penale assume negli approfondimenti dottrinali e nella stessa giurisprudenza costituzionale.

Da un lato, essa va esaminata sotto un profilo strettamente (o prevalentemente) formale andando alla ricerca di un eventuale fondamento normativo costituzionale o di ordine sovranazionale che giustifichi l'inclusione della giurisprudenza nella definizione della fattispecie che comporta conseguenze di natura penale.

Si tratta di un profilo che potremmo definire «oggettivo» che riguarda, cioè la definizione di ciò che produce quelle conseguenze.

Dall'altra, il principio rileva ai fini della teoria generale della colpevolezza e della eventuale rilevanza dell'interpretazione giurisprudenziale ai fini della esclusione dell'elemento soggettivo del reato.

Sul primo versante, l'orientamento della Corte costituzionale è netto.

Sul secondo assumono principale rilievo le affermazioni della fondamentale sentenza Corte cost. n. 364 del 1988.

3.1. La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla legalità penale (formale).

In primo luogo rileva, la sentenza n. 230 del 2012 con la quale è stata decisa la questione relativa all'art. 673 cod. proc. pen., *«nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato».*

La Corte costituzionale, a proposito dell'affermazione secondo cui l'art. 7 CEDU sancisce, implicitamente il principio di retroattività della legge penale più mite, ha evidenziato come la Corte EDU si sia occupata del principio di irretroattività della legge sfavorevole, ritenendo contraria alla norma convenzionale

l'applicazione, a fatti anteriormente commessi, di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa.

Da tale riconoscimento, tuttavia, non può automaticamente ricavarsi l'esigenza convenzionale di rimuovere, in nome del principio di retroattività della *lex mitior*, le decisioni giudiziali definitive non sintoniche con il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*, in quanto i due principi hanno diverso fondamento.

Nella sentenza si legge che *«La Corte di Strasburgo non ha mai sinora riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della lex mitior ai mutamenti di giurisprudenza. I giudici europei si sono occupati di questi ultimi - oltre che nella generale prospettiva della verifica dei requisiti di «accessibilità» e «prevedibilità» della legge penale, ritenuti insiti nella previsione dell'art. 7, paragrafo 1, della CEDU - solo con riferimento al diverso principio dell'irretroattività della norma sfavorevole: ritenendo, in particolare, contraria alla norma convenzionale l'applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore (su tale premessa, per soluzioni opposte nei casi esaminati, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 10 ottobre 2006, Pessino contro Francia e 22 novembre 1995, S.W. contro Regno Unito; nonché, più di recente, sentenza 10 luglio 2012, Del Rio Prada contro Spagna, nei limiti in cui i principi interpretativi siano applicabili al nostro ordinamento)».*

La Corte costituzionale ha ritenuto, a proposito della nozione di *diritto* di cui all'art. 7 CEDU, che, proprio sulla base di questa interpretazione convenzionale, si debba rilevare *“che il principio di legalità penale convenzionale sia meno comprensivo”* di quello accolto dal nostro ordinamento, in quanto ad esso resta estraneo il principio di riserva di legge così come stabilito dall'art. 25 comma secondo, Cost., il quale attribuisce la funzione legislativa unicamente al Parlamento, eletto a suffragio universale dalla collettività nazionale, al fine di garantire un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche.

In particolare, è stato precisato che *«l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di «calcolabilità» delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo “a sorpresa” del trattamento penale della fattispecie. Nessun collegamento con la predetta libertà ha, per converso, il principio di retroattività della norma più favorevole, in quanto la lex mitior sopravviene alla commissione del fatto, cui l'autore si era liberamente e consapevolmente autodeterminato in base al panorama normativo (e giurisprudenziale) dell'epoca: trovando detto principio fondamento piuttosto in quello di eguaglianza, che richiede, in linea di massima, di estendere la modifica mitigatrice della legge penale, espressiva di un mutato apprezzamento del disvalore del fatto, anche a coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore».*

Il percorso motivazionale attraverso il quale la Corte costituzionale ha sostanzialmente escluso l'assimilabilità dei mutamenti giurisprudenziali, nel settore penale, alle modifiche normative e, quindi, l'assoggettabilità di tali mutamenti ai

principi di retroattività per quelli in *melius* e di irretroattività per quelli in *malam partem* (*prospective overruling*) si è snodato attraverso altri fondamentali passaggi.

Nella prospettiva della Corte costituzionale, gli orientamenti giurisprudenziali espressi dalle Sezioni Unite sono istituzionalmente diretti ad acquisire il carattere della stabilità, ma si tratta di una connotazione solo tendenziale, trattandosi di una efficacia non cogente ma di «*tipo essenzialmente "persuasivo"*».

E così, il nuovo orientamento proposto dalla Suprema Corte, sarebbe potenzialmente suscettibile di essere disatteso in qualunque tempo e da qualunque giudice, sia pure con l'onere di adeguata motivazione.

In questa logica, ha concluso la Corte costituzionale, si giustifica «*il mancato riconoscimento all'overruling giurisprudenziale favorevole della capacità di travolgere il principio di intangibilità della res iudicata, espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti: esigenza il cui fondamentale rilievo è ampiamente riconosciuto anche nell'ambito dell'Unione europea*».

La Corte costituzionale, con riguardo al principio di retroattività della legge più favorevole al reo, lo ha circoscritto alla successione delle leggi, affermando che la sua estensione ai mutamenti giurisprudenziali dovrebbe passare, necessariamente, dalla dimostrazione che il rapporto tra due diverse interpretazioni giurisprudenziali equivale a quello tra diverse fonti di natura normativa.

Il contrasto della disposizione sottoposta all'esame della Corte con gli artt. 13 e 27, comma terzo, Cost. è stato escluso in ragione della infondatezza della pretesa che «*la consecutio tra diversi orientamenti giurisprudenziali equivalga ad una operazione creativa di nuovo diritto (oggettivo), così da giustificare il richiesto intervento dilatativo del perimetro di applicazione dell'istituto delineato dall'art. 673 cod. proc. pen.*».

Tale interpretazione, secondo la Corte costituzionale, «*comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale*».

Sul principio di stretta legalità nella materia penale, vanno, altresì, segnalate le principali affermazioni contenute nelle pronunce relative alla complessa vicenda *Taricco* (ordinanza n. 24 del 2017 e della sentenza 115 del 2018)

La questione devoluta alla Corte costituzionale ha avuto riguardo alla legittimità costituzionale dell'art. 2 legge n. 130 del 2008 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957, come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, *Taricco*.

Si tratta della sentenza con la quale la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma e 161, comma secondo, cod. pen. nel caso in cui ciò impedirebbe l'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive in «*un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che*

offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione».

In sostanza, la Corte è stata chiamata a verificare la coerenza con il principio di legalità in materia penale, per come definito dagli artt. 3, 11, 24, 25, comma secondo, 27, comma terzo e 101, comma secondo Cost., dell'aggravamento del regime della punibilità della fattispecie penale, oltre ad accertare il rispetto del principio di tassatività stante il riferimento a nozioni quali la «gravità» delle frodi e alla impunità determinatasi in un «numero così considerevole di casi».

Nel rimettere alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione interpretativa dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del medesimo Trattato, con l'ordinanza n. 24 del 2017, la Corte costituzionale ha operato alcune significative precisazioni sul tema di interesse in questa sede.

In ordine al principio di legalità, ai sensi dell'art. 25, comma secondo, Cost. la Corte ha affermato che esso esprime «*un principio supremo dell'ordinamento posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva*».

Passando ad esaminare la questione della coerenza della regola fissata dalla sentenza *Taricco* rispetto al principio di determinatezza delle norme penali di rilievo sostanziale, la Corte costituzionale ha affermato l'irrinunciabilità della verifica della prevedibilità (o *percepibilità*), in base alla normativa vigente al momento del fatto, che il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 325 TFUE, «*avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma e 161, comma secondo, cod. pen. in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia in causa Taricco*».

Tanto anche sulla base del principio di cui all'art. 7 CEDU.

L'altro versante sul quale si è interrogata la Corte è stato quello del rispetto della riserva di legge e sul punto sono stati affermati principi coerenti con quanto già deciso con la sentenza n. 230 del 2012 nel passaggio in cui è stato affermato che «*il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri in cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale*».

In particolare, è stato evidenziato come la legge penale non possa limitarsi ad assegnare al giudice «*obiettivi di scopo*» e che, in assenza di una normativa che «*predefinisca analiticamente casi e condizioni*» lo stesso giudice sia tenuto a raggiungere quegli obiettivi «*con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento*».

In tale affermazione si rinviene il tratto caratteristico dei sistemi di *civil law* e cioè di quelli che «*non affidano al giudice di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento*».

La Corte costituzionale ha formulato alla Corte di giustizia tre quesiti.

I primi due relativi all'omessa applicazione della normativa nazionale sulla prescrizione, in conseguenza dei vincoli sovranazionali derivanti dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, come interpretati dalla sentenza della Corte di giustizia

Taricco, nei casi in cui tale omessa applicazione sia priva di una base legale determinata e l'istituto della prescrizione sia parte del diritto penale sostanziale e soggetto al principio di legalità.

Il terzo ha avuto riguardo all'applicabilità dei vincoli derivanti dalla sentenza della Corte di giustizia citata, sempre in riferimento all'omessa applicazione della normativa nazionale sulla prescrizione, anche nel caso in cui ciò sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dallo Stato membro.

La Corte di giustizia si è pronunciata con sentenza della Grande sezione 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A.S. e M.B. affermando che i principi elaborati dalla sentenza *Taricco* non possono trovare applicazione nel caso in cui la disapplicazione della normativa nazionale comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene sotto i profili della determinatezza e del divieto di retroattività, demandando all'autorità nazionale la verifica del primo profilo e, quanto al secondo, stabilendo che la *regola Taricco* non si applica ai fatti commessi prima dell'8 settembre 2015.

Il terzo quesito è stato ritenuto assorbito.

Con la pronuncia che ha deciso la questione di legittimità costituzionale sopra descritta (sentenza n. 115 del 2018), all'esito della risposta ai quesiti della Corte di giustizia, la Corte, pur ritenendola non fondata a ragione dell'inapplicabilità della *regola* dettata dalla sentenza *Taricco* ai giudizi *a quibus*, ha evidenziato la contrarietà della disciplina derivante dalla stessa sentenza al principio di determinatezza in materia penale.

Appare, inoltre, significativo il richiamo al passaggio della sentenza n. 364 del 1988 nella quale è stato affermato che le interpretazioni della legge non possono surrogarsi alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «*la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione*».

Sul medesimo principio si deve ricordare quanto, più di recente ribadito da Corte cost. n. 98 del 2021 con la quale è stato affermato che «*il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale: corollari posti a tutela sia del principio "ordinamentale" della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti, nonché - evidentemente - tra le diverse figure di reato; sia della garanzia "soggettiva", riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d'azione*».

In tale arresto sono stati espressamente richiamate, fra le altre, l'ordinanza n. 24 del 2017 e la sentenza n. 364 del 1988.

3.2. La sentenza n. 364 del 1988.

Pare ineludibile, nella materia di interesse, un serrato ed effettivo confronto con le fondamentali affermazioni della pronuncia che ha segnato l'affermazione del moderno principio costituzionale di colpevolezza (unitamente alla, pressoché

coeva, sentenza n. 1085 del 1988) declinandone il fondamento per come delineato dalle disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 25, comma secondo, 27, commi primo e terzo e 73, comma terzo, Cost.

E' sin dalle domande iniziali poste nella sentenza che si coglie la rilevanza di sistema del tema sottoposto all'esame del giudice costituzionale: *«a che vale richiedere come essenziale requisito subiettivo (minimo) d'imputazione uno specifico rapporto tra soggetto ed evento, tra soggetto e fatto, quando ogni "preliminare" esame delle relazioni tra soggetto e legge e, conseguentemente, tra soggetto e fatto considerato nel suo "integrale" disvalore antiggiuridico viene eluso? E come è possibile risolvere i quesiti attinenti alla c.d. costituzionalizzazione (salve le osservazioni che, in proposito, saranno prospettate in seguito) del principio di colpevolezza, intesa quest'ultima come relazione tra soggetto e fatto, quando, non "rimuovendo" il principio d'assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale, sancito dall'art. 5 c.p., vengono "stroncate", in radice, le indagini sulle metodiche d'incriminazione dei fatti e quelle sulla chiarezza e riconoscibilità dei contenuti delle norme penali nonché sulle "certezze" che le norme penali dovrebbero assicurare e, pertanto, sulle garanzie che, in materia, di libertà d'azione, il soggetto attende dallo Stato?»*

Secondo la lettura della Corte costituzionale, *«il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente sono per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto».*

Nel contesto dell'affermata necessità, quale presupposto della responsabilità penale, della *«rimproverabilità»* della condotta (siccome giustificativa della necessità di rieducazione alla quale è volta la pena a norma del terzo comma dell'art. 27 Cost.), è stata affermata l'indispensabilità della *«conoscibilità»* del precetto penale.

Sul punto, la Corte ha affermato che l'art. 27, commi primo e terzo, Cost., *«statuendo la necessità di considerazione qualche relazione psicologica del soggetto con il disvalore giuridico del fatto, si riconnette, infatti ai principi di fondo della convivenza democratica a termini dei quali, del quale operazione così come il cittadino è tenuto a rispettare l'ordinamento democratico, quest'ultimo, è tale in quanto sappia porre i privati in grado di comprenderlo senza comprimere la loro sfera giuridica con divieti non riconoscibili ed interventi sanzionatori non prevedibili»*, concludendo che *«l'art. 5 c.p. rende incostituzionale tutto il sistema ordinario in materia di colpevolezza, in quanto sottrae a questa l'importantissima materia del rapporto tra soggetto e legge penale e, conseguentemente, tra soggetto e coscienza del significato illecito del fatto».*

Fra gli innumerevoli passaggi che costituiscono il fondamento del volto costituzionale della colpevolezza penale, va anche segnalato quello conclusivo con il quale è stato precisato che l'art. 5 cod. pen., se interpretato in termini di irrilevanza totale dell'ignoranza della legge penale viola *«lo spirito stesso dell'intera Carta fondamentale ed i suoi essenziali principi ispiratori. Far sorgere l'obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell'agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale e dell'illiceità del fatto, sottoporre il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all'ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare*

la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati».

Nell'indicare i criteri ed i parametri in base ai quali stabilire l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale, la Corte ha indicato la mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa per assoluta oscurità del testo legislativo, così come il «gravemente caotico (...) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari».

Il tutto valutato alla luce della particolare cognizione soggettiva del soggetto agente.

Sul punto la Corte ha rinviato ai principi generali elaborati in punto di responsabilità a titolo di colpa e di buona fede nelle contravvenzioni.

4. La giurisprudenza delle Sezioni penali della Corte di cassazione.

Nell'analisi della giurisprudenza delle Sezioni penali, si seguirà il medesimo schema sinora adottato, segnalando come il numero delle decisioni che riguardano la questione esaminata sia, senz'altro, minore ma anche come, negli ultimi anni, anche a seguito di sentenze delle Sezioni Unite che sono intervenute su questioni di particolare rilievo (sia sostanziali che processuali), la Corte sia stata, più volte, sollecitata a pronunciarsi su temi che intersecano la questione del *prospective overruling*.

4.1. Le Sezioni Unite.

Sez. U, n. 18288 del 21/01/2010, Beschi, Rv. 246651-01, ha enunciato il principio secondo cui «*il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata*».

La questione rimessa riguardava la portata della nozione di “medesimi elementi” di diritto, rilevante, secondo la previsione di cui all'art. 666, comma 2, cod. proc. pen., ai fini dell'ammissibilità di una seconda richiesta, da parte del condannato, di applicazione dell'indulto, già rigettato da un primo giudice e quindi se «*il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite renda ammissibile o no la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettato*».

Le Sezioni Unite si sono discostate dall'orientamento secondo cui il mutamento giurisprudenziale non rappresenterebbe un nuovo elemento di diritto, non legittimando, dunque, la riproposizione di un'istanza respinta già da un primo giudice e la rimozione della preclusione del cd. giudicato esecutivo, non potendo essere assimilabile al mutamento di un dato normativo.

E' stato evidenziato l'obbligo «*del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*».

Il limite di cui all'art. 666, comma 2, cod. proc. pen. inibisce la reiterazione *in executivis* di una richiesta basata sui “medesimi elementi” di altra già rigettata da un primo giudice.

Nel caso in esame, tuttavia, pur essendo la situazione di fatto rimasta immutata, l'elemento di novità era rappresentato da una decisione delle Sezioni Unite che, in materia di indulto, si era espressa in senso negativo rispetto all'orientamento giurisprudenziale fino ad allora prevalente.

Ad avviso delle Sezioni Unite, si rende necessaria un'interpretazione sistematica dell'art. 666, comma 2, cod. proc. pen., alla luce del principio di legalità penale disciplinato dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il principio convenzionale di legalità è inteso in ambito europeo in senso "allargato", cioè in considerazione delle differenze intercorrenti, quanto al sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di *common law* e *civil law*; al principio convenzionale di legalità è estraneo il principio di separazione del potere legislativo da quello giudiziario e questo si evince anche dall'esplicito riferimento della norma non soltanto alla legge, ma anche al diritto.

La giurisprudenza di Strasburgo ha, in tal modo, riconosciuto al giudice nazionale il ruolo fondamentale di fissare i contenuti dei precetti che prevedono sanzioni penali.

Con sentenze del 2009 (caso *Scoppola c./Italia* e *Previti c./Italia*), i giudici sovranazionali hanno, infatti, evidenziato come il testo di una legge, in quanto articolato da formule più o meno vaghe, possa essere soggetto a diverse interpretazioni e applicazioni in base al caso concreto; da qui la necessità di un'interpretazione giudiziaria, operata secondo l'evoluzione progressiva del diritto penale.

Secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, dunque, è necessario che il potere giudiziario e quello legislativo stabiliscano "*una relazione di tipo concorrenziale*" nell'individuazione del contenuto applicativo della norma, realizzabile grazie alla convergenza da un lato, dell'analisi del dato testuale e, dall'altro, dalla sua concreta applicazione.

La giurisprudenza nazionale ha, pertanto, il compito di integrare la formula della norma penale, necessariamente generica, al fine di rendere agevolmente riconoscibile il contenuto del precetto penale.

A rilevare non è tanto l'esatta previsione legislativa, bensì come la disposizione "vive" e viene interpretata ed applicata.

La posizione assunta dalla Corte europea converge, inoltre, con quanto affermato dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 276 del 1974, si era già soffermata sulla portata e sui margini di legalità del cd. "diritto vivente", stabilendo come sia proprio ad esso che il giudice delle leggi debba far riferimento per definire l'oggetto del sindacato di costituzionalità, valorizzando l'interpretazione della norma fornita dai giudici ordinari.

I giudici della Corte Costituzionale hanno evidenziato la correlazione che intercorre tra la nozione di "diritto vivente" e quella di "giurisprudenza consolidata", riferendosi, in particolar modo, alle pronunce della Corte di cassazione, per il compito di nomofilachia ad essa demandato.

È, pertanto, necessario il riconoscimento, in capo ai giudici di legittimità, di un margine di discrezionalità che permetta loro, partendo sempre dal dato positivo, la

precisazione del contenuto in ragione della applicazione della norma, assolvendo, in tal modo, ad una funzione integrativa della stessa.

Non ogni mutamento giurisprudenziale che attribuisce carattere di novità ad una determinata *quaestio iuris* è idoneo a superare la preclusione di cui all'art. 666, comma 2, cod. proc. pen., incontrandosi il limite della nuova interpretazione *contra reum* di norme sostanziali in quanto il superamento di tale limite equivarrebbe a violare il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli al reo, riconosciuto tanto dalla legge nazionale *ex* art. 25 Cost. e art. 2 cod. pen., quanto dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Altro intervento delle Sezioni Unite penali rilevante ai fini che qui rilevano si è registrato con Sez. U, n. 51815 del 31/05/2018, M., Rv. 274087-01, che, nell'affermare il principio per cui «*ai fini dell'integrazione del reato di produzione di materiale pedopornografico, di cui all'art. 600-ter, comma 1, cod. pen., non è richiesto l'accertamento del concreto pericolo di diffusione di detto materiale*», si è posta il problema del superamento del contrario indirizzo di cui alla sentenza Sez. U, n. 13 del 31/05/2000, B., Rv. 216337-01, che, invece, postulava, l'esistenza di un concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto.

Rispondendo alla sollecitazione proveniente dalla Sezione remittente in ordine all'eventuale configurabilità, nel caso di specie, di un *overruling in malam partem*, le Sezioni Unite, riprendendo quanto affermato dalla sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale, hanno evidenziato come il diritto vivente non possa avere la stessa funzione della legge e, conseguentemente, non sia idoneo a mettere in discussione il giudicato.

Di particolare interesse il passaggio della motivazione a pag. 23 laddove, prendendo in considerazione quanto sostenuto da Sez. U, *Beschi*, le Sezioni Unite hanno segnalato come le, apparentemente diverse, conclusioni alle quali sono pervenute la Corte costituzionale e il massimo organo nomofilattico possano conciliarsi in ragione del fatto che altro è il riferimento alle preclusioni di cui alla sentenza delle Sezioni Unite, altro quello al giudicato vero e proprio operato dalla Corte costituzionale.

Si tratta solo di un breve cenno rispetto a un tema che, nell'economia della decisione, ha assunto un ruolo piuttosto secondario.

Peraltro, ogni questione relativa all'eventuale problematica connessa all'efficacia retroattiva di interpretazioni innovative peggiorative, è stata risolta, nel caso concreto, anche in ragione della particolarità della fattispecie, tenuto conto dell'ormai generalizzato pericolo di diffusione del materiale realizzato utilizzando minorenni con gli strumenti tecnologici di riproduzione e di comunicazione telematica.

La prevedibilità del mutamento giurisprudenziale è stata affermata in quanto strettamente connessa all'evoluzione della tecnologia.

Sez. U, n. 8544 del 24/10/2019, dep. 2020, Genco, Rv. 278054-01, nel decidere la questione della eventuale portata generale dei principi affermati dalla sentenza della CEDU del 14 aprile 2015 sul caso *Contrada* e, in particolare, della loro possibile estensione «*nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella*

medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna» e, nel caso di risposta positiva, dell'individuazione del rimedio applicabile, ha affermato che «in tema di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, i principi enunciati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, non si estendono a coloro che, pur trovandosi nella medesima posizione, non abbiano proposto ricorso in sede europea, in quanto la richiamata decisione del giudice sovranazionale non è una sentenza pilota e non può neppure ritenersi espressione di un orientamento consolidato della giurisprudenza europea».

Il complesso e articolato percorso motivazionale seguito dalla Corte in tale arresto si è snodato attraverso molteplici livelli, a partire dall'analisi, nel dettaglio, della decisione della CEDU sul caso Contrada e le ragioni che ne escludono la natura di sentenza, così detta, *pilota*, e quindi dotata di una sorta di efficacia generale.

La Corte ha sostanzialmente dissentito, nel merito, dalle conclusioni alle quali è pervenuta la Corte europea segnalandone i profili di incompatibilità con le norme sostanziali di diritto interno che delineano la fattispecie criminosa rilevante, ossia il concorso esterno nel delitto di associazione mafiosa e ciò anche sulla base di plurime sentenze della Corte di cassazione su vicende processuali assimilabili a quelle del caso Contrada, oggetto di una decisione unica anche nel panorama della giurisprudenza sovranazionale e, quindi, non espressione di un «*diritto consolidato*».

Il profilo che più rileva in questa sede è, senz'altro, quello della rilevanza del diritto di creazione giurisprudenziale, tenuto conto dell'affermazione, potenzialmente destrutturante per tutte le sentenze di condanna per concorso esterno pronunciate per fatti commessi prima di Sez. U, *Demistry* del 1994, secondo cui, alla stessa stregua della norma penale incriminatrice, non potrebbe avere efficacia retroattiva un mutamento giurisprudenziale *in malam partem*.

Le Sezioni Unite hanno messo in evidenza come «*in numerose pronunce, sia precedenti, che successive a quella resa nei confronti del Contrada, è accolta la concezione soggettiva della prevedibilità, apprezzata in riferimento ad attività professionali, qualifiche ed esperienze individuali, dalle quali si è ricostruito il dovere per l'imputato, nonché la materiale possibilità, di conoscere l'illiceità penale dei comportamenti che aveva in animo di tenere, nonostante la relativa proibizione non fosse stata ancora trasfusa in un testo normativo come fosse stata oggetto di precedenti interpretazioni giudiziali (...). In altre situazioni la Corte europea ha fatto ricorso, non al patrimonio di conoscenze personali del soggetto giudicato, ma al dato formale del contenuto precettivo della legge, puntuale e determinato e dell'interpretazione giudiziale già formatasi in precedenza (...). In altre ancora è stata oggetto di valutazione l'evoluzione della considerazione sociale del comportamento come antiggiuridico, ritenendo prevedibile l'incriminazione persino se in contrasto con un testo normativo dal tenore liberatorio e pur in assenza di indicatori orientativi oggettivi (...)*».

A tale proposito hanno, tra l'altro, richiamato una sentenza (Corte EDU, 22/11/1995, S.W. c. Regno Unito) con la quale è stato affermato che «*l'articolo 7 della Convenzione non può essere inteso nel senso che pone fuori dal quadro convenzionale la graduale chiarificazione delle regole relative alla responsabilità penale attraverso l'interpretazione giudiziale, in relazione ai casi concreti, quante volte lo sviluppo conseguente sia coerente con l'essenza dell'incriminazione e possa essere ragionevolmente previsto*».

Si tratta di decisione alla quale sono seguite altre sentenze, sostanzialmente, conformi della Corte europea.

Ciò ha fatto concludere alle Sezioni Unite che la decisione del caso Contrada non possa ritenersi vincolante per il giudice nazionale, al di fuori dello specifico caso risolto e che *«non consente di affermare in termini generalizzati l'imprevedibilità dell'incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa per tutti gli imputati italiani condannati per avere commesso fatti agevolativi di un siffatto organismo criminale prima della sentenza Demitry e che non abbiano adito la Corte europea, ottenendo a loro volta una pronuncia favorevole»*.

Ciò che più interessa in questa sede, tuttavia, è il passaggio successivo in cui le Sezioni Unite hanno negato anche l'esportabilità dei principi affermati dalla ricordata sentenza Contrada ai fini di una *«interpretazione convenzionalmente orientata del principio di legalità»*.

Sul punto, in primo luogo, la Corte ha escluso che la fattispecie incriminatrice di interesse possa ritenersi di esclusiva *«creazione giurisprudenziale»*, tenuto conto della base legislativa dalla quale è partita l'interpretazione delle Sezioni Unite Demitry.

Interessano, in particolare, i passaggi della motivazione che instaurano un collegamento tra la fonte dalla quale origina la fattispecie incriminatrice (la legge e l'interpretazione giurisprudenziale) e i profili della comprensione, della conoscenza e dell'atteggiamento soggettivo dell'agente.

S'intende richiamare il punto in cui le Sezioni Unite hanno precisato che *«La configurabilità come reato del concorso esterno in associazione mafiosa non è stato l'esito di operazioni ermeneutiche originali e svincolate dal dato normativo, operate dalla giurisprudenza di legittimità ex abrupto in termini innovativi rispetto allo spettro delle soluzioni praticabili già affermate; al contrario, discende dall'applicazione in combinazione di due disposizioni già esistenti nel sistema codicistico della legge scritta, pubblicata ed accessibile a chiunque, ossia degli artt. 110 e 416-bis cod. pen., la prima norma generale sul concorso di persone, la seconda avente funzione più specificamente incriminatrice ed è l'approdo di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che si era svolto in parallelo anche sul tema sulla definizione della condotta punibile di partecipazione, rientrando nell'ipotesi di cui all'art. 416-bis cod. pen.»*.

Più avanti, con riguardo ai contrasti della giurisprudenza precedente alla sentenza Demitry, si legge che: *«i contrasti interpretativi, considerati dalla Corte EDU, non avevano pregiudicato la possibilità di comprendere e conoscere la possibile punizione per le condotte agevolatrici o di rafforzamento di una formazione di stampo mafioso, ritenute integrare la fattispecie del concorso esterno, ma al contrario costituivano il fondamento giuridico di un dovere di informazione mediante qualsiasi utile accertamento, e, nella persistenza dell'incertezza, di astensione in via prudenziale e precauzionale dalla commissione di comportamenti, che vi era il rischio incorressero nella contestazione dello stesso reato, rischio tanto più percepito con chiarezza dall'agente quanto più specifico il patrimonio di conoscenze ed esperienze individuali di tipo professionale e relazionale»*.

E' stato individuato un dovere di informazione e, se del caso, di astensione dal comportamento *«rischioso»*, anche in relazione al patrimonio di esperienze individuali dell'agente.

Peraltro, assume rilievo il fatto che la soluzione della sentenza *Demiry* non sia stata tale da determinare una sorta di effetto «*a sorpresa*» o un'incriminazione del tutto eccentrica rispetto ad un panorama giurisprudenziale dissonante dalla soluzione adottata, essendo, piuttosto, quello della configurabilità del concorso esterno, come uno degli esiti plausibili della giurisprudenza di legittimità.

Proprio a tale proposito la Corte ha richiamato la giurisprudenza penale e civile di legittimità in materia di *overruling* e di *prospective overruling*, con particolare riferimento a quella che ne esclude la configurabilità nel caso in cui la soluzione offerta «*si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sé rende l'esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario*».

Peraltro, è stato segnalato come un eccessivo irrigidimento del criterio di prevedibilità dell'esito processuale in senso oggettivo derivante dall'assimilazione dell'evoluzione giurisprudenziale alla nuova disposizione di legge, precluderebbe alla Corte di cassazione l'individuazione di una soluzione esegetica sfavorevole all'imputato, ma in linea con il tenore letterale della norma con la conseguente «*limitazione dei poteri decisori del giudice di legittimità ed il vincolo del rispetto del precedente in chiara collisione col disposto dell'art. 101, comma 2, Cost., finendo per assegnare al principio di legalità un contenuto contrastante con il precetto costituzionale, che, come tale, non può essere recepito*».

A tale proposito, la Corte ha anche richiamato le considerazioni di Sez. U, *Beschi* sulla componente limitatamente (e inevitabilmente) creativa dell'interpretazione giurisprudenziale.

L'eventuale profilo di incertezza impone l'obbligo di astensione dal comportamento.

Sulla nozione di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta la Corte ha richiamato la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 cod. pen. «*nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile*».

In particolare, il passaggio in cui la Corte costituzionale ha evidenziato che l'errore può essere ritenuto inevitabile nel caso di testi di legge obiettivamente «*oscuri*», di «*irrisolti e gravi contrasti interpretativi giurisprudenziali*», di «*assicurazioni erronee delle competenti autorità pubbliche*» e di «*condizioni e conoscenze personali del singolo soggetto agente*».

E' stato, quindi affermato che «*dalla combinazione di tali parametri discende che l'ignoranza può essere inescusabile anche in presenza di un generalizzato errore sul divieto quando l'agente si rappresenta comunque la possibilità che il fatto sia antiggiuridico, mentre è inevitabile se il dubbio sia oggettivamente irrisolvibile, oppure se l'assenza di dubbio dipende da carente socializzazione della persona*».

In tale prospettiva è stata ricordata anche la sentenza della Grande Camera della Corte EDU G.I.E.M. contro Italia secondo cui l'art. 7 della Convenzione presuppone il legame morale esistente tra l'elemento oggettivo del reato e la persona che ne è considerata l'autore.

La Corte ha sottolineato la rilevanza di quanto affermato a livello sovranazionale nei termini seguenti: *«può dunque concludersi che la Corte europea ha ricondotto al principio di legalità convenzionale quella nozione di prevedibilità che la giurisprudenza costituzionale italiana aveva già riconosciuto, pur se correlata al principio di colpevolezza, in termini altrettanto funzionali per la garanzia del cittadino, ma che non possono assumere rilievo per la soluzione del caso rimesso alle Sezioni Unite: l'apprezzamento di un errore incolpevole dell'imputato, indotto dalla pretesa oscurità o incertezza del dato normativo e della sua interpretazione, dovrebbe tradursi nella rivisitazione del giudizio ricostruttivo del fatto di reato e dell'atteggiamento soggettivo dell'autore, operazione preclusa dalla già avvenuta formazione del giudicato, quindi non conducibile nella fase esecutiva, tranne che non ricorrano i presupposti di attivazione della revisione speciale di cui all'art. 630 cod. proc. pen., che nella presente vicenda non ricorrono per quanto già esposto».*

Infine, è stata richiamata la giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 secondo cui, a fronte di difformi orientamenti interpretativi, l'obbligo del soggetto è quello di astenersi dall'agire.

Così Sez. 5, n. 2506 del 24/11/2016, dep. 2017, Incardona, Rv. 269074-01; Sez. 2, n. 46669 del 23/11/2011, De Masi, Rv. 252197-01; Sez. 6, n. 6991 del 25/01/2011, Sirignano, Rv. 249451; Sez. 3, n. 28397 del 16/04/2004, Giordano, Rv. 229060-01; Sez. 3, n. 4951 del 17/12/1999, dep. 2000, Del Cuore, Rv. 216561-01.

4.2. Le Sezioni semplici.

Si registra nella giurisprudenza delle sezioni semplici una sorta di omogeneità di criteri interpretativi della rilevanza dell'*overruling*, secondo lo schema mutuato, sostanzialmente, dagli arresti delle Sezioni Unite (civili penali) sopra citate.

4.2.1. Le questioni processuali.

Un primo arresto significativo in materia processuale penale (Sez. 5, n. 13178 del 12/12/2018, dep. 2019, Galvanetti, Rv. 275623-01), si è registrato con riguardo al tema della specificità dei motivi di appello sul quale si è avuto l'intervento delle Sezioni Unite *Galtelli* in relazione al quale è stata esclusa l'applicabilità della giurisprudenza civile di legittimità, secondo cui il mutamento non prevedibile della precedente e consolidata interpretazione di una norma processuale da parte della Corte di cassazione non si applica in pregiudizio della parte che abbia incolpevolmente confidato nella precedente interpretazione (cd. "*overruling*")

La ragione di tale inapplicabilità è stata rinvenuta nella circostanza che le Sezioni Unite, con la predetta sentenza, hanno solo puntualizzato la corretta interpretazione della norma nell'ambito delle diverse letture, più o meno restrittive, sino ad allora praticate.

Nella sentenza è stato richiamato il principio secondo cui *«in tema di successione di leggi penali nel tempo non è consentita l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale più sfavorevole di una norma penale solo quando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa (Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbri e altro, Rv. 273876-01)».*

Sez. 5, n. 4455 del 14/11/2019, dep. 2020, Arafat, Rv. 278552-01, si è pronunciata sulla questione della notifica all'imputato assente della sentenza emessa all'esito di giudizio abbreviato affermando che l'adempimento non deve essere eseguito e che, in caso contrario, non produce alcun effetto sulla decorrenza del termine per impugnare.

Analogamente a quanto sostenuto nella sentenza precedentemente citata, è stato deciso che l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale esclude l'imprevedibilità della decisione giudiziale che adotti una delle soluzioni in contrasto e, quindi, l'operatività del divieto di retroattività della relativa regola giurisprudenziale, "*c.d. prospective overruling*".

In motivazione, la Corte ha richiamato sia la giurisprudenza delle Sezioni Unite civili sopra citata che il conforme precedente costituito da Sez. 5, n. 41846 del 17/05/2018, Postiglione, Rv. 275105-01, in punto di imprescrittibilità dei delitti puniti con la pena dell'ergastolo del quale si dirà in seguito.

Sez. 6, n. 10659 del 20/02/2020, Najim, Rv. 278750-01, attraverso la medesima motivazione con la quale sono stati richiamati i precedenti delle Sezioni Unite civili, ha ribadito, sullo stesso argomento, che *«l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone un imprevedibile ribaltamento dell'orientamento consolidato, che, invece, è da escludere nel caso in cui sussista un contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni unite con il recepimento di uno dei contrapposti orientamenti, anche qualora sia riconosciuto come legittimo quello più restrittivo per le facoltà e poteri processuali della parte. (Fattispecie relativa al termine di impugnazione per l'imputato assente nel giudizio abbreviato, in cui la Corte ha chiarito che il principio enunciato dalle S.U. "Sinito" trova applicazione anche relativamente alle impugnazioni proposte in precedenza)»*.

Sez. 5, n. 12747 del 03/03/2020, Rossi, Rv. 278864-01, ha affrontato il tema della configurabilità dell'*overruling* nel caso della sentenza di Sez. U, *Bajrami* in punto di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito del mutamento della persona fisica del giudicante.

Ancora una volta, richiamando i principi elaborati dalla giurisprudenza delle Sezioni civili, la Corte ha affermato che gli stessi non trovano applicazione avendo Sez. U, *Bajrami* semplicemente puntualizzato la corretta interpretazione dell'art. 525, comma 2, cod. proc. pen., *«nell'ambito delle diverse letture, più o meno restrittive, sino ad allora praticate, sistematizzando la previsione di nullità rispetto alle iniziative delle parti e ai poteri del giudice in ordine alla prova»*.

Sez. 2, n. 23306 del 21/04/2021, Saidi, Rv. 28145801, ha seguito l'identica motivazione nello statuire il principio per cui *«il mutamento non prevedibile della precedente e consolidata interpretazione di una norma processuale da parte della Corte di cassazione (cd. "overruling") non si applica in pregiudizio della parte che abbia incolpevolmente confidato nella precedente soluzione, non può essere invocato - con conseguente rimessione in termini - con riferimento a quanto affermato dalla sentenza Sez. U "Bottari" in tema di individuazione della data di presentazione rilevante ai fini della tempestività del ricorso cautelare, ai sensi dell'art. 325, comma 1, cod. proc. pen., in quanto espressione del superamento del contrasto esistente in materia con l'adesione all'orientamento giurisprudenziale prevalente»*.

Interseca il tema di interesse anche Sez. 6, n. 19429 del 03/05/2022, Schiavone, Rv. 283265-01 con la quale è stato affermato che *«non può essere fatta valere come ipotesi di revisione la inutilizzabilità sopravvenuta delle intercettazioni poste a fondamento della decisione derivante dal mutamento giurisprudenziale di cui alle Sez. U “Cavallo” del 2019, successivo all’irrevocabilità della sentenza, trattandosi del risultato di un’evoluzione esegetica, conducente ad una rivalutazione delle prove già assunte, inidoneo a travolgere il giudicato»*.

Con l’occasione la Corte ha ribadito, richiamandola espressamente, quanto affermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012 in punto di inidoneità dei mutamenti giurisprudenziali ad essere assimilati alle fonti del diritto costituendo il risultato *«di una evoluzione esegetica che non può travolgere il principio di intangibilità della res indicata, espressivo dell’esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti»*.

In questo caso la sostanziale irrilevanza dell’*overruling* giurisprudenziale è stata affermata con riguardo ai provvedimenti passati in giudicato in ragione della ritenuta non assimilabilità dei mutamenti giurisprudenziali alle modifiche normative.

4.2.2. Le questioni sostanziali.

In materia sostanziale, si assiste, come anticipato, alla identica applicazione del principio per cui, il limite all’operatività retroattiva dell’*overruling* deve ritenersi escluso nel caso in cui il mutamento giurisprudenziale sia caratterizzato dalla plausibilità dell’interpretazione in rapporto alla presenza di precedenti conformi nella giurisprudenza precedente e nella mancanza di un consolidato quadro giurisprudenziale.

In sostanza, l’interpretazione giurisprudenziale uniforme non trova limiti, al contrario di quella innovativa non prevedibile.

Ciò, almeno, in linea teorica, in quanto, dal punto di vista pratico, non si riscontrano, allo stato, casi in cui sia stata preclusa l’applicazione retroattiva dell’interpretazione giurisprudenziale sfavorevole in quanto del tutto imprevedibile.

Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406-01, in tema di delitto di cui all’art. 615-ter cod. pen., ha affermato che *«non sussiste la violazione dell’art. 7 CEDU - così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - qualora l’interpretazione della norma incriminatrice applicata al caso concreto sia ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa, atteso che l’irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone il ribaltamento imprevedibile di un quadro giurisprudenziale consolidato (c.d. overruling). (Fattispecie in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico in cui la Corte ha escluso la sussistenza di un overruling ad opera della sentenza delle Sezioni unite “Savarese” e la conseguente violazione dell’art. 7 CEDU)»*.

In particolare, dopo avere ripercorso nel dettaglio le vicende specifiche che hanno caratterizzato l’evoluzione della giurisprudenza, anche a Sezioni Unite, sul tema sostanziale di rilievo e ripercorso i punti salienti emersi in Sez. U, *Beschi*, la Corte ha affermato che, nel caso concreto, l’interpretazione di Sez. U, *Savarese*, *«non può in alcun modo qualificarsi come connotata da caratteristiche tali di dirompenza, rispetto ad un consolidato e pacifico indirizzo precedente, da poter essere ascritta al fenomeno di overruling, non solo per l’assenza di qualsivoglia incontrastato e granitico indirizzo, nel caso in esame, ma anche*

per la sua natura di pronuncia caratterizzata da quegli intrinseci elementi di mutevolezza che appartengono fisiologicamente all'esercizio della funzione di nomofilachia, il che rende palese l'assenza del carattere della imprevedibilità necessario per poter appropriatamente far ricorso alla categoria dell'overruling».

In altra significativa sentenza, sempre riferita alla medesima fattispecie di cui all'art. 615-ter cod. pen., ma ai profili di sui quali è intervenuto l'altro arresto delle Sezioni Unite, ossia la sentenza *Casani* che ha esteso l'ambito applicativo della norma, è stato affermato lo stesso principio così massimato: «*in tema di successione di leggi penali nel tempo, l'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale più sfavorevole di una norma penale solo quando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa. (Fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico, nella quale la Corte ha ritenuto insussistente la violazione dei principi convenzionali in relazione all'overruling operato dalle Sezioni Unite in epoca successiva alla condotta)*» (Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, *Fabbrizzi*, Rv. 273876-01).

La Corte ha ricordato come, a livello sovranazionale, (sentenza 22 novembre 1995, *S, W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92, Corte EDU, Grande Camera, sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09) sia stato affermato che non è consentita l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale nel caso in cui il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa.

Si tratta di orientamento affermato e ribadito nella giurisprudenza penale della Corte da Sez. 2, n. 21596 del 18/02/2016, P.G., P.C. e altro in proc. *Tronchetti Provera*, Rv. 26716401-01 e da Sez. F, n. 35729 del 01/08/2013 Rv. 256584-01.

La Corte EDU non impedisce, quindi, alla giurisprudenza nazionale di mutare il proprio orientamento nell'interpretazione di una norma legislativa, né in materia extrapenale né in materia penale ma tale mutamento deve essere ragionevolmente prevedibile dal destinatario della norma affinché lo Stato non incorra in una violazione dell'art. 6 (quanto alla materia extrapenale) e dell'art. 7 (in relazione alla materia penale).

Pertanto, «*la ragionevole prevedibilità di una interpretazione giurisprudenziale rappresenta il discrimine fra condotte che possono essere punite anche in ragione di una interpretazione che si è affermata in epoca successiva al loro compimento e condotte che debbono andare, invece, esenti da pena*» ricordando quanto, sul punto, affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 230 del 2012.

La sentenza ha concluso nel senso che «*l'interpretazione prospettata dalle Sezioni Unite con la sentenza Casani del 2011 non costituisce un novum assoluto nel panorama delle pronunzie della giurisprudenza di legittimità in tema di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico, ma si pone nel solco di un corposo e risalente orientamento giurisprudenziale da tempo affermatosi nell'ambito delle Sezioni semplici di questa Corte, per cui essa non costituisce un orientamento "non ragionevolmente prevedibile"*».

In tal senso anche Sez. 5, n. 31648 del 17/06/2016, *Falzone*.

Il principio ha trovato applicazione anche nella fattispecie della pedopornografia.

Sez. 3, n. 24220 del 22/02/2023, L., Rv. 284692-01, ha ribadito che *«in tema di produzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-ter, comma primo, n. 1, cod. pen., deve escludersi che, a seguito della sentenza delle Sezioni Unite n. 51815 del 2018, secondo cui non è richiesta la sussistenza del pericolo concreto di diffusione di tale materiale ai fini della configurabilità del reato, risulti violato l'art. 7 CEDU che, nell'interpretazione offertane dalla giurisprudenza della Corte EDU, sancisce il divieto di overruling interpretativo in malam partem, essendo l'indicato risultato ermeneutico ragionevolmente prevedibile al momento della commissione del fatto, in ragione del rapido evolversi della tecnologia funzionale alla trasmissione dei dati sul "web"»*

La sentenza ha evidenziato come sia stata la stessa Sez. U, n. 51815 del 2018, cit. ad escludere che l'arresto adottato costituisse un *overruling sfavorevole* «essendo ormai generalizzato (...) il pericolo di diffusione del materiale realizzato utilizzando minorenni; con la conseguenza che l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale».

Più precisamente, con riferimento al profilo della prevedibilità, Sez. 3, n. 46184 del 23/11/2021, M., Rv. 282238-01, ha ribadito che *«in tema di successione di leggi penali nel tempo, l'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale più sfavorevole di una norma penale solo quando il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile al momento della commissione del fatto. (Fattispecie di pornografia minorile, in cui la Corte ha ritenuto insussistente la violazione dei principi convenzionali in relazione all'overruling operato dalle Sezioni Unite, con sentenza n. 51815 del 2018, in epoca successiva alla condotta)»*.

In motivazione ha evidenziato che il mutamento giurisprudenziale del 2018, rispetto all'arresto contrario di cui a Sez. U, n. 13 del 31/05/2000, B., Rv. 216337-01, che richiedeva, per l'integrazione del reato, il concreto pericolo di diffusione del materiale pedopornografico, alla luce delle modifiche apportate alla fattispecie criminosa per effetto della legge 6 febbraio 2006, n. 38 e della legge 1 gennaio 2012, n. 172, era concretamente prevedibile.

Altro arresto significativo è costituito da Sez. 5, n. 41846 del 2018, cit., con la quale è stato deciso, in coerenza con quanto sin qui esposto, che *«l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale esclude l'imprevedibilità della decisione giudiziale che adotti una delle soluzioni in contrasto, ancorché minoritaria, e correlativamente esclude l'operatività del divieto di retroattività della relativa regola giurisprudenziale. (Fattispecie in tema di imprescrittibilità dei delitti punibili in astratto con la pena dell'ergastolo commessi prima della modifica dell'art. 157 cod. pen. per effetto della legge 5 dicembre 2005, n. 251, in cui la S.C. ha affermato che il principio posto dalle S.U. "Trubia" non costituisce un overruling, essendo, invece, espressione del superamento del contrasto esistente in materia, con l'adesione all'orientamento giurisprudenziale più rigoroso e risalente nel tempo)»*.

Si tratta di orientamento del tutto sovrapponibile ai precedenti quanto ai richiami alle sentenze delle Sezioni Unite civili, della Corte costituzionale (sentenza n. 230 del 2012) e delle Sezioni penali in relazione alla individuazione della imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale quale limite all'applicazione retroattiva del medesimo.

Sez. 3, n. 32469 del 01/06/2023, Stea, Rv. 284904-01, ha enunciato il principio secondo cui *«in tema di reati edilizi, non può essere revocata, ex art. 673 cod. proc. pen., la sentenza che abbia dichiarato estinta per prescrizione la contravvenzione di lottizzazione abusiva e disposto contestualmente la confisca delle opere ad essa relative nel caso in cui, in assenza di “abolitio criminis” derivante da abrogazione o da declaratoria di illegittimità costituzionale della norma, si verifichi un mutamento dell’orientamento giurisprudenziale affermato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione o dalla Corte EDU»*.

E' stata fatta sostanziale applicazione di quanto deciso dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012 che ha ricevuto ulteriore conferma in altri arresti della giurisprudenza di legittimità.

S'intende fare riferimento, in particolare a Sez. 7, n. 10458 del 25/01/2019, Petullà, Rv. 276294-01, *«in tema di esecuzione, la sentenza di condanna passata in giudicato non può essere revocata, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., nell'ipotesi in cui, in assenza di innovazione legislativa ovvero di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale di una disposizione rimasta invariata, in quanto lo stesso non determina alcun effetto abrogativo della disposizione interpretata anche se trovi fondamento in una sentenza della Corte EDU, dai cui enunciati non consegue “ex se” alcuna diretta incidenza sulle fattispecie incriminatrici»*.

In tal senso anche Sez. 1, n. 11076 del 15/11/2016, dep. 2017, Bibo, Rv. 269759-01; Sez. 1, n. 20476 del 24/04/2014, Preziosi, Rv. 259919-01; Sez. 1, n. 13411 del 21/02/2013, Arpaia, Rv. 255364-01; Sez. 1, n. 27121 del 11/07/2006, Aliseo, Rv. 235265-01; Sez. 1, n. 27858 del 13/07/2006, Mocali, Rv. 234978-01.

La recente **Sez. 1, n. 40045 del 24/05/2023, Picozzi, Rv. 285054-01** affermando che *«in tema di rimedi risarcitori nei confronti di soggetti detenuti o internati previsti dall'art. 35-ter ord. pen., la decisione delle Sezioni Unite “Commisso”, in punto di spazio detentivo minimo, non costituisce mutamento giurisprudenziale favorevole, idoneo a superare la preclusione determinata dalla definitività del provvedimento esecutivo, in quanto recepisce i criteri elaborati, in precedenza, dalla prevalente giurisprudenza in materia»*, ha praticamente esteso i principi elaborati in tema di *overruling in malam partem* anche ai mutamenti giurisprudenziali favorevoli in funzione della loro idoneità a sovvertire i provvedimenti esecutivi ormai definitivi.

Non pare che l'arresto si ponga in termini del tutto coincidenti con Sez. U, Beschi, pure richiamata in motivazione che, come sopra esposto, ha individuato nel mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* un elemento idoneo a sovvertire la preclusione del giudicato esecutivo.

In materia di misure di prevenzione, Sez. 1, n. 35756 del 30/05/2019, Arona, Rv. 278481-01 ha enunciato il principio secondo cui *«in tema di confisca di prevenzione, il diverso indirizzo giurisprudenziale consolidatosi successivamente al provvedimento definitivo, anche se sancito dalle Sezioni Unite, non costituisce “fatto nuovo” rilevante ai fini della revoca “ex*

tunc” della misura, ai sensi dell’art. 7 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, non traducendosi nella modifica delle disposizioni di legge che regolano la specifica materia».

Con tale sentenza è stato ritenuto che non è consentita la revoca della confisca definitiva in ragione dell’evoluzione giurisprudenziale relativa alla correlazione temporale tra pericolosità e acquisizione dei beni (Sez. U *Spinelli*).

Si tratta di decisione conforme a Sez. 1, n. 10579 del 29/01/2020, Failla, non mass. nella quale la questione dell’applicazione del sopravvenuto orientamento giurisprudenziale in funzione della revoca della confisca ai sensi dell’art. 7 legge 27 dicembre 1956, n. 1423 è stata decisa con l’argomentazione secondo cui «un orientamento giurisprudenziale, anche se sancito dalle Sezioni Unite, non equivale a una normativa sopravvenuta».

5. Osservazioni conclusive.

Allo stato della descritta evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione, possono trarsi, le seguenti osservazioni conclusive.

La Corte di cassazione opera una lettura sostanzialmente uniforme, secondo parametri di valutazione omogenei, sia nella materia processuale che in quella sostanziale.

Sembra indispensabile sgombrare il campo dai mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem* per i quali, alla luce del principio di diritto affermato da Sez. U, *Beschi*, non pare sussistano ragionevoli dubbi sull’applicazione retroattiva, benché qualche perplessità residua, ancora, in ordine alla possibilità di superare alcune preclusioni (mentre si esclude l’idoneità al superamento del giudicato).

Ricorrendo al presupposto della prevedibilità del mutamento giurisprudenziale quale criterio guida per affermarne l’operatività retroattiva, si è ancorato tale parametro, per quanto riguarda le sentenze delle Sezioni Unite, alla presenza, nella giurisprudenza ad esse precedente, dell’orientamento espresso dall’organo nomofilattico.

Il rischio di tale approccio, tuttavia, è quello di depotenziare l’affermazione di principio sulla tutelabilità dell’affidamento, quanto meno per quei casi (invero, i più frequenti) in cui le Sezioni Unite, pronunciando a seguito di contrasti effettivi nella giurisprudenza di legittimità, decidono aderendo ad uno degli orientamenti preesistenti.

In questi casi non ricorre mai, secondo i parametri sin qui seguiti e sopra ampiamente illustrati, il requisito dell’imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale, per cui l’affermazione per la quale l’applicazione retroattiva è preclusa nel caso di imprevedibilità dell’arresto giurisprudenziale rischia di tradursi in una mera affermazione di principio priva di risvolto pratico.

La giurisprudenza può mutare il proprio indirizzo, ma tale mutamento deve essere ragionevolmente prevedibile dal destinatario della norma, affinché lo Stato non incorra nella violazione dell’art. 7 CEDU (in materia penale) o dell’art. 6 (in materia extra penale).

Il criterio della prevedibilità viene applicato secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza civile sul *prospective overruling*.

A conclusioni sostanzialmente sovrapponibili si perviene nella materia sostanziale nella quale, a differenza di quanto accade nella giurisprudenza civile, si afferma l'astratta non retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, salvo verificare che, in pratica, il principio non risulta avere trovato mai concreta applicazione.

Nel settore penale l'esigenza di porre al riparo da improvvisi mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* riguarda anche il tema della certezza del diritto sostanziale e dell'affidamento incolpevole rispetto alla punibilità di determinate condotte.

Più volte si è posto il problema di risolvere la questione (con risultati sempre negativi) della collocazione del «diritto vivente» nell'alveo della disciplina penale sostanziale anche allo scopo di affermare, con sufficiente autorevolezza, il principio (più volte declamato a livello sovranazionale) della prevedibilità delle decisioni giudiziarie sul quale ci si è soffermati ampiamente in precedenza.

Si tratta di profili di rilievo in quanto funzionali a garantire l'equilibrio tra l'affermazione, prevalente, secondo cui l'operazione di interpretazione giudiziale assume un significato di natura dichiarativa e, dunque, necessariamente retroattiva, e le garanzie dei principi di sicurezza giuridica e tutela dell'affidamento.

L'esigenza è quella di rendere prevedibile la regolamentazione complessiva del caso concreto (che comprende anche la decisione giudiziale sul medesimo) in termini tali da assicurare la comprensibilità e la concreta "osservabilità" del dato normativo che viene integrato dalla pronuncia giurisprudenziale.

Sul punto, diffusamente con ampi richiami, Relazione di questo Ufficio n. 110 del 2018.

D'altro canto, vanno tenute in debita considerazione le perplessità sollevate da una parte della dottrina proprio con riferimento al concetto di «prevedibilità della decisione giudiziale», definito quale strumento «tanto forte nella sua idealità finalistica, quanto (...) debole e difficile da maneggiare quale criterio di valutazione di una norma specifica» e del quale sono state messe in evidenza le difficoltà applicative dovute alla esatta individuazione del parametro al quale ancorare la prevedibilità e all'oggetto della stessa.

Alcuni Autori hanno, piuttosto, auspicato un recupero del criterio della prevedibilità delle decisioni giudiziarie sotto il profilo dell'elemento soggettivo del reato.

L'elaborazione propone la valorizzazione della rilevanza dell'ignoranza inescusabile quale causa di giustificazione determinata anche dal mutamento della giurisprudenza o dalla presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

L'obiettivo di porre al riparo dai mutamenti imprevedibili della giurisprudenza potrebbe, secondo tale lettura, essere perseguito attraverso il recupero, in termini coerenti con quanto prospettato sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, per tale via, della rilevanza del mutamento della risposta sanzionatoria dello Stato rispetto alla medesima condotta, fermo restando che la soluzione dell'eventuale rilevanza dei precedenti ai predetti fini non presuppone l'equiparabilità della fonte di origine giurisprudenziale a quella normativa.

Si tratta di prospettiva che è radicata nella dottrina penalistica e che è stata autorevolmente affermata nel momento in cui si è preteso di dare rilievo, proprio ai fini della consapevolezza dell'illiceità penale della condotta alla «possibilità di conoscere» ancorando l'impossibilità della conoscenza rilevante ai fini della esclusione della responsabilità alla provenienza di informazioni da «fonte qualificata e ragionevole».

Il tema è, quindi, quello dell'oggetto dell'ignoranza inevitabile nel contesto del “nuovo” art. 5 cod. pen. (il significato di «legge penale») e della possibile inclusione dei mutamenti giurisprudenziali fra quegli elementi che determinano un possibile difetto di cognizione della punibilità, in concreto, del fatto.

Sul punto, comunque, per completezza si segnala che anche in tema di rapporto tra detti mutamenti e rilevanza dell'ignoranza inescusabile, si registra un orientamento in termini piuttosto restrittivi teso a imporre l'obbligo di astensione dalla condotta a fronte di pronunce giurisprudenziali contrastanti.

Per completezza si ricordano le decisioni con le quali è stato affermato quanto segue: «L'esclusione di colpevolezza per errore di diritto dipendente da ignoranza inevitabile della legge penale può essere giustificata da un complessivo e pacifico orientamento giurisprudenziale che abbia indotto nell'agente la ragionevole conclusione della correttezza della propria interpretazione del disposto normativo. Ne consegue che in caso di giurisprudenza non conforme o di oscurità del dettato normativo sulla regola di condotta da seguire non è possibile invocare la condizione soggettiva di ignoranza inevitabile, atteso che, in caso di dubbio, si determina un obbligo di astensione dall'intervento, con l'espletamento di qualsiasi utile accertamento volto a conseguire la corretta conoscenza della legislazione vigente in materia» (Sez. 3, n. 28397 del 16/04/2004 Rv. 229060-01); «L'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale; al contrario, il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale, all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga tale incertezza, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità. (Fattispecie in tema di omessa comunicazione di variazioni patrimoniali da parte di sottoposti a misure di prevenzione, in cui l'imputato, che aveva compiuto atti dispositivi dei propri beni tramite atto notarile senza darne comunicazione, aveva invocato l'esclusione del dolo del reato per il fatto che, a suo dire, la giurisprudenza del locale Tribunale non era uniforme sull'obbligo di comunicazione delle variazioni compiute con atto pubblico, avendolo dapprima escluso, salvo ritenerlo poi sussistente in base ad un orientamento più rigoroso, affermatosi solo successivamente agli atti dispositivi posti in essere)» (Sez. 5, n. 2506 del 2016, dep. 2017, cit.; Sez. 2, n. 46669 del 2011, cit.; Sez. 6, n. 6991 del 2011, cit.).

Appare senz'altro di rilievo, la lettura proposta da una parte della dottrina che, in termini più diretti sull'oggetto del presente approfondimento, mette in evidenza le differenti prospettive nelle quali potrebbe rilevare il *prospective overruling* nel diritto civile e in quello penale: nel primo caso, infatti, il mutato assetto giurisprudenziale interviene nel contesto della disciplina di rapporti tra privati, nel secondo le parti

contrapposte non sono portatici di interessi della medesima natura, non potendosi ritenere tali quello della pubblica accusa e quello dell'imputato.

In tal caso, la retroattività della svolta giurisprudenziale sfavorevole «sarebbe potenzialmente in violazione della garanzia dell'imputato».

Un profilo suscettibile di approfondimento è, inoltre, costituito dalle modifiche normative che si sono succedute negli ultimi anni e che hanno inteso potenziare e salvaguardare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

Si tratta delle disposizioni normative già indicate in premessa e volte a supportare e implementare il ruolo della Corte come soggetto istituzionalmente vocato alla creazione del «diritto vivente».

Probabilmente, quindi, l'idea del «diritto giurisprudenziale» (anche a Sezioni Unite) dell'epoca in cui la Corte costituzionale ha pronunciato la sentenza n. 230 del 2012 andrebbe confrontata con la conformazione attuale del giudizio e del provvedimento di legittimità.

Il potenziamento, anche attraverso lo snellimento del procedimento in ragione dell'elevato numero di giudizi pendenti e definiti, ha determinato un mutato assetto della Corte di cassazione tale da incidere sull'interpretazione del ruolo che l'ordinamento assegna, pur nella immutata cornice dell'art. 65 ord. giud., al giudizio di legittimità.

Conforta tale prospettazione quanto è stato autorevolmente osservato circa la natura, ormai, «non appagante» della lettura del precedente come elemento dotato di sola efficacia «persuasiva».

Pare plausibile interrogarsi sulla possibilità che in tale quadro di sempre maggiore qualificazione, autorevolezza e vincolatività del precedente giurisprudenziale (specie se proveniente dalle Sezioni Unite e anche tenuto conto del moltiplicarsi di fattispecie penalmente rilevanti ben oltre i, così detti, «delitti naturali») i risultati ai quali è pervenuta l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità e anche della Corte costituzionale siano destinati ad una futura revisione.

Coniugare la lettura costituzionalmente orientata della colpevolezza recuperando i principi affermati dalla sentenza della Corte costituzionale sull'art. 5 cod. pen., adattandoli anche alle nuove forme di conoscenza e di informazione anche delle linee interpretative della (sempre più autorevole) giurisprudenza di legittimità non porterebbe a stravolgere i principi della legalità penale e ad equiparare il diritto giurisprudenziale alla fonte normativa ma a portare a compimento uno degli obiettivi demandati agli interpreti con la sentenza n. 364 del 1988.

Indice delle sentenze citate

Giurisprudenza civile

Sez. U civ., n. 15144 dell'11/07/2011, Rv. 617905-01;
Sez. U civ., n. 17402 del 12/10/2012, Rv. 623574-01;
Sez. 6 - L, n. 12521 del 04/06/2014, Rv. 631039-01;
Sez. U, n. 13676 del 16/06/2014, Rv. 631443-01;
Sez. U, n. 23675 del 06/11/2014, Rv. 632844-01;
Sez. 6 - 5, n. 15530 del 27/07/2016, Rv. 640763-01;
Sez. L, n. 7833 del 29/03/2018, Rv. 648040-01;
Sez. 2, n. 11300 del 10/05/2018, Rv. 648098-01;
Sez. U civ., n. 4135 del 12/02/2019, Rv 652852-02;
Sez. L, n. 27555 del 02/12/2020, Rv. 659798-01;
Sez. L, n. 552 del 14/01/2021, Rv. 660089-01;
Sez. L, n. 28967 del 27/12/2011, Rv. 620029-01;
Sez. 3, n. 3436 del 03/02/2023, Rv. 66716-01;
Sez. L, n. 5962 del 11/03/2013, Rv. 625840-01;
Sez. 1, n. 10018 del 14/04/2023, Rv. 667495-01;
Sez. 2, n. 11659 del 04/05/2023, Rv. 667768-01;
Sez. 1, n. 13685 del 18/05/2023, Rv. 667905-01.

Giurisprudenza penale

Sez. 3, n. 4951 del 17/12/1999, dep. 2000, Del Cuore, Rv. 216561-01;
Sez. U, n. 13 del 31/05/2000, B., Rv. 216337-01;
Sez. 3, n. 28397 del 16/04/2004, Giordano, Rv. 229060-01;
Sez. U, n. 18288 del 21/01/2010, Beschi, Rv. 246651-01;
Sez. 6, n. 6991 del 25/01/2011, Sirignano, Rv. 249451-01;
Sez. 2, n. 46669 del 23/11/2011, De Masi, Rv. 252197-01;
Sez. 1, n. 13411 del 21/02/2013, Arpaia, Rv. 255364-01;
Sez. F, n. 35729 del 01/08/2013 Rv. 256584-01;
Sez. 3, n. 28397 del 16/04/2004 Rv. 229060-01;

- Sez. 1, n. 20476 del 24/04/2014, Preziosi, Rv. 259919-01;
- Sez. 2, n. 21596 del 18/02/2016, P.G., P.C. e altro in proc. Tronchetti Provera, Rv. 267164-01;
- Sez. 5, n. 31648 del 17/06/2016, Falzone, non mass;
- Sez. 1, n. 27121 del 11/07/2006, Aliseo, Rv. 235265-01;
- Sez. 1, n. 27858 del 13/07/2006, Mocali, Rv. 234978-01;
- Sez. 1, n. 11076 del 15/11/2016, dep. 2017, Bibo, Rv. 269759-01;
- Sez. 5, n. 2506 del 24/11/2016, dep. 2017, Incardona, Rv. 269074-01;
- Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876-01;
- Sez. 5, n. 41846 del 17/05/2018, Postiglione, Rv. 275105-01;
- Sez. U, n. 51815 del 31/05/2018, M., Rv. 274087-01;
- Sez. 1, n. 35756 del 30/05/2019, Arona, Rv. 278481-01;
- Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406-01;
- Sez. 7, n. 10458 del 25/01/2019, Petullà, Rv. 276294-01;
- Sez. 5, n. 13178 del 12/12/2018, dep. 2019, Galvanetti, Rv. 275623-01;
- Sez. U, n. 8544 del 24/10/2019, dep. 2020, Genco, Rv. 278054-01;
- Sez. 5, n. 4455 del 14/11/2019, dep. 2020, Arafat, Rv. 278552-01;
- Sez. 1, n. 10579 del 29/01/2020, Failla, non. m.;
- Sez. 6, n. 10659 del 20/02/2020, Najim, Rv. 278750-01;
- Sez. 5, n. 12747 del 03/03/2020, Rossi, Rv. 278864-01;
- Sez. U, n. 13 del 31/05/2000, B., Rv. 216337-01;
- Sez. 2, n. 23306 del 21/04/2021, Saidi, Rv. 281458-01;
- Sez. 3, n. 46184 del 23/11/2021, M., Rv. 282238-01;
- Sez. 6, n. 19429 del 03/05/2022, Schiavone, Rv. 283265-01;
- Sez. 3, n. 24220 del 22/02/2023, L., Rv. 284692-01;
- Sez. 1, n. 40045 del 24/05/2023, Picozzi, Rv. 285054-01;
- Sez. 3, n. 32469 del 01/06/2023, Stea, Rv. 284904-01.

CAPITOLO II

RECIDIVA REITERATA E PREVENTIVA APPLICAZIONE DELLA RECIDIVA SEMPLICE

(di Vincenzo Galati)

SOMMARIO: 1. La questione controversa.- 2. La recidiva nel diritto vivente.- 3. La tesi prevalente sul rapporto tra la recidiva reiterata e la pregressa dichiarazione della recidiva semplice. – 4. La soluzione delle Sezioni Unite.- 5. L'effettiva ragione dell'incremento sanzionatorio nel caso di recidiva reiterata.- 6. Conclusioni.

1. La questione controversa.

Con ordinanza n. 36738 del 13 settembre 2022 la Quinta sezione della Corte di cassazione, cui era stato originariamente assegnato il ricorso, ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite auspicando il superamento dell'orientamento risalente e pressoché costante secondo cui, ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata, non costituisce presupposto necessario l'esistenza di una sentenza che abbia condannato l'imputato per un reato aggravato dalla recidiva, essendo, invece, sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più condanne definitive le quali, rispetto a quello oggetto del giudizio, siano indicative di una sua maggiore pericolosità.

In particolare, è stata prospettata la possibilità di abbandonare tale opzione interpretativa affermando la necessità, per la configurabilità della recidiva reiterata, di una precedente sentenza definitiva di condanna per reato aggravato, a sua volta, dalla recidiva.

Alla base di tale lettura è stata posta, essenzialmente, l'evoluzione del concetto di recidiva nella giurisprudenza costituzionale e in quella di legittimità nel senso che dovrebbe escludersi la possibilità di configurare la circostanza nel contesto di uno *status* soggettivo derivante dalla sola formale ricaduta nel reato, dovendo assumere rilievo anche la significatività del nuovo illecito in funzione della maggiore colpevolezza e della più elevata capacità a delinquere e pericolosità dell'imputato.

La tesi prevalente si risolverebbe, in tale prospettiva, nell'automatica e obbligatoria applicazione della recidiva reiterata (con correlato incremento del trattamento sanzionatorio) in contrasto con quanto già deciso dalla Corte costituzionale con sentenza n. 185 del 2015 in riferimento alla recidiva di cui al quinto comma dell'art. 99 cod. pen.

Il Procuratore generale ha condiviso quanto sostenuto dalla Quinta Sezione, adducendo i seguenti elementi ulteriori a supporto: ritenere la recidiva reiterata solo sulla base dei precedenti penali non consentirebbe di includere la recidiva semplice; non esiste nell'ordinamento la possibilità che la recidiva venga ritenuta esistente dal giudice dell'esecuzione, se non dichiarata in sede di cognizione, né esiste previsione analoga a quella di cui all'art. 105 cod. pen. che consente di ritenere un soggetto delinquente professionale senza la precedente dichiarazione formale di delinquente abituale, nonché a quella contenuta nell'art. 679 cod. proc. pen. che permette al giudice di sorveglianza di valutare *ex post* l'abitualità e la professionalità del reato;

l'applicazione della recidiva reiterata senza la preventiva recidiva semplice preclude al condannato la possibilità di conformare le proprie condotte a tale dichiarazione e ciò in contrasto con la funzione rieducativa della pena.

2. La recidiva nel diritto vivente.

Le Sezioni Unite hanno segnalato come si sia formato un diritto vivente, specie per effetto di molteplici sentenze del massimo organo nomofilattico, con riferimento ad aspetti centrali quali la contestazione della recidiva, la verifica della sussistenza dei relativi presupposti, gli effetti che derivano dalle modalità applicative della recidiva.

Con riguardo al primo e al terzo punto (la cui soluzione ha presupposto l'affermazione della natura circostanziale della recidiva), la sentenza ha evidenziato i numerosi precedenti (in particolare, Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, *Calibè*, Rv. 247838-01) con i quali è stata affermata la necessità della preventiva contestazione della recidiva e i plurimi interventi con i quali è stata fatta applicazione del principio generale affermato da Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, *Grassi*, Rv. 187856-01 secondo cui la circostanza aggravante può ritenersi riconosciuta ed applicata anche quando il suo effetto si sia limitato alla neutralizzazione di una circostanza attenuante concorrente.

Espressivi di tale orientamento in materia di recidiva sono stati ritenuti i principi affermati, oltre che dalla sentenza *Calibè* sopra citata, da Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, *Indelicato*, Rv. 249664-01, Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, *Schettino*, Rv. 275319, Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, *Filosofi*, Rv. 267044-01 e Sez. U, n. 3585 del 24/09/2020, dep. 2021, *Li Trenta*, Rv. 280262-01.

In relazione al profilo relativo alla verifica dei presupposti di operatività della recidiva, la Corte ha segnalato la natura facoltativa degli aumenti di pena previsti per le diverse tipologie della circostanza aggravante in questione, comprese quelle riferite al recidivo pluriaggravato, a quello reiterato e a quello di cui al quinto comma dell'art. 99 cod. pen. per effetto (in quest'ultimo caso) della citata sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 2015).

Sul punto è stata richiamata anche la sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2007 che, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, 101, secondo comma, e 111, primo e sesto comma, Cost. nella parte in cui, nel disciplinare il concorso di circostanze eterogenee, stabilisce il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata prevista dall'art. 99, comma quarto, cod. pen., ha anche precisato la latitudine dell'adesione alla tesi della facoltatività della recidiva segnalando la necessaria valutazione circa il fatto che il nuovo delitto sia espressivo di una maggiore pericolosità e di una più accentuata colpevolezza del reo.

Profilo, quest'ultimo, che ha avuto modo di essere espresso e di consolidarsi anche nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, con specifico riguardo alle pronunce *Schettino*, *Indelicato* e *Calibè* sopra citate.

In sostanza, secondo la prospettiva delineata dalle sentenze in questione, l'operatività della recidiva è connessa non solo al presupposto formale costituito dalla precedente condanna, ma anche a quello sostanziale integrato dalla maggiore colpevolezza e pericolosità del quale il nuovo delitto è sintomatico, da intendersi (secondo quanto sostenuto da Sez. U *Indelicato*) quale maggiore attitudine a delinquere del reo da intendersi quale determinazione criminosa rafforzata.

Da ciò deriva che, per potersi ritenere operante la recidiva, non è sufficiente arrestare la verifica alla commissione di un nuovo delitto da parte di un soggetto precedentemente condannato, essendo necessario compiere una valutazione di rafforzamento dell'attitudine a delinquere.

A tale proposito, sono state richiamate le argomentazioni sviluppate da Sez. U *Calibè* circa la necessità di assumere quale parametro di riferimento principale l'ultimo dei delitti commessi da valutarsi, necessariamente, nella serie di quelli inclusi nella «sequenza recidivante».

3. La tesi prevalente sul rapporto tra la recidiva reiterata e la progressa dichiarazione della recidiva semplice.

Con più specifico riferimento alla questione oggetto di rimessione, le Sezioni Unite hanno evidenziato come la tesi costante della giurisprudenza di legittimità poggi, in primo luogo, sul dato letterale dell'art. 99, comma quarto, cod. pen. che, nel descrivere la recidiva reiterata, non compie alcun riferimento alla precedente dichiarazione di recidiva.

Peraltro, il termine «recidivo», contenuto nella predetta norma è stato utilizzato «per comodità espositiva, quale mera espressione di sintesi che consente di non riproporre testualmente e per esteso la disposizione del primo comma dell'articolo sul presupposto formale della recidiva semplice, ossia la precedente condanna per un delitto non colposo».

Si tratta di orientamento risalente a Sez. 3, n. 6424 del 25/06/1993, *Mighetto*, Rv. 195127-01 (successivamente ribadito da altri arresti) rispetto al quale risultano essere state operate alcune specificazioni da un orientamento più recente secondo cui è necessario che, all'epoca della commissione del reato oggetto della seconda condanna, si sia verificato il passaggio in giudicato della prima condanna.

Così Sez. 2, n. 37063 del 26/11/2020, *Kassimi*, Rv. 280436-01, Sez. 3, n. 2519 del 14/12/2021, dep. 2022, *Pistocchi*, Rv. 282707-01 e Sez. 3, n. 27450 del 29/04/2022, *D'Agui*, Rv. 283351-01.

Il contrasto è stato ritenuto meramente potenziale, tenuto conto della necessità di verificare la persistente validità dell'orientamento consolidato, alla luce della sintetizzata evoluzione giurisprudenziale in tema di principi generali della recidiva che tendono a valorizzare il presupposto sostanziale costituito dalla «significatività dell'ultimo delitto commesso in termini di accresciuta attitudine a delinquere del reo».

4. La soluzione delle Sezioni Unite.

Nell'aderire all'orientamento definito «costante» e, comunque, nettamente maggioritario, le Sezioni Unite hanno, in primo luogo, aderito all'argomento fondato sul dato letterale della formulazione dell'art. 99, comma quarto, cod. pen. nel quale manca qualsiasi riferimento alla necessità di una precedente affermazione o applicazione della recidiva semplice.

Sul punto è stato, ulteriormente, evidenziato come dall'esame unitario del primo e del quarto comma dell'art. 99 cod. pen. emerga la circostanza che le fattispecie prese in considerazione sono «connotate da un'evidente simmetria» costituita dal fatto che, in entrambe le disposizioni, vi è una prima parte riferita alla «posizione di recidivanza del reo» alla quale segue la parte che descrive le «conseguenze giuridiche di questa posizione sul trattamento sanzionatorio».

Leggere la prima parte del quarto comma, laddove si fa riferimento al «recidivo (che) commette un altro delitto non colposo» intendendola riferita anche al riconoscimento giudiziale della recidiva sarebbe, secondo la prospettiva delle Sezioni Unite, dissonante rispetto alla identità della costruzione delle due diverse fattispecie.

Pertanto, la parte della norma sopra riportata dovrebbe essere interpretata nel senso che si riferisce alla posizione del soggetto che ha commesso un altro delitto «trovandosi nella condizione del recidivo semplice, prevista dalla prima parte del primo comma».

La sentenza ha quindi aderito alla tesi reiteratamente affermata secondo cui il termine «recidivo» è «meramente ripropositivo in forma sintetica dell'espressione estesamente utilizzata nel primo comma per descrivere la condizione di precedente condanna, e non inclusivo dell'eventuale, concreta applicazione della recidiva nei suoi effetti sanzionatori».

A supporto di tale lettura sono stato richiamati ulteriori argomenti.

In primo luogo, la previsione dell'art. 105 cod. pen. che prevede la dichiarazione di delinquente o contravventore professionale del soggetto che «trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitualità, riporta condanna per altro reato».

Secondo unanime interpretazione giurisprudenziale, la dichiarazione di professionalità può essere pronunciata anche nel caso in cui quella di «livello inferiore» (ossia, l'abitualità) non sia stata affermata, essendo sufficiente che ne sussistano le condizioni.

Da tale disposizione, le Sezioni Unite hanno fatto discendere la conclusione secondo cui «non è necessaria l'espressa pronuncia di una dichiarazione costitutiva relativa ai precedenti penali del reo di grado inferiore a quella valutata nel procedimento sussistendone comunque i presupposti, in una fattispecie le cui conseguenze giuridiche sono per il soggetto interessato più gravi ed afflittive di quelle della recidiva».

Anche rispetto al tema di interesse, quindi, può affermarsi che è possibile ritenere la recidiva reiterata solo in presenza delle condizioni formali per la recidiva semplice.

Altro richiamo è stato compiuto alla previsione di cui all'art. 162-*bis*, comma terzo, cod. pen. nella parte in cui esclude l'oblazione quando «ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'art. 99 cod. pen.».

La norma viene costantemente interpretata nel senso che la condizione di recidiva reiterata preclude l'accesso all'oblazione anche nel caso in cui non sia stata giudizialmente dichiarata.

Sul punto sono state richiamate Sez. 3, n. 29238 del 17/02/2017, Cavallero, Rv. 270147-01; Sez. 3, n. 55123 del 04/10/2016, Derbali, Rv. 268776-01; Sez. 4, n. 20309 del 16/03/2004, Marchetta, Rv. 228922-01; Sez. 1, n. 17316 del 05/04/2006, Giunta, Rv. 234251-01.

Infine, è stato ricordato quanto deciso da Sez. U *Calibè* in merito alla preclusione della richiesta di patteggiamento «allargato», fra l'altro, per i «recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, cod. pen.».

In particolare, è stato affermato che è sufficiente che sussistano le condizioni per ritenere il soggetto recidivo reiterato, senza che sia necessaria una formale dichiarazione.

Anche tale affermazione è stata ritenuta coerente con la tesi seguita dalle Sezioni Unite nella decisione in esame.

5. L'effettiva ragione dell'incremento sanzionatorio nel caso di recidiva reiterata.

La tesi prospettata nell'ordinanza di rimessione è stata, inoltre, ritenuta non percorribile in quanto, pur essendo finalizzata a superare la rigidità e l'automatismo applicativi derivanti dal ritenere sufficiente l'esistenza delle condizioni astratte per l'applicazione della recidiva semplice, si risolverebbe nell'introduzione di una «diversa e non meno evidente connotazione di rigidità, data dal sottoporre l'applicazione della recidiva reiterata alla imprescindibile condizione del previo accertamento della recidiva semplice».

L'interpretazione della recidiva in chiave sostanziale proposta nell'ordinanza di rimessione potrebbe dirsi pressoché vanificata, tenuto conto che l'accertamento della recidiva semplice potrebbe essere mancato per ragioni «varie e occasionali» quali la mancata contestazione della circostanza, la diversa valutazione sulla rilevanza del delitto giudicato nel precedente procedimento, la mancanza di motivazione sul punto.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto, peraltro, decisivo un ulteriore argomento desunto, anch'esso, da un passaggio argomentativo della sentenza *Calibè*: il giudizio sulla recidiva, pur riguardando, essenzialmente, l'accresciuta capacità a delinquere derivante dalla commissione dell'ultimo delitto, ha ad oggetto la totalità dei reati commessi nella «sequenza recidivante».

Pertanto, l'accertamento della recidiva semplice non costituisce un passaggio obbligato per verificare la sussistenza del presupposto sostanziale della circostanza aggravante in questione.

La maggiore attitudine a delinquere e la maggiore pericolosità sociale possono essere accertate a prescindere dall'applicazione della recidiva semplice la cui

valutazione sostanziale non è omessa se non è stata oggetto di concreta applicazione, potendo quest'ultima «essere effettuata, sia pure retrospettivamente, nell'ambito di quella attinente alla fattispecie della recidiva reiterata».

Alla luce di tali argomentazioni, i rilievi del procuratore generale sono stati ritenuti infondati.

Il primo (quello secondo cui la recidiva reiterata ritenuta solo sulla base dei precedenti non includerebbe la recidiva semplice) è smentito proprio dalle considerazioni che riguardano la complessiva valutazione presupposta per la recidiva reiterata: valutazione che, come detto, include il profilo sostanziale della recidiva semplice.

L'interpretazione dell'art. 105 cod. pen. è esattamente nel senso opposto a quello prospettato dal procuratore generale prevedendo la possibilità di un accertamento postumo dei presupposti dell'ipotesi di livello inferiore per fattispecie che producono effetti più gravi rispetto a quelli della recidiva.

Quanto al profilo relativo alla possibilità per il condannato per la seconda volta di conformare la propria condotta alle conseguenze sanzionatorie, è stato segnalato che tale possibilità è garantita anche in assenza dell'applicazione della recidiva semplice e ciò alla luce della «predeterminazione normativa delle condizioni formali per le varie ipotesi di recidiva e delle loro implicazioni in tema di valutabilità delle stesse ai fini dell'applicazione degli aumenti di pena anch'essi specificamente previsti per legge».

6. Conclusioni.

Le Sezioni Unite hanno quindi prestato adesione all'indirizzo seguito dalla giurisprudenza di legittimità (che riguarda, comunque, il solo giudizio di cognizione, non essendo riferibile anche a quello di esecuzione) e messo in discussione dall'ordinanza di rimessione.

Hanno, inoltre, preso atto dell'evoluzione che ha caratterizzato la recidiva nei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, per come descritti anche nell'ordinanza interlocutoria.

Pur non ritenendo condivisibile l'approdo interpretativo auspicato dalla Quinta Sezione, la Corte ha evidenziato come la segnalata evoluzione interpretativa possa trovare adeguato riconoscimento nella motivazione richiesta in ordine all'applicazione della recidiva reiterata, con particolare riferimento al caso in cui non vi sia stato un precedente accertamento della recidiva semplice.

A tale proposito è stato richiamato quanto affermato da Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011, Marcianò, Rv. 251690-01 in punto di motivazione in ordine all'applicazione (o alla mancata applicazione) della circostanza facoltativa della recidiva, oltre che da Sez. U, *Schettino* che, segnalando l'avvenuto superamento della concezione della recidiva come *status* soggettivo determinato solo per effetto dei precedenti penali, ha evidenziato come si imponga una motivazione che tenga conto degli elementi fattuali considerati e dei criteri utilizzati per valutarli e che spieghi la «maggiore rimproverabilità del reo per non essersi fatto distogliere dalla risoluzione criminosa per effetto delle precedenti condanne».

Sul punto è stato richiamato, inoltre, quanto deciso da Sez. U, *Calibè* che ha fatto riferimento alla necessità di considerare la tipologia e l'offensività dei reati, la loro omogeneità e la collocazione temporale, la devianza della quale sono significativi, l'occasionalità o meno dell'ultimo delitto e gli ulteriori dati emergenti dalla singola fattispecie.

Con specifico riferimento alla recidiva reiterata, il requisito della motivazione esige che «i fatti oggetto delle pregresse condanne ed il nuovo delitto siano esaminati nelle loro connotazioni sintomatiche di un progressivo rafforzamento della determinazione e criminosa e dell'attitudine a delinquere del reo».

Sulla questione devolta, quindi, **Sez. U, n. 32318 del 30/03/2023 (dep. 25/07/2023), Sabbatini, Rv., 284878-01** hanno concluso affermando il seguente principio di diritto: *«In tema di recidiva reiterata contestata nel giudizio di cognizione, ai fini della relativa applicazione è sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più sentenze definitive per reati precedentemente commessi ed espressivi di una maggiore pericolosità sociale, oggetto di specifica ed adeguata motivazione, senza la necessità di una previa dichiarazione di recidiva semplice».*

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. 3, n. 6424 del 25/06/1993, Mighetto, Rv. 195127-01;
Sez. 4, n. 20309 del 16/03/2004, Marchetta, Rv. 228922-01;
Sez. 1, n. 17316 del 05/04/2006, Giunta, Rv. 234251-01;
Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838-01;
Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664-01;
Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011, Marcianò, Rv. 251690-01;
Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi, Rv. 267044-01;
Sez. 3, n. 55123 del 04/10/2016, Derbali, Rv. 268776-01;
Sez. 3, n. 29238 del 17/02/2017, Cavallero, Rv. 270147-01;
Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319;
Sez. 2, n. 37063 del 26/11/2020, Kassimi, Rv. 280436-01;
Sez. U, n. 3585 del 24/09/2020, dep. 2021, Li Trenta, Rv. 280262-01;
Sez. 3, n. 2519 del 14/12/2021, dep. 2022, Pistocchi, Rv. 282707-01;
Sez. 3, n. 27450 del 29/04/2022, D'Agui, Rv. 283351-01.

CAPITOLO III

IL PROCURATORE GENERALE È LEGITTIMATO AD IMPUGNARE L'ORDINANZA DI AMMISSIONE ALLA PROVA E LA MESSA ALLA PROVA NON È APPLICABILE ALL'ENTE: LE SEZIONI UNITE, LA SPORTIVA

(di Valeria Bove)

SOMMARIO: 1. I principi affermati dalle Sezioni Unite. – 2. Le questioni rimesse e gli orientamenti in contrasto sulla prima di esse. – 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite sulla prima questione rimessa... - 4. ...e sulla seconda questione rimessa. - 5. La decisione delle Sezioni unite sulla (inapplicabilità della) messa alla prova nei confronti dell'ente

1. I principi affermati dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, con la sentenza **n. 14840 del 27/10/2022 (dep. 06/04/2023), La Sportiva s.p.a**, hanno affermato i principi di diritto, massimati nei seguenti termini:

«In tema di messa alla prova ex art. 168-bis cod. pen., il Procuratore generale è legittimato ad impugnare, con ricorso per cassazione, per i motivi di cui all'art. 606 cod. proc. pen., l'ordinanza di ammissione alla prova ritualmente comunicatagli, e, in caso di omessa comunicazione della stessa, ad impugnare quest'ultima unitamente alla sentenza di estinzione del reato per esito positivo della prova.» (Rv. 284273-01)

«L'istituto dell'ammissione alla prova di cui all'art. 168-bis cod. pen. non si applica con riferimento alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. (In motivazione la Corte ha affermato che la messa alla prova dei maggiorenni ha natura di "trattamento sanzionatorio" penale, modulato sull'imputato persona fisica e sui reati allo stesso astrattamente riferibili, non estensibile, per il principio della riserva di legge, agli enti, la cui responsabilità amministrativa è riconducibile ad un "tertium genus").» (Rv. 284273-02)

2. Le questioni rimesse e gli orientamenti in contrasto sulla prima di esse.

Le questioni sono state rimesse alle Sezioni Unite da Sez. 4, ordinanza n. 15493 del 23/03/2022 ed esse possono così riassumersi:

«Se il procuratore generale sia legittimato ad impugnare, con ricorso per cassazione, l'ordinanza che ammette l'imputato alla messa alla prova ai sensi dell'art.464-bis cod. proc. pen. nonché, e in caso affermativo, per quali motivi, la sentenza di estinzione del reato pronunciata ai sensi dell'art. 464-septies cod. proc. pen.».

Sulla prima questione la giurisprudenza di legittimità aveva manifestato un orientamento maggioritario, rispetto al quale l'unica voce in consapevole contrasto era quella espressa nella sentenza della Sez. 6, n. 81317 del 09/04/2021, Stompanato, Rv. 281272-01, successivamente superata da ulteriori decisioni, che hanno nuovamente aderito al primo orientamento.

La tesi maggioritaria era favorevole a riconoscere il potere di impugnazione del procuratore generale nei confronti dell'ordinanza che decide sulla messa alla prova ed essa è stata espressa da Sez. 1, n. 41629 del 15/04/2019, Lorini, Rv. 277138-01; Sez. 2, n. 7477 del 08/01/2021, Sperindeo; Sez. 1, n. 43293 del 27/10/2021,

Ongaro, Rv. 282156-01 (decisione, questa, che si è confrontata con le motivazioni a sostegno dell'orientamento minoritario contrario) e quindi, ancora, da Sez. 6, n. 1603, del 09/11/2021, Conte; Sez. 4, n. 23118 del 19/04/2022, Califano, che hanno consapevolmente dato continuità all'orientamento in esame.

Tale opzione ermeneutica fa leva sull'interpretazione, letterale, del termine "pubblico ministero", indicato agli artt. 464-*quater*, comma 7, e 570 cod. proc. pen..

Si afferma, in particolare, che l'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen., non distinguendo per il profilo soggettivo uno specifico ufficio, quando individua nel "pubblico ministero" uno dei soggetti titolari del potere di impugnazione, non può che indicare anche la legittimazione del "procuratore generale della Repubblica presso la corte di appello", traducendosi il suddetto riferimento in una formula onnicomprensiva.

Le decisioni applicano i principi espressi, in tema di individuazione del pubblico ministero legittimato all'impugnazione, da Sez. U, n. 22531, 31/05/2005, Campagna, Rv. 231056-01 – speculare alla prima – da Sez. U, n. 31011 del 28/05/2009, Colangelo, Rv. 244029-01 in cui si afferma che la dizione utilizzata ("pubblico ministero") include sia il procuratore della Repubblica, che il procuratore generale presso la corte di appello, in quanto, a fronte di una formula "onnicomprensiva" che assegna all'uno e all'altro un potere di impugnazione concorrente, laddove il legislatore ha voluto differenziare il potere di impugnazione tra le diverse figure di pubblico ministero, attribuendolo solo ad alcune di esse, lo ha fatto espressamente. Tale regola, si sostiene, è da ritenersi ancora valida, pur dopo l'introduzione dell'art. 593-*bis* cod. proc. pen. e la modifica dell'art. 570, comma 1, cod. proc. pen., ad opera del d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11, disciplinando tali norme i rapporti tra procuratore generale e procuratore della Repubblica, ma solo con riferimento all'appello.

Nel filone interpretativo indicato si collocano anche Sez. 5, n. 5093 del 14/01/2020, Cicolini, Rv 278144-01; Sez. 6, n. 21046 del 10/06/2020, Betti, Rv 279744-02; Sez. 7, ordinanza n. 25356 del 10/07/2020, Piras; Sez. 2, n. 5245 del 15/10/2020, Bonandrini; Sez. 5, n. 7231 del 06/11/2020, Hoelzl; Sez. 1, n. 13975 del 08/04/2021, Guglielmi, che, sebbene non affrontino specificamente la questione, la sottendono, ritenendosi in esse sussistente, seppur implicitamente, la legittimazione del procuratore generale.

L'orientamento contrario alla legittimazione del procuratore generale presso la corte di appello ad impugnare l'ordinanza di accoglimento dell'istanza di sospensione del procedimento, anche unitamente alla sentenza con la quale il giudice dichiara l'estinzione del reato per esito positivo della prova, è stato affermato, in consapevole contrasto, da Sez. 6, n. 18317 del 09/04/2021, Stompanato, Rv. 281272-01.

Si sostiene che il procuratore generale non viene espressamente individuato tra i soggetti che possono ricorrere per cassazione ai sensi dell'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen., dovendosi considerare "ambiguo" il riferimento al "pubblico ministero" contenuto nella norma citata; che il procedimento di ammissione alla prova ha natura autonoma e incidentale, come si ricava dal sistema delle

impugnazioni dell'ordinanza di ammissione alla prova e della sentenza, delineato da Sez. U, n. 33216, del 31/03/2016, Rigacci, Rv. 267237-01, ispirato alla finalità di ridurre sensibilmente le ipotesi di regressione del procedimento, se non addirittura eliminarle del tutto, nonché di garantire il massimo favore all'istituto della sospensione con messa alla prova.

Si afferma che l'impugnazione diretta dell'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, nonché i caratteri sostanziali dell'istituto, portano ad escludere la sussistenza del potere di impugnazione del procuratore generale, tenuto conto che a quest'ultimo l'ordinamento processuale non concede un ampio e indeterminato potere che gli consente di proporre impugnazione in ogni e qualsiasi ipotesi, in quanto la sua competenza è "derivata" da quello del giudice presso il quale è costituito ed il procuratore generale, nella materia in esame, non è istituito presso il giudice che ha emanato il provvedimento impugnato (e dal quale deriva la competenza in materia di impugnazione), né presso il giudice di merito avente giurisdizione di merito a livello superiore (atteso che l'ordinanza di sospensione del procedimento per messa alla prova è impugnabile solo con il ricorso per cassazione).

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite sulla prima questione rimessa...

Le Sezioni Unite risolvono il contrasto sulla prima questione aderendo all'orientamento maggioritario.

Il Supremo Collegio parte dall'assetto del sistema impugnatorio di cui all'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen., delineatosi a seguito di Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci, Rv. 267237-01, che, risolvendo il contrasto sul punto, ha limitato la ricorribilità immediata per cassazione (prevista dalla "scarna" ma "non meno problematica" disciplina dei controlli e delle impugnazioni delle ordinanze pronunciate sulla richiesta di messa alla prova, racchiusa nell'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen.), alla sola ordinanza di ammissione alla prova, lasciando all'appello il sindacato sull'ordinanza di rigetto, impugnabile unitamente alla sentenza, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen..

Si sottolinea che nella sentenza Sezioni Unite, *Rigacci* (la quale, per inciso, è richiamata da entrambi gli orientamenti a sostegno delle tesi rispettivamente prospettate) viene evidenziato che per i soggetti legittimati a ricorrere per cassazione contro l'ordinanza di ammissione alla prova - oltre all'imputato, il pubblico ministero e la persona offesa - il controllo, limitato alle sole violazioni di legge e agli eventuali vizi della motivazione, si giustifica con il fatto che il legislatore ha inteso dare prevalenza alla tempestività della contestazione di legittimità ed ha escluso ogni controllo sul merito, adottando così una soluzione che appare razionale soprattutto con riferimento al pubblico ministero e alla persona offesa.

Come evidenziato nella parte successiva della motivazione, queste finalità, non possono, tuttavia, costituire il fondamento per escludere, dal punto di vista soggettivo, il procuratore generale dai legittimati all'impugnazione, non solo perché l'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen., non consente letteralmente tale

interpretazione selettiva, ma anche perchè l'esigenza di immediata definizione delle questioni riguardanti i requisiti di ammissibilità della messa alla prova risulta comunque garantita dal ricorso diretto e autonomo per cassazione del pubblico ministero, previsto da quella stessa disposizione, in deroga all'art. 586 cod. proc. pen..

Partendo dunque dalla sentenza Sezioni Unite, *Rigacci*, il Collegio riunito sceglie la prima, maggioritaria, opzione ermeneutica, in linea con la soluzione interpretativa espressa, a suo tempo, da Sez. U, n. 22531 del 31/05/2005, *Campagna*, Rv. 231056-01, che, nell'interpretare la portata soggettiva del termine "pubblico ministero", utilizzato anche nell'art. 36 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in tema di impugnazioni delle sentenze del giudice di pace, ha riconosciuto la piena legittimazione a proporre appello sia del procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario ha sede il giudice di pace, che del procuratore generale presso la corte d'appello del relativo distretto.

Come affermato in quella decisione, si sottolinea, *in primis*, che il regime impugnatorio delle ordinanze di cui all'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen., non contiene alcuna precisazione normativa selettiva quanto allo specifico ufficio del pubblico ministero legittimato all'impugnazione: la formula utilizzata è quella onnicomprensiva dell'art. 570 cod. proc. pen. – come già rilevato nella sentenza Sezioni Unite, *Campagna*, - e che ricorre più volte, non solo nel codice di rito, ma anche nel *corpus* di altre discipline giurisdizionali, quando il legislatore intende assegnare all'uno e all'altro organo un potere di impugnazione concorrente.

Il complesso normativo emergente dall'art. 570 cod. proc. pen., nonché dal disposto di cui agli artt. 548, comma 3, 585, comma 2, lett. d), e 608, comma 4, cod. proc. pen. comporta l'infondatezza dell'orientamento (affiorato nella giurisprudenza di legittimità anteriormente a Sezioni Unite, *Campagna*, e fatto proprio da Sez. 6, n. 81317 del 09/04/2021, *Stompanato*, Rv. 281272-01), tendente a limitare il potere di impugnazione del procuratore generale, nell'assunto che, salvo espresse deroghe, competente a impugnare è solo e sempre il pubblico ministero istituito presso il giudice che ha emanato il provvedimento, ovvero presso il giudice avente giurisdizione di merito a livello superiore.

Al contrario, osserva il Collegio riunito, la facoltà concorrente del procuratore generale di proporre impugnazione, riconosciuta dall'art. 570, comma 1, prima parte, cod. proc. pen. (come evidenziato dalle sentenze Sez. U, n. 31011 del 28/05/2009, *Colangelo*, Rv. 244029-01, e Sez. 1, n. 41629 del 15/04/2019, *Lorini*, Rv. 277138-01) non si espone alle critiche circa l'attribuzione al procuratore generale di un "indeterminato" potere di impugnazione, in ogni e qualsiasi ipotesi, e ciò in quanto, esso va coniugato con il principio fondamentale, sancito nell'art. 568 cod. proc. pen., di tassatività delle impugnazioni.

Laddove, quindi, il testo normativo non faccia generico riferimento al "pubblico ministero", ma specifici espressamente a quale ufficio intenda riferirsi (ed è questo il caso dell'art. 311, comma 1, cod. proc. pen., in tema di ricorso per cassazione avverso le ordinanze emesse dal tribunale del riesame sui provvedimenti adottati in materia cautelare dalla corte di appello), risulta chiara la volontà del

legislatore di circoscrivere il potere di impugnazione, escludendo la legittimazione del procuratore generale presso la corte di appello - salvo che sia stato egli stesso a chiedere l'applicazione della misura cautelare – ed in siffatte ultime ipotesi, non è consentita un'interpretazione estensiva.

Se, invece, il legislatore non fornisce alcuna specificazione – come nel caso di cui all'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen. e in quelle a suo tempo oggetto delle sentenze Sezioni Unite, *Campagna* e Sezioni Unite, *Colangelo* – e si limita ad indicare il termine “pubblico ministero”, esso va inteso riferito sia al procuratore della Repubblica che al procuratore generale della Repubblica presso la corte di appello.

D'altronde – superando, in ciò, anche l'ulteriore considerazione avanzata dall'orientamento negativo - la stessa sentenza Sezioni Unite, *Campagna*, aveva avuto cura di precisare che l'interpretazione sistematica del termine “pubblico ministero” non si estende ai procedimenti incidentali i quali, per le loro spiccate peculiarità, impongono delle deroghe alle regole generali con riflessi anche sul regime delle impugnazioni, che prevede l'espressa designazione, ad opera del legislatore, del pubblico ministero legittimato.

E così, se i procedimenti in materia esecutiva, ma anche le impugnazioni delle ordinanze del tribunale del riesame integrano procedimenti incidentali, lo stesso non può dirsi per il procedimento di ammissione alla prova.

Afferma, infatti, sul punto il Collegio riunito che il procedimento di messa alla prova - in cui si svolge «un vero e proprio esperimento trattamentale, autonomo rispetto all'ordinario processo di cognizione, sia con riferimento ai requisiti di ammissibilità, che alla fase di esperimento del trattamento, durante il quale si dà corso ad una fase procedimentale alternativa rispetto a quella principale sulla base di una prognosi di astensione dell'imputato dalla commissione di futuri reati» - non può considerarsi un procedimento incidentale, essendo esso sempre collegato a quello principale, che si chiude o con la declaratoria di estinzione del reato, in caso di esito positivo della prova, o con la ripresa dell'accertamento penale, se la prova ha avuto esito negativo o viene revocata.

Infine, non portano ad escludere la legittimazione soggettiva del procuratore generale all'impugnazione dei provvedimenti emessi dai giudici del distretto, l'introduzione dell'art. 593-*bis* cod. proc. pen., in tema di “appello del pubblico ministero” (a norma del quale è possibile per il procuratore generale appellare la sentenza di primo grado solo nei casi di avocazione o qualora vi sia stata acquiescenza del procuratore della Repubblica), ed il conseguente inserimento nel primo comma dell'art. 570 della clausola di salvezza, secondo cui «salvo quanto previsto dall'art. 593-*bis*, comma 2, il procuratore generale può proporre impugnazione [...]»: tali disposizioni, infatti, si pongono come eccezione alla regola generale, circoscritta però solo all'appello.

In definitiva, il procuratore generale è legittimato ad impugnare ai sensi dell'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen., l'ordinanza di ammissione alla prova.

Quanto ai vizi deducibili, individuando l'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen., il rimedio del ricorso per cassazione, vi è implicito rinvio ai motivi di ricorso indicati dall'art. 606, comma 1, cod. proc. pen. e, dunque, ai vizi di violazione di legge e di motivazione, come già evidenziato da Sez. U *Rigacci*, e ciò presuppone che, a monte, egli, in quanto parte del procedimento, ha diritto, ai sensi dell'art. 128 cod. proc. pen., ad avere tempestiva comunicazione dell'ordinanza.

Affermano a tal proposito le Sezioni Unite che «[t]ra i soggetti in favore dei quali deve essere eseguita la comunicazione dell'avviso di deposito, pertanto, vi è senz'altro il procuratore generale presso la corte di appello, titolare, al pari del procuratore della Repubblica presso il Tribunale, del diritto di ricorrere per cassazione, ai sensi dell'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen.».

Di qui, la risposta positiva al primo quesito rivolto nell'ordinanza di rimessione, con conseguente risoluzione del contrasto sul punto, e l'affermazione che, nel caso di specie, non essendo stata effettuata tale comunicazione, va ritenuta tempestiva l'impugnazione proposta dal Procuratore generale della Corte d'appello di Trento.

4. ...e sulla seconda questione rimessa.

Eguale positiva è la risposta data dalle Sezioni Unite alla seconda parte del quesito.

Il Collegio riunito premette in proposito che la sentenza di estinzione del reato per esito positivo della prova, pronunciata ai sensi dell'art. 464-*septies* cod. proc. pen. in pubblica udienza successivamente alla costituzione delle parti, ha natura di sentenza di proscioglimento ed è perciò impugnabile con l'appello del "pubblico ministero", ai sensi dell'art. 593, comma 2, cod. proc. pen.

Viene dunque in rilievo una sentenza di proscioglimento appellabile nei limiti in cui la legge lo consente.

Nel caso di specie, la sentenza è stata impugnata con ricorso per cassazione unitamente all'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova (non avendo il Procuratore generale presso la Corte di appello di Trento avuto tempestiva comunicazione di quest'ultima) e tale impugnazione viene ritenuta ammissibile, in quanto collocabile nell'alveo del ricorso immediato di cui all'art. 569 cod. proc. pen. (ossia del ricorso *per saltum* proponibile avverso i provvedimenti appellabili ai sensi del combinato disposto di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 569 cod. proc. pen.), cui il procuratore generale è legittimato ai sensi dell'art. 608, comma 4, cod. proc. pen.

Diversamente da quanto dedotto nella memoria depositata (che indica il terzo e quarto motivo come vizi di motivazione) le doglianze lamentate vengono qualificate dalla Corte, in applicazione dei principi espressi da Sez. U, n. 16 del 26/11/1997, dep. 1998, Nexhi, Rv. 209336-01, come vizi di violazione di legge, in quanto relativi alla illegittima ammissione alla prova dell'ente e alla conseguente declaratoria di estinzione del reato, con conseguente ammissibilità del ricorso proposto.

Alla luce di quanto affermato, viene quindi enunciato l'ulteriore principio di diritto enucleato nella massima Rv. 284273-01.

5. La decisione delle Sezioni Unite sulla (inapplicabilità della) messa alla prova nei confronti dell'ente.

L'ammissibilità del ricorso immediato per cassazione da parte del procuratore generale presso la Corte di appello di Trento ha comportato la necessità di dare una soluzione alla questione principale, su cui è incentrato il ricorso e che è oggetto della seconda massima: la possibilità per l'ente di essere ammesso alla prova, ai sensi dell'art. 168-*bis* cod. pen., nell'ambito del processo instaurato a suo carico per l'accertamento della responsabilità amministrativa dipendente da reato *ex* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

La premessa da cui parte il Collegio riunito è che il sistema punitivo nella normativa sulla responsabilità amministrativa dell'ente ha natura giuridica autonoma, non pienamente assimilabile alla responsabilità penale, con la conseguenza che le uniche modifiche introdotte in ambito penale sostanziale non sono direttamente applicabili all'ente, non essendo in alcun modo contemplata nel sottosistema punitivo di cui si discute l'automatica estensione di istituti di diritto penale sostanziale: gli artt. 34 e 35 d.lgs. cit. prevedono infatti l'applicabilità nel processo a carico degli enti delle sole disposizioni processuali, in quanto compatibili, equiparando – ma sempre e solo ai fini processuali – la posizione dell'imputato persona fisica a quella dell'ente.

In mancanza di norme di richiamo e di collegamento tra i due sistemi, a fronte di decisioni contrarie all'estensione (cfr. ad es. Trib. Milano, 27/03/2017; Trib. Bologna, 10/12/2020; Trib. Spoleto, 21/4/2021), se ne sono registrate altre favorevoli all'ammissione dell'ente alla prova (Trib. Modena, 19/10/2020; Trib. Bari, 22/6/2022 nonché quella pronunciata dal Tribunale di Trento, oggetto del ricorso per cassazione esaminato dalle Sezioni Unite) e tutte vengono analizzate dal collegio riunito che ne riporta le motivazioni a sostegno dell'uno e dell'altro argomento.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto di privilegiare l'interpretazione secondo cui l'istituto della messa alla prova non può essere applicato agli enti in relazione alla responsabilità amministrativa dipendente da reato, di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, con la conseguenza che il ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Trento nei confronti delle ordinanze di ammissione alla prova della società La Sportiva s.p.a. e della sentenza di estinzione del reato *ex* art. 464-*septies* cod. proc. pen. è stato ritenuto fondato.

A questa soluzione, il Supremo Collegio è arrivato dopo aver confrontato le due discipline, per “saggiarne” la compatibilità e dunque la possibilità di applicare la messa alla prova all'ente.

Quanto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, vengono richiamati i principi espressi, sul tema della natura della responsabilità amministrativa degli enti, da Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261112-01.

Secondo tale decisione il sistema normativo introdotto dal d.lgs. n. 231 del 2001, coniugando i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, costituisce un *corpus* normativo di peculiare impronta, un *tertium genus*, coniugante i

tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo: esso è parte del più ampio e variegato sistema punitivo ed ha evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale a causa della connessione con la commissione di un reato (che ne costituisce il primo presupposto), della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento.

Se, dunque, la responsabilità amministrativa dell'ente è concettualmente collocabile in un *tertium genus*, la messa alla prova *ex art. 168-bis* cod. pen. deve, invece, inquadarsi, secondo il Collegio riunito, nell'ambito di un "trattamento sanzionatorio" penale.

L'istituto della messa alla prova dei maggiorenni si iscrive in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, volto alla risocializzazione del reo, attraverso un percorso con finalità special-preventiva, che tiene conto della natura del reato, della personalità del soggetto e delle prescrizioni imposte, così da consentire la formulazione di un favorevole giudizio prognostico che è alla base di una rinuncia statutale alla potestà punitiva, condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita.

Esso ha natura sostanziale (in quanto causa di estinzione del reato) oltre che processuale (trattandosi di un procedimento speciale) e si connota per lo svolgimento di un vero e proprio "esperimento trattamentale", sulla base di una prognosi di astensione dell'imputato dalla commissione di futuri reati, che, in caso di esito positivo, determina l'estinzione del reato (Sez. U, n. 36272 del 31/03/2016, Sorcinelli, Rv. 267238-01).

Il carattere innovativo della messa alla prova, in particolare, segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio, perseguendo finalità specialpreventive e di soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale attraverso un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione.

Richiamando i principi espressi da Corte cost. n. 240 del 2015, e in termini ancora più chiari, in Id. n. 91 del 2018 e n. 68 del 2019, le Sezioni Unite sottolineano che, se è pur vero che nel procedimento di messa alla prova manchi una condanna, è altresì innegabile che, correlativamente, non vi è un'attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell'imputato e su sua richiesta, pur in difetto di un formale accertamento di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena, che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna.

Il trattamento programmato non è una pena eseguibile coattivamente (come affermato da Corte cost. n. 91 del 2018), dando luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare, con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso; esso ha tuttavia una natura e una funzione sanzionatoria, come ribadito anche nella successiva Corte cost. n. 68 del 2019, che ha sottolineato, in termini ancora più netti, come il nuovo istituto costituisca un vero e proprio «trattamento sanzionatorio», ancorché anticipato rispetto all'ordinario accertamento della responsabilità dell'imputato e rimesso comunque - a differenza delle pene - alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte del soggetto.

Con la messa alla prova, in linea con l'interpretazione che di esso ha dato la Consulta anche nelle successive pronunce n. 146 del 2022, n. 174 del 2022, viene in rilievo un trattamento che disegna un percorso alternativo al processo ed alla pena; che conduce, in caso di esito positivo, all'estinzione del reato, e che persegue lo scopo - costituzionalmente imposto in forza dell'art. 27, comma terzo, Cost. - della risocializzazione del soggetto agente, sulla base della libera scelta da questi compiuta.

Viene, dunque, in conclusione affermato che la messa alla prova dei maggiorenni, sulla base degli indici espressamente elencati dal Supremo collegio (che a sua volta richiama quelli indicati in Corte cost.n. 91 del 2018), ha un'indubbia natura sanzionatoria, tanto da poter essere ricondotta ad un "trattamento sanzionatorio" penale e, tenuto conto che la responsabilità amministrativa da reato riguardante gli enti rientra invece in un *genus* diverso da quello penale (*tertium genus*), la conseguenza è che l'istituto della messa alla prova non può essere applicato agli enti, a ciò ostando, innanzitutto, il principio della riserva di legge di cui all'art. 25, comma secondo, Cost.

Affermano infatti le Sezioni Unite che «[l]'introduzione attraverso provvedimenti giurisdizionali di un "trattamento sanzionatorio" - quello della messa alla prova - ad una categoria di soggetti - gli enti - non espressamente contemplati dalla legge quali destinatari di esso, in relazione a categorie di illeciti non espressamente previsti dalla legge penale, si pone in contrasto con il principio di legalità della pena, del quale la riserva di legge costituisce corollario, che si traduce nel principio, secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Viene dunque in rilievo il divieto di analogia per le norme penali, in applicazione del principio di tassatività, che costituisce un ulteriore corollario del principio di legalità e che si traduce per il giudice nell'impossibilità di applicare fattispecie e sanzioni, oltre i casi espressamente e specificamente contemplati dalla legge, a maggior ragione, quando, come nel caso della messa alla prova dell'ente, verrebbe innestato un "trattamento sanzionatorio penale" (di cui si connota la messa alla prova) in un sistema - quello della responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato - che non solo non è assimilabile ad un sistema penale - ma riguarda appunto gli enti, ossia soggetti che non vengono indicati quali destinatari di precetti penali.

A ciò si aggiunge un'ulteriore considerazione che porta, definitivamente, ad escludere la messa alla prova dell'ente: la disciplina della messa alla prova *ex* art. 168-*bis* cod. pen., è disegnata e modulata specificamente sull'imputato persona fisica e sui reati allo stesso astrattamente riferibili, caratteristiche, queste, che la rendono insuscettibile di estensione all'ente.

Quanto alla sua ammissione, la valutazione che il giudice è chiamato a compiere nella messa in prova va condotta secondo i parametri di cui all'art. 133 cod. pen. (gravità del fatto e personalità dell'imputato), inconciliabili come tali con l'ente, e va fatta apprezzando la concreta idoneità del programma di trattamento

presentato *ex art. 464-bis*, comma 4, cod. proc. pen. (che implica l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, l'individuazione degli impegni da assumere per elidere o attenuare le conseguenze del reato e, laddove possibile, per risarcire il danno, nonché la mediazione con la persona offesa, la sottoposizione ad un trattamento sanitario, il divieto di frequentare locali, e soprattutto la componente essenziale ed imprescindibile della prestazione di un lavoro di pubblica utilità) non solo a soddisfare le esigenze del recupero evitando il rischio di recidiva, ma anche a rimuovere le conseguenze del reato, garantendo le esigenze di tutela della vittima e assicurando quella risocializzazione dell'imputato che giustifica il ricorso ad un rito alternativo come la messa alla prova.

Lo stesso programma di trattamento risulta modulato sull'imputato persona fisica e persegue la finalità - come osservato dalle Sezioni Unite e da Corte cost. n. 91 del 2018 e n. 174 del 2022 - del recupero sotto il profilo della personalità del reo, che non si concilia con un ente collettivo.

Anche dal punto di vista procedimentale appare concretamente inesigibile che l'ente persona giuridica possa essere "affidato" all'Ufficio esecuzione penale esterna, chiamato ad elaborare e controllare un percorso sanzionatorio, contenuto nel programma di trattamento, destinato ad una persona fisica individuata ed individuabile, senza considerare, per altro, che l'impegno a svolgere le attività contemplate nel programma di trattamento, nel caso dell'ente, non sarebbe assunto direttamente dal responsabile dell'illecito (circostanza questa che darebbe un concreto riscontro a quella finalità di recupero e risocializzazione che connota l'istituto premiale), ma sarebbe, nei fatti, assunto dagli organi dell'ente, se non da chi in quell'ente lavora, ossia i suoi dipendenti, che non possono e non devono essere i destinatari di alcun programma di trattamento.

Infine, «già il d.lgs. 231 del 2001 prevede forme di riparazione delle conseguenze da reato che rilevano, tuttavia, per l'ente solo in relazione alla mancata applicazione di sanzioni interdittive e non già per l'estinzione di sanzioni pecuniarie».

Alla luce di tutte le esposte considerazioni, l'affermazione del principio di diritto espresso nella massima Rv. 284273-02.

Indice delle sentenze citate.

Sentenze della Corte di Cassazione:

- Sez. U, n. 16 del 26/11/1997, dep. 1998, Nexhi, Rv. 209336-01;
Sez. U, n. 22531, 31/05/2005, Campagna, Rv. 231056-01;
Sez. U, n. 31011 del 28/05/2009, Colangelo, Rv. 244029-01;
Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261112;
Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci, Rv 267237-01;
Sez. U., n. 36272 del 31/03/2016, Sorcinelli, Rv 267238-01;
Sez. 1, n. 41629 del 15/04/2019, Lorini, Rv. 277138-01;
Sez. 5, n. 5093 del 14/01/2020, Cicolini, Rv 278144-01;
Sez. 6, n. 21046 del 10/06/2020, Betti, Rv 279744-02;
Sez. 7, ord. n. 25356 del 10/07/2020, Piras, non mass.;;
Sez. 2, n. 5245 del 15/10/2020, Bonandrini;
Sez. 5, n. 7231 del 16/11/2020 (dep. 2021), Hoelzi;
Sez. 2, n. 7477 del 08/01/2021, Sperindeo, non mass.;;
Sez. 1, n. 13975 del 08/04/2021, Guglielmi, non mass.;;
Sez. 6, n. 81317 del 09/04/2021, Stompanato, Rv. 281272-01;
Sez. 1, n. 43293 del 27/10/2021, Ongaro, Rv. 282156-01;
Sez. 6, n. 1603, del 09/11/2021, Conte, non mass.;;
Sez. 4, ord. n. 15493 del 23/03/2022, La Sportiva, non mass.;;
Sez. 4, n. 23118 del 19/04/2022, Califano, non mass.;;
Sez. U, n. 14840 del 27/10/2022 (dep. 2023), La Sportiva s.p.a., Rv. 284273-01;
Sez. U, n. 14840 del 27/10/2022 (dep. 2023), La Sportiva s.p.a., Rv. 284273-02.

Sentenze della Corte costituzionale:

- Corte cost., sent. n. 240 del 2015;
Corte cost., sent. n. 91 del 2018;
Corte cost., sent. n. 68 del 2019;
Corte cost., sent. n. 146 del 2022;

Corte cost., sent. n. 174 del 2022.

CAPITOLO IV

RILEVANZA PENALE DEL MOBBING E REATO DI MALTRATTAMENTI IN AMBIENTE LAVORATIVO

(di Aldo Natalini)

SOMMARIO: 1. La tutela penale del *mobbing* nella giurisprudenza di legittimità. - 2. L'irrilevanza della formale legittimità delle iniziative disciplinari assunte nei confronti dei lavoratori mobbizzati. - 3. La configurabilità del delitto di maltrattamenti nella sua accezione di *mobbing* "verticale".

1. La rilevanza penale del mobbing nella giurisprudenza di legittimità.

In tema di rilevanza penale del *mobbing* in ambito lavorativo – inteso come “pratiche persecutorie realizzate ai danni del lavoratore dipendente e finalizzate alla sua emarginazione” (per questa definizione, v. Sez. 6, n. 26594 del 06/02/2009, P.G. in proc. P. e altro, Rv. 244457-01; Sez. 6, n. 13088 del 05/03/2014, B. e altro, Rv. 259591-01; Sez. 6, n. 24642 del 19/03/2014, P.G. in proc. L., Rv. 260063-01; Sez. 6, n. 14754 del 13/02/2018, P.C. in proc. M., Rv. 272804-01) – si segnala un'interessante decisione resa nel corso del 2023 (**Sez. 6, n. 38306 del 14/06/2023, P., Rv. 285185-01**) con cui la Corte, ravvisando la sussistenza del reato di maltrattamenti, nella sua accezione di *mobbing* “verticale” (cd. *bossing*) nel settore privato, è tornata ad occuparsi del fenomeno, già trattato in precedenti occasioni, alcune anche risalenti, con soluzioni, in punto di inquadramento giuridico, piuttosto diversificate, attesa la notoria assenza *iure positivo* di una autonoma fattispecie di reato (nel senso che il *mobbing* e, più specificamente, il *bossing* costituisce un “fenomeno non ancora previsto in modo specifico né nella nostra legislazione né nella contrattazione collettiva, ma, tuttavia, già esaminato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità e consistente in “atti e comportamenti - violenza, persecuzione psicologica - posti in essere dal datore di lavoro che mira a danneggiare il lavoratore al fine di estrometterlo dal lavoro, atteggiamenti svolti con carattere sistematico e duraturo”, v. già Sez. 6, n. 31413 del 21/09/2006, Riva e altri, Rv. 234854/55-01, in motiv. § 3.2.).

Prima della pronuncia in disamina, aveva sussunto la condotta di *mobbing* “verticale” sotto il reato di cui all'art. 572 cod. pen. anche la conforme Sez. 6, n. 28553 del 13/07/2009, Onori, Rv. 246637-01 – oggi richiamata in parte motiva da Sez. 6, n. 38306 del 14/06/2023, cit., al § 2.2.2. – che si era appuntata sul peculiare profilo concernente l'ammissibilità di misure cautelari di interdizione dall'esercizio dell'attività di direttore generale di una società e di presidente di aziende private, municipalizzate o a capitale misto (v. art. 290 cod. proc. pen.) in relazione ad un quadro di indagini su diffuse manifestazioni di *mobbing* in ambiente lavorativo.

In altre decisioni la S.C. si era invece soffermata sulla necessità di operare un *distinguo* qualificatorio in tema di esercizio del potere di correzione e disciplina in ambito lavorativo: per Sez. 6, n. 51591 del 28/09/2016, V., Rv. 268819-01, sussiste il reato previsto dall'art. 571 cod. pen. quando “la condotta del datore di lavoro che superi i limiti fisiologici dell'esercizio di tale potere (nella specie, rimproveri abituali

al dipendente con l'uso di epiteti ingiuriosi o con frasi minacciose), mentre integra il delitto di cui all'art. 572 cod. pen. la condotta del datore di lavoro che ponga in essere nei confronti del dipendente comportamenti del tutto avulsi dall'esercizio del potere di correzione e disciplina, funzionale ad assicurare l'efficacia e la qualità lavorativa, e tali da incidere sulla libertà personale del dipendente, determinando nello stesso una situazione di disagio psichico (nella specie, lancio di oggetti verso il dipendente e imposizione di stare seduto per lungo tempo davanti alla scrivania del datore di lavoro senza svolgere alcuna funzione)". In senso conforme, si erano già espresse le più risalenti: Sez. 6, n. 10090 del 12/3/2001, Erba e altro, Rv. 218201-01, per la quale "integra il delitto di maltrattamenti, e non invece quello di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 cod. pen.), la condotta del datore di lavoro e dei suoi preposti che, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, abbiano posto in essere atti volontari, idonei a produrre uno stato di abituale sofferenza fisica e morale nei dipendenti, quando la finalità perseguita dagli agenti non sia la loro punizione per episodi censurabili ma lo sfruttamento degli stessi per motivi di lucro personale" (Fattispecie relativa a un datore di lavoro e al suo preposto che, in concorso fra loro, avevano sottoposto i propri subordinati a varie vessazioni, accompagnate da minacce di licenziamento e di mancato pagamento delle retribuzioni pattuite, corrisposte su libretti di risparmio intestati ai lavoratori ma tenuti dal datore di lavoro, al fine di costringerli a sopportare ritmi di lavoro intensissimi); Sez. 6, n. 2609 del 25/09/1995, dep. 1997, Aprile e altro, Rv. 207527-01, che, con riguardo a comportamento di ospiti-datori di lavoro di una persona extracomunitaria a cui non veniva corrisposta retribuzione ed a cui sistematicamente era stato imposto di non uscire, di non comunicare con alcuno, di lavarsi e vestirsi in giardino, di non guardare la televisione, ha affermato che "l'esercizio della funzione correttiva con modalità afflittive e deprimenti della personalità, nella molteplicità delle sue dimensioni, contrasta con la pratica pedagogica e con la finalità di promozione dell'uomo ad un grado di maturità tale da renderlo capace di integrale e libera espressione delle sue attitudini, inclinazioni ed aspirazioni. Pertanto, quando un siffatto esercizio, nel contesto della famiglia ovvero di rapporti di autorità o di dipendenza, si ripeta con abituale frequenza nei confronti dello stesso soggetto, l'intento correttivo resta escluso e si versa nell'ipotesi criminosa dell'art. 572 cod. pen., dei maltrattamenti in famiglia avverso fanciulli".

Nell'ambito della giurisprudenza penale più risalente sono state ravvisate anche altre fattispecie incriminatrici, attesa la vastità delle condotte *mobbizzanti* che – come noto – possono assumere connotati multiformi, irradiandosi in un "catalogo" assai ampio che non si presta ad una tipizzazione chiusa, con conseguente diversificazione della possibile risposta (non solo meramente civilistica o giuslavoristica ma anche) penale, avuto riguardo ai distinti comportamenti di volta in volta in contestazione.

Sez. 6, n. 40891 del 07/11/2007, Colazzo ed altro, Rv. 238031-01, nell'ambito di una vicenda di demansionamento nel pubblico impiego, ha inquadrato il *mobbing* lavorativo con associata patologia neuropsichiatrica nel reato di abuso d'ufficio, nel

rilievo che “integra il requisito della violazione di legge il mutamento di destinazione di una dipendente comunale dallo svolgimento delle mansioni di coordinatrice economista a quelle di prevenzione ed accertamento delle violazioni in materia di sosta, deliberato dal Sindaco in violazione dell’art. 56 d.lgs. n. 29 del 1993 sui dipendenti delle pubbliche amministrazioni e dell’art. 7 C.C.N.L. dei dipendenti degli enti locali recepito nel d.P.R. n. 593 del 1993” (in motivazione, la Corte ha precisato che tali norme, pur consentendo che un dipendente possa essere adibito a svolgere compiti di qualifica immediatamente inferiore, richiedono, tuttavia, l’occasionalità della destinazione e la possibilità che ciò avvenga con criteri di rotazione).

Prima ancora, Sez. 6, n. 31413 del 21/09/2006, Riva e altri, cit. – anch’essa oggi richiamata, in motivazione, da Sez. 6, n. 38306 del 14/06/2023, cit., al § 2.2.2. – aveva ritenuto configurabile il reato di violenza privata, consumata o tentata, a carico di datori di lavoro i quali costringano (o cerchino di costringere) taluni lavoratori dipendenti ad accettare una novazione del rapporto di lavoro comportante un loro “demansionamento” (nella specie costituito da declassamento dalla qualifica di impiegato a quella di operaio) mediante minaccia di destinarli, altrimenti, a forzata ed umiliante inerzia in ambiente fatiscente ed emarginato dal resto del contesto aziendale, nella prospettiva di un susseguente licenziamento.

Da ultimo, **Sez. 1, n. 35802 del 05/06/2023, Petitti, non mass.**, ha annullato ma solo per motivi di (sopravvenuta) prescrizione la pronuncia di prime cure che ha qualificato una condotta di *mobbing* ai danni di un’ostetrica in servizio presso il consultorio familiare diretto dall’imputata in termini di molestie private di cui all’art. 660 cod. pen.

2. L’irrelevanza della formale legittimità delle iniziative disciplinari assunte nei confronti dei lavoratori mobbizzati.

Nella vicenda affrontata da **Sez. 6, n. 38306 del 14/06/2023, P.**, cit., la ricorrente parte civile aveva impugnato per cassazione la sentenza di assoluzione resa dalla Corte d’appello territoriale in riforma della condanna di primo grado pronunciata a carico della titolare di un negozio di parrucchiera per il reato di maltrattamenti, nella specie sia fisici e morali, aggravati dalla condizione di gravidanza della dipendente, commessi nel corso del rapporto di lavoro intrattenuto per circa quattro anni, fino all’intimato licenziamento per giusta causa, che era stato ritenuto *legittimo* dal locale Tribunale del lavoro adito.

Mentre il giudice di prime cure aveva fondato la decisione di condanna sulla testimonianza della persona offesa – che aveva riferito come l’imputata si rivolgesse a lei con gratuiti insulti sul suo aspetto fisico, con minacce di licenziamento se fosse rimasta incinta, le avesse imposto lavori gravosi ed umilianti, ingiuriandola anche con bestemmie alla presenza delle clienti e delle colleghe; condotte vessatorie sopportate per anni per la propria condizione di fragilità economica (era l’unica a lavorare in famiglia, anche con un figlio a carico) –, ritenuta confermata da altri testi (tra cui il marito, l’ex compagno e il padre della persona offesa), la Corte d’appello aveva di contro giudicato inattendibile la deposizione della denunciante, oltreché

generiche le altre deposizioni, tra l'altro valorizzando – per quel che qui rileva – proprio la ritenuta *legittimità* del licenziamento per giusta causa della dipendente, tale da rendere per ciò solo *strumentale* la denuncia per i maltrattamenti subiti dalla datrice di lavoro.

La Cassazione, con la sentenza in disamina, nell'annullare la pronuncia assolutoria di secondo grado, oppone la considerazione che il Tribunale del lavoro per dichiarare legittimo l'intimato licenziamento avesse svolto una limitata attività istruttoria, diversamente da quella penale invece svolta dal giudice di primo grado in termini esaustivi e sostenuta – ad avviso della S.C. – “con puntuali argomenti”; di qui il riaffermato principio di diritto secondo il quale la condotta vessatoria integrante la fattispecie di *mobbing* “verticale” non sia di per sé “esclusa dalla formale legittimità di iniziative disciplinari assunte nei confronti dei lavoratori mobbizzati”. A tal fine la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza che già si era espressa in tal senso: Sez. 6, n. 28533 del 18/03/2009, Onori, cit. (fattispecie nella quale, in fase cautelare, l'indagato, direttore generale di un'azienda municipalizzata per lo smaltimento dei rifiuti urbani è stato ritenuto responsabile dei reati di maltrattamenti, lesioni personali e violenza privata) e, prima ancora, Sez. 6, n. 31413 del 08/03/2006, Riva, cit., in motiv. § 3.3, non massimata sul punto, che per la prima volta spiegò esattamente come “può esservi condotta molesta e vessatoria o, comunque *mobbing* anche in presenza di atti di per sé legittimi e che, simmetricamente, non ogni demansionamento così come non ogni altro atto illegittimo dà luogo, a cascata, a *mobbing*. Affinché ciò avvenga, è necessario che quell'atto emerga come l'espressione, o meglio come uno dei tasselli, di un composito disegno vessatorio. In definitiva, per la sussistenza del fenomeno occorre che diverse condotte, alcune o tutte di per sé legittime, si ricompongano in un *unicum*, essendo complessivamente e cumulativamente idonee a destabilizzare l'equilibrio psico-fisico del lavoratore. Ciò non toglie, ovviamente, che tali condotte, esaminate separatamente e distintamente, possano essere illegittime e anche integrare fattispecie di reato” (*ibidem*, § 3.3.).

Dunque la Cassazione, con la sentenza in disamina, mostra di ritenere come la considerazione del contesto nel quale si verificano tali situazioni *mobbizzanti* debba essere affrontata da una prospettiva ampia, nella quale diverse condotte puntuali acquistano significato, valutate anche sotto il profilo della loro concatenazione: in questa prospettiva, anche la circostanza che alcune specifiche condotte riconducibili alla comminazione di specifiche sanzioni disciplinari non siano apparse di per sé al giudice del lavoro rivestire profili di illegittimità non serve da sola ad escludere in via definitiva che nel contesto aziendali possa comunque rinvenirsi un quadro di *mobbing* nei confronti di uno o più dipendenti. Tanto più che, nel caso di specie, il Tribunale del lavoro nel dichiarare legittimo il licenziamento aveva comunque condannato la datrice di lavoro a pagare una somma di denaro a favore della dipendente mobbizzata per l'attività di lavoro straordinario svolto e non retribuito, a riprova – stigmatizza la Cassazione – “proprio dell'attendibilità della persona offesa che aveva indicato l'obbligo, cui era sottoposta, di lavorare gratuitamente oltre l'orario come una delle modalità delle condotte maltrattanti” (*ibidem*, § 2.2.2.).

3. La configurabilità del delitto di maltrattamenti nella sua accezione di *mobbing* “verticale”.

Al ribadito principio di diritto dell'irrilevanza della formale legittimità delle iniziative disciplinari assunte nei confronti dei lavoratori mobbizzati la decisione in disamina sembra contrapporre le ragioni del ravvisato inquadramento giuridico del (variegato) fenomeno del *mobbing* sotto il delitto di maltrattamenti *ex art.* 572 cod. pen.

Come spiega subito dopo Sez. 6, n. 38306 del 14/06/2023, P., cit., in motiv., al § 2.2.2., “il licenziamento per giusta causa presuppone condotte gravemente inadempienti del lavoratore che ledono irrimediabilmente la fiducia del datore di lavoro e restano confinate alla relazione tra le parti private; mentre il delitto di maltrattamenti, nella sua accezione di *mobbing* verticale, è un illecito penale di mera condotta, perseguibile d'ufficio, che si consuma con l'abituale prevaricazione ed umiliazione commessa dal datore di lavoro nei confronti del dipendente, approfittando della condizione subordinata di questi e tale da rendere i comportamenti o le reazioni della vittima irrilevanti ai fini dell'accertamento della consumazione del delitto (Sez. 6, n. 8729 del 18/01/2023, A., non mass.; Sez. 6, n. 11733 del 26/01/2023, F., non mass.; Sez. 6, n. 9187 del 15/09/2022, dep. 2023, C., non mass.; Sez. 6, n. 809 del 17/10/2022, dep. 2023, V., non mass.; Sez. 6, n. 30340 del 08/07/2022, S., non mass.; Sez. 6, n. 19847 del 22/04/2022, M., non mass.).

Si tratta di un passaggio motivazionale doppiamente rilevante.

Anzitutto perché declina allo specifico contesto lavorativo quella recente giurisprudenza in tema di maltrattamenti verso familiari e conviventi secondo cui non assume alcuna valenza, sotto il profilo della qualificazione giuridica del fatto e della sussistenza della illiceità penale, la maggiore (o minore) capacità reattiva della persona maltrattata (Sez. 6, n. 30340 del 08/07/2022, cit.; Sez. 6, n. 809 del 17/10/2022, dep. 2023, cit.), né l'eventuale reciprocità delle condotte (Sez. 6, n. 12026 del 24/01/2020, M., Rv. 278968-01), né la concreta idoneità delle violenze di ottenere l'annientamento o la subordinazione della vittima (Sez. 6, n. 809 del 17/10/2020, dep. 2023, cit.; Sez. 6, n. 19487 del 22/4/2022., cit.), trattandosi di elementi estranei alla fattispecie che, oltretutto, invertono l'oggetto dell'accertamento, illogicamente spostato dalla condotta dell'autore, “unico elemento oggettivo e descrittivo della fattispecie penale” (Sez. 6, n. 9187 del 15/09/2022, dep. 2023, cit., in motiv. § 9.2.), a quella della vittima, invece del tutto irrilevante (Sez. 6, n. 8729 del 18/01/2023, cit., in motiv. § 2.2.).

In secondo luogo, e più specificamente per la problematica in trattazione, è particolare rilievo ai fini della riconosciuta tutela penale delle condotte mobbizzanti: infatti, nel valorizzare l'applicabilità *in subiecta materia* dell'art. 572 cod. pen., la sentenza sembra esprimere un (implicito) tentativo di rappresentazione unitaria del fenomeno del *mobbing* anche in sede penale, prestandosi la norma ad assumere un carattere di “cornice” entro la quale possono sussumersi condotte multiformi, pur in assenza di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*.

Nondimeno, la decisione in esame – verosimilmente in ragione della pacifica assimilazione ad un consorzio familiare dei rapporti di specie (“ambientati” in un negozio di parrucchiera) – non ha ritenuto di dover ribadire le condizioni – ed i limiti – di configurabilità dell’art. 572 cod. pen. nel caso di *mobbing* lavorativo (nel settore privato). La Cassazione è infatti ferma nel ritenere che le pratiche di *mobbing* possono integrare il delitto di maltrattamenti in famiglia esclusivamente qualora il rapporto tra il datore di lavoro e il dipendente assuma natura *para-familiare*, in quanto caratterizzato da relazioni intense ed abituali, da consuetudini di vita tra i soggetti, dalla soggezione di una parte nei confronti dell’altra, dalla fiducia riposta dal soggetto più debole del rapporto in quello che ricopre la posizione di supremazia (Sez. 6, n. 26594 del 06/02/2009, cit.: fattispecie in cui è stata esclusa la sussistenza del reato in relazione alle vessazioni subite dalla dipendente ad opera di un dirigente di una azienda di grandi dimensioni; conf. Sez. 6, n. 685 del 22/09/2010, dep. 2011, P.C. in proc. C., Rv. 249186-01: fattispecie in cui è stata esclusa la configurabilità del reato in relazione alle condotte vessatorie poste in essere dal capo squadra nei confronti di un operaio; Sez. 6, n. 43100 del 10/10/2011, R.C. e P., Rv. 251368-01: fattispecie relativa a condotte vessatorie poste in essere nell’ambito di un rapporto tra un sindaco e un dipendente comunale, in cui la S.C. ha escluso la configurabilità del reato previsto dall’art. 572 cod. pen.; Sez. 6, n. 16094 del 11/4/2012, I., Rv. 252609-01: fattispecie in cui è stata esclusa la configurabilità del reato in relazione alle condotte vessatorie poste in essere dal vice-presidente di un ATER nei confronti di una dipendente); principi, peraltro, ripetutamente riaffermati anche all’indomani delle modifiche al testo (e alla rubrica) dell’art. 572 cod. pen. ad opera della legge n. 172 del 2012 (v. Sez. 6, n. 28603 del 28/03/2013, P.C. in proc. S. e altro, Rv. 255976-01: nella specie, la Corte pur escludendo la configurabilità del delitto di maltrattamenti, ha annullato con rinvio la sentenza assolutoria perché il giudice valutasse se i disturbi ansioso-depressivi lamentati dalla vittima potessero integrare il delitto di lesioni personali; Sez. 6, n. 13088 del 05/03/2014, cit.: fattispecie nella quale la Corte ha escluso la sussistenza del delitto in parola, per essersi verificate le condotte vessatorie nel contesto di un’articolata realtà aziendale, caratterizzata da uno stabilimento di ampie dimensioni e da decine di dipendenti sindacalizzati; Sez. 6, n. 24057 del 11/04/2014, Marcucci, Rv. 260066-01: fattispecie in cui è stata ritenuta la configurabilità del reato in relazione alle condotte vessatorie poste in essere dal titolare di un’impresa agricola nei confronti di alcuni dipendenti di nazionalità rumena ospitati nella struttura, e ridotti in una situazione di estremo disagio quanto al vitto, all’alloggio ed alle condizioni igieniche; Sez. 6, n. 24642 del 19/03/2014, cit.: fattispecie in cui è stata esclusa la configurabilità del reato in relazione alle condotte vessatorie poste in essere da un sindaco nei confronti di una funzionaria comunale; Sez. 6, n. 14754 del 13/02/2018, cit.: fattispecie in cui è stata esclusa la configurabilità del reato in relazione alle condotte poste in essere dai superiori in grado nei confronti di un appuntato dei Carabinieri).

Difatti, nonostante quelle estensioni giurisprudenziali che, già dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, avevano abbracciato una nozione di “famiglia”

alquanto estesa agli effetti dell'art. 572 cod. pen., comprensiva di ogni consorzio di persone tra le quali, per intime relazioni e strette consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà, anche di "puro fatto" (così già Sez. 2, n. 00320 del 01/03/1966, Palumbo, Rv. 101563-01; Sez. 6, n. 01067 del 03/07/1990, dep. 1991, Soru ed altro, Rv. 186276-01; Sez. 3, n. 08953 del 03/07/1997, Miriani ed altro, Rv. 208444-01), non sembra revocabile in dubbio alla Corte che, ai fini della configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia nell'ambito di un rapporto professionale o di lavoro, "è necessario che il soggetto attivo si trovi in una posizione di supremazia, connotata dall'esercizio di un potere direttivo o disciplinare tale da rendere ipotizzabile una condizione di soggezione, anche solo psicologica, del soggetto passivo, che appaia riconducibile ad un rapporto di natura para-familiare" (così Sez. 6, n. 43100 del 10/10/2011, cit.).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. 2, n. 00320 del 01/03/1966, Palumbo, Rv. 101563-01;
Sez. 6, n. 2609 del 25/09/1995, dep. 1997, Aprile e altro, Rv. 207527-01;
Sez. 3, n. 08953 del 03/07/1997, Miriani ed altro, Rv. 208444-01;
Sez. 6, n. 01067 del 03/07/1990, dep. 1991, Soru ed altro, Rv. 186276-01;
Sez. 6, n. 10090 del 12/3/2001, Erba e altro, Rv. 218201-01;
Sez. 6, n. 31413 del 08/03/2006, Riva e altri, Rv. 234854/55-01;
Sez. 6, n. 40891 del 07/11/2007, Colazzo ed altro, Rv. 238031-01;
Sez. 6, n. 26594 del 06/02/2009, P.G. in proc. P. e altro, Rv. 244457-01;
Sez. 6, n. 28553 del 18/03/2009, Onori, 246637-01;
Sez. 6, n. 685 del 22/09/2010, dep. 2011, P.C. in proc. C., Rv. 249186-01;
Sez. 6, n. 43100 del 10/10/2011, R.C. e P., Rv. 251368-01
Sez. 6, n. 16094 del 11/4/2012, I., Rv. 252609-01;
Sez. 6, n. 28603 del 28/03/2013, P.C. in proc. S. e altro, Rv. 255976-01;
Sez. 6, n. 13088 del 05/03/2014, B. e altro, Rv. 259591-01;
Sez. 6, n. 24057 del 11/04/2014, Marcucci, Rv. 260066-01;
Sez. 6, n. 24642 del 19/03/2014, P.G. in proc. L., Rv. 260063-01;
Sez. 6, n. 51591 del 28/09/2016, V., Rv. 268819-01;
Sez. 6, n. 14754 del 13/02/2018, P.C. in proc. M., Rv. 272804-01;
Sez. 6, n. 12026 del 24/01/2020, M., Rv. 278968-01;
Sez. 6, n. 19847 del 22/04/2022, M., non mass.;;
Sez. 6, n. 809 del 17/10/2022, dep. 2023, V., Rv. 284107-01;
Sez. 6, n. 30340 del 08/07/2022, S., non mass.;;
Sez. 6, n. 8729 del 18/01/2023, A., non mass.;;
Sez. 6, n. 9187 del 15/09/2002, dep. 2023, non mass.;;
Sez. 6, n. 11733 del 26/07/2023, F., non mass.;;
Sez. 6, n. 35802 del 05/06/2023, Petitti, non mass.;;
Sez. 6, n. 38306 del 14/06/2023, P., Rv. 285185-01.

SEZIONE II

LA PENA

CAPITOLO I

UNIFICAZIONI DI PENE CONCORRENTI E CRITERIO MODERATORE

(di *Andrea Nocera*)

SOMMARIO: 1. Le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite. - 2. I termini del contrasto. - 3. La soluzione delle Sezioni Unite: il principio di diritto affermato.

1. Le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite.

La questione rimessa alle Sezioni Unite, risolta con la sentenza **Sez. U., n.7029 del 16/02/2024, Giampà Pasquale**, trae origine da un contrasto di giurisprudenza sulla applicabilità del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen., ai fini dell'ammissione del condannato per plurimi reati, taluno dei quali ostativo alla concessione dei benefici penitenziari *ex art. 4-bis* ord. pen., ove con tale condanna sia stata irrogata una pena superiore alla soglia massima di trenta anni di reclusione.

La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite è stata formulata nei seguenti termini: *“Se, in presenza di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti, che abbia richiesto l'applicazione del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. per il superamento della soglia massima di anni trenta di reclusione e che ricomprenda prenda anche una condanna per reato ostativo alla concessione dei benefici penitenziari, lo scioglimento del cumulo a detti fini vada effettuato avendo riguardo alla pena relativa al reato ostativo nella sua entità originaria, ovvero operando una riduzione proporzionale rispetto all'applicazione del predetto criterio moderatore alla pena complessiva, derivante dal cumulo materiale”*.

Nel caso concreto, il Tribunale di sorveglianza di L'Aquila aveva dichiarato inammissibile la domanda, proposta nell'interesse del condannato, volta ad ottenere la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale — o, in subordine, della detenzione domiciliare - in riferimento alla pena residua di cui al provvedimento di unificazione di pene concorrenti avente ad oggetto tre diverse sentenze di condanna, due delle quali per delitti non ostativi alla concessione di benefici penitenziari o di misure alternative alla detenzione *ex art. 4-bis* ord. pen. Uno solo di tali titoli esecutivi oggetto di provvedimento di cumulo riguardava, di contro, una condanna alla pena di trenta anni di reclusione per il reato ostativo di partecipazione ad associazione mafiosa di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., omicidio, tentato omicidio, nonché per connessi delitti in materia di armi, tutti aggravati ai sensi dell'art. 7 della legge 12 luglio 1992, n. 203.

Nel provvedimento di cumulo, la pena finale, calcolata secondo il criterio materiale nella misura di trentacinque anni e due mesi di reclusione, per il cumulo materiale delle pene irrogate con le sentenze unificate, era stata ridotta, in

applicazione del criterio moderatore previsto dall'art. 78 cod. pen., a trenta anni di reclusione.

L'ordinanza impugnata aveva fondato la declaratoria di inammissibilità della domanda sul presupposto che lo scioglimento preventivo del cumulo materiale, pur temperato dal criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen., debba considerare la pena inflitta per i reati ostativi nella sua originaria entità. Per essere ammesso alla misura alternativa l'istante avrebbe dovuto avere già interamente espiato la pena di trenta anni di reclusione a lui inflitta per il reato ostativo, circostanza non ricorrente nel caso di specie perché la pena inflitta per il reato ostativo assorbe interamente quella complessiva risultante dal cumulo in esecuzione, pur ridotta nella misura originaria della condanna per il reato più grave ex art. 78 cod. pen.

2. I termini del contrasto.

Il contrasto di giurisprudenza segnalato emerge dal maturare di due opposte soluzioni al quesito, espressione di orientamenti giurisprudenziali tra loro non componibili, interni alla stessa Prima Sezione rimettente.

Un primo orientamento, segnalato come maggioritario, ha affermato il principio secondo cui “in presenza di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti che comprenda anche una condanna per reato ostativo alla concessione dei benefici penitenziari, ai fini dello scioglimento del cumulo, la pena relativa al reato ostativo va considerata nella sua entità originaria senza operare alcuna riduzione in conseguenza dell'eventuale applicazione del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. determinata dal superamento della soglia massima di anni trenta di pena detentiva” (Sez. 1, n. 18239 del 26/3/2019, Di Mondo, Rv. 275670-01 in caso relativo a domanda di permesso-premio, cui hanno fatto seguito, in senso conforme, Sez. 1, n. 26848 del 01/06/2022, Zavettieri, Rv. 283360-01, in relazione ad altra istanza del ricorrente di ammissione alla detenzione domiciliare; Sez. 1, n. 24014 del 18/05/2022, Cascone, Rv. 283186-01, relativa ad istanza per la concessione della semilibertà).

L'orientamento in esame ribadisce remoti precedenti della Corte sul tema.

In particolare, Sez. 1, n. 837 del 27/02/1993, Di Girolamo, Rv. 193632-01, in relazione ad istanza di ammissione alla semilibertà, aveva affermato che, “nel caso di espiatione di una pena unica cumulata, derivante dalla unificazione di una pluralità di pene e dall'inserimento nell'unico cumulo di una pluralità di cumuli parziali (in conseguenza della commissione in tempi diversi dei reati per i quali il soggetto ha riportato condanna e della non imputabilità della pena già espiata ad un reato commesso in epoca successiva), deve aversi riguardo, ai fini della verifica in ordine alla sussistenza o meno della condizione costituita dall'avvenuta espiatione di almeno metà della pena, alla intera pena da espiare, indipendentemente dalla circostanza che nell'effettuazione dei cumuli parziali abbia operato o meno il criterio moderatore di cui all'art. 78, comma primo, n. 1, cod. pen., richiamato dal successivo art. 80”.

La neutralità del criterio moderatore, ai fini della ammissione ai benefici trattamentali del condannato in espiatione di pena, era stata ribadita da Sez. 1, n. 35741 del 08/06/2017, Bruzzaniti, che, ripudiando il criterio di riduzione

proporzionale della pena da imputare alla condanna per reato ostativo, aveva affermato il seguente principio, definito espressione di un “orientamento ermeneutico consolidato”: “una volta operato lo scioglimento del cumulo delle pene concorrenti, allo scopo di verificare se il condannato abbia espiato la pena per i reati ostativi al godimento dei benefici penitenziari, non si può tenere conto della riduzione di pena derivante dall’applicazione del criterio moderatore previsto dall’art. 78 cod. pen.”

Un **secondo orientamento**, ponendosi in consapevole contrasto con l’indirizzo espresso da ultimo dalla citata Sez. 1, “Di Mondo”, ha affermato che, “in presenza di un provvedimento di unificazione di pene temporanee concorrenti, che comprenda anche una condanna per reato ostativo alla concessione dei benefici penitenziari, ai fini dello scioglimento del cumulo, è necessario individuare il titolo di reato effettivamente in espiazione, valutando, mediante un’operazione algebrica, in che proporzione il criterio moderatore di cui all’art. 78 cod. pen. abbia inciso sulla pena complessiva risultante dal cumulo materiale, così da applicare la percentuale ottenuta su ciascun reato, ed imputando la frazione già espiata all’esecuzione dei reati ostativi” (Sez. 1, n. 35794 del 08/03/2019, Farina, Rv. 276723-01; in senso conf., Sez. 1, n. 6013 del 19/12/2016, dep. 2017, Papalia; Sez. 1, n. 3130 del 19/12/2014, dep. 2015, Moretti, Rv. 262062-01).

In uno dei citati arresti (Sez. 1, n. 35794 del 08/03/2019, Farina, Rv. 262062-01) la Corte osserva che «per le pene temporanee, il codice penale ha abbandonato sia il sistema dell’assorbimento sia quello del cumulo giuridico, adottando invece, secondo il principio *tot crimina tot poenae*, il criterio del cumulo materiale, sia pure temperato attraverso la fissazione di limiti massimi di pena, in assoluto o in rapporto alla pena più grave, ai sensi dell’art. 78 cod. pen.»; e ciò al fine di evitare i possibili eccessi derivanti dalla mera addizione aritmetica delle pene irrogate con diverse condanne, suscettibile di dar vita ad una pena perpetua, in violazione dell’art. 23 cod. pen. e del sovraordinato principio costituzionale, affermato all’art. 27, comma terzo, Cost., che affida alla pena una finalità rieducativa. Si rammenta, inoltre, il rischio di una irragionevole diversità di trattamento in sede esecutiva, collegata a circostanze meramente casuali, già oggetto di pronuncia della Corte costituzionale con la sentenza n. 361 del 1994, ove, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4-*bis* ord. pen. nella parte in cui rendeva la condanna per i delitti ivi indicati ostativa alla concessione dei benefici penitenziari, si poneva in rilievo che, diversamente da quanto affermato in alcune sentenze di legittimità le quali avevano individuato la *ratio* del divieto di scioglimento del cumulo nella valutazione di “pericolosità soggettiva” del detenuto derivante dalla condanna per un reato “ostativo”, «non si rinvenivano dati normativi per sostenere che la nuova disciplina recata dall’art. 4-*bis* abbia creato una sorta di status di “detenuto pericoloso” che permei di sé l’intero rapporto esecutivo a prescindere dal titolo specifico di condanna». Secondo la Corte costituzionale, al contrario, proprio l’articolazione della disciplina sulle misure alternative «in termini diversi in relazione alla tipologia dei reati per i quali è stata pronunciata condanna la cui pena è in esecuzione» impone di valorizzare il tradizionale insegnamento della

giurisprudenza di legittimità relativo alla «necessità dello scioglimento del cumulo in presenza di istituti che, ai fini della loro applicabilità, richiedano la separata considerazione dei titoli di condanna e delle relative pene».

Di qui la prospettata necessità, per il principio del *favor rei*, di operare una riduzione proporzionale della pena irrogata per il reato ostativo, ai fini della verifica dei presupposti per l'ammissione del condannato ai benefici trattamentali, una volta operato lo scioglimento virtuale del cumulo.

3. La soluzione delle Sezioni Unite: il principio di diritto affermato.

Sulla questione oggetto di rimessione, le Sezioni Unite hanno ritenuto condivisibile l'orientamento segnalato come maggioritario, valorizzando l'esegesi del dato normativo.

Il principio di diritto affermato è stato così massimato: «*In presenza di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti, che abbia richiesto l'applicazione del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. per il superamento della soglia massima di trenta anni di reclusione e che ricomprensiva anche una condanna per reato ostativo alla concessione dei benefici penitenziari, lo scioglimento del cumulo a detti fini va effettuato avendo riguardo alla pena relativa al reato ostativo nella sua entità originaria*» (Rv. 284820-01).

Le Sezioni Unite, danno continuità all'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, secondo il quale, in vista della decisione in ordine alla domanda di benefici penitenziari, ai fini dello scioglimento del cumulo di pene temperato dal criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen., con applicazione della soglia massima di pena detentiva di anni trenta di reclusione, affermano che le pene da imputare alla condanna per reato ostativo vanno considerate nella loro entità originaria. Osservano, in particolare, che gli orientamenti in contrasto condividono il principio secondo il quale, in caso di cumulo di pene inflitte per diversi reati, al fine di accertare l'esistenza dei requisiti di ammissibilità a benefici penitenziari o misure alternative alla detenzione, si debba procedere preliminarmente allo scioglimento del cumulo tra reati ostativi e reati non ostativi, sicché possa essere ammesso a tali benefici il condannato che abbia già scontato la pena relativa al delitto ostativo, da ritenersi espiata per prima rispetto alle altre oggetto di cumulo (cfr. sul tema, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 4998 del 19/9/1997, Messina, Rv. 208512-01; Sez. 1, n. 4600 del 9/11/1992, Policastro, Rv. 192414-01).

Tale condiviso assunto trova indiretto avallo nella sentenza Corte cost. n. 361 del 1994, sopra citata, che ha escluso possa considerarsi diritto vivente – “sia perché contrastata da un numero molto maggiore di precedenti decisioni, sia perché non costante nemmeno nell'ultimo periodo di tempo” – quanto affermato in talune decisioni dissenzienti della giurisprudenza di legittimità in tema di continuazione tra reati, ove si escludeva la possibilità di procedere allo scioglimento del cumulo giuridico in ragione del riferimento operato dall'art. 4-bis Ord. pen. alla “pericolosità soggettiva del detenuto, certificata dalla condanna per un determinato reato”, alla quale deve essere collegata la esclusione dai vari benefici trattamentali, “senza possibilità di distinguere, in caso di pene concorrenti, e di attribuire, quindi, ad un periodo pregresso l'espiazione di quella parte di pena collegabile al reato per cui

vige il divieto di concedibilità” (cfr., *ex multis*, Sez. 1, n. 2903 del 18/6/1993, Sfara, Rv. 194624-01).

Le Sezioni Unite danno esplicita continuità alla linea giurisprudenziale tracciata in precedenti arresti (Sez. U, n. 14 del 30/06/1999, Ronga, Rv. 214355-01), proprio nel solco dalla Corte costituzionale, ove si è affermato che “nel corso dell’esecuzione il cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato è scindibile, ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, in ordine ai reati che di questi non impediscono la concessione e sempre che il condannato abbia espiato la pena relativa ai delitti ostativi”.

Si sottolinea, inoltre, che lo scioglimento del cumulo delle pene ha natura solo “ideale” o “temporanea” e opera in via incidentale, ai fini della concedibilità dei benefici penitenziari, senza incidere sulle porzioni di pena da espiare e già espiate, in quanto funzionale alla determinazione del momento in cui, avvenuta l’espiazione della pena inflitta in ordine ai delitti ricompresi nell’art. 4-*bis* ord. pen., il divieto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati per uno dei delitti ostativi non ha più ragione di operare in ordine alla pena residua (in tal senso, Sez. 1, n. 25475 del 16/03/2021, Leo Gaetano, non mass.; Sez. 1, n. 15954 del 18/03/2009, Trubia, Rv. 243316-01).

Una volta condivisa la scindibilità del cumulo materiale – potenzialmente foriera di generare una irragionevole diversità di trattamento a seconda della eventualità, del tutto casuale, di un rapporto esecutivo unico, conseguente al cumulo, ovvero di distinte esecuzioni dipendenti dai titoli che scaturiscono dalle singole condanne - il paventato rischio viene meno, proprio per effetto della ammissibilità dello scioglimento del cumulo, anche in caso di unico rapporto esecutivo riguardante più pene oggetto di unificazione, del tutto parificato, quanto a meccanismo operativo, ai casi di continuazione.

In sostanza, per effetto dello scioglimento del cumulo è possibile determinare, imputando per prima al reato ostativo la pena già eseguita, se abbia avuto luogo un concreto “esaurimento” della condanna ostativa, calcolando se sia intervenuta una totale espiazione della relativa pena, a prescindere dall’eventuale incidenza del criterio moderatore di cui all’art. 78, comma 1, n. 1, cod. pen. sulle singole pene cumulate.

Del resto, l’analisi del dato normativo porta ad evidenziare che “l’art. 78 cod. pen., nella sua attuale formulazione, esprime il sistema del “cumulo materiale temperato”, fissando, nel caso di pene concorrenti per plurime condanne, soglie determinate per gli aumenti delle pene principali”.

Le stesse Sezioni Unite (Sez. U, n. 45583 del 25/10/2007, Volpe, Rv. 237692-1) avevano in precedenza fornito una interpretazione dell’art. 78 cod. pen., osservando, in particolare, che la «Relazione ministeriale sul Progetto del codice penale (pag. 130), parla di un doppio limite massimo: il primo, variabile e proporzionale, del quintuplo della pena più grave, come determinata in concreto, fra le pene concorrenti; il secondo, assoluto e fisso, di saturazione delle pene, per il quale la pena da applicare non può comunque eccedere trent’anni per la reclusione e sei anni per l’arresto; l’uno destinato a funzionare per le pene più brevi e i minori

reati e l'altro per le più gravi pene e i maggiori reati» [...] Il legislatore [...] considera come “pena unica per ogni effetto giuridico” (artt. 73, comma 1, e 76, comma 1, cod. pen.), e non come mera somma aritmetica delle pene applicate per ciascun reato, la pena complessiva inflitta in virtù della concorrenza di pene detentive temporanee della stessa specie, irrogate per i singoli reati in concorso: e ciò tanto nel caso in cui più reati siano stati giudicati con unica sentenza o decreto (art. 71), quanto nel caso in cui nei confronti della stessa persona siano intervenute più condanne, pronunciate con distinti sentenze o decreti (art. 80). È certo che il limite dei trent'anni di reclusione opera uniformemente, quale che sia l'eccedenza della pena detentiva, tanto se il cumulo materiale abbia dato come risultato una pena superiore a detto limite solo di qualche anno, quanto se abbia dato come risultato una pena superiore per molti anni».

Nella pronuncia risolutiva del contrasto, le Sezioni Unite, nel solco della indicata prospettiva esegetica elaborata da Sez. URonga e Sez. U Volpe, ribadiscono che «tali principi e considerazioni meritano integrale conferma» e, in particolare, che «i passaggi argomentativi, [...] con precisi riferimenti alla Relazione ministeriale sul Progetto del codice penale, evidenziano nell'art. 78, comma 1, cod. pen. la coesistenza di due limiti massimi di pena: il primo, variabile e proporzionale, pari al quintuplo della pena più grave fra le pene concorrenti; il secondo, “assoluto e fisso, di saturazione delle pene, per il quale la pena da applicare non può comunque eccedere trent'anni per la reclusione e sei anni per l'arresto”».

La chiara esegesi del dato normativo dell'art. 78 cod. pen., inequivocabilmente espressa dal legislatore e coerentemente colta e valorizzata dalla interpretazione sistematica delle stesse Sezioni Unite, non può, dunque, che portare alla soluzione prescelta, secondo cui, nel prevedere la regola di temperamento del limite invalicabile di trenta anni di reclusione, per il caso di cumulo di pene detentive temporanee, l'art. 78 cod. pen. opera in senso assoluto sulla sola pena complessiva risultante dal cumulo materiale, senza alcuna considerazione dell'entità delle singole pene che confluiscono nel provvedimento di unificazione di pene concorrenti, che, dunque, non possono essere proporzionalmente ridotte.

Di qui la decisione di rigetto del ricorso proposto dal condannato avverso il provvedimento di inammissibilità della istanza di ammissione alle misure alternative alla detenzione, ostandovi, nel caso di specie, la condanna alla pena di anni trenta di reclusione per reato ostativo *ex art. 4-bis* ord. pen., compresa nel cumulo temperato ai sensi dell'art. 78 cod. pen., da ritenersi ancora in esecuzione.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. U, n. 45583 del 25/10/2007, Volpe, Rv. 237692 -01;
Sez. U, n. 14 del 30/06/1999, Ronga, Rv. 214355-01;
Sez. U, n.7029 del 16/02/2024, Giampà Pasquale, Rv. 284820-01;
Sez. 1, n. 26848 del 01/06/2022, Zavettieri, Rv. 283360-01;
Sez. 1, n. 24014 del 18/05/2022, Cascone, Rv. 283186-01;
Sez. 1, n. 25475 del 16/03/2021, Leo Gaetano, non mass.;;
Sez. 1, n. 18239 del 26/3/2019, Di Mondo, Rv. 275670 -01;
Sez. 1, n. 35794 del 08/03/2019, Farina, Rv. 276723-01;
Sez. 1, n. 35741 del 08/06/2017, Bruzzaniti, non mass.;;
Sez. 1, n. 6013 del 19/12/2016, dep. 2017, Papalia;
Sez. 1, n. 3130 del 19/12/2014, dep. 2015, Moretti, Rv. 262062-01;
Sez. 1, n. 15954 del 18/03/2009, Trubia, Rv. 243316-01;
Sez. 1, n. 4998 del 19/9/1997, Messina, Rv. 208512-01;
Sez. 1, n. 837 del 27/02/1993, Di Girolamo, Rv. 193632-01;
Sez. 1, n. 4600 del 9/11/1992, Policastro, Rv. 192414-01;
Sez. 1, n. 2903 del 18/6/1993, Sfara, Rv. 194624-01.

Sentenze della Corte costituzionale:

- Corte cost., sent. n. 361 del 1994

CAPITOLO II

CONTINUAZIONE IN SEDE ESECUTIVA TRA REATI PUNTI CON LA PENA DELL'ERGASTOLO GIUDICATI CON GIUDIZIO ABBREVIATO

(di Vincenzo Galati)

SOMMARIO: 1. L'ordinanza di rimessione. - 2. I diversi orientamenti sulla questione devoluta. - 3. La nozione di «pena inflitta» ai sensi dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen. - 4. La natura della diminvente di cui all'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. - 5. I principi di diritto affermati.

1. L'ordinanza di rimessione.

Con ordinanza n. 10019 del 21 dicembre 2022, dep. 2023, la Prima Sezione della Corte di cassazione, cui era stato originariamente assegnato il ricorso, ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite sulla seguente questione: «se in conseguenza del riconoscimento della continuazione tra reati giudicati separatamente con rito abbreviato e sanzionati, per effetto della diminvente *ex* art. 442, comma 2, terzo periodo, cod. proc. pen. – nel testo vigente sino all'aprile 2019 – con la pena di anni trenta di reclusione in sostituzione dell'ergastolo, la pena complessiva debba essere determinata nell'ergastolo ovvero in anni trenta di reclusione».

La vicenda trae origine dall'ordinanza del 31 gennaio 2022 con la quale il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Catanzaro, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha accolto l'istanza con la quale P.G. ha chiesto l'applicazione della disciplina della continuazione, *ex* art. 671 cod. proc. pen.

In sede di quantificazione della pena finale, ha determinato la pena per il reato più grave aderendo all'orientamento espresso dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 37168 del 19/07/2019, Ben Salam, Rv. 276838 secondo cui «il riconoscimento in sede esecutiva della continuazione tra i reati oggetto di condanne emesse all'esito di distinti giudizi abbreviati comporta, previa individuazione del reato più grave, la determinazione della pena base nella sua entità precedente all'applicazione della diminvente per il rito abbreviato, l'applicazione dell'aumento per continuazione su detta pena base e, infine, il computo sull'intero in tal modo ottenuto della diminvente per il rito abbreviato».

Il giudice ha operato l'aumento sulla pena base dell'ergastolo per il delitto di omicidio di cui alla sentenza relativa al reato ritenuto più grave, quantificandolo, per ogni singolo reato, nella stessa misura applicata dai giudici della cognizione e determinandolo, complessivamente, in trentatré anni e nove mesi di reclusione, da ridursi di un terzo per effetto del rito abbreviato.

In base all'art. 72, comma secondo, cod. pen., sulla pena base dell'ergastolo ha applicato l'isolamento diurno ed, infine, ai sensi dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., sostituito l'ergastolo con isolamento diurno con l'ergastolo, stabilendo, inoltre, che l'ulteriore aumento di tre anni di reclusione per la condanna di cui all'unica sentenza pronunciata con rito ordinario rimanesse senza effetto.

La Prima Sezione è stata chiamata a pronunciare sul ricorso proposto nell'interesse del condannato e articolato, essenzialmente, mediante la deduzione

della violazione degli artt. 78 e 81 cod. pen., 671, comma 2, cod. proc. pen. e 187 disp. att. cod. proc. pen.

Secondo quanto prospettato dal ricorrente, quest'ultima norma, impone, in caso di applicazione del reato continuato in fase esecutiva, di considerare violazione più grave quella con la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si sia proceduto con giudizio abbreviato.

Ancora, l'art. 81, comma terzo, cod. pen. (applicabile alla fase esecutiva in virtù del richiamo di cui all'art. 80 cod. pen.) vieta al giudice di superare i limiti agli aumenti di pena applicabili a norma degli articoli precedenti e richiama l'art. 78 cod. pen. che stabilisce in trenta anni il limite massimo agli aumenti delle pene temporanee.

Nel riassumere le contrapposte interpretazioni emerse nel panorama della giurisprudenza di legittimità in ordine alla questione interpretativa dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen., è stato dapprima illustrato l'orientamento al quale ha aderito il giudice dell'esecuzione.

Si tratta di Sez. 1, n. 37168 2019, cit. Il principio era già stato affermato da Sez. 1 n. 20007 del 05/05/2010, Serafino, Rv. 247616-01. che aveva operato anche un rinvio, a supporto delle conclusioni alle quali era pervenuta, a precedenti arresti costituiti da Sez. 5, n. 18368 del 09/12/2003, Bajtrami, Rv. 229229, Sez. U, n. 45583 del 25/10/2007, Volpe, Rv. 237692-01, Sez. 1, n. 26758 del 29/05/2009, Signore, non mass. e Sez. 1, n. 31041 del 20/04/2018, Gatto, non mass.

L'orientamento contrario è espresso, essenzialmente, da Sez. 1, n. 13756 del 21/02/2020, Morelli, Rv. 278977-01, secondo cui, per quanto qui rilevante, l'art. 187 disp. att. cod. proc. pen., deve essere interpretato nel senso che l'utilizzazione del participio "inflitta" si riferisce alla pena concretamente irrogata, al netto della riduzione a seguito del rito abbreviato.

In tal senso anche Sez. 1, n. 48204 del 10/12/2008, Abello, Rv. 242660-01; Sez. 1, n. 38331 del 05/06/2014, Fall, Rv. 260903-01 e un passaggio incidentale di Sezioni Unite Volpe secondo cui la pena «concretamente inflitta», in caso di condanna pronunciata all'esito di giudizio abbreviato, è la sanzione già ridotta di un terzo, conseguendone che il criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen., in quel caso, segue la riduzione di pena per il rito alternativo.

Sulla circostanza che la citata sentenza delle Sezioni Unite venga citata a supporto di entrambi gli orientamenti, si tornerà in seguito.

2. I diversi orientamenti sulla questione devoluta.

La disomogeneità delle interpretazioni in ordine all'art. 187 disp. att. cod. proc. pen., secondo la sentenza in esame, ha rilievo esclusivamente quando vengono in considerazione reati puniti con la pena dell'ergastolo o per i quali trova applicazione il criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen.

Solo in tal caso, infatti, può mutare il computo (così come la natura) della pena finale, mentre alcuna incidenza si determina nel caso in cui concorrano pene temporanee, essendo sostanzialmente irrilevante che la riduzione per il rito venga effettuata sui singoli addendi (le pene da unificare) ovvero sulla pena finale.

Nel definire esattamente i termini del contrasto, le Sezioni Unite hanno integrato l'analisi della giurisprudenza operata dalla Sezione remittente individuando, come espressive dell'orientamento secondo cui la pena più grave inflitta deve essere intesa quella precedente alla riduzione per il giudizio abbreviato, le seguenti decisioni: Sez. U, n. 45583 2007, cit., Sez. 1, n. 37168 del 2019, cit., Sez. 1, n. 31041 del 20/04/2018, Gatto, non mass., Sez. 5, n. 43044 del 04/05/2015, Dedinca, Rv. 265867, Sez. 1 n. 20007 del 2010, cit., Sez. 1, n. 26758 del 2009, cit., Sez. 5, n. 18368 del 2003, cit., Sez. 1, n. 6217 del 07/04/1994, Pusceddu, Rv. 197840-01.

L'orientamento poggia essenzialmente sulla tesi della natura prettamente processuale della riduzione di cui all'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. che abilita al compimento di un'operazione puramente aritmetica conseguente alla scelta del rito, derivandone che essa deve essere eseguita dopo la determinazione della pena, effettuata secondo i criteri e nel rispetto delle norme sostanziali.

Altro orientamento può essere ricondotto all'affermazione del seguente principio: «ai fini dell'individuazione della violazione più grave nel reato continuato in sede esecutiva, il giudice deve tenere conto della sanzione più severa concretamente inflitta (nella specie, previa riduzione di un terzo nel caso di condanna pronunciata con rito abbreviato)» (Sez. 1, n. 48204 del 2008, cit.).

Il principio è stato ribadito in termini generici da successivi arresti fra i quali si segnalano: Sez. 1, n. 4135 del 27/01/2015, dep. 2016, Bassora, Rv. 267302-01 (in motiv.), Sez. 1, n. 12585 del 12/03/2015, Piperis, non mass., Sez. 1, n. 8978 del 26/05/2016, dep. 2017, Valenti, non mass., Sez. 1, n. 58481 del 10/10/2018, Zarrillo, non mass., Sez. 1, n. 36463 del 28/04/2021, Rullo, non mass., Sez. 1, n. 20206 del 27/03/2018, Tomarelli, non mass. (ove, espressamente, in motivazione, si fa riferimento alla necessità di considerare la pena più grave concretamente inflitta al netto della riduzione) e Sez. 1, n. 7150 del 28/04/2015, Paoltroni, non mass. ove si rinviene la chiara affermazione che la riduzione per il rito precede (e non segue) la determinazione degli addendi.

3. La nozione di «pena inflitta» ai sensi dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen.

Nell'aderire al secondo degli orientamenti descritti, le Sezioni Unite hanno richiamato, in primo luogo, il criterio dell'interpretazione letterale di cui all'art. 12 delle preleggi in base al quale «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse».

Seguendo tale criterio, quindi, l'uso del participio passato «inflitta» contenuta nell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen. riferito alla «pena più grave» evoca la pena concretamente irrogata dal giudice della cognizione «siccome indicata nel dispositivo della sentenza e, in caso di pena inflitta in sede di giudizio abbreviato, a quella risultante dalla riduzione di un terzo per il rito».

L'opzione interpretativa è stata ritenuta coerente rispetto ad altre decisioni delle Sezioni Unite.

Si tratta, in primo luogo, di Sez. U, n. 25939 del 28/02/2013, Ciabotti, Rv. 255347-01 che nell'enunciare il principio per cui «in tema di reato continuato, la violazione più grave va individuata in astratto in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse», ha precisato, in motivazione, che «l'art. 187 disp. att. cod. proc. pen. è (...) espressamente e logicamente limitato alla fase dell'esecuzione, in cui si può solo prendere atto della valutazione effettuata dal giudice della cognizione, sicché, per esaminare sentenze o decreti irrevocabili ai fini del concorso formale o della continuazione, ci si deve necessariamente riferire alle pene più gravi che siano state concretamente inflitte».

Altro richiamo è stato operato a Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv. 270073-01, secondo cui «nel riconoscimento del concorso formale o della continuazione in sede esecutiva il giudice, nella determinazione della pena, è tenuto al rispetto, oltre che del criterio indicato dall'art. 671, comma secondo, cod. proc. pen., anche del limite del triplo della pena stabilita per la violazione più grave previsto dall'art. 81, commi primo e secondo, cod. pen.» e che, in motivazione, ha precisato come «mentre nel processo di cognizione l'individuazione della violazione più grave è affidata alla valutazione discrezionale, per quanto vincolata, del giudice, nella fase esecutiva essa, pur a fronte della cedevolezza, pro reo, del giudicato, non può che incontrare il limite della pena più grave già inflitta. Nell'uno e nell'altro caso, quindi, la pena-base è sempre quella per la violazione più grave, rispettivamente da determinare o già determinata».

Una significativa precisazione è stata resa con riguardo a Sez. U *Volpe* ove è stato affermato «la riduzione di pena conseguente alla scelta del rito abbreviato si applica dopo che la pena è stata determinata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene stabilite dagli artt. 71 ss. cod. pen., fra le quali vi è anche la disposizione limitativa del cumulo materiale, in forza della quale la pena della reclusione non può essere superiore ad anni trenta».

Tale decisione, richiamata tralaticciamente a supporto del primo degli orientamenti descritti (ossia quello non condiviso dalle Sezioni Unite), ha avuto riguardo ad un caso di riconoscimento della continuazione in sede di cognizione, non già di esecuzione.

Per tale ipotesi, infatti, le Sezioni Unite, in quell'arresto, sia pure incidentalmente, hanno affermato che la riduzione di pena conseguente alla scelta del rito opera necessariamente prima del criterio moderatore del cumulo materiale di cui all'art. 78 cod. pen.

In ordine alle modalità di computo della riduzione della pena, hanno sottolineato come quella di cui all'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. debba essere effettuata sulla pena determinata in concreto dal giudice e successivamente al giudizio di comparazione.

Sul punto è stata richiamata la Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale.

Con riferimento, invece, all'art. 187 disp. att. cod. proc. pen., di stretto interesse in questa sede, le Sezioni Unite hanno ricordato le Osservazioni del Governo al

Progetto preliminare del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 secondo cui la norma è stata «ritenuta opportuna con specifico riferimento al giudizio abbreviato, dove la circostanza che la riduzione di un terzo dipende dalla scelta del rito e quindi da una scelta meramente processuale avrebbe potuto far argomentare che la pena in concreto era quella precedente rispetto a detta riduzione».

Con l'arresto menzionato, vi è stata, quindi, sia pure incidentalmente, una opzione netta a favore della tesi in base alla quale l'operazione di ricalcolo della pena a norma dell'art. 187 cit. deve assumere come base la pena concretamente irrogata, ossia al netto della riduzione operata per effetto del giudizio abbreviato.

Si tratta di interpretazione che è stata, ancora prima, affermata negli stessi termini, anche in questo caso in via incidentale, da Sez. U, n. 8411 del 27/05/1998, Ishaka, Rv. 210980-01, avente ad oggetto l'individuazione dei criteri di computo della pena ai fini della sua determinazione in funzione dell'applicazione delle pene accessorie, ossia se per applicare dette pene debba farsi riferimento, in caso di giudizio abbreviato, alla pena principale determinata prima dell'applicazione della diminuzione del rito, ovvero a quella inflitta in concreto.

Nel risolvere la questione, la Corte ha fatto riferimento alle medesime considerazioni contenute nelle Osservazioni del Governo al Progetto preliminare sopra citate addivenendo, così, alla conclusione che, ai fini delle pene accessorie, occorre fare riferimento alla pena concretamente inflitta, dopo le operazioni di riduzione per il rito abbreviato.

4. La natura della diminuzione di cui all'art. 442, comma 2, cod. proc. pen.

Nella parte finale della motivazione della sentenza è stata affrontata la questione della natura processuale o sostanziale della diminuzione di cui all'art. 442, comma 2, cod. proc. pen.

Proprio l'affermata natura processuale della riduzione di pena costituisce, infatti, uno dei principali argomenti a sostegno della tesi non condivisa dalle Sezioni Unite.

In tal senso si è espressa Sez. U, n. 7707 del 21/05/1991, Volpe, Rv. 187851-01, che ha evidenziato la non assimilabilità della diminuzione agli elementi circostanziali del reato e la sua rispondenza, piuttosto, ad una «esigenza utilitaristica di sollecita definizione dei giudizi» attraverso la previsione di una riduzione della pena predeterminata e in misura fissa.

Si tratta di profilo totalmente svincolato da qualsiasi aspetto giustificativo della condotta susseguente al reato e, dunque, più in generale, della capacità a delinquere, sostanziandosi in un «patteggiamento sul rito» che assolve alla funzione di incentivare scelte processuali volte alla sollecita definizione dei procedimenti.

In tal senso, la Corte, con l'importante arresto citato, ha richiamato anche alcune sentenze della Corte costituzionale (nn. 277 e 284 del 1990) e delle stesse Sezioni Unite (n. 5 del 24/03/1990) oltre che delle Sezioni semplici (Sez. 6, del 06/11/1990, Sforza e Sez. 2, n. 2571 del 29/11/1990, Balestrieri).

Nella medesima direzione si è esplicitamente espressa la Corte anche in successive sentenze (Sez. 5, n. 18368 del 2003, cit., Sez. 2, n. 18558 del

20/02/2020, La Rosa, Rv. 279147; Sez. 1, n. 17951 del 30/03/2004, Canal, Rv. 228290-01; Sez. 3, n. 11515 del 15/02/2002, Alibani, Rv. 221277-01; Sez. 5, n. 7200 del 12/05/1999, Di Rocca, Rv. 213696-01).

A fronte di tale impostazione, sono stati evidenziati altri arresti che hanno sottolineato gli effetti sostanziali della diminuzione in questione.

Su tutti, Sez. U, n. 2977 del 06/03/1992, Piccillo, Rv. 189399-01.

Nel risolvere la questione degli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 176 del 1991, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui ammetteva al giudizio abbreviato l'imputato cui fosse addebitato un reato punibile con l'ergastolo, le Sezioni Unite hanno affermato che quella decisione non può determinare effetti svantaggiosi per gli imputati di reati punibili con l'ergastolo che abbiano richiesto il giudizio abbreviato prima della predetta dichiarazione dell'illegittimità costituzionale, dovendo, in tal caso, rimanere fermo il trattamento penale di favore di cui hanno goduto in collegamento con il procedimento speciale i cui atti di conseguenza non possono essere annullati.

Nell'importare l'arresto, oggetto di ampio richiamo testuale nella sentenza delle Sezioni Unite, è stato affermato che «la diminuzione di un terzo della pena e la sostituzione dell'ergastolo con la reclusione di trenta anni costituiscono trattamenti penali di favore con caratteristiche peculiari, perché si ricollegano ad un comportamento dell'imputato successivo al reato e di natura processuale», il che non esclude l'applicabilità del limite di cui all'art. 25, comma secondo, Cost.

La diminuzione della pena conseguente alla scelta del rito alternativo è stata ritenuta tale da produrre effetti di natura sostanziale, risolvendosi in un «trattamento penale di favore rispetto al quale è irrilevante la circostanza che gli effetti si producano a causa di un comportamento successivo alla commissione del reato in quanto la garanzia dell'art. 25, comma secondo, Cost. «deve essere intesa nel senso che se la legge ricollega ad una condotta, anche successiva al reato, un trattamento penale non può un'eventuale pronuncia di incostituzionalità di quella legge comportare un trattamento svantaggioso per chi ha tenuto quella condotta».

Anche Sezioni Unite Volpe del 2007 è stata richiamata a supporto della tesi della natura sostanziale della diminuzione nella parte in cui è stato sottolineato come l'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. realizzi una commistione tra condotte processuali ed effetti automatici sul trattamento sanzionatorio allo scopo di garantire «nel sinallagma tra beneficio premiale e disincentivazione del dibattimento, una deflazione e una migliore efficienza del sistema processuale».

A sostegno sono state richiamate anche le decisioni occasionate dalle modifiche legislative sull'accesso al giudizio abbreviato avvenute nel 1999 e nel 2000 (legge 26 dicembre 1999, n. 479, d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4) che hanno determinato l'applicazione della pena dell'ergastolo a soggetti che avevano chiesto l'applicazione del rito alternativo con l'aspettativa di vedersi infliggere, sulla base della legge vigente al momento della richiesta, la condanna di trenta anni di reclusione.

In particolare sono state richiamate la sentenza CEDU 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia e la sentenza Corte cost. n. 210 del 2013 che hanno

chiaramente qualificato la norma che disciplina la diminuzione per il rito quale disposizione di natura sostanziale insuscettibile di applicazione retroattiva.

In tal senso anche il principio di diritto secondo cui «non può essere ulteriormente eseguita, ma deve essere sostituita con quella di anni trenta di reclusione, la pena dell'ergastolo inflitta in applicazione dell'art. 7, comma primo, d.l. n. 341 del 2000 all'esito di giudizio abbreviato richiesto dall'interessato nella vigenza dell'art. 30, comma primo, lett. b), legge n. 479 del 1999 - il quale disponeva, per il caso di accesso al rito speciale, la sostituzione della sanzione detentiva perpetua con quella temporanea nella misura precisata -, anche se la condanna è divenuta irrevocabile prima della dichiarazione di illegittimità della disposizione più rigorosa, pronunciata per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 7, par. 1, CEDU, laddove riconosce il diritto dell'interessato a beneficiare del trattamento "intermedio" più favorevole, in quanto il divieto di dare esecuzione ad una sanzione penale contemplata da una norma dichiarata incostituzionale dal Giudice delle leggi esprime un valore che prevale su quello della intangibilità del giudicato e trova attuazione nell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87» (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano, Rv. 258649-01).

Sul punto è stata richiamata, ancora, Sezioni Unite Piccillo, laddove ha precisato che la diminuzione opera sulla base di una norma che ha natura sostanziale e deve, con specifico riguardo ai reati puniti con la pena dell'ergastolo, a ragione dei mutamenti intervenuti per effetto delle sentenze della Corte costituzionale e delle modifiche legislative, «soggiacere al principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7, § 1, CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, vale a dire irretroattività della previsione più severa (principio già contenuto nell'art. 25, comma secondo, Cost.), ma anche, e implicitamente, retroattività o ultrattività della previsione meno severa».

Sez. U, n. 34233 del 19/04/2012, Giannone, Rv. 252932-01, è stata, anch'essa, richiamata nella parte in cui ha affermato che «tra le diverse leggi succedutesi nel tempo che prevedono la specie e l'entità della pena da infliggere all'imputato in caso di condanna all'esito del giudizio abbreviato per i reati astrattamente punibili con l'ergastolo, la legge intermedia più favorevole non trova applicazione quando la richiesta di accesso al rito speciale non sia avvenuta durante la vigenza di quest'ultima, ma soltanto successivamente, nel vigore della legge posteriore che modifica quella precedente».

Coerente rispetto a tale ricostruzione è stato ritenuto l'orientamento maturato nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla sottoposizione alla disciplina di cui all'art. 2 cod. pen. anche dell'art. 442, comma 2, cod. proc. pen. nella parte novellata dalla legge n. 103 del 2017 che ha ampliato la riduzione alla metà della pena nel caso di condanna per una contravvenzione (Sez. 4, n. 5034 del 15/01/2019, Lazzara, Rv. 275218-01, Sez. 4, n. 832 del 15/12/2017, dep. 2018, Del Prete, Rv. 271752, Sez. 1, n. 39087 del 24/05/2019, Mersini, Rv. 276869-01, Sez. 4, n. 24897 del 18/05/2021, Bara, Rv. 281488-01).

Concludendo, sul punto, le Sezioni Unite hanno affermato la natura sostanziale delle «ricadute sul trattamento sanzionatorio derivanti dall'accesso al rito abbreviato, dal che consegue, necessariamente, la loro sottoposizione alla disciplina prevista dagli artt. 2 cod. pen. e 25 Cost.».

5. I principi di diritto affermati.

Applicando proprio il principio di cui all'art. 25 Cost. alla fattispecie esaminata, le Sezioni Unite hanno messo in rilievo come il ricorrente, nel giudizio relativo al reato più grave, aveva scelto di essere giudicato in abbreviato nell'aspettativa della sostituzione della pena dell'ergastolo in quella di trenta anni di reclusione.

Il giudice dell'esecuzione, invece, in applicazione dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen. ha individuato la pena più grave in quella dell'ergastolo, ossia proprio la pena che l'imputato avrebbe voluto evitare mediante la scelta del rito alternativo.

L'opzione interpretativa del giudice dell'esecuzione è stata, quindi, ritenuta contrastante con l'art. 25 Cost. nella sua declinazione nazionale, ma anche di ordine convenzionale e sovranazionale europeo, «in base al quale è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di conoscere, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata».

Conclusivamente, **le Sezioni Unite, con la sentenza n. 7029 del 28/09/2023 (dep. 16/02/2024), Giampà**, hanno pronunciato i principi di diritto come di seguito massimati:

«Ai fini dell'individuazione della violazione più grave nel reato continuato in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen., deve essere considerata come “pena più grave inflitta”, che identifica la “violazione più grave”, quella concretamente irrogata dal giudice della cognizione, siccome indicata nel dispositivo di sentenza» (Rv. 285865-01);

«In tema di continuazione in sede esecutiva, nel caso di riconoscimento del vincolo tra reati giudicati separatamente con rito abbreviato, fra cui sia compreso un delitto punito con la pena dell'ergastolo per il quale il giudice della cognizione abbia applicato la pena di anni trenta di reclusione, per effetto della diminuzione di un terzo ex art. 442, comma 2, terzo periodo, cod. proc. pen. (nel testo vigente sino al 19 aprile 2019), il giudice deve considerare come “pena più grave inflitta” che identifica la “violazione più grave” quella conseguente alla riduzione per il giudizio abbreviato» (Rv. 285865-02).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. U, n. 7707 del 21/05/1991, Volpe, Rv. 187851-01;
- Sez. U, n. 2977 del 06/03/1992, Piccillo, Rv. 189399-01;
- Sez. 1, n. 6217 del 07/04/1994, Pusceddu, Rv. 197840-01;
- Sez. U., n. 8411 del 27/05/1998, Ishaka, Rv. 210980-01;
- Sez. 5, n. 7200 del 12/05/1999, Di Rocca, Rv. 213696-01;
- Sez. 3, n. 11515 del 15/02/2002, Alibani, Rv. 221277-01;
- Sez. 5, n. 18368 del 09/12/2003, Bajtrami, Rv. 229229-01;
- Sez. 1, n. 17951 del 30/03/2004, Canal, Rv. 228290-01;
- Sez. U, n. 45583 del 25/10/2007, Volpe, Rv. 237692-01;
- Sez. 1, n. 48204 del 10/12/2008, Abello, Rv. 242660-01;
- Sez. 1, n. 26758 del 29/05/2009, Signore, non mass.;
- Sez. 1 n. 20007 del 05/05/2010, Serafino, Rv. 247616-01;
- Sez. U, n. 34233 del 19/04/2012, Giannone, Rv. 252932-01;
- Sez. U, n. 25939 del 28/02/2013, Ciabotti, Rv. 255347-01;
- Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano, Rv. 258649-01;
- Sez. 1, n. 38331 del 05/06/2014, Fall, Rv. 260903-01;
- Sez. 1, n. 4135 del 27/01/2015, dep. 2016, Bassora, Rv. 267302-01;
- Sez. 1, n. 12585 del 12/03/2015, Piperis, non mass.;
- Sez. 1, n. 7150 del 28/04/2015, Paoltroni, non mass.;
- Sez. 5, n. 43044 del 04/05/2015, Dedinca, Rv. 265867-01;
- Sez. 1, n. 8978 del 26/05/2016, dep. 2017, Valenti, non mass.;
- Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv. 270073-01;
- Sez. 4, n. 832 del 15/12/2017, dep. 2018, Del Prete, Rv. 271752-01;
- Sez. 1, n. 20206 del 27/03/2018, Tomarelli, non mass.
- Sez. 1, n. 31041 del 20/04/2018, Gatto, non mass.;
- Sez. 1, n. 58481 del 10/10/2018, Zarrillo, non mass.;
- Sez. 4, n. 5034 del 15/01/2019, Lazzara, Rv. 275218-01;

Sez. 1, n. 39087 del 24/05/2019, Mersini, Rv. 276869-01;

Sez. 1, n. 37168 del 19/07/2019, Ben Salam, Rv. 276838-01;

Sez. 2, n. 18558 del 20/02/2020, La Rosa, Rv. 279147-01;

Sez. 1, n. 13756 del 21/02/2020, Morelli, Rv. 278977-01;

Sez. 1, n. 36463 del 28/04/2021, Rullo, non mass.;

Sez. 4, n. 24897 del 18/05/2021, Bara, Rv. 281488-01.

CAPITOLO III

LA POSSIBILITÀ DA PARTE DEL GIUDICE DI SUBORDINARE LA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA AGLI OBBLIGHI PREVISTI DALL'ART. 165 COD. PEN. SOLO IN CASO DI COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE

(di Fulvio Filocamo)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. - 2. Gli orientamenti contrapposti. - 3. La soluzione affermata dalle Sezioni Unite.

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

Con ordinanza del 4/11/2023, la Prima sezione della Corte di cassazione, rilevata l'esistenza di un contrasto interpretativo, ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite rispetto alla possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento di un obbligo restitutorio, *ex* art. 165 cod. pen., in favore della persona offesa che non si sia costituita parte civile.

2. Gli orientamenti contrapposti.

Secondo un primo orientamento, ritenuto maggioritario, in assenza di una parte civile costituita in giudizio, il giudice non avrebbe potuto legittimamente subordinare la sospensione condizionale della pena, concessa ai sensi dell'art. 163 cod. pen., al risarcimento del danno e alla restituzione dei beni conseguiti per effetto del reato, come affermato da Sez. 6, n. 933 del 22/10/2003, Rinzivillo, Rv. 227943-01, secondo la quale il risarcimento del danno e le restituzioni, implicando la valutazione di richieste poste dalla persona offesa dal reato, implicano l'esercizio dell'azione civile nel processo penale. Un'altra decisione rappresentativa della medesima linea interpretativa, Sez. 2, n. 3958 del 18/12/2013, dep. 2014, Oliveri, Rv. 258045-01, ha ulteriormente specificato che «l'obbligo delle restituzioni di beni conseguiti per effetto del reato [...] come il risarcimento, riguardano solo il danno civile e non anche il danno criminale, che si identifica con le conseguenze di tipo pubblicistico che ineriscono alla lesione o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale e che assumono rilievo, a norma dell'art. 165 cod. pen., solo se i loro effetti non sono ancora cessati». Da tale ripartizione segue la considerazione che gli obblighi, indissolubilmente legati alle richieste della parte civile costituiti previsti dalla prima parte del comma primo dell'art. 165 cod. pen., debbano essere tenuti distinti da quelli previsti dalla seconda parte del medesimo comma («eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato», relative al danno criminale) anche al fine di evitare un'inutile duplicazione della norma.

La differenza tra danno civile e quello criminale è stata evidenziata nel caso di omicidio, in cui «il danno criminale è costituito dalla distruzione del bene vita che non costituisce di certo oggetto del danno civilistico che viene risarcito agli eredi ove si costituiscano parti civili» (Sez. 2, n. 3958 del 18/12/2013, dep. 2014, Oliveri, cit.). Diversamente in altre fattispecie di reato, come quelli contro il patrimonio,

essi possono coincidere laddove alla sottrazione del bene a chi lo detiene può seguire la restituzione, quale eliminazione delle conseguenze dannose del reato, anche senza che vi sia una costituzione di parte civile. Per differenziarli la pronuncia “Olivieri” afferma che il riferimento “all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato” e, quindi, al danno criminale, pertiene «agli effetti del reato ancora in essere e che il reo ha la possibilità di far cessare perché, altrimenti, la norma non avrebbe ragion d’essere ove interpretata nel senso che stabilisce l’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose degli effetti di un reato già consumato i cui effetti sono ormai impossibili da eliminare», come nel caso dei reati istantanei (in questo senso, anche Sez. 2, n. 45854 del 13/09/2019, Cappello, Rv. 277632-01; Sez. 2, n. 12895 del 05/03/2015, Pulpo, Rv. 262932-01).

La tesi ermeneutica opposta, ritenuta minoritaria, distingue gli obblighi risarcitori da quelli restitutori, con la necessità di costituzione della parte civile della persona offesa dal reato solo nel caso in cui la sospensione condizionale della pena di cui all’art. 163 cod. pen. sia subordinata all’onere di risarcire il danno e non anche nell’ipotesi delle restituzioni. Ciò sulla base del dato testuale del primo periodo dell’art. 165, comma primo, cod. pen., che prevede una netta separazione tra i due istituti riparatori, ritenuta tale dalla presenza di una virgola tra la prima e la seconda condizione sospensiva (Sez. 2, n. 16629 del 29/03/2007, Baglivo, Rv. 236655-01; Sez. 3, n. 7933 del 02/06/1998, Miuccio, Rv. 211681-01). Ancora, è stata equiparata la nozione di condotte di eliminazione delle conseguenze dannose con la restituzione delle somme di denaro illegittimamente percepite in relazione al fatto criminoso, anche in assenza di una parte civile costituita che ne avesse fatto richiesta (Sez. 2, n. 41376 del 28/09/2010, Trenti, Rv. 248924-01; Sez. 2, n. 42583 del 24/09/2019, De Vivo, Rv. 277631-01).

3. La soluzione affermata dalle Sezioni Unite.

Così esposto il contrasto, le Sezioni Unite hanno ricostruito l’iter normativo che ha condotto l’art. 165, comma primo, cod. pen. ad avere l’attuale formulazione. Inizialmente esso era così formulato «la sospensione condizionale della pena può essere subordinata all’adempimento dell’obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull’ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno». Con l’art. 128, legge 24 novembre 1981, n. 689, è stata aggiunta la seconda parte secondo cui la sospensione «può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna», separandola dalla prima parte con un punto e virgola. Tale aggiunta è finalizzata a tutelare il bene giuridico protetto dalla norma penale violata mediante la riparazione del danno criminale.

Dall’intervenuta novella legislativa è derivato il contrasto, oggetto della massima funzione nomofilattica della Corte, imperniato sulla distinzione non sempre tenuta in conto tra danno civile, riferibile alla prima parte del comma primo

dell'art. 165 cod. pen., e danno criminale, aggiunto successivamente con la seconda parte.

La formulazione originaria, infatti, era relativa al solo danno civile, come confermato dalla giurisprudenza coeva la quale aveva ritenuto che, in assenza della costituzione della parte civile, subordinare la sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 163 cod. pen., all'adempimento delle obbligazioni civilistiche poteva considerarsi «abnorme» perché la domanda della parte interessata era «presupposto essenziale per l'esercizio dell'attività giurisdizionale» (Sez. 3, n. 7761 del 13/10/1975, dep. 1976, Panzera, Rv. 134064-01), tanto che al pubblico ministero non era riconosciuto il potere d'impugnazione per la mancata subordinazione e per la revoca delle imposizioni, se non, «ai sensi dell'art. 196 cod. proc. pen., alle istanze proposte nell'interesse del solo danneggiato incapace e privo di chi validamente possa rappresentarlo» (Sez. 4, n. 205 del 05/02/1974, dep. 1975, Bari, Rv. 128976-01).

Le Sezioni Unite hanno ritenuto, inoltre, insuperabili alcune ragioni di ordine sistematico. La prima parte dell'art. 165 cod. pen. risulta certamente correlato alle finalità processuali della costituzione in giudizio della parte civile, dovendosi interpretare unitamente agli artt. 185 cod. pen., 74, 538 e 578 cod. proc. pen., poiché esso è riconducibile al danno civile degli obblighi risarcitori e restitutori. Diversamente, gli obblighi di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, previsti nella seconda parte della medesima disposizione, si riferiscono al danno criminale.

Le Sezioni Unite, quindi, basandosi sulla netta distinzione tra danno civile e criminale come sopra illustrato, hanno affermato, con sentenza pronunciata **il 27/4/2023, dep. 27/7/2023, n. 32939, Selvaggio**, hanno affermato il principio di diritto così massimato: «In tema di sospensione condizionale della pena, il giudice può subordinare tale beneficio al risarcimento del danno solo quando vi sia stata la costituzione di parte civile, in quanto il risarcimento, come l'adempimento dell'obbligo della restituzione di beni conseguiti per effetto del reato, riguarda il solo danno civile.» (**Rv. 284969-01**).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. 4, n. 205 del 05/02/1974, dep. 1975, Bari, Rv. 128976-01;
Sez. 3, n. 7761 del 13/10/1975, dep. 1976, Panzera, Rv. 134064-01;
Sez. 3, n. 7933 del 02/06/1998, Miuccio, Rv. 211681-01;
Sez. 6, n. 933 del 22/10/2003, Rinzivillo, Rv. 227943-01;
Sez. 2, n. 16629 del 29/03/2007, Baglivo, Rv. 236655-01;
Sez. 2, n. 41376 del 28/09/2010, Trenti, Rv. 248924-01;
Sez. 2, n. 3958 del 18/12/2013, dep. 2014, Oliveri, Rv. 258045-01;
Sez. 2, n. 12895 del 05/03/2015, Pulpo, Rv. 262932-01;
Sez. 2, n. 45854 del 13/09/2019, Cappello, Rv. 277632-01;
Sez. 2, n. 42583 del 24/09/2019, De Vivo, Rv. 277631-01.

SEZIONE III

REATI DEL CODICE PENALE

CAPITOLO I

IL DOLO DI PROFITTO NEL FURTO

(di Bruno Giordano)

SOMMARIO: 1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite e l'ordinanza di rimessione. - 2. L'orientamento favorevole ad un concetto di profitto *lato sensu* inteso. - 3. L'orientamento favorevole ad un concetto di profitto *stricto sensu* patrimoniale. - 4. La decisione delle Sezioni Unite. - 4.1. La funzione selettiva del dolo specifico. - 4.2. La nozione di patrimonio e lo spostamento patrimoniale. - 4.3. Rapporto con l'art. 131-*bis* cod. pen. - 4.4. Il movente e il dolo specifico.

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite e l'ordinanza di rimessione.

La Quinta Sezione della Corte di cassazione con ord. interl. n. 693 del 18/11/2022 ha rimesso alle Sezioni Unite il contrasto tra due diversi orientamenti sull'interpretazione del concetto di profitto che costituisce l'oggetto del dolo specifico del reato di furto, in un senso comprensivo od esclusivo del carattere non patrimoniale dello scopo cui è finalizzata la volontà dell'agente, e specificamente la sezione remittente sottopone al Supremo Collegio la *quaestio*: “*Se il fine di profitto del reato di furto, caratterizzante il dolo specifico dello stesso sia circoscritto alla volontà di trarre dalla sottrazione del bene una utilità di natura esclusivamente patrimoniale, ovvero possa consistere anche in un fine di natura non patrimoniale*”.

Entrambi gli orientamenti esposti nell'ordinanza di rimessione non dubitano di un'accezione patrimonialistica del profitto e la diversità di lettura si coglie circa l'interpretazione del concetto di profitto comprensivo anche di un interesse non valutabile economicamente.

Sez. U, n. 41570 del 25/05/2023, C., hanno enunciato il seguente principio di diritto: «*Nel delitto di furto, il fine di profitto che integra il dolo specifico del reato va inteso come qualunque vantaggio anche di natura non patrimoniale perseguito dall'autore*» (Rv. 285145-01).

2. L'orientamento favorevole ad un concetto di profitto *lato sensu* inteso.

Un primo orientamento interpreta il termine profitto caratterizzante il dolo specifico del reato di furto in senso ampio, comprensivo non solo del vantaggio di natura strettamente economica (invero non opinato da entrambi gli orientamenti) ma anche di qualsiasi utilità o vantaggio, anche di natura non patrimoniale, realizzabile (seppur non effettivamente conseguito) con l'impossessamento della cosa mobile altrui.

Gli argomenti che depongono a favore dell'orientamento per cui il profitto idoneo a configurare il dolo specifico del furto può consistere in qualsiasi utilità, anche di natura non patrimoniale, si sviluppano sul piano letterale, razionale, strutturale e sistematico.

In particolare, non v'è riferimento letterale alla volontà di trarre dall'azione necessariamente ed esclusivamente un'utilità economica e ciò rende compatibile la fattispecie anche con finalità diverse da quelle strettamente lucrative.

Sotto il profilo dell'oggettività giuridica il furto è un reato contro il patrimonio della vittima, e non a vantaggio del patrimonio dell'agente, ed è irrilevante pertanto la finalità di lucro eventualmente perseguita dall'agente. Peraltro, il fine di profitto nel dolo specifico del furto non si identifica necessariamente con l'*animus lucrandi*.

Diversamente opinando, sostiene l'orientamento in parola, la limitazione della punibilità delle condotte esclusivamente alle sole ipotesi di sottrazione dettata da finalità economiche finirebbe per privare di tutela penale la detenzione delle cose mobili in caso di lesioni dettate da motivazioni non economiche. Il possesso di cose mobili per via della loro facile possibilità di asportazione, invece, comporta la necessità di una tutela non limitata alle sole sottrazioni dettate da scopi economici.

Identificare il fine di profitto con la soggettiva utilità perseguita dall'agente mediante l'appropriazione della cosa non vuol dire che sia sufficiente un qualsiasi fine di profitto, né che esso si confonda con il movente psicologico che ha indotto il soggetto ad agire, occorrendo, invece, il fine di "trarne" profitto, ossia di ricavare una utilità dalla *res* e non genericamente dalla condotta, attraverso una selezione tra i vantaggi connessi in genere, all'impossessamento.

In breve, secondo l'orientamento maggioritario, per configurare il fine di profitto è sufficiente che l'agente abbia operato per soddisfare, per un apprezzabile periodo di tempo, un qualsiasi interesse, anche solo psichico, morale, o edonistico, a nulla rilevando la destinazione che eventualmente e concretamente egli abbia inteso dare alla *res* sottratta. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui l'intenzione specifica di sottrarre un bene è maturata per dispetto, diletto, ritorsione, arroganza, bramosia, feticismo, vendetta, rappresaglia, emulazione, beneficenza, o addirittura per preservare il bene evitando che lo stesso sia carpito o distrutto da terzi.

Si consideri, al riguardo, la decisione di Sez. 4, n. 4144 del 06/10/2021, dep. 2022, Caltabiano, Rv. 282605-02, che, condividendo il prevalente orientamento di legittimità, ha affermato come "il fine di vendetta o di dispetto non esclude il dolo specifico del reato di furto, potendo il profitto consistere in qualsiasi utilità, anche di natura non patrimoniale" (caso in cui l'agente, dopo aver minacciato la persona offesa che richiedeva l'intervento dei Carabinieri, gli strappava dalle mani il telefono cellulare, allontanandosi). Vedi anche Sez. 4, n. 13842 del 26/11/2019, dep. 2020, Saraceno, Rv. 278865-01. In particolare, in una fattispecie nella quale è stato riconosciuto il fine di profitto in relazione alla sottrazione di un'agenda telefonica dalle mani della vittima, finalizzata ad impedire a quest'ultima di effettuare una telefonata, Sez. 2, n. 40631 del 09/10/2012, Sesta, Rv. 253593-01, ha affermato che, in tema di furto, il concetto di profitto va inteso in senso ampio, così da comprendervi non solo il vantaggio di natura puramente economica, ma anche

quello di natura non patrimoniale, realizzabile con l'impossessamento della cosa mobile altrui commesso con coscienza e volontà in danno della persona offesa. Anche Sez. 4, n. 47997 del 18/09/2009, Nutu, Rv. 245742-01, ha escluso il fine di profitto patrimoniale in relazione alla sottrazione di un telefono cellulare, finalizzata ad impedire alla vittima di inviare un sms, osservando che "il dolo specifico del reato di furto è integrato dalla finalità di percepire dal bene asportato un'utilità diretta, non mediata, anche se non di carattere patrimoniale od economico", e "non è indispensabile che il profitto si sia concretamente realizzato sul piano oggettivo".

In ordine a quest'ultimo principio, i casi portati all'attenzione della giurisprudenza, ad esempio, riguardano il furto di un bene *extra commercium* o di un bene per distruggerlo, oppure l'appropriazione per tutelare un cimelio o per conservare un valore affettivo ovvero addirittura una sottrazione a favore della stessa vittima (si pensi al caso di scuola della sottrazione di bevande alcoliche all'etilista o di sostanza stupefacente al tossicodipendente per evitarne il consumo e per non peggiorare le sue condizioni di salute). (Sez. 4, n. 4144 del 06/10/2021, dep. 2022, Caltabiano, Rv. 282605-02; conf., *ex plurimis*, Sez. 5, n. 11225 del 16/01/2019, Dolce, Rv. 275906-01; Sez. 4, n. 30 del 18/09/2012, dep. 2013, Caleca, Rv. 254372-01; Sez. 5, n. 19882 del 16/02/2012, Aglietta, Rv.252679-01; in un periodo risalente Sez. 2, n. 9411 del 06/03/1978, Sessa, Rv. 139694-01; Sez. 2, n. 9983 del 26/04/1983, Lo Nardo, Rv. 161352-01; Sez. 2, n. 4471 del 12/02/1985, Bazzani, Rv. 169109-01; Sez. 1, n. 122 del 02/11/1994, dep. 1995, Orlandi, Rv. 200090-01; Sez. 2, n. 40631 del 09/10/2012, Sesta, Rv. 253593-01; Sez. 4, n. 47997 del 18/09/2009, Nutu, Rv. 245742-01).

3. L'orientamento favorevole ad un concetto di profitto *stricto sensu* patrimoniale.

Un secondo orientamento, coerentemente con la collocazione del furto nel Titolo XIII del codice penale, dedicato ai delitti contro il patrimonio, ravvisa il profitto in una finalità dotata di un'immediata incidenza di natura economica che prescinde da un automatismo legato all'ingresso del bene sottratto nel patrimonio dell'agente: il fine del profitto deve consistere anche solo nella possibilità di fare uso della *res* in qualsiasi modo purché apprezzabile sotto il profilo dell'utilità economico-patrimoniale.

Il dolo specifico del furto, secondo la linea ermeneutica minoritaria, è costituito dalla finalità dell'agente di conseguire un'utilità soltanto di tipo patrimoniale, sia pure in funzione di ulteriori fini conseguibili in virtù della capacità strumentale della cosa sottratta di soddisfare bisogni materiali o spirituali dell'agente.

La locuzione normativa «*trarre profitto*», quindi, non significa solo un fine slegato dalla condotta di impossessamento e sottrazione ma evoca la mera possibilità (nella mente dell'agente) di usare la *res* in modo economicamente valutabile. Occorre portare l'attenzione sull'elemento letterale del "trarre" del profitto dalla condotta e, quindi, sulla volontà di avere con sé, possedere, acquisire la disponibilità della *res* in qualsiasi modo economicamente apprezzabile.

In breve, l'orientamento in parola valorizza la nozione di profitto e il fine che deve animare l'autore del furto collocandoli in un'esclusiva ed apprezzabile dimensione economico-patrimoniale, per cui altre ulteriori intenzioni dell'agente, se non addirittura la sua interiorità psicologica, appaiono inadatte alla demarcazione dell'elemento psicologico del delitto di furto.

Il concetto di profitto è ben diverso da quello di vantaggio, che invece può riguardare anche un contenuto morale.

La critica che questo orientamento muove chi interpreta il profitto come qualsiasi utilità anche non patrimonialmente valutabile, riguarda la sovrapposizione del dolo specifico al dolo generico del furto fino a eliderne la differenza e far venir meno la funzione selettiva del dolo specifico se non a confonderlo con il movente.

Il fine di trarre profitto, cui tende l'appropriazione del bene, si distingue dagli altri scopi (ritorsione, vendetta, dispetto, eccetera) rispetto ai quali l'impossessamento della *res* è strumentale.

Al riguardo si noti che Sez. 5, n. 26421 del 17/05/2022, Ettaiqi, Rv. 283531-01, pone l'attenzione sul dato letterale e sistematico dell'inserimento del furto nei delitti contro il patrimonio, e segue un percorso argomentativo sul dolo specifico richiamando Sez. U, n. 52117 del 17/07/2014, Prevete, Rv. 261186-01, ed evidenziando come in questo atteggiarsi a scopo ulteriore rispetto al momento volitivo del reato si individui il profilo essenziale del dolo specifico e soprattutto la stretta strumentalità dello stesso rispetto al fatto tipico. Sez. 5, n. 30073 del 23/01/2018, Lettina, Rv. 273561-01, osserva che un'eccessiva espansione della nozione di profitto estesa fino a raggiungere qualsiasi utilità soggettivamente ritenuta apprezzabile, arriva ad identificare lo scopo di lucro previsto nella fattispecie astratta con la generica volontà di tenere per sé la cosa, e può comportare, in definitiva, l'annullamento della previsione normativa, che implica la necessità del dolo specifico. Sulla stessa linea si leggano anche Sez. 5, n. 25821 del 05/04/2019, El Sheshtawi, Rv. 276516-01 e Sez. 5, n. 40438 del 01/07/2019, Stawicka, Rv. 277319-02.

Quest'ultimo *dictum* espone un importante argomento riguardante il rapporto tra la nozione di profitto e la funzione del dolo specifico, richiamando la precedente sentenza Lettina. Nella fattispecie in cui gli imputati, unicamente a fini dimostrativi, si erano appropriati di un numero rilevante di cani di razza per sottrarli al regime di segregazione di uno stabulario, la sentenza Stawicka ha escluso l'integrazione del fine di profitto perché "un'eccessiva dilatazione della nozione di profitto, estesa fino a ricomprendere qualsiasi utilità soggettivamente ritenuta apprezzabile, finirebbe per vanificare la stessa funzione del dolo specifico, che è, al contempo, quella di limitare i fatti punibili a titolo di furto e di individuare una linea di demarcazione tra il furto ed altre figure di reato non caratterizzate dallo scopo di profitto da parte dell'agente".

Sul piano della *ratio* si osserva, inoltre, come il legislatore abbia costruito la fattispecie di furto non solo sulla base oggettivistica dell'offesa patrimoniale arrecata alla vittima, ma anche su quella soggettivistica: rileva il profitto dell'agente non *in re ipsa* ma per scoraggiare l'arricchimento, o, comunque, l'avvantaggiarsi

dell'agente derivante dalla sottrazione-impossessamento, altrimenti viene meno la funzione selettiva e garantistica della tipicità penale.

Ancora la sentenza Ettaiqi evidenzia la funzione sistematica del dolo specifico, in riferimento alla delimitazione dell'ambito applicativo del reato, rimarcando la differenza concettuale del profitto rispetto ai motivi di fatto avuti di mira dal soggetto agente. La motivazione infatti ritiene che se è vero che il furto è un reato a tutela del patrimonio della vittima, "lo scopo ulteriore in cui si risolve quella connotazione soggettiva del fatto furtivo non consente di svilire la dimensione patrimoniale della nozione di dolo specifico del furto...lo scopo ulteriore in cui si risolve il dolo specifico è lo 'spostamento patrimoniale' connesso all'azione furtiva, sicché il bene protetto resta comunque decisivo nella ricostruzione dell'oggetto del dolo specifico; ricostruzione, quella qui delineata, che resta pertanto riferibile ai soli reati contro il patrimonio."

Sulla scia della sentenza Stawicka, in definitiva, anche la sentenza Ettaiqi ritiene che la nozione di profitto *lato sensu* inteso, elide la funzione selettiva delle fattispecie concrete, giungendo ad assimilarlo al concetto di movente e riducendolo ad elemento essenziale sussistente *in re ipsa*, in aperto contrasto con un'interpretazione tassativizzante e, quindi, costituzionalmente orientata. Così argomentando, la nozione di profitto non può diventare surrettiziamente quella di vantaggio, che invece può rivestire sia un contenuto economico che un contenuto morale anche nei casi in cui — come testimonia l'art. 416-*bis*, comma terzo, cod. pen. — ad entrambe sia data rilevanza.

In definitiva, ampliando a dismisura la sfera del furto si rischia un'*interpretatio abrogans* del dolo specifico del profitto degradato ad un profitto *in re ipsa*, coincidente con il movente dell'azione. In tal senso, quindi, la sentenza Stawicka conclude che "in tema di furto, il fine di profitto integrante il dolo specifico deve essere inteso come finalità dell'agente di incrementare la propria sfera patrimoniale" ma - si noti - "sia pure in funzione del perseguimento di ulteriori fini conseguibili in virtù della capacità strumentale della cosa sottratta di soddisfare bisogni materiali e spirituali dell'agente."

L'orientamento in parola riscrive, quindi, il perimetro del dolo specifico iscrivendovi solo il fine di trarre dalla condotta un profitto economicamente valutabile ma prendendo in considerazione il rapporto con altri scopi (evidentemente diversi dal profitto economico) che l'agente può avere in mente nella realizzazione della condotta, relegandoli però nella funzione di fini ulteriori rispetto ai quali l'impossessamento della *res* è strumentale.

4. La decisione delle Sezioni Unite.

Ripercorsi i termini del contrasto, le Sezioni Unite con la sentenza Caradonna lo hanno ricomposto in senso favorevole al primo indirizzo interpretativo.

Il percorso ermeneutico del massimo Collegio nomofilattico muove dal principio di stretta legalità del diritto penale e dalla finalità garantistica assicurata dal monopolio legislativo nella definizione dell'area di ciò che è penalmente rilevante (art. 25, secondo comma, Cost.; art. 49 Carta di Nizza; art. 7 CEDU), per accedere

ad un'interpretazione integrata, sistematica e teleologica, per pervenire all'individuazione di un significato chiaro, intelligibile.

Pertanto, l'*incipit* argomentativo della motivazione osserva che la scelta di circoscrivere la nozione di profitto all'ambito strettamente patrimoniale non può fondarsi su un significato univoco della parola "profitto" nel linguaggio comune. Rileva la Corte, innanzi tutto, che nelle locuzioni normative utilizzate dal legislatore sono incerte le nozioni di patrimonio, di danno e di profitto e sono assenti, nei delitti contro il patrimonio, "profili semantici univocamente riconducibili ad utilità suscettibili di diretto apprezzamento economico".

Si ritiene opportuno evidenziare tale considerazione letterale e sistematica della motivazione considerato che il profilo, di ordine semantico, riguardante la definizione di "profitto" spesso nelle motivazioni delle sentenze è spiegato come utilità, interesse, vantaggio, ricorrendo pertanto a tautologie o quasi sinonimi che non aiutano a definire nitidamente l'area semantica nella quale il profitto è spiegato come ogni giovamento o utilità di natura economica, fisica, intellettuale o morale.

4.1. La funzione selettiva del dolo specifico.

Il massimo Collegio nomofilattico, attento all'interpretazione del termine profitto anche in relazione alla funzione selettiva del dolo specifico, non trascura l'osservazione critica rivolta all'orientamento maggioritario favorevole ad una lettura non patrimoniale che elidirebbe la funzione selettiva del dolo specifico.

La nozione di profitto non può che essere calibrata sul vantaggio che l'autore intende trarre dall'impossessamento; in altri termini, il profitto rilevante, quale connotato della specifica direzione della volontà che va a svolgere un'ulteriore funzione delimitatrice rispetto al mero profilo oggettivo della condotta di sottrazione e di impossessamento, è quello che, "indipendentemente dalla sua idoneità ad essere apprezzato in termini monetari, viene tratto immediatamente dalla costituzione dell'autonoma signoria sulla *res* e non quello che può derivare attraverso ulteriori passaggi dall'illecito."

Si tratta di un passaggio razionale centrale nell'analisi della *quaestio* che merita una particolare attenzione laddove il Supremo collegio ritiene che "il profitto discende dall'impossessamento quando si correla alla conservazione, all'uso (e in tal senso è significativo che il legislatore configuri una *species* di furto correlato al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa: art. 626, primo comma, n. 1, cod. pen.), al godimento o al compimento di un qualunque atto dispositivo."

Il profitto rilevante per definire il dolo specifico, pertanto, è quello che deriva dal possesso penalisticamente inteso, ossia dalla conservazione, dall'uso o dal godimento del bene.

Tale *ratio decidendi* si impernia sulla considerazione che è il possesso l'obiettivo della condotta furtiva, costituita dalla sottrazione e appropriazione della *res*; è il possesso che genera il profitto. La lettura del Supremo Collegio, coerentemente con la sistematica penalistica, quindi, descrive una esplicativa e chiara linea di congiunzione tra il possesso del bene sottratto – quale evento materiale di

acquisizione al patrimonio dell'agente - e la possibilità di trarne profitto, intesa quale facoltà di utilizzarlo e disporne anche senza un riscontro economicamente valutabile.

4.2. La nozione di patrimonio e lo spostamento patrimoniale.

A quest'ultimo riguardo un argomento dirimente portato a favore dell'orientamento estensivo è tratto dalla consolidata interpretazione per la quale il concetto di patrimonio comprende anche rapporti aventi ad oggetto cose prive di un valore puramente economico (vedi la giurisprudenza positiva e risalente: Sez. 1, n. 5818 del 10/04/1981, Marocco, Rv. 149332-01; Sez. 2, n. 2667 del 08/07/1980, Corucci, Rv. 146348-01, a proposito del furto di fogli per ricetta da un ospedale). Da ciò la sentenza Caradonna deduce simmetricamente che "se la risposta positiva vale per il titolare del bene aggredito non si riesce ad intendere per quale ragione - e specularmente - la nozione di patrimonio debba essere circoscritta, quando venga in rilievo l'incremento perseguito dall'autore della condotta, ai soli vantaggi che quest'ultimo pretenda di trarre dallo scambio del bene sottratto per un controvalore economico".

Le Sezioni Unite Caradonna, pertanto, si soffermano sul significato dello spostamento patrimoniale, per il quale "occorre verificare se sia rilevante, da parte dell'autore della condotta di impossessamento, il fine di trarre vantaggio anche dal mero uso del bene. Coerente con la superiore nozione di patrimonio, come insieme di rapporti giuridici aventi ad oggetto beni idonei a soddisfare bisogni umani non necessariamente materiali, appare, in questa prospettiva, la conclusione per la quale l'utilizzazione autonoma del bene, per qualunque fine, da parte dell'autore dello spossessamento, cui si accompagna l'impossibilità per il "detentore" di farne uso, vale a concretare un tipico atto espressivo di un diritto esclusivo, personale o reale, di godimento, la cui pertinenza al patrimonio dell'autore della condotta è incontestabile."

In definitiva, se "il profitto rilevante è quello che deriva dal possesso penalisticamente inteso, ossia dalla conservazione e dal godimento del bene", la Corte evidenzia che "chi distrugge, disperde, deteriora, rende in tutto o in parte inservibile un bene esercita senz'altro atti di dominio, ma ove questi siano fini a se stessi, il profitto che l'autore si ripromette discende da condotte che il legislatore tipizza rispetto ad altra fattispecie incriminatrice e non dal possesso della cosa". Quindi, gli atti di mero esercizio di dominio non sono espressione del possesso, inteso penalisticamente, ma espressione di altre condotte dolose che corrispondono ad altri reati.

Lo scopo del profitto, pertanto, se inteso in senso non strettamente patrimoniale, connota la condotta furtiva perché attribuisce alla sfera di disponibilità patrimoniale del soggetto agente la possibilità di conservare e utilizzare la *res* sottratta.

4.3. Rapporto con l'art. 131-*bis* cod. pen.

In un originale passaggio motivazionale, invero trascurato dai due orientamenti delineatisi sulla *quaestio* in parola, osservano le Sezioni Unite, che la completezza sistematica della ricostruzione del profitto inteso in senso non strettamente patrimoniale va apprezzata, al fine di evitare una risposta sanzionatoria sproporzionata, con la considerazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto, *ex art. 131-bis* cod. pen., come riformulato dall'art. 1, comma 1, lett. c), n. 1, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che fa rientrare nel perimetro di valutazione dell'istituto anche il furto monoaggravato.

Il *dictum* delle Sezioni Unite illumina questo strumento con il quale il giudizio di equità ha fatto ingresso nel territorio dell'*an* della responsabilità. Ritiene il Collegio che il legislatore ha infatti demandato alla discrezionalità del giudice il giudizio sulla "qualità" della responsabilità dell'imputato, consentendo di escludere l'applicazione della sanzione anche in ragione dell'innovativa previsione che assegna rilievo alla condotta susseguente al reato.

Tale passaggio della motivazione valorizza il peso sistematico dell'istituto previsto dall'art. 131-*bis* cod. pen. *in primis* quale elemento di trasformazione dei criteri di giudizio e specialmente sui canoni della responsabilità penale in relazione alla rilevanza concreta dell'offensività della condotta, nonché nella prospettiva di criterio ermeneutico degli elementi costitutivi del reato, come nel caso del dolo specifico del furto.

4.4. Il movente e il dolo specifico.

Il tema della nozione di profitto nella struttura dell'art. 624 cod. pen. riguarda anche la linea di demarcazione tra l'oggetto del dolo specifico e i motivi di fatto che sul piano psicologico sono profili difficilmente districabili: la ritorsione, la vendetta, il dispetto, la gelosia, finanche la beneficenza etc. Si tratta di moventi psicologici destinati a rimanere di regola fuori dalla struttura del reato e rilevanti solo nei casi in cui il legislatore li prenda espressamente in considerazione e comunque su un piano esterno rispetto all'elemento soggettivo.

Per preservare la funzione selettiva del dolo specifico nel delitto di furto occorre identificare lo stesso nella finalità (non nella motivazione) per la quale il soggetto agente vuole apprendere la *res*. Nel furto la volontà della condotta di sottrazione-impossessamento non è sufficiente perché la volontà deve essere volta ad avere con sé la *res* per un utilizzo o un'utilità che prescinde da uno spostamento o arricchimento patrimoniale effettivo o soltanto astratto; ciò si differenzia dall'utilizzo per un ulteriore interesse. Il dolo specifico del furto è *animus rem sibi habendi* per utilizzare, trattenere, custodire o finanche per donare: non solo volontà di avere ma di avere per farne uso. Anche il furto per altruismo è incriminato atteso che lo scopo può essere integrato dal trarre profitto "per sé o per altri" in cui l'agente, che apprende il bene e se ne impossessa, non lo fa entrare nella propria sfera di dominio, ma ne dispone destinandolo a un terzo.

Ne consegue che il dolo specifico del furto potrebbe dirsi integrato ove sia accertato che l'autore del fatto materiale abbia agito per essere *dominus* della cosa o

per ampliare la sfera del proprio dominio, quale fine diretto e immediato dell'azione.

Tali considerazioni rilevano per le Sezioni Unite per escludere che la paventata confusione tra movente e dolo specifico rappresenti una questione decisiva, in quanto essa tende a sovrapporre profili logicamente e giuridicamente distinti, posto che la componente naturalistica attiene in entrambi alla direzione psicologica della volontà, laddove ciò che caratterizza il dolo specifico è la selezione normativa di alcune finalità, in vista degli obiettivi di politica legislativa. Ne discende che “il dolo specifico non è che un movente normativamente qualificato, che si colloca al di là della coscienza e volontà del fatto”.

Rilevano le Sezioni unite, in definitiva, che l'orientamento minoritario afferma che nel delitto di furto il dolo specifico s'identifica nella finalità del soggetto agente di conseguire un incremento della propria sfera patrimoniale eventualmente anche per la capacità strumentale del bene di soddisfare un bisogno umano, materiale o spirituale, che si profila come fine ulteriore dell'azione. Tale puntualizzazione finale, però, secondo l'insegnamento della sentenza Caradonna, intende esaltare l'impostazione personalistica accolta e superare i difetti di tutela che scaturiscono dalla rilevanza assegnata ai soli vantaggi economici, ma in realtà, non delinea un elemento necessario del principio di diritto affermato.

Infatti, si osserva in motivazione, una volta che si muova da una nozione restrittiva di profitto, sostanzialmente identificato nel lucro patrimoniale, gli ulteriori vantaggi eventualmente non patrimoniali perseguiti dall'autore restano confinati nell'area dei moventi irrilevanti, ai fini del perfezionamento della fattispecie incriminatrice.

In conclusione, il Supremo consesso ha affermato che «*Nel delitto di furto, il fine di profitto che integra il dolo specifico del reato va inteso come qualunque vantaggio anche di natura non patrimoniale perseguito dall'autore*».

Indice delle sentenze citate.

Sentenze della Corte di cassazione

- Sez. 2, n. 9411 del 06/03/1978, Sessa, Rv. 139694-01;
Sez. 2, n. 2667 del 08/07/1980, Corucci, Rv. 146348-01;
Sez. 1, n. 5818 del 10/04/1981, Marocco, Rv. 149332-01;
Sez. 2, n. 9983 del 26/04/1983, Lo Nardo, RV. 161352-01;
Sez. 2, n.4471 del 12/02/1985, Bazzani, Rv. 169109-01;
Sez. 1, n. 122 del 02/11/1994, dep. 1995, Orlandi, Rv. 200090-01;
Sez. 4, n. 47997 del 18/09/2009, Nutu, Rv. 245742-01;
Sez. 5, n. 19882 del 16/02/2012, Aglietta, Rv.252679-01;
Sez. 4, n. 30 del 18/09/2012, dep. 2013, Caleca, Rv. 254372-01;
Sez. 2, n. 40631 del 09/10/2012, Sesta, Rv. 253593-01;
Sez. U, n. 52117 del 17/07/2014, Prevete, Rv. 261186-01;
Sez. 5, n. 30073 del 23/01/2018, Lettina, Rv. 273561-01;
Sez. 5, n. 11225 del 16/01/2019, Dolce, Rv. 275906-01;
Sez. 5, n. 25821 del 05/04/2019, El Sheshtawi Rv. 276516-01;
Sez. 5, n. 40438 del 01/07/2019, Stawicka, Rv. 277319-02;
Sez. 4, n. 13842 del 26/11/2019, dep. 2020, Saraceno, Rv. 278865-01;
Sez. 4, n. 4144 del 06/10/2021, dep. 2022, Caltabiano, Rv. 282605- 02;
Sez. 5, n. 26421 del 17/05/2022, Ettaiqi, Rv. 283531-01.

CAPITOLO II

CONTRAFFAZIONE (NON GROSSOLANA) DELLA PATENTE STRANIERA E FALSITÀ IN AUTORIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

(di Aldo Natalini)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. - 2. L'inganno alla fede pubblica e l'irrilevanza delle condizioni di validità fissate dalla legge extrapenale per l'abilitazione alla guida. - 3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

La Quinta Sezione penale ha disposto la rimessione alle Sezioni Unite *ex art.* 618, comma 1, cod. proc. pen. della questione controversa: «se la contraffazione non grossolana della patente di guida rilasciata da uno Stato estero non appartenente all'Unione europea integri il reato di cui agli artt. 477 e 482 cod. pen. solo ove sussistano le condizioni di validità di tale documento ai fini della abilitazione alla guida anche in Italia stabilite dall'art. 135 cod. strada».

Sul tema si registrava un contrasto nella giurisprudenza intersezionale in merito ai presupposti necessari per la configurabilità del delitto di falso in autorizzazione amministrativa.

Secondo un primo e più consolidato indirizzo – affermatosi a partire dal 2007 – la falsificazione (non grossolana) della patente di guida estera rilasciata da uno Stato estero può integrare il reato di cui agli artt. 477 e 482 cod. pen. solo in presenza delle condizioni di validità fissate dall'art. 135 cod. strada (Sez. 5, n. 12693 del 08/03/2007, Aghohawa, Rv. 236180-01; Sez. 5, n. 9268 del 01/12/2014, dep. 2015, Ndiaye, Rv. 262963-01; Sez. 5, n. 21929 del 17/04/2018, Ramos, Rv. 273022-01; Sez. 5, n. 10314 del 21/01/2019, Poliku, non mass.; Sez. 5, n. 21915 del 10/04/2019, Kerri, non mass.; Sez. 5, n. 24227 del 28/04/2021, Tarar, Rv. 281439-01).

Tale filone interpretativo muove dall'unico rilievo che la patente rilasciata da uno Stato extra Ue, in mancanza delle condizioni fissate dal codice della strada, non abilita alla guida in Italia e, pertanto, non può costituire “autorizzazione” o “certificazione” penalmente rilevante agli effetti dell'art. 477 cod. pen., costituendo un documento che non ha alcuna validità nel territorio italiano quale titolo di legittimazione alla guida dei veicoli né – come espressamente sottolineato da Sez. 5, n. 21929 del 17/04/2018, cit. e Sez. 5, n. 12693 del 08/03/2007, cit. – quale mezzo di certificazione dell'identità personale. Secondo tale divisamento, è compito del giudice del merito compiere gli accertamenti necessari per stabilire la sussistenza dei presupposti che consentono la guida nel territorio italiano al possessore della patente straniera, anche se Sez. 5, n. 21929 del 17/04/2018, cit. e Sez. 5, n. 21915 del 10/04/2019, cit., hanno limitato tale controllo giudiziale alla sola verifica della residenza dello straniero in Italia da non oltre un anno, in quanto tale presupposto «costituisce il profilo integrante la validità della patente straniera anche nel nostro territorio», escludendo che il suddetto controllo debba estendersi anche alle

ulteriori condizioni richieste dal cit. art. 135 e dal successivo art. 136 cod. strada (disposizioni relative al possesso da parte dello straniero del permesso internazionale di guida ovvero della traduzione ufficiale della patente in lingua italiana) ivi prevedendosi adempimenti che «non incidono sulla validità intrinseca del predetto titolo abilitativo, costituendo solo documenti accompagnatori della patente la cui mancanza non può interferire, pertanto, sull'efficacia e validità del documento abilitativo alla guida in Italia»).

Più di recente si è formato altro orientamento giurisprudenziale secondo il quale, invece, la contraffazione (non grossolana) della patente di guida rilasciata da uno Stato extracomunitario può costituire reato, a norma degli artt. 477 e 482 cod. pen., anche qualora non sussistano le altre condizioni fissate dalla legge extrapenale per l'abilitazione alla guida nel nostro Paese, non essendo il documento privo di effetti giuridici (Sez. 5, n. 35092 del 04/06/2014, Mohamed Abdel Rahman, non mass.; Sez. 5, n. 57004 del 27/09/2018, B., Rv. 274172-01; Sez. 5, n. 10304 del 15/02/2021, Abdellatif, Rv. 280847-01; Sez. 5, n. 45255 del 27/10/2021, Samb Modou, Rv. 282252-01).

Questo filone – confrontandosi dialetticamente con le argomentazioni dell'altro in quanto affermatosi successivamente – sottolinea come la contraffazione di una patente estera, ancorché non validata, sia senz'altro idonea ad ingannare la fede pubblica, non solo per la sua apparente corrispondenza ad un documento genuino, ma in quanto il contenuto del titolo abilitativo alla guida contraffatto, esplicando concreti effetti sulla funzione documentale, non è irrilevante ai fini del significato dell'atto e del suo valore probatorio, trattandosi di un certificato dotato di un proprio rilievo giuridico-probatorio, sia intrinseco, ai fini della dimostrazione dell'esistenza di quanto in esso contenuto, sia estrinseco, in riferimento al potenziale rilievo autorizzatorio qualora abbinato ad un altro atto.

In altri termini, la patente di guida estera ha, di per sé e a prescindere dal suo abbinamento con altri requisiti o atti, «una propria fisionomia giuridica di validità intrinseca, trattandosi di un atto che anche da solo esiste ed esprime un determinato contenuto, che è poi il contenuto richiesto dalla legge affinché esso, posto insieme agli altri titoli e condizioni necessari per l'abilitazione alla guida, svolga la sua funzione legittimante» (così Sez. 5, n. 10304 del 15/02/2021, Abdellatif, cit.).

2. L'inganno alla fede pubblica e l'irrilevanza delle condizioni di validità fissate dalla legge extrapenale per l'abilitazione alla guida.

Il giudice massimamente nomofilattico (**Sez. U., n. 12064 del 24/11/2022, dep. 22/03/2023, Ed Daoudy Hassan, Rv. 284210-01**), dopo aver ripercorso la disciplina extrapenale di riferimento, regolante le condizioni alle quali il titolare di una patente rilasciata da uno Stato estero non appartenente all'Unione europea (o allo Spazio comune europeo) può condurre un veicolo in Italia (art. 41 Convenzione di Vienna; artt. 135, 136 e 136-*bis* cod. strada, come novellati dal d.lgs. 18 aprile 2011, n. 59, successivamente modificato dal d.lgs. 16 gennaio 2013, n. 2), nonché l'abbinata cornice sanzionatoria (artt. 116 cod. strada), ha ricomposto

il contrasto giurisprudenziale prestando adesione al secondo indirizzo interpretativo.

Chiarito che la tematica del falso cd. *innocuo* esula dagli indirizzi in conflitto, per le Sezioni Unite se la contraffazione della patente straniera non si rivela grossolana «è certamente idonea ad incidere sulla sua intrinseca funzione documentale, che è quella di comprovare il conseguimento in uno Stato estero del titolo abilitativo alla guida, presupposto primo ed ineludibile, ai sensi dell'art. 41 della Convenzione di Vienna, perché venga internazionalmente riconosciuto il diritto a circolare su strada anche al di fuori dei confini nazionali del paese che ha rilasciato il documento» (§ 4.3).

Attesa l'indubbia riconducibilità della patente di guida nel novero delle "autorizzazioni amministrative" agli effetti dell'art. 477 cod. pen. (ad es. Sez. 5, n. 23711 del 11/05/2006, Arben Korreschi, non mass.; Sez. 5, n. 7931 del 21/06/1983, Baccigaluppi, Rv. 160450-01; Sez. 5, n. 4057 del 01/02/1974, Garofalo, Rv. 127110-01; Sez. 5, n. 902 del 24/06/1971, Baumgarner, Rv. 119090-01; nello stesso senso, altresì, Sez. U civ., n. 6630 del 29/04/2003, Rv. 562501-01), il massimo consenso di legittimità prende le mosse dal risalente – ma pacifico e sempre attuale – insegnamento di legittimità secondo cui anche gli atti pubblici "stranieri" ricevono tutela attraverso l'incriminazione del falso documentale, purché siano idonei a produrre un qualsiasi effetto nell'ordinamento giuridico italiano (*ex multis* Sez. 3, n. 7783 del 30/01/1985, Accomazzo, Rv. 170270-01; Sez. 5, n. 1797 del 03/07/1984, Morellato, Rv. 165256-01), sicché ai fini della configurabilità dei reati di falso documentale in atti pubblici «non è dirimente la nazionalità dell'autorità che li ha adottati, ma, piuttosto, l'eventuale riconoscimento agli stessi conferito da parte dell'ordinamento giuridico italiano. È, dunque, alla funzione documentale dell'atto riconosciuta e incorporata nell'ordinamento interno che viene estesa la tutela penale riservata agli atti emessi dall'autorità pubblica nazionale» (§ 5).

Calati questi principi nella specificità della fattispecie di falso materiale prevista dall'art. 477 cod. pen., speciale rispetto a quella del precedente art. 476 cod. pen., in ragione della peculiarità degli atti che ne costituiscono l'oggetto, nel percorso argomentativo della decisione in esame si sottolinea come non debba affatto confondersi – come correttamente ritenuto da Sez. 5, n. 10304 del 15/02/2021, Abdellatif, cit. – «la funzione legittimante alla guida con l'identità dell'atto, che esprime un autonomo contenuto giuridico riconducibile alle categorie documentali considerate dall'art. 477 cod. pen. e che prescinde dalle condizioni estrinseche poste dal codice della strada al fine di consentire al suo titolare di condurre un veicolo nel territorio nazionale, essendo pacifico che gli artt. 135 e 136 cod. strada si applicano solo a chi risulti, anzitutto, titolare di una patente di guida effettivamente conseguita in un paese estero» (§ 6.2).

Condividendo gli approdi di Sez. 5, n. 35092 del 04/06/2014, cit. e Sez. 5, n. 45255 del 27/10/2021, cit., per il giudice nomofilattico non corrisponde al vero che all'intrinseco significato documentale della patente estera l'ordinamento italiano non riconnetta la produzione di effetti giuridicamente rilevanti (§ 6.3). Difatti –

argomenta la sentenza in epigrafe – il titolare di una patente rilasciata da uno Stato extracomunitario, che circoli in difetto delle ulteriori condizioni che lo legittimano alla guida nel territorio nazionale, non viene equiparato al conducente (sia egli cittadino italiano o straniero) che non abbia mai conseguito il titolo abilitativo perché i commi 8 e 14 dell'art. 135 cod. strada disciplinano in maniera autonoma tale fattispecie, distinguendo l'ipotesi del mancato possesso del permesso internazionale di guida o della traduzione ufficiale della patente, da quella dell'acquisizione da parte del suo titolare della residenza anagrafica in Italia da oltre un anno, prevedendo l'irrogazione di sanzioni amministrative più lievi di quelle contemplate dal testo vigente del cit. art. 116 cod. strada per colui che conduce un veicolo senza aver mai conseguito la patente di guida (§ 6.3).

«È dunque evidente che la legge italiana, ai fini summenzionati, riconosce alla patente extracomunitaria proprio la funzione di documentare il suo rilascio in un paese straniero quale presupposto per la determinazione di alcuni effetti giuridici nell'ordinamento interno. Riconoscimento che si rivolge alla natura di titolo abilitativo alla guida in genere che il documento esprime, la quale prescinde dalla sussistenza degli ulteriori presupposti che legittimano il suo titolare a circolare sulle strade italiane» (§ 6.4).

Conclusivamente, per le Sezioni Unite la patente extracomunitaria deve considerarsi pertanto atto tipico ai fini ed ai sensi dell'art. 477 cod. pen., con la conseguenza che la sua contraffazione da parte di un privato, quando non grossolana, integra il delitto previsto e punito da tale articolo, in combinato disposto con la previsione di cui all'art. 482 dello stesso codice.

3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

Sulla scorta di tali argomentazioni, le Sezioni Unite hanno infine affermato il seguente principio di diritto:

«La contraffazione non grossolana della patente di guida rilasciata da uno Stato estero non appartenente all'Unione europea o allo Spazio economico europeo integra il reato di cui agli artt. 477 e 42 cod. pen. anche quando non ricorrano le condizioni di validità del documento ai fini della condizione di un veicolo nel territorio nazionale, come fissate dagli artt. 135 e 136 cod. strada». (Rv. 284210-01).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. 5, n. 902 del 24/06/1971, Baumgarner, Rv. 119090-01;
Sez. 5, n. 4057 del 01/02/1974, Garofalo, Rv. 127110-01;
Sez. 5, n. 7931 del 21/06/1983, Baccigaluppi, Rv. 160450-01;
Sez. 3, n. 7783 del 30/01/1985, Accomazzo, Rv. 170270-01;
Sez. 5, n. 1797 del 03/07/1984, Morellato, Rv. 165256-01;
Sez. 5, n. 23711 del 11/05/2006, Arben Korreschi, non mass.;
Sez. 5, n. 12693 del 08/03/2007, Aghohawa, Rv. 236180-01;
Sez. 5, n. 9268 del 01/12/2014, dep. 2015, Ndiaye, Rv. 262963-01;
Sez. 5, n. 35092 del 04/06/2014, Mohamed Abdel Rahman, non mass.;
Sez. 5, n. 21929 del 17/04/2018, Ramos, Rv. 273022-01;
Sez. 5, n. 57004 del 27/09/2018, B., Rv. 274172-01;
Sez. 5, n. 10314 del 21/01/2019, Poliku, non mass.;
Sez. 5, n. 21915 del 10/04/2019, Kerri, non mass.;
Sez. 5, n. 10304 del 15/02/2021, Abdellatif, Rv. 280847-01;
Sez. 5, n. 24227 del 28/04/2021, Tarar, Rv. 281439-01;
Sez. 5, n. 45255 del 27/10/2021, Samb Modou, Rv. 282252-01.

SEZIONE IV

LEGISLAZIONE SPECIALE

CAPITOLO I

IL DELITTO DI ESERCIZIO ABUSIVO DELL'ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA DI CUI ALL'ART. 132 D.LGS. N. 385 DEL 1993, COME SOSTITUITO DALL'ART. 8, COMMA 2, D.LGS. N. 141 DEL 2010 E IL RELATIVO TRATTAMENTO SANZIONATORIO

(di Maria Eugenia Oggero)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La questione controversa. - 3. Il contrasto di giurisprudenza. - 4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite. - 5. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 132 TUB, come modificato dall'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 141 del 2010 per eccesso di delega.

1. Premessa.

Con ordinanza n. 36748 del 16/09/2022 la Quinta Sezione penale ha rimesso alle Sezioni Unite la soluzione del contrasto interpretativo in merito alla questione seguente: «*Se la riformulazione dell'art. 132 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, riguardante il reato di abusiva attività finanziaria, ad opera dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, abbia comportato l'abrogazione tacita della previsione di cui all'art. 39 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ha stabilito il raddoppio delle pene previste, anche per detto reato, dal d.lgs. n. 385 del 1993 citato, ovvero se, invece, detto art. 39 abbia dettato una regola destinata a rimanere comunque insensibile alle modifiche sanzionatorie inerenti le fattispecie ivi comprese*».

2. La questione controversa.

In seno alla giurisprudenza di legittimità, si era fatto registrare un contrasto circa la questione se la riformulazione dell'art. 132 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (di seguito, *breviter*: TUB) ad opera dell'art. 8, comma 2, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 avesse realizzato un fenomeno di successione di leggi penali, in relazione al trattamento sanzionatorio determinato per effetto del raddoppio dell'entità delle pene previsto dall'art. 39 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, ovvero se il citato art. 39, nel prevedere il raddoppio delle pene di cui, tra l'altro, al TUB, avesse dettato una regola destinata a rimanere insensibile ai mutamenti normativi concernenti queste ultime sanzioni.

3. Il contrasto di giurisprudenza.

I tratti caratterizzanti i due orientamenti giurisprudenziali possono essere sinteticamente così delineati.

Secondo una prima lettura giurisprudenziale, in materia di esercizio abusivo dell'attività di intermediazione finanziaria, la disposizione di cui all'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 141 del 2010 non avrebbe abrogato l'aumento di sanzione previsto dall'art. 39 della legge n. 262 del 2005 (in tale senso, Sez. 5, n. 18544 del 27/02/2013, Strada, Rv. 255192-01).

Un secondo, maggioritario filone giurisprudenziale di legittimità si era invece attestato nel ritenere invece che l'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 141 del 2010, integralmente sostituendo il testo dell'art. 132 TUB, mediante la riformulazione del precetto e della sanzione, aveva tacitamente abrogato, con riferimento a detta fattispecie, la previsione di cui all'art. 39 della legge n. 262 del 2005, che stabiliva il raddoppio delle pene comminate, tra l'altro, dal TUB (Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018, dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-02; conf., *ex plurimis*, Sez. 2, n. 43670 del 23/09/2021, Piromalli, Rv. 282311-01).

4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Nell'affrontare il quesito, il Supremo Consesso di legittimità ha enucleato, *in primis*, i tratti essenziali delle contrapposte linee esegetiche illustrate.

Svolta la ricognizione, riportata in questa sede per sommi capi, circa i due indirizzi in contrasto, le Sezioni Unite hanno evidenziato che tra gli argomenti posti a fondamento delle opposte tesi non si annovera il ricorso all'istituto del rinvio mobile, invece richiamato dal Pubblico ministero ricorrente e altresì ripreso in sede di requisitoria.

La tecnica del rinvio - che consente ad un atto normativo di fare proprio il contenuto prescrittivo di una diversa disposizione che non viene incisa, per effetto del richiamo, da parte del primo -, importa che la disposizione attiva debba essere applicata unitamente alla seconda, la quale costituisce integrazione della prima.

Nella ricostruzione delle Sezioni Unite, l'istituto del rinvio non presenta alcuna pertinenza con il caso di specie, in quanto il rapporto disposizione rinviante/disposizione rinviata appare porsi in termini invertiti: in realtà, la norma richiamata (art. 132 TUB, che non dispone alcun rinvio *quoad poenam* all'art. 39 della legge n. 262 del 2005) sembra appropriarsi dei contenuti normativi della prima (l'art. 39 cit.), mentre di regola la relazione si manifesta in termini opposti; inoltre, il rapporto tra disposizione richiamante e disposizione richiamata, per effetto dell'inversione del paradigma del rinvio, risulta incompatibile con la sua configurabilità, posto che, sia considerando il rinvio come fisso, sia, all'opposto, come mobile, il risultato dell'operazione ermeneutica sarebbe destinato a non mutare.

Escluso, pertanto, che la tecnica del rinvio potesse attagliarsi alla vicenda normativa in esame, i rapporti tra art. 39 della legge n. 262 del 2005 e art. 132 TUB sono stati ricostruiti in termini di mera integrazione, in combinato disposto appunto, tra i contenuti normativi di due disposizioni.

Ciò premesso, la sentenza ha delineato l'articolato quadro normativo, composto, a livello euro-unitario, della Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sui contratti di credito ai consumatori, il cui scopo (cfr.

Considerando 8 e 9) è di garantire che «il mercato offra un livello di tutela dei consumatori sufficiente, in modo da assicurare la fiducia dei consumatori» e «una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno».

L'art. 23 della Direttiva prevede che *«gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione»,* precisando che *«le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive».*

Con l'art. 33 della legge comunitaria del 2008 (legge 7 luglio 2009, n. 88) sono stati stabiliti principi e criteri che, per quanto riguarda il decreto legislativo sul credito al consumo, hanno previsto l'estensione di determinati strumenti di protezione e di poteri amministrativi inibitori i cui contenuti appaiono più ampi rispetto alla direttiva europea cui è stata data recezione.

In sintesi, il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, emanato in esecuzione della legge di delega n. 88 del 2009, intorno ad un nucleo centrale teso al rafforzamento della tutela del consumatore (in proposito, si veda la ridefinizione dei criteri di determinazione del TAEG, l'allargamento del perimetro di applicazione della disciplina, mediante l'individuazione di un finanziamento di piccolo-medio importo, non finalizzato all'investimento immobiliare, con la corresponsione di interessi e restituzione in più soluzioni, prolungate nel tempo, l'inclusione nell'ambito applicativo della disciplina dei cd. *“finanziamenti di liquidità”*), ha riformulato l'art. 106 TUB - unificando l'albo generale e l'albo speciale - e ha limitato la riserva alle sole concessioni di finanziamenti (tra cui i finanziamenti erogati nella forma di credito ai consumatori, come definito dall'art. 121 TUB e secondo la disciplina prevista a norma dell'art. 2, comma 1, lett. c) del regolamento di cui al d.m. 2 aprile 2015, n. 53), restando così escluse l'intermediazione in cambi e l'attività di assunzione di partecipazioni.

Si è inoltre integralmente provveduto alla sostituzione del Titolo V del TUB, relativo ai *«soggetti operanti nel settore finanziario»*, introducendo, agli artt. 111 e 112 TUB, una disciplina *ad hoc* per microcredito e confidi.

In prospettiva storica, le Sezioni Unite hanno anche trattato il tema dell'incriminazione dell'abusivismo finanziario, introdotto con legge 5 luglio 1991, n. 197, di conversione, con modificazioni, del d. l. 3 maggio 1991, n. 143 e poi trasfuso nell'art. 132 TUB: da principio, tale disposizione sanzionava l'esercizio di attività finanziaria nei confronti del pubblico in mancanza di iscrizione nell'elenco generale ex art. 106 TUB e l'esercizio di predetta attività, ove non fosse stata svolta verso il pubblico, in difetto di iscrizione nella sezione dedicata a norma dell'art. 113 TUB.

Sull'originario assetto furono apportate modifiche ad opera del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (di ricezione delle Direttive 93/22/CEE del 10 maggio 1993 e n. 93/6/CEE del 15 marzo 1993), per effetto delle quali l'abusivismo non svolto nei confronti del pubblico fu trasformato in contravvenzione e assoggettato a un

trattamento penale meno severo; d'altro canto, venne limitata l'applicabilità della circostanza aggravante, abrogata dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342.

Con legge 28 dicembre 2005, n. 262, il legislatore introdusse la disposizione che, all'art. 39, comma 1, stabilisce il raddoppio delle pene per i reati previsti dal TUB, dal testo unico della finanza, da quello relativo alla vigilanza sulle assicurazioni.

Infine, per effetto dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 141 del 2010 era stato integralmente sostituito l'art. 132 TUB: così, era stata ridotta l'area del penalmente rilevante delineata dall'art. 132 cit., restando oggetto di riserva di cui all'art. 106 TUB soltanto le attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, che, se abusive, ricadono nell'art. 132 TUB. D'altro canto, erano state ricomprese nell'ambito di tale figura criminosa l'abusivo (in quanto mancante dell'iscrizione al registro) esercizio di microcredito e di confidi di cui agli artt. 111 e 112 TUB, in precedenza estranei alla formulazione della fattispecie criminosa, entrambi "*a basso rischio sistemico*".

Riportata, per sommi capi, l'ampia ricognizione normativa delineata, le Sezioni Unite sono approdate alla conclusione dell'intervenuta abrogazione tacita dell'art. 39 della legge n. 262 del 2005, nella parte in cui faceva riferimento al reato di abusiva attività finanziaria di cui all'art. 132 TUB.

Dopo aver tratteggiato le coordinate dell'abrogazione tacita - istituto che impone il massimo rigore esegetico, allo scopo di preservare il corretto ruolo istituzionale del giudice penale rispetto alla legge - le Sezioni Unite richiamano, in tema, la sentenza Sez. U., n. 698 del 24/10/2019, dep. 2020, Sinito, Rv. 277470-01, la quale, trattando dell'abrogazione, ha rilevato che l'art. 15 delle preleggi disciplina, come è noto, l'abrogazione espressa, e, parimenti, l'abrogazione tacita; quest'ultima, si distingue in due ipotesi, configurandosi nel caso in cui la norma successiva risulti incompatibile con la precedente, ma altresì laddove la norma di nuova introduzione provveda a disciplinare *ex novo* la materia, sostituendosi alla precedente disposizione, non necessariamente incompatibile con la più risalente.

Proprio quest'ultima eventualità ricorre nella fattispecie in esame, come si impone dall'analisi del rapporto tra il vecchio art. 132 TUB, anteriore alla novella del 2010, e la nuova disposizione, frutto dell'intervento del 2010, che, si è osservato, ha inciso sul trattamento sanzionatorio, senza riferimento alcuno all'art. 39 legge n. 262 del 2005, norma che, conseguentemente, deve ritenersi, *in parte qua*, tacitamente abrogata.

Depongono ancora in tal senso - ha rimarcato il Supremo Consesso - il contesto normativo che ha visto il Titolo V del TUB essere integralmente sostituito dal legislatore del 2010, comparto all'interno del quale si collocano tutte le disposizioni (artt. 106, 107, 111, 112 TUB) di riferimento della norma incriminatrice, cioè l'art. 132 TUB, a sua volta oggetto di radicali modifiche.

Sono stati accorpati gli albi già previsti agli artt. 106 e 107 e l'unificazione dei relativi regimi rispetto a tutti gli esercenti attività di finanziamento al pubblico ha determinato riflessi sulla formulazione dell'art. 132 TUB, il cui ambito applicativo ha visto un sensibile ridimensionamento (già anticipato, anteriormente al 2010, a

seguito dell'abrogazione della fattispecie contravvenzionale); ancora, le modifiche relative ai confidi e al microcredito (con regime di vigilanza affidato a soggetti privati) si sono poste nel solco di un circoscritto intervento penale nel settore dell'abusivismo finanziario.

In tale contesto, il raddoppio della comminatoria edittale sancita dall'art. 39 della legge n. 262 del 2005, ad avviso del Supremo collegio di legittimità, non farebbe che alimentare tensioni sul piano della ragionevolezza della pena e del principio di proporzionalità, definibile, sinteticamente, quale rapporto che deve intercorrere tra illecito e sanzione.

In definitiva, la riformulazione della disposizione di cui all'art. 132 TUB, ad opera dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 141 del 2010, nel contesto della integrale riscrittura del Titolo V del TUB, pur mantenendo il nucleo dell'incriminazione precedente e dando così luogo a continuità di illecito (come affermato dalla sentenza Sez. 5, n. 12777 del 2018, dep. 2019, Albertazzi, cit.), ha regolato *ex novo* la disciplina del reato di abusiva attività finanziaria, con la conseguente, parziale abrogazione per rinnovazione della materia dell'art. 39 della legge n. 262 del 2005, laddove stabiliva il raddoppio delle comminatorie edittali (anche) con riferimento al reato di cui all'art. 132 TUB, soluzione in linea con i canoni dell'interpretazione costituzionalmente orientata, atteso che all'allargamento del reato in oggetto a fatti di scarsa rilevanza sistemica fa coerentemente seguito il venir meno del raddoppio di pena.

In conclusione, con **Sez. U, n. 17615 del 23/02/2023, Lombardi Renzulli**, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «*La riformulazione dell'art. 132 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, riguardante il reato di abusiva attività finanziaria, ad opera dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 ha comportato l'abrogazione tacita dell'art. 39 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, nella parte in cui stabiliva il raddoppio delle pene comminate per il reato di cui all'art. 132 cit.*» (Rv. 284480-01).

5. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 132 TUB, come modificato dall'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 141 del 2010, per eccesso di delega.

Le Sezioni Unite hanno altresì preso in esame l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dal ricorrente e dal procuratore generale presso la Corte di cassazione per eccesso di delega dell'art. 132 TUB, come modificato dall'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 141 del 2010, ove interpretato, nell'accezione che è stata accolta dalle Sezioni Unite, nel senso della parziale, tacita abrogazione dell'art. 39 della legge n. 262 del 2005.

La questione è stata ritenuta manifestamente infondata.

In proposito, è stato richiamato l'art. 23 della Direttiva 2008/48/CE - laddove prevede, come si è detto, che gli Stati membri stabiliscano le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle norme nazionali e prendano tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione, e, per altro verso, aggiunge che le sanzioni, anche penali, debbono essere «*efficaci, proporzionate e dissuasive*» -

sottolineando la discrezionalità rimessa al legislatore nazionale e riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, 07/10/2010, *Stiis Met*) nell'individuare le misure idonee a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione.

Discrezionalità che, nella specie, si apprezza dal tenore del *Considerando* 47 della Direttiva 2008/48/CE, fermo restando che le sanzioni debbono essere effettive, proporzionate e dissuasive, in uno con l'art. 2, comma 1, della legge n. 88 del 2009, che fa riferimento ai contenuti delle direttive da applicare.

Con specifico riguardo alla legge comunitaria del 2008, la Corte costituzionale (Corte cost. n. 174 del 2021) - rimarcano le Sezioni Unite - «*ne ha ravvisato la ratio nel recepimento delle prescrizioni contenute nelle varie direttive, "in uno con la finalità di conseguire il grado più elevato possibile di ottemperanza alle medesime"*».

Posto che, in caso di delega per l'attuazione di una direttiva comunitaria, unitamente ai principi e criteri della legge di delega, assumono valore di parametro interposto anche i principi espressi dalla direttiva unitaria (cfr., tra le molte, Corte cost. n. 250 del 2016), nella fattispecie, la tesi del ricorrente circa l'eccesso di delega trova smentita nell'avvenuto esercizio della delega alla luce del criterio di cui all'art. 23 della direttiva citata.

Proprio l'esercizio della delega, in coerenza con l'art. 23 della direttiva cit., ha comportato l'equiparazione (come già accadeva in passato) della cornice edittale delle varie figure ricadenti nel paradigma punitivo di cui all'art. 132 TUB, completando il riassetto della norma incriminatrice e la cornice sanzionatoria del reato che le Sezioni Unite hanno ritenuto il più consono, alla luce dei beni giuridici e delle attenuate esigenze di tutela correlate all'espunzione di queste tipologie di attività finanziaria e all'inclusione di fatti, come quelli relativi al microcredito e ai confidi, per contro si è rilevato, «*a basso rischio sistemico*».

Alcuna violazione della delega può configurarsi, si ribadisce in coerenza con la giurisprudenza costituzionale, laddove siano emanate norme che rappresentino un coerente sviluppo, finanche un completamento delle scelte espresse in sede di delega legislativa, nel rispetto della *ratio* della delega stessa (Corte cost. n. 59 del 2016), tesi espressa, in analoga prospettiva, dalla giurisprudenza di legittimità delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870-04).

Di conseguenza, non ricorre il lamentato vizio di eccesso di delega e, per l'effetto, è stata ritenuta la manifesta infondatezza della questione.

Alla luce delle esposte conclusioni, è stato pertanto rigettato il ricorso del pubblico ministero presso il Tribunale di Castrovillari avverso l'ordinanza del Tribunale di Catanzaro.

Indice delle sentenze citate.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. 5, n. 18544 del 27/02/2013, Strada, Rv. 255192-01;

Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018, dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-02;

Sez. 2, n. 43670 del 23/09/2021, Piromalli, Rv. 282311-01;

Sez. U., n. 698 del 24/10/2019, dep. 2020, Sinito, Rv. 277470-01;

Sez. U., n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870-04;

Sez. U., n. 17615 del 23/02/2023, Lombardi Renzulli, Rv. 284480-01;

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost., sent. n. 250 del 2016;

Corte cost., sent. n. 59 del 2016.

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SUL REDDITO DI CITTADINANZA

(di Anna Mauro)

SOMMARIO: 1. La questione di diritto su cui sono intervenute le Sezioni Unite. - 2. Brevi cenni al quadro normativo di riferimento. - 2.1. Il d.l. n. 4 del 28 gennaio 2019. - 2.2. La legge di bilancio 2023 e l'abolizione del reddito di cittadinanza. - 2.3. Il d.l. n. 48 del 4 maggio 2023, convertito, con modificazioni, in l. n. 85 del 2023. - 3. I termini del contrasto giurisprudenziale. - 3.1. Il primo orientamento: configurabilità del delitto in forza delle sole false indicazioni od omissioni di informazioni dovute dei dati di fatto riportati nell'autodichiarazione indipendentemente dall'effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione del beneficio. - 3.2. Il secondo orientamento: configurabilità del delitto in forza delle sole false indicazioni od omissioni di informazioni dovute dei dati di fatto riportati nell'autodichiarazione indipendentemente dall'effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione del beneficio. - 4. La decisione delle Sezioni Unite.

1. La questione di diritto su cui sono intervenute le Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, con **sentenza n. 49686 del 13/7/2023, Giudice**, risolvendo un contrasto sviluppatosi nella giurisprudenza delle Sezioni semplici in materia di reddito di cittadinanza, hanno affermato il seguente principio di diritto:

«Integrano il delitto di cui all'art. 7 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, in legge 28 marzo 2019, n. 26, le omesse o false indicazioni di informazioni contenute nell'autodichiarazione finalizzata a conseguire il reddito di cittadinanza solo se funzionali a ottenere un beneficio non spettante ovvero spettante in misura superiore a quella di legge» (Rv. 285435-01).

La sentenza sottoposta all'esame del Supremo Consesso aveva confermato la sentenza del giudice di primo grado che aveva condannato l'imputato ritenuto responsabile dei reati di cui agli artt. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen. e 7 d.l. n. 4 del 2019 per avere attestato nella dichiarazione ISEE un valore del proprio patrimonio immobiliare inferiore a quello reale al fine di ottenere indebitamente il reddito di cittadinanza, così inducendo in errore l'INPS che gli erogava, in forza di tale dichiarazione, una determinata somma a titolo di integrazione del reddito familiare e così procurandosi l'ingiusto profitto derivante dalla indebita percezione del sussidio.

I giudici di merito avevano ritenuto responsabile l'imputato sul presupposto che il perfezionamento della fattispecie delittuosa di cui all'art. 7, d.l. n. 4 del 2019 si realizza per il solo fatto di avere portato all'attenzione dell'amministrazione erogatrice del reddito di cittadinanza dati non veritieri (l'omissione, nella specie, riguardava la comproprietà da parte dell'imputato di alcuni terreni con la propria moglie), a nulla rilevando la circostanza, prospettata dalla difesa, che la dichiarazione parzialmente non veritiera non aveva alterato i termini economici dei limiti reddituali per l'ottenimento del beneficio.

2. Brevi cenni al quadro normativo di riferimento.

2.1. Il d.l. n. 4 del 28 gennaio 2019

Con il d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv., con modif., in l. n. 26 del 2019, è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico il reddito di cittadinanza (o reddito minimo garantito) (d'ora in poi anche, *breviter*: RdC) quale «*misura di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale nonché diretta favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro [costituente] livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili*» (art. 1, comma 1). Esso consiste nell'erogazione di fondi da parte dello Stato, con cadenza regolare e per un periodo determinato, alle persone con cittadinanza e residenza che si trovano a vivere in povertà. Trattasi, dunque, di un sostegno economico a integrazione dei redditi familiari associato a un percorso di reinserimento lavorativo e sociale, di cui i beneficiari sono protagonisti sottoscrivendo un patto per il lavoro o un patto per l'inclusione sociale. Tale istituto trova fondamento in una visione "naturale" della proprietà economica; le risorse naturali sono un bene collettivo e, quindi, è da ritenersi che a ogni individuo debba essere attribuito un dividendo sociale che lo indennizzi dello sfruttamento di tali risorse e gli consenta di vivere dignitosamente. Trattasi di una misura universalistica in quanto indirizzata a tutti i cittadini di una data area geografica che dovrebbe tutelare ogni individuo dal rischio di povertà e di emarginazione sociale. L'art. 5 del d.l. n. 4 del 2019 disciplina le modalità per il perseguimento del beneficio, che consegue alla presentazione di un'istanza del privato in possesso dei requisiti indicati all'art. 2 del medesimo testo normativo. Tale procedimento può essere avviato solo in caso di previo rilascio della certificazione ISEE, elaborata anche sulla base dei dati riportati dall'interessato nella dichiarazione sostitutiva unica (DSU). L'attestazione in parola è disciplinata dal d.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159 (cd. Regolamento ISEE) ed è funzionale, principalmente, alla corretta parametrizzazione del corrispettivo da riconoscere per i servizi pubblici erogati a domanda individuale, finanziate solo parzialmente, e comunque in modo modulare, dalla fiscalità generale. In sede di certificazione ISEE, l'interessato è onerato di comunicare tutte le poste che compongono il proprio patrimonio, in maniera anche più dettagliata rispetto a quanto richiesto in sede di dichiarazione delle imposte. Il maggiore rigore dell'obbligo dichiarativo si comprende per la differente destinazione dei dati, particolarmente sensibile (per le "uscite" dal bilancio statale) in caso di certificazione ISEE. In questo senso, l'atto conclusivo di erogazione del beneficio del RdC. è tecnicamente in rapporto di presupposizione in senso stretto con l'atto conclusivo di rilascio dell'attestazione ISEE. Dall'istanza del privato origina un procedimento nel quale l'amministrazione, cioè l'Inps, svolge un'attività amministrativa vincolata, che si limita al mero riscontro tra quanto dichiarato nella domanda (anche in correlazione alla certificazione ISEE richiamata) e quanto previsto nel dettato normativo. Non dovrebbe residuare, in questo senso, alcun margine di discrezionalità amministrativa in capo al soggetto pubblico erogatore del

beneficio, né quest'ultimo deve fare applicazione di regole specialistiche per il riscontro della situazione di fatto portata alla sua attenzione e la fattispecie astratta prevista dalla legge. Quanto si dice pare confermato dal disposto di cui all'art. 5, comma 1, del testo normativo in esame che dispone un'automatica correlazione tra i valori da dichiarare in sede di istanza e quanto già acquisito ai fini ISEE.

L'art. 7 del menzionato decreto prevede due ipotesi di reato, da ritenersi *proprio* nonostante il riferimento testuale a «*chiunque*». Tali reati, infatti, possono essere consumati solo da chi, presentando l'istanza, abbia dato avvio al procedimento per ottenere il reddito di cittadinanza.

Al primo comma si legge che «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di ottenere indebitamente il beneficio di cui all'articolo 3, rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omette informazioni dovute, è punito con la reclusione da due a sei anni*».

La condotta illecita, dunque, consiste:

a) nel rendere o utilizzare dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere;

b) omettere di fornire informazioni dovute.

Vengono punite, quindi, le falsità in dichiarazioni o documenti, l'utilizzo di dichiarazioni o documenti falsi o omissioni di informazioni dovute.

Trattasi di un reato di pura condotta e di pericolo poiché, ai fini della consumazione, non è richiesta l'effettiva erogazione del sussidio. Esso si perfeziona quando vengono realizzate le condotte (di presentazione di documentazione falsa, mendacio od omissione di informazioni dovute ai fini dell'ottenimento del beneficio) tese a precostituire le condizioni per l'ottenimento del RdC.

È richiesto il dolo specifico essendo necessario che chi agisce lo faccia nella consapevolezza di non avere i requisiti di legge per poter usufruire di tale reddito. Nel primo comma del cit. art. 7 si precisa, infatti, che chi agisce deve perseguire lo scopo «*di ottenere indebitamente il beneficio*».

Il comma 2 contempla un'ulteriore fattispecie incriminatrice, anch'essa di pericolo, avente natura di reato omissivo proprio che si consuma nel momento in cui scadono i termini previsti dalla legge per le comunicazioni inerenti alle modifiche reddituali o patrimoniali. È richiesto il dolo generico e si stabilisce che:

«*L'omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio entro i termini di cui all'articolo 3, commi 8, ultimo periodo, 9 e 11, è punita con la reclusione da 1 a 3 anni*».

In tale caso viene sanzionata, quindi, la condotta omissiva tenuta dopo l'avvenuto riconoscimento del sussidio che consiste nella mancata comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari di lavoro nero, ovvero di altre informazioni comunque dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio. Il beneficiario della misura deve comunicare tali modifiche entro il termine di quindici giorni dalla variazione ai sensi dell'art. 3, comma 11, del d.l. in esame.

Il comma 3 dell'art. 7 stabilisce che alla condanna in via definitiva per i reati di cui ai commi 1 e 2 nonché per quelli previsti da altre precipue fattispecie incriminatrici elencate nella citata disposizione, tra cui quella di cui all'articolo 640-*bis* cod. pen. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), nonché alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti per gli stessi reati, «consegue di diritto l'immediata revoca del beneficio con efficacia retroattiva e il beneficiario è tenuto alla restituzione di quanto indebitamente percepito. La revoca è disposta dall'Inps ai sensi del comma 10. Il beneficio non può essere nuovamente richiesto prima che siano decorsi 10 anni dalla condanna».

Il legislatore, con l'introduzione delle fattispecie di cui all'art. 7 del d.l. n. 4 del 2019, ha inteso punire, quindi, più severamente di quanto previsto in casi analoghi, condotte che altrimenti potrebbero sfuggire alla sanzione penale non potendo ricadere in astratto nell'ambito di applicazione dell'art. 616-*ter* cod. pen. o dell'art. 640-*bis* cod. pen. Con riferimento, in particolare, all'ipotesi di *indebita percezione di erogazioni pubbliche* (art. 616-*ter* cod. pen.), si rileva che la sanzione prevista è meno grave di quelle di cui all'articolo 7 e prevede una soglia minima di contributo percepito pari a euro 3.999,96, al di sotto della quale è esclusa la punibilità penale.

2.2. La legge di bilancio 2023 e l'abolizione del reddito di cittadinanza.

La legge di bilancio 2023 (art. 1, comma 318, legge n. 197 del 2022), entrata in vigore il 1° gennaio 2023, ha disposto che «*a decorrere dal 1° gennaio 2024 gli articoli da 1 a 13 del decreto legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26 sono abrogati*». La disciplina sul reddito di cittadinanza previgente è, quindi, destinata ad essere sostituita dalle misure dell'*Assegno di inclusione* o, in via sussidiaria, del *Supporto per la formazione e il lavoro* come recentemente definiti dal d.l. n. 48 del 2023 (cd. "decreto lavoro"), approvato dal Consiglio dei ministri in data 1° maggio 2023, di cui si dirà di qui a poco.

Per quanto qui di interesse, giova evidenziare che l'abrogazione integrale della speciale disciplina regolatoria in tema di reddito di cittadinanza coinvolge necessariamente anche le disposizioni recanti le fattispecie incriminatrici poste a presidio della corretta corresponsione del sussidio, dettate dall'art. 7, commi 1 e 2, d.l. n. 4 del 2019, nonché gli effetti penali connessi alla condanna per le stesse, in termini di «*immediata revoca del beneficio con efficacia retroattiva*» e di «*restituzione di quanto indebitamente percepito*» e di divieto di concessione del beneficio prima che siano decorsi 10 anni dalla condanna medesima (art. 7, comma 3, d.l. cit.).

2.3. Il d.l. n. 48 del 4 maggio 2023, conv., con modif., in legge n. 85 del 2023.

Il legislatore, con il d.l. n. 48 del 2023, conv., con modif. in legge n. 85 del 2023, verosimilmente, in considerazione del rilievo che l'abrogazione in blocco dell'intera disciplina del reddito di cittadinanza ha determinato notevoli problemi sia di ordine criminologico, sia giuridici con riferimento alla disciplina di diritto intertemporale, è corso ai ripari *in extremis* prevedendo, da un lato, alcune fattispecie

incriminatrici concernenti le future misure di inclusione (art. 8, commi 1 e 2) che, sostanzialmente, sono sovrapponibili a quelle di cui all'art. 7 del d.l. n. 4 del 2019 e, dall'altro, ha introdotto una clausola di continuità, preordinata a salvare l'applicazione, *medio tempore*, ossia fino al 1 gennaio 2024, dei delitti previsti in materia di reddito di cittadinanza (art. 13, comma 3). Siffatta ultima disposizione è all'evidenza tesa a porre rimedio alla dimenticanza ravvisabile nella legge di bilancio 2023 onde evitare l'impunità degli autori di condotte fraudolente volte alla percezione indebita del reddito di cittadinanza per il periodo intermedio, nell'anno 2023, di vigenza del pregresso sussidio.

3. I termini del contrasto giurisprudenziale.

Con un'articolata ordinanza, dell'11/10/2022, dep. il 20/1/2023, la Terza Sezione penale ha richiesto al Primo Presidente di valutare la rimessione degli atti alle Sezioni Unite sulla questione, oggetto di conflitto in giurisprudenza, così cristallizzata nella formulazione dell'Ufficio del Massimario:

«Se le omesse o false indicazioni di informazioni contenute nell'autodichiarazione finalizzata all'ottenimento del reddito di cittadinanza integrino il delitto di cui all'art. 7 del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito in l. n. 26 del 2019, indipendentemente dall'effettiva sussistenza o meno delle condizioni patrimoniali stabilite per l'ammissione al beneficio».

3.1. Il primo orientamento: configurabilità del delitto in forza delle sole false indicazioni od omissioni di informazioni dovute dei dati di fatto riportati nell'autodichiarazione indipendentemente dall'effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione del beneficio.

Secondo un primo orientamento — inaugurato dalle sentenze gemelle *Sacco e Sciortino* della Terza sezione (Sez. 3, n. 5289 del 25/10/2019, dep. 2020, Rv 278573-01 e Sez. 3, n. 5290 del del 25/10/2019, dep. 2020, non mass.) e ribadito da Sez. 2, n. 2402 del 5/11/2020, dep. 2021, Giudice; Sez. 3, n. 33808 del 21/4/2021, Casà; Sez. 3, n. 33431 del 9/9/2021, Sferlazza, Rv. 281814; Sez. 3, n. 5309 del 24/9/2021, Iuorio — il delitto in questione costituisce una *species* del più ampio *genus* dei delitti di falso e la fattispecie incriminatrice deve ritenersi integrata anche nel caso in cui le false dichiarazioni o le omissioni (persino parziali) dei dati riportati nell'autodichiarazione non incidano sul diritto a ottenere il reddito di cittadinanza o sul suo ammontare e ciò in quanto, anche nell'ipotesi di sussistenza delle condizioni reddituali e/o patrimoniali per ottenere il beneficio, il cittadino nel rendere una dichiarazione non veritiera è venuto meno al dovere di lealtà e massima trasparenza che grava a suo carico verso l'amministrazione erogatrice di un beneficio e ha così leso l'interesse protetto dalla disposizione normativa che è quello di tutelare la fede pubblica. Si tratta, per le anzidette decisioni, di una disciplina correlata al «generale principio antielusivo [...] che si incardina sulla capacità contributiva ai sensi dell'art. 53 Cost., la cui *ratio* risponde al più generale principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.; per cui la punibilità del reato di condotta si rapporta, ben oltre il pericolo del profitto ingiusto, al dovere di lealtà verso le istituzioni dalle quali riceve un beneficio economico».

Per tale opzione ermeneutica, si tratterebbe di un reato diretto a tutelare l'amministrazione contro mendaci e omissioni circa l'effettiva situazione patrimoniale e reddituale di chi intende accedere o ha già fatto accesso al reddito di cittadinanza; si tratta, dunque, di reato di pura condotta e di pericolo astratto che si perfeziona senza che occorra l'effettiva erogazione del contributo; il dolo è generico ed è rappresentato dalla mera volontà e consapevolezza del mendacio o dell'omissione. Per le decisioni che aderiscono a siffatto orientamento, tale orientamento non sarebbe sufficiente a scalfire siffatta ricostruzione il rilievo che il citato art. 7, al comma 2, ricollega la rilevanza penale all'omessa indicazione delle variazioni «dovute e rilevanti ai fini della revoca o riduzione del beneficio» in quanto tale previsione può comunque essere letta pur sempre alla luce dell'obbligo di lealtà del cittadino che prevede una tutela anticipata che deve essere fornita comunque per il solo fatto che sia stata resa una dichiarazione mendace e parziale, essendo del tutto irrilevante che l'erogazione del danaro sia correlata all'esistenza o meno del diritto al beneficio.

È sufficiente, quindi, per tale opzione ermeneutica, il dolo generico ossia la consapevolezza di rappresentare non del tutto fedelmente la propria situazione economica e ciò in quanto la formulazione letterale dell'art. 7 che, al primo comma, fa precipuo riferimento «*al fine di ottenere indebitamente il beneficio*», mentre al secondo al complesso delle «*informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio*» deve essere intesa come riferita ai dati che l'interessato è tenuto a comunicare all'amministrazione ai fini del controllo a questa demandato «senza che possa essere lasciata al cittadino beneficiario la scelta su cosa comunicare e cosa omettere e ciò perché il legislatore ha inteso creare un meccanismo di riequilibrio sociale, quale il reddito di cittadinanza, il cui funzionamento presuppone necessariamente una leale cooperazione fra cittadini e amministrazione, che sia ispirata alla massima trasparenza, come emerge anche dai successivi commi del richiamato art. 7 che disciplinano, non a caso, un'ampia casistica di fattispecie di revoca, decadenza e sanzioni amministrative».

Nelle sentenze espressione di tale orientamento, a sostegno del proprio argomentare, si richiamano le disposizioni dettate in tema di patrocinio a spese dello Stato — e segnatamente quelle di cui all'art. 95 del d.PR 30/5/2022, n. 115 — e l'interpretazione che di esse è stata fornita dalle Sez. U, n. 6591 del 27/11/2008, dep. 2009, Infanti, Rv. 242152-01 che, partendo dalla considerazione che con tali norme si tutela la fede pubblica e l'affidamento dell'amministrazione alla lealtà del cittadino, hanno ritenuto sufficiente, per integrare il reato di che trattasi, la semplice falsità anche parziale delle dichiarazioni, a nulla rilevando l'eventuale sussistenza dei requisiti per accedere comunque al patrocinio gratuito.

3.2. Il secondo orientamento: configurabilità del delitto in forza delle sole false indicazioni od omissioni di informazioni dovute dei dati di fatto riportati nell'autodichiarazione indipendentemente dall'effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione del beneficio.

A tale opzione interpretativa si è contrapposto un consapevole differente orientamento, avviato da Sez. 3, n. 44366 del 15/9/2021, Gulino, Rv. 282336-01 e ribadito da Sez. 2, n. 29910 dell'8/6/2022, Pollara, Rv. 283787-01 che, partendo dai rilievi che la giurisprudenza delle Sezioni semplici della Corte, successiva alle Sez. U *Infanti*, ha cercato di mitigare la rigidità del principio espresso da tale ultima sentenza, richiedendo che il dolo generico del reato di cui al richiamato art. 95 venga rigorosamente provato, (così, da ultimo, Sez. 4, n. 35969 del 29/5/2019, Arlotta, Rv. 276862-01) e che le stesse Sezioni Unite, sia pure in tema di revoca dell'ammissione al beneficio, hanno affermato il principio di diritto secondo cui «la falsità o l'incompletezza della dichiarazione sostitutiva di certificazione prevista dall'art. 79, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 115 del 2002, non comporta, qualora i redditi effettivi non superino il limite di legge, la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, che può essere disposta solo nelle ipotesi espressamente disciplinate dagli artt. 95 e 112 d.P.R. n. 115 del 2002.» (Sez. U, n. 14723 del 19/12/2019, dep. 2020, Pacino, Rv. 278871-01), non solo ha auspicato la rimeditazione dell'intera materia del patrocinio a spese dello Stato, ma ha affermato che le due previsioni normative, quella in tema di gratuito patrocinio e quella in tema di reddito di cittadinanza, non sono minimamente sovrapponibili. Si è valorizzato, a tal proposito, quanto letteralmente statuito nel primo comma dell'art. 7 del d.l. n. 4 del 2019 là dove si legge «*chiunque, al fine di ottenere indebitamente il beneficio di cui all'art. 3*» e si è sottolineato che il legislatore, in tal modo, non solo ha descritto l'elemento soggettivo della fattispecie secondo lo *standard* proprio del dolo specifico, ma ha tipizzato in termini di concretezza il pericolo derivante dalla falsità. Il delitto in questione, quindi, è stato costruito come reato di pura condotta, di pericolo concreto e a dolo specifico. L'avverbio «*indebitamente*», per tale opzione ermeneutica, non solo rileva sotto l'angolo prospettico dell'elemento soggettivo, ma induce a ritenere che la condotta, per essere integrata, debba essere idonea a ledere l'obiettivo perseguito dalla norma che non è solo quello di tutelare la fede pubblica, ma anche quello di salvaguardare l'amministrazione da indebite erogazioni. Ne deriva, pertanto, che pur ledendo il mendacio o le omissioni la pubblica fede e, nello specifico, l'affidamento dell'amministrazione alla lealtà del beneficiario, intanto può ritenersi sussistente la condotta sanzionata dalla norma in quanto questa sia idonea concretamente a ledere l'interesse dell'amministrazione a non erogare prestazioni non dovute.

4. La decisione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, dopo aver esaminato gli opposti orientamenti nomofilattici, hanno censurato il parallelismo, operato dalla giurisprudenza espressione del primo orientamento, tra la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 7, comma 1, d.l. n. 4 del 2019 e quella di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 attesa la loro differente

struttura: la prima risulta, infatti, caratterizzata dal dolo specifico e prescinde dall'effettivo conseguimento del sussidio; la seconda, invece, richiede il dolo generico e l'ottenimento e il mantenimento del patrocinio gratuito, a seguito di falsità od omissione, rileva quale circostanza aggravante. Hanno, poi, sottolineato che, mentre in tema di gratuito patrocinio, la falsità della dichiarazione sostitutiva rileva ai fini dell'ammissibilità dell'istanza, in tema di reddito di cittadinanza, invece, la falsità e le omissioni riguardano i requisiti di ammissione e mantenimento del beneficio. Differenti, inoltre, sono i contesti procedurali previsti per i due reati: l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato segue una procedura «informata alla massima celerità e snellezza trattandosi di istituto finalizzato ad assicurare e a rendere effettivo il diritto di difesa nell'ambito di un processo penale pendente» e il giudice procedente si limita, di fatto, verificata l'ammissibilità dell'istanza, a recepire quanto dichiarato dal richiedente; il procedimento finalizzato all'eventuale erogazione del reddito di cittadinanza, invece, pur dovendo essere comunque definito in tempi brevi, non si caratterizza per «quell'immediatezza richiesta per assicurare al non abbiente la difesa nel processo penale» in quanto è prevista una attività istruttoria, sia pur minima, volta alla verifica del possesso dei requisiti per l'accesso al beneficio e non prevede l'intervento sostitutivo del richiedente il quale, diversamente da quanto è previsto in tema di gratuito patrocinio, non può autocertificare le informazioni mancanti o carenti. Nel caso di ammissione al gratuito patrocinio, i dati comunicati con la domanda, dunque, hanno un ruolo di immediata decisività in quanto i controlli sono differiti alla fase successiva all'ammissione al beneficio e ciò rende evidente la necessità di una compiuta e affidabile informazione da parte del dichiarante che, in caso di false dichiarazioni, viola il dovere di lealtà verso le istituzioni. Poco convincente, poi, per il Supremo Consesso, è il richiamo — operato dalle sentenze che aderiscono all'orientamento disatteso anche per la dichiarazione volta a ottenere il reddito di cittadinanza — ad una sorta di “dovere di lealtà” del cittadino verso le istituzioni da cui riceve un beneficio economico. Tale ricostruzione è stata totalmente disattesa dalle Sezioni Unite le quali hanno stigmatizzato che siffatto “dovere di lealtà” sembrerebbe essere inteso quasi quale corrispettivo di «un beneficio “graziosamente” concesso al cittadino» e non invece «di un diritto espressamente riconosciuto per legge sulla base di dati oggettivi e verificabili». Il rapporto che si crea tra amministrazione e società, hanno sottolineato dunque le Sezioni Unite, richiamando l'impostazione costituzionale (Corte cost. . n. 341 del 1994), non è un rapporto di imperio, ma piuttosto un rapporto funzionale alla cura degli interessi della collettività. Il generico “dovere di lealtà” richiamato dall'opzione interpretativa disattesa non può essere posto a fondamento della potestà punitiva dello Stato e si atteggia, per il Supremo consesso, a «vuoto guscio, privo di sostanza concreta, che attrae a sé [...] fatti del tutto inoffensivi». Partendo da tale prospettiva, il Supremo Consesso, ha offerto, quindi, una lettura del citato comma 1 dell'art. 7 «più aderente al principio di offensività» dovendo il disvalore della fattispecie individuarsi nel fatto che le falsità o le omissioni possano ledere o ledano effettivamente «gli interessi pubblici alla cui tutela il beneficio economico è finalizzato». La fattispecie delittuosa in

questione è stata, quindi, ricostruita in termini di reato di pericolo concreto a consumazione anticipata, posto a tutela «delle specifiche (e limitate) risorse destinate all'erogazione del beneficio e al perseguimento del fine pubblico ad esso sotteso». A conforto di tale ricostruzione è stato valorizzato l'avverbio «indebitamente» utilizzato dal legislatore nella descrizione del dolo specifico; tale avverbio impone di differenziare l'elemento soggettivo della fattispecie rispetto alla mera consapevolezza della falsità delle informazioni in quanto richiede un *quid pluris* costituito dalla volontà di accedere a un beneficio della cui non debenza il richiedente è ben consapevole. In altri termini, se il reato fosse configurabile a prescindere dall'effettivo diritto dell'interessato a ottenere il beneficio l'avverbio *indebitamente* non avrebbe ragion d'essere finendo per attribuire al dolo specifico, richiesto dalla norma, lo stesso contenuto di quello generico. «Il dolo specifico [evidenzia la Corte], in questo contesto, svolge una funzione selettiva tra condotte penalmente rilevanti e quelle che tali non sono, estromettendo dalla fattispecie quelle insuscettibili di mettere in pericolo il bene protetto. Se l'agente ha comunque diritto al beneficio, la non corrispondenza al vero delle informazioni rese a tal fine non qualifica il falso come “inutile”, ma rende puramente e semplicemente atipica la condotta, dovendosi escludere la natura indebita del beneficio stesso; viene meno, cioè, un elemento del fatto tipico. Il dolo specifico, nel caso di specie, non si limita a tipizzare il movente dell'azione ma assolve anche allo scopo di qualificare la condotta, costituendo, sul piano oggettivo, un elemento della fattispecie rivelatore dell'offesa che si intende prevenire (e punire)». Ulteriore argomento di ordine sistematico messo in luce dal Supremo Consesso concerne il rapporto tra il reato di cui al comma 1 dell'art. 7 e quello di cui al comma 2 del medesimo articolo là dove viene sanzionata l'omessa comunicazione delle variazioni del reddito e del patrimonio ovvero di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del reddito di cittadinanza. A tal proposito, la Corte, dopo aver ricordato che l'indirizzo disatteso postula necessariamente la diversità dei beni tutelati dalle due fattispecie (il dovere di lealtà nei confronti dell'ente erogante, nel primo comma, e il patrimonio dell'ente nel secondo), ha ritenuto, invece, che la relazione tra le due ipotesi criminose debba essere ricostruita in termini di coerenza e ha individuato, quindi, quale comune bene giuridico protetto quello della tutela del patrimonio dell'ente erogante, non ravvisando alcuna ragione per ritenere che il dovere di lealtà venga a cessare una volta ottenuto il beneficio e perché, invece, non permanga anche con riferimento al dovere del beneficiario di rendere edotto l'ente pubblico di ogni variazione delle condizioni che legittimano la persistente erogazione del reddito di cittadinanza. Tali considerazioni, in conclusione, hanno indotto le Sezioni Unite a escludere dal novero dei reati di falso il delitto di cui al cit. art. 7, comma 1, che, invece, si è ritenuto rientri nell'ambito dei reati contro il patrimonio dell'ente che eroga il beneficio. In questa prospettiva, dunque, quando il richiedente abbia comunque diritto ad accedere al beneficio, a prescindere dalle informazioni mendaci o da quelle indebitamente omesse, non sussiste in radice la predetta offesa di natura patrimoniale, rivelandosi la condotta descrittiva in sé

atipica, essendo esclusa la natura indebita del beneficio e non essendo state messe a repentaglio le risorse destinate ad alimentare il patrimonio pubblico.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

- Sez. U, n. 6591 del 27/11/2008, dep. 2009, Infanti, Rv. 242152-01;
Sez. U, n. 14723 del 19/12/2019, dep.2020, Pacino, Rv. 278871-01;
Sez. 4, n. 35969 del 29/5/2019, Arlotta, Rv. 276862-01;
Sez. 3, n. 5289 del 25/10/2019, dep. 2020, Sacco, Rv. 278573-01;
Sez. 3, n. 5290 del 25/10/2019, dep. 2020, Sciortino, non mass.;
Sez. 3, n. 30302 del 15/9/2020, Colombo, non mass.;
Sez. 2, n. 2402 del 5/11/2020, dep. 2021, Giudice, non mass.;
Sez. 3, n. 33431 del 4/3/2021, Sferlazza, Rv. 281814-02;
Sez. 3, n. 33808 del 21/4/2021, Casà, non mass.;
Sez. 3, n. 44366 del 15/9/2021, Gulino, Rv. 282336-01;
Sez. 3, 5309 del 24/9/2021, Iuorio, non mass.;
Sez. 3, n. 1351 del 25/11/2021, dep. 2022, Laquaniti, non mass.;
Sez. 2, n. 29910 dell'8/6/2022, Pollara, Rv. 283787-01.

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 341 del 1994.

SEZIONE V

LE CONFISCHE

CAPITOLO I

L'AVVIO DELLA PROCEDURA FALLIMENTARE NON OSTA ALL'ADOZIONE O ALLA PERMANENZA, OVE GIÀ DISPOSTO, DEL SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA PER REATI TRIBUTARI

(di Andrea Nocera)

SOMMARIO: 1. Le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite. - 2. Il contrasto giurisprudenziale. - 3. La soluzione delle Sezioni Unite: il principio di diritto.

1. Le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite.

La questione rimessa alle Sezioni Unite trae origine da un contrasto di giurisprudenza sul tema dei rapporti tra sequestro preventivo e procedura fallimentare - o liquidazione giudiziale, secondo la nuova denominazione assunta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza del 2019 -, già oggetto in passato di intervento delle Sezioni Unite.

Partendo dalle soluzioni fornite, opportunamente rivisitate alla luce dell'avvenuto riconoscimento di un'autonoma legittimazione della curatela all'impugnativa di provvedimenti cautelari incidenti su beni suscettibili di essere attratti dalla massa fallimentare, le Sezioni Unite ricostruiscono, attraverso il puntuale richiamo a precedenti pronunce, l'evoluzione dei rapporti tra sequestro penale e procedura fallimentare.

La prima decisione di rilievo è rappresentata dalla sentenza Sez. U, n. 29951 del 24/05/2004, Focarelli, Rv. 228165-01, con cui le Sezioni Unite affermarono che è legittimo il sequestro preventivo funzionale alla confisca facoltativa di beni provento di attività illecita e appartenenti ad un'impresa dichiarata fallita, nei cui confronti sia instaurata la relativa procedura concorsuale, a condizione che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare. In detta sentenza, le Sezioni Unite ebbero a precisare che, nel caso di sequestro preventivo funzionale alla confisca di beni appartenenti alla società fallita, la curatela fallimentare non è "terzo estraneo al reato", atteso che il concetto di appartenenza di cui all'art. 240, terzo comma, cod. pen. ha una portata più ampia del diritto di proprietà, cosicché deve intendersi per terzo estraneo al reato soltanto colui che non partecipi in alcun modo alla commissione dello stesso o all'utilizzazione dei profitti derivati. Di qui l'osservazione che l'effetto di spossessamento dei beni della società fallita in

conseguenza del sequestro preventivo non si traduce in una perdita della proprietà, restando la fallita titolare dei beni fino al momento della vendita o assegnazione fallimentare.

Il principio espresso da Sez. U *Focarelli*⁷, è stato oggetto di rivisitazione alla luce della connessa questione della legittimazione del curatore fallimentare a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita, affrontato incidentalmente da Sez. U, n. 11170 del 25/09/2014, *Uniland*, Rv. 263685-01. A distanza di circa un decennio, pur se con riferimento alla disciplina peculiare dettata dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 in tema di responsabilità amministrativa da reato degli enti, le Sezioni Unite esclusero che lo stesso curatore, in quanto soggetto terzo rispetto al procedimento cautelare, fosse titolare di diritti sui beni in sequestro e di autonoma legittimazione ad agire in rappresentanza dei creditori, non essendo anche questi ultimi, prima dell'assegnazione dei beni e della conclusione della procedura concorsuale, titolari di alcun diritto reale sugli stessi.

Con una successiva pronuncia, le Sezioni Unite, rivisitando completamente l'orientamento precedente espresso con la sentenza *Uniland*, giunsero a riconoscere, proprio nel caso di sequestro preventivo disposto prima del fallimento ai fini della confisca prevista dall'art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, la legittimazione del curatore fallimentare a chiedere la revoca della misura cautelare reale e ad impugnare i provvedimenti che ne avevano disposto l'applicazione, rilevando che tale legittimazione discendeva dalla titolarità del diritto alla restituzione dei beni sequestrati, estensibile anche ai beni caduti in sequestro prima della dichiarazione di fallimento, giacché anch'essi facenti parte della massa attiva destinata ad entrare nella disponibilità della procedura e della curatela, con contestuale effetto di spossessamento del fallito ai sensi dell'art. 42 legge fall. (Sez. U, n. 45936 del 26/09/2019, *Fallimento Mantova Petroli S.r.l. in liquidazione*, Rv. 277257-01).

2. Il contrasto giurisprudenziale.

Di fondo, gli interventi delle Sezioni Unite si innestano in un quadro di perdurante ed ancora attuale contrasto che vede confrontarsi due opposti orientamenti, oscillanti tra la tesi della prevalenza funzionale della misura ablatoria penale e la ricerca di una soluzione di compromesso che risolve la coesistenza dei vincoli in ragione del criterio della priorità temporale, ipotizzando una recessività della misura ablatoria nel caso in cui sia già stata dichiarata l'apertura della procedura fallimentare, che sarebbe ostativa all'applicazione della misura ablatoria.

Secondo un primo orientamento, cristallizzatosi proprio in tema di sequestro preventivo per reati tributari, il riconoscimento della legittimazione del curatore del fallimento ad impugnare i provvedimenti cautelari incidenti sui beni suscettibili di essere acquisiti alla massa fallimentare costituirebbe conferma della prevalenza della misura ablatoria penale sugli interessi del fallimento e sui connessi eventuali diritti di credito gravanti su tali beni, a prescindere dal momento in cui intervenga la dichiarazione di fallimento, non potendo essere attribuiti alla procedura

concorsuale, anche se avviata prima del sequestro, effetti preclusivi rispetto all'operatività della cautela penale, quando disposta nel rispetto dei requisiti di legge.

Prevarrebbero sempre, nel contrasto tra i vincoli della procedura fallimentare e quelli della misura ablatoria, gli effetti del provvedimento di sequestro penale finalizzato alla confisca, diretta o per equivalente, anche se adottato successivamente alla apertura della procedura fallimentare.

Gli argomenti addotti a sostegno di tale orientamento si fondano, anzitutto, sul rilievo per il quale i beni attratti alla massa fallimentare non possono considerarsi "appartenenti a persona estranea al reato", con la conseguenza che la dichiarazione di fallimento dell'imputato non osta al provvedimento di confisca diretta o per equivalente, ai sensi dell'art. 12-*bis*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (Sez. 4, n. 864 del 03/12/2021, dep. 2022, Donato, Rv. 282567-01; v. anche Sez. 3, n. 23907 del 01/03/2016, Taurino, Rv. 266940-01, quest'ultima con riferimento ad un caso di sequestro preventivo disposto in relazione al reato di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 74 del 2000), nonché sul carattere obbligatorio e la finalità sanzionatoria della confisca (Sez. 3, n. 15779 del 08/01/2020, Fallimento Barter S.r.l., non mass.; Sez. 3, n. 15776 del 08/01/2020, Fallimento Barter S.r.l., non mass.; Sez. 3, n. 28077 del 09/02/2017, Marcantonini ed altro, Rv. 270333-01, che ha ritenuto applicabile il principio anche in materia di concordato preventivo, aggiungendo che i diritti di credito dei terzi non appaiono ricompresi nell'ambito ristretto indicato dall'art. 12-*bis*, comma 1, cit.).

La deprivatione del fallito dall'amministrazione e disponibilità dei beni, vincolati nell'ambito della procedura concorsuale a garanzia dell'equa soddisfazione di tutti i creditori mediante l'esecuzione forzata, non esclude, infatti, che egli ne conservi la titolarità sino al momento della vendita fallimentare (Sez. 5, n. 52060 del 30/10/2019, Angeli, Rv. 277753-01; conf., Sez. 4, n. 7550 del 05/12/2018, dep. 2019, Sansone, Rv. 275129-01, in relazione ad una fattispecie di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di somme di denaro appartenenti alla società fallita e assegnate ai creditori con piano di riparto dichiarato esecutivo ma non ancora eseguito, in cui la Corte ha precisato che il provvedimento del giudice delegato si limita ad accertare giudizialmente la misura dei crediti aventi diritto al riparto e ad ordinarne al curatore il pagamento, ma l'effetto traslativo del denaro appartenente alla società fallita si produce solo con la materiale *traditio* delle somme, aggiungendo che le posizioni soggettive dei creditori insinuati al passivo e ammessi al riparto delle somme conservano la connotazione di meri diritti di credito, non mutando la loro originaria natura giuridica per effetto della ammissione alla procedura concorsuale; Sez. 3, n. 31921 del 04/05/2022, Fallimento Tradeco S.r.l., non mass., in cui la Corte ha ribadito che, fino alla materiale distribuzione da parte del curatore, le somme di denaro costituenti l'attivo del fallimento non possono essere considerate appartenenti ad un terzo estraneo alla commissione del reato ma restano beni della società fallita, come tali suscettibili di sequestro nei confronti di quest'ultima).

Infine, più di recente, Sez. 3, n. 5255 del 03/11/2022, dep. 2023, Di Fant, Rv. 284068-01, ha affermato la possibilità di esecuzione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto di un reato tributario di cui all'art. 12-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000, ove l'illecito penale sia stato commesso nell'interesse di una società dichiarata fallita, avente ad oggetto beni societari compresi nell'attivo fallimentare, posto che la deprivazione dell'amministrazione e dalla disponibilità dei beni, vincolati dalla procedura concorsuale a garanzia dell'equa soddisfazione dei creditori mediante l'esecuzione forzata, non esclude che il fallito ne conservi la titolarità sino al momento della vendita, non assumendo rilevanza, ai fini della confisca diretta, il criterio della disponibilità dei beni, ma quello, più ampio, della non estraneità rispetto al reato.

Il medesimo principio della prevalenza funzionale della misura ablatoria penale troverebbe, infine, conferma nelle nuove disposizioni del codice della crisi di impresa e di insolvenza d'ora in poi, *breviter*: c.c.i. d. di cui al d.lgs., n. 14 del 12 gennaio 2019.

Taluni arresti della Corte attribuiscono, in particolare, valenza interpretativa alle nuove disposizioni del c.c.i., ancor prima della sua entrata in vigore (Sez. 3, n. 3575 del 26/11/2021, dep. 2022, Comisso, Rv. 283761-01; Sez. 3, n. 5255 del 03/11/2022, dep. 2023, Di Fant, Rv. 284068-01). Si afferma che la prevalenza del sequestro preventivo trova conforto e giustificazione, oltre che nell'argomento principale della obbligatorietà della confisca, cui è finalizzata la stessa misura ablatoria, nelle nuove disposizioni di cui agli artt. 317 ss. del c.c.i., nonostante il differimento (al 15 luglio 2022) della loro entrata in vigore.

Una seconda, opposta, soluzione afferma che non può essere disposto il sequestro preventivo finalizzato alla confisca dei beni, ai sensi dell'art. 12-*bis* del d.lgs. n. 74 del 2000, anche per equivalente, in presenza di una dichiarazione di fallimento.

La tesi si fonda, anzitutto, sull'assunto che la dichiarazione di fallimento comporta il venir meno in capo al fallito del potere di disporre del proprio patrimonio e l'attribuzione al curatore, terzo estraneo al reato, del compito di gestirlo al fine di evitarne il depauperamento (Sez. 3, n. 47299 del 16/11/2021, Fallimento Bellelli Engineering S.r.l., Rv. 282618-01; Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, E., Rv. 273951-01).

Si sottopone a critica, in particolare, l'argomento principale della tesi contraria, che fa leva sull'obbligatorietà della confisca in materia tributaria *ex* art. 12-*bis* del d.lgs. n. 74 del 2000, argomento confutato dallo stesso dato positivo, evidenziando che la stessa norma prevede una deroga espressa, anche in caso di confisca per equivalente, per i beni appartenenti ad un soggetto estraneo al reato ovvero non più nella disponibilità del reo (in tal senso, Sez. 3, n. 11068 del 28/09/2021, dep. 2022, Rellecke Nasi, Rv. 283763-01). Si supera, del pari, l'argomento della finalità sanzionatoria della confisca, corollario della indicata obbligatorietà di detta misura ablatoria, che fonda l'affermata recessività degli interessi della massa fallimentare rispetto ad essa. Si sostiene, in particolare, che affermare la assoluta prevalenza della misura ablatoria sui beni della fallita rispetto al vincolo derivante dalla loro

attrazione alla massa fallimentare nell'interesse dei creditori del fallito produrrebbe l'effetto perverso di far ricadere la sanzione su questi ultimi, soggetti diversi rispetto all'autore dell'illecito; inoltre, ai sensi dell'art. 42, comma 1, legge fall., la dichiarazione di fallimento produce lo spossessamento dei beni in capo alla persona fisica o giuridica che ne è destinataria e il venir meno del potere del fallito di disporre dei propri beni, ormai trasferiti agli organi della procedura fallimentare, conseguenza del subentro *ope legis* del curatore nell'amministrazione della massa attiva nella prospettiva della sua conservazione ai fini della tutela dell'interesse dei creditori (Sez. 3, n. 12125 del 05/02/2021, Fallimento Alfa Telematica S.r.l., non mass.; Sez. 3, n. 36746 del 15/10/2020, Semprucci, non mass.; Sez. 3, n. 14766 del 26/02/2020, Sangermano, Rv. 279382-01; Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, E., Rv. 273951-01).

La legittimazione del curatore all'impugnativa dei provvedimenti applicativi della misura cautelare reale costituirebbe, dunque, la premessa sul piano logico, ancor prima che giuridico, dell'esclusione di una posizione di subordinazione della procedura fallimentare rispetto al sequestro *ex art.* 321, comma 2, cod. proc. pen., conseguendo la curatela la disponibilità dei beni e, per tale via, nelle sue funzioni di rappresentanza del fallimento e di amministrazione del relativo patrimonio, autonoma legittimazione ad impugnare il provvedimento cautelare reale, "in posizione di terzietà rispetto al soggetto indagato" (Sez. 3, n. 17750 del 17/12/2019, Fallimento Tombolini Industrie S.r.l., non mass.).

Si fa leva, infine, sui concordi approdi della giurisprudenza civilistica, che qualifica esplicitamente il curatore come "detentore dei beni del fallimento", che configura in capo all'organo fallimentare una detenzione qualificata dal carattere pubblicistico della funzione svolta (Cass. civ., Sez. 3, n. 23645 del 08/07/2020, Fallimento Bini Jeans S.a.s., non mass.).

3. La soluzione delle Sezioni Unite: il principio di diritto.

La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite è stata formulata nei seguenti termini:

«Se, in caso di dichiarazione di fallimento intervenuta anteriormente alla adozione di provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per reati tributari e riguardante beni attratti alla massa fallimentare, l'avvenuto spossessamento del debitore erariale per effetto dell'apertura della procedura concorsuale osti al sequestro stesso, ovvero se, invece, il sequestro debba comunque prevalere attesa la obbligatorietà della confisca cui la misura cautelare è diretta».

Le Sezioni Unite hanno ritenuto di aderire al primo degli orientamenti in contrasto, individuando una linea di continuità normativa che esprime la prevalenza delle misure cautelari reali e tutela dei terzi rispetto alle disposizioni in tema di fallimento e che trova espresso riscontro anche nelle nuove norme del codice della crisi di impresa (c.c.i.) ed in particolare nel testo e nella rubrica dell'art. 317 del cit. d.lgs. n. 14 del 2019, ove, attraverso il richiamo alle disposizioni del codice antimafia, il legislatore della crisi di impresa ha inteso optare chiaramente per la

prevalenza della misura cautelare penale sul vincolo derivante dalla nuova procedura concorsuale.

Osservano le Sezioni Unite che la *ratio* dell'art. 317 d.lgs. n. 14 del 2019 si pone in continuità con altri precedenti interventi normativi, come quelli di cui alla legge 17 ottobre 2017, n. 161 e del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, che avevano ampliato l'ambito applicativo delle disposizioni in punto di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati e di tutela dei terzi ed esecuzione del sequestro previste nel codice antimafia. Rispetto alla indicata *ratio* normativa «l'art. 317 assume portata precettiva globale, erigendo le regole di quest'ultimo a paradigma totalizzante».

L'univoca e chiara linea tracciata dal legislatore consente, dunque, alle Sezioni Unite di affermare che «dalla data del 15 luglio 2022 (data di entrata in vigore della peculiare disciplina dettata dagli artt. 317 ss. c.c.i.), vige una unitaria disciplina di carattere generale che regola i rapporti tra sequestro preventivo a fini di confisca e dichiarazione di liquidazione giudiziale, ovvero quella contenuta negli artt. 63 ss. d.lgs. n. 159 del 2011, anch'essi opportunamente rimodulati, con inequivocabile prevalenza dello strumento penale.

La tutela dei crediti può assumere rilevanza, rispetto al sequestro penale, nei ristretti limiti indicati dall'art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011, anch'essi rivisitati, in base al richiamo contenuto nell'art. 68 (...)), non assumendo rilevanza alcuna, sotto il profilo procedimentale, la eventuale apertura della liquidazione giudiziale prevista dal nuovo c.c.i. e trovando tutela le posizioni dei soggetti creditori sui beni investiti da una confisca nella stessa disciplina del codice antimafia, opportunamente richiamata dallo stesso art. 317 c.c.i. Il principio è mutuabile in caso di avvio della procedura fallimentare.

Il primato dello strumento penalistico vale anche nelle ipotesi in cui il tribunale fallimentare emetta i provvedimenti cautelari idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che segna l'avvio della liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 54 c.c.i., che fa riferimento alla “gestione concorsuale” contenuto nell'art. 317 c.c.i., termine più ampio rispetto a quello dell'apertura della liquidazione.

Il dato letterale dello stesso art. 12-*bis* del d.lgs. n. 74 del 2000 conferma, dunque, secondo le Sezioni Unite, il principio della prevalenza della misura ablatoria penale: «nel caso di confisca diretta o per equivalente il sequestro opera “*semprè*” (e dunque anche in caso di apertura delle procedure concorsuali, anteriore o successiva che sia al sequestro). Proprio la natura del profitto in generale dei reati tributari - e, quindi, l'interesse dell'Erario al recupero di quanto evaso - dà luogo ad un interesse sanzionato penalmente con riflessi obbligatori sulla confisca, che giustifica dunque anche il sacrificio dei creditori “privati”. E questa perenne applicabilità della confisca, fatta salva la deroga del “terzo estraneo” di cui al richiamato art. 12-*bis*, trova corrispondenza nell'argomento della necessità di evitare, sempre fatta salva tale deroga, la circolazione di beni provenienti da evasione. Né il riconoscimento della legittimazione del curatore vale ad alterare l'assetto dei rapporti tra procedura fallimentare e sequestro penale, come chiariti dal legislatore, dovendo ribadirsi che la misura ablatoria reale, in virtù del suo carattere

obbligatorio, da riconoscere sia alla confisca diretta che a quella per equivalente, è destinata sempre a prevalere su eventuali diritti di credito gravanti sul medesimo bene, prescindendo dal momento in cui intervenga la dichiarazione di fallimento, non potendosi attribuire alla procedura concorsuale che intervenga prima del sequestro effetti preclusivi rispetto all'operatività della cautela reale disposta nel rispetto dei requisiti di legge, e ciò a maggior ragione nell'ottica della finalità evidentemente sanzionatoria perseguita dalla confisca espressamente prevista in tema di reati tributari, quale strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato».

Ritengono, dunque, le Sezioni Unite chiara la scelta dal legislatore del codice della crisi d'impresa di dare continuità alla opzione della prevalenza della confisca sulle procedure concorsuali, nei termini già espressi da Sez. U *Focarelli*, pur dubitando della scindibilità di una valenza "interpretativa" delle nuove disposizioni del c.c.i. da quella "applicativa" e della possibilità, per tale via, di applicare, anche solo in via di mero supporto interpretativo-sistematico, le nuove norme del c.c.i. alle situazioni maturate prima della entrata in vigore dello stesso codice.

Conclusivamente, sulla base della chiara esegesi del dato normativo, le Sezioni Unite affermano che l'obbligatorietà della confisca del profitto dei reati tributari comporta la prevalenza del vincolo penalistico rispetto ai diritti incidenti, per effetto della pendenza di una procedura concorsuale, sul patrimonio del fallito, autore del reato, che ne conserva la titolarità, e non "passano" al curatore, ciò che ne rende necessaria la sottrazione degli stessi alla libera disponibilità, non trovando applicazione la deroga prevista per i beni nella titolarità del "terzo estraneo", di cui all'art. 12-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000, ed essendo ineludibile la stessa finalità normativa di ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato, atteso che, in materia di reati tributari, il profitto è costituito dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale ed il legislatore ha attribuito solo al pagamento del tributo un effetto ostativo rispetto alla confisca ed al sequestro preventivo, così da valorizzare un'idea di confisca quale misura sussidiaria e post-riparatoria, che giustifica sempre la prevalenza assoluta delle esigenze recuperatorie del profitto stesso.

Alla luce delle esposte argomentazioni, le Sezioni Unite hanno, dunque, affermato il principio di diritto, così massimato:

«L'avvio della procedura fallimentare non osta all'adozione o alla permanenza, ove già disposto, del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per reati tributari» (Rv. 285144-01).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. U, n. 29951 del 24/05/2004, Focarelli, Rv. 228165-01;

Sez. U, n. 11170 del 25/09/2014, Uniland, Rv. 263685-01;

Sez. U, n. 45936 del 26/09/2019, Fallimento Mantova Petroli S.r.l. in liquidazione, Rv. 277257-01;

Sez. 4, n. 864 del 03/12/2021, dep. 2022, Donato, Rv. 282567-01;

Sez. 3, n. 23907 del 01/03/2016, Taurino, Rv. 266940 -01;

Sez. 3, n. 15779 del 08/01/2020, Fallimento Barter S.r.l., non mass.;

Sez. 3, n. 15776 del 08/01/2020, Fallimento Barter S.r.l., non mass.;

Sez. 3, n. 28077 del 09/02/2017, Marcantonini ed altro, Rv. 270333-01;

Sez. 5, n. 52060 del 30/10/2019, Angeli, Rv. 277753-01;

Sez. 4, n. 7550 del 05/12/2018, dep. 2019, Sansone, Rv. 275129-01;

Sez. 3, n. 31921 del 04/05/2022, Fallimento Tradeco S.r.l., non mass.;

Sez. 3, n. 5255 del 03/11/2022, dep. 2023, Di Fant, Rv. 284068-01;

Sez. 3, n. 3575 del 26/11/2021, dep. 2022, Commisso, Rv. 283761-01;

Sez. 3, n. 5255 del 03/11/2022, dep. 2023, Di Fant, Rv. 284068-01;

Sez. 3, n. 47299 del 16/11/2021, Fallimento Bellelli Engineering S.r.l., Rv. 282618-01;

Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, E., Rv. 273951-01;

Sez. 3, n. 11068 del 28/09/2021, dep. 2022, Rellecke Nasi, Rv. 283763-01;

Sez. 3, n. 12125 del 05/02/2021, Fallimento Alfa Telematica S.r.l., non mass.;

Sez. 3, n. 36746 del 15/10/2020, Semprucci, non mass.;

Sez. 3, n. 14766 del 26/02/2020, Sangermano, Rv. 279382-01;

Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, E., Rv. 273951-01;

Sez. 3, n. 17750 del 17/12/2019, Fallimento Tombolini Industrie S.r.l., non mass.;

Sez. U, n. 40797 del 22/06/2023 (dep. 2024), Fallimento Lavanderia Giglio snc, Rv. 285144-01;

Cass. civ., Sez. 3, n. 23645 del 08/07/2020, Fallimento Bini Jeans S.a.s., non mass.

CAPITOLO II

CONFISCA ALLARGATA E DIVIETO PROBATORIO

(di Maria Cristina Amoroso)

SOMMARIO: 1. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. - 2. Il quadro normativo di riferimento - 3. La giurisprudenza di legittimità antecedente all'introduzione del limite probatorio. - 4. Gli orientamenti contrapposti. 5. Sez. U , n. 8052 del 26/10/2023, dep. 2024, Rizzi, Rv. 285852-01.

1. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite.

Con ord.. 24335 del 30 marzo 2023, la Sesta Sezione penale ha disposto la rimessione alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen., rilevando l'esistenza di contrasti interpretativi sulla questione se per il soggetto destinatario di un provvedimento di confisca c.d. allargata o di sequestro finalizzato per tale tipo di confisca, il divieto - già stabilito dall'art. 12-sexies, comma 1, del d.l. n. 306 dell'8 giugno 1992, , conv., con modif. dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, come sostituito dall'art. 31 della legge n. 161 del 17 ottobre 2017, e oggi previsto dall'art. 240-bis, primo comma, cod. pen. - di giustificare la legittima provenienza dei beni, sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, valga o meno anche per i cespiti acquistati prima del 19 novembre 2017, ossia prima del giorno di entrata in vigore dell'art. 31 della legge n. 161 del 2017.

2. Il quadro normativo di riferimento.

Il primo comma dell'art. 31 della legge n. 161 del 17/10/2017 ha sostituito il previgente comma 1 dell'art. 12-sexies del d.l. n. 306 del 1992 con il seguente: «1. *Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 517-ter e 517-quater, nonché dagli articoli 452-quater, 452-octies, primo comma, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 603-bis, 629, 644, 644-bis, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, dall'articolo 295, secondo comma, del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, dall'articolo 12-quinquies, comma 1, del presente decreto, dall'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la*

provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica».

Ha altresì previsto che *«in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale».*

Giova ricordare che la legge n. 161 del 2017 ha introdotto un limite in materia probatoria di egual tenore anche per la confisca di prevenzione.

In particolare, l'art. 5, al comma 8, ha modificato l'art. 24 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, escludendo che la legittima provenienza dei beni possa essere giustificata adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego di evasione fiscale.

3. La giurisprudenza di legittimità antecedente all'introduzione del limite probatorio.

In un quadro normativo privo della disposizione contenente il limite probatorio in esame, la giurisprudenza si è interrogata sulla possibilità, per l'interessato, di giustificare la legittima provenienza dei beni di cui l'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, facendo riferimento a redditi leciti ma non dichiarati e, quindi, fiscalmente elusi.

Un primo orientamento, valorizzata la congiunzione “o” - che nell'art. 12-*sexies* è presente fra le due espressioni il “*proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito*” e “*la propria attività economica*” - e reputati i due indicati parametri legislativi alternativi e non concorrenti, aveva escluso tale possibilità osservando che, a fronte di una incapienza reddituale riscontrata fiscalmente, a nulla sarebbe valso rifarsi ad altre fonti reddituali sottratte indebitamente al fisco, ben potendosi, per riscontrare la sperequazione utile alla confisca, ritenere sufficiente la presenza di uno solo dei detti parametri di sproporzione, così da rendere assoggettabili ad ablazione beni di valore non proporzionato al redditi dichiarati, anche se proporzionati all'attività svolta priva di riscontro fiscale. (Sez. 1, n. 2860 del 10/05/1994, Moriggi, Rv. 198941-01, Sez. 1, n. 5202 del 14/10/1996, Scarcella, Rv. 205738-01, Sez. 2, n. 32563 del 14/06/2011, De Castro, non mass.; Sez. 1, n. 11473 del 24/02/2012, Allegro, non mass.; Sez. 2, n. 36913 del 28/09/2011, Lopalco, non mass.).

Il maggioritario orientamento contrapposto, invece, ammetteva detta possibilità ritenendo il presupposto di operatività dell'istituto ablatorio in discorso «la presunzione di illiceità della provenienza delle risorse patrimoniali di un dato soggetto, per cui, ove le fonti di produzione del patrimonio siano identificabili, siano lecite, e ne giustificano la titolarità in termini non sproporzionati ad esse, è irrilevante che tali fonti consistano in redditi dichiarati a fini fiscali piuttosto che nel valore delle attività economiche che tali entità patrimoniali producano, pur in assenza o incompletezza di una dichiarazione dei redditi».

In tal senso si è espressa la Corte in Sez. 5, n. 39048 del 25/09/2007, Casavola e altri, Rv. 238216-01, Sez. 6, n. 29926 del 31/05/2011, Tarabugi e altro, Rv.

250505-01, Sez. 6, n. 21265 del 15/12/2011, dep. 2012, P.g. in proc. Barba e altri, Rv. 252855-01; Sez. 1, n. 22712 del 04/05/2011, Sez. 3, n. 46825 del 18/09/2012, Fertillo, non mass.; Sez. 6, n. 44512 del 24/10/2012, Giacobbe, Rv. 258366-01; Sez. 6, n. 49876 del 28/11/2012, dep. 21/12/2012, Scognamiglio, Rv. 253956-01; Sez. 1, n. 6336 del 22/01/2013, Mele e altro, Rv. 254532-01; Sez. 1, n. 13425 del 21/02/2013, Coniglione, Rv. 255082-01; Sez. 1, n. 27189 del 28/05/2013, Guarnieri, Rv. 255633-01, mass. sul pto; Sez. 2, n. 47731 del 16/10/2014, Buccafusca più altri; Sez. 1, n. 27189 del 28/5/2013, Guarnieri, non mass. sul punto ; Sez. 2, n. 43441 del 2/07/2013, Valente, non mass..

4. Gli orientamenti contrapposti.

In questo panorama si collocano gli orientamenti contrapposti, in ordine alla possibilità di applicazione retroattiva della nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 161 del 2017.

Secondo un primo orientamento la previsione, avente natura processuale, introduce un “divieto probatorio” destinato ad operare nel contesto d’una ricostruzione delle capacità economiche del condannato da effettuarsi “in termini scomposti, ossia con riferimento alle risorse necessarie per realizzare gli acquisti nel momento in cui gli stessi sono intervenuti, e non riassuntivi, secondo il metodo di confronto globale”, con la conseguenza che - in ossequio ai criteri di ragionevolezza e tutela dell’affidamento - non può trovare applicazione nei procedimenti in corso in relazione a ricostruzioni patrimoniali relative ad anni anteriori a quello di sua introduzione.

A sostegno di tale percorso argomentativo si adducono sia la necessità di non sovrapporre, con riferimento le modalità di ricostruzione della sproporzione di valori tra redditi e investimenti, la confisca allargata e quella di prevenzione sia la natura del limite probatorio introdotto con la novella del 2017.

Espressione di tale orientamento sono Sez. 1, n. 1778 del 11/10/2019, dep. 2020, Ruggieri, Rv. 278171-02; Sez. 3, n. 11599 del 16/12/2021, Avolio; Sez. 5, n. 46782 del 04/01/2021, Russo; Sez. 1, n. 37287 del 03/06/2021, Pioggia; Sez. 6, n. 23243 del 09/03/2021, Passarelli.

Per l’orientamento opposto, la disposizione introdotta dall’art. 31 citato si applica anche in relazione ai cespiti acquisiti prima dell’entrata in vigore della legge n. 161 del 2017.

Per tale indirizzo ermeneutico, stante la natura di misura di sicurezza della confisca allargata, in virtù del combinato disposto degli art. 199 e 200 cod. pen. (richiamato quanto alle misure di sicurezza patrimoniali dall’art. 236, comma secondo cod. pen.) e dei principi affermati dall’art. 25 Cost., deve escludersi che per essa operi il principio di irretroattività della legge di cui all’art. 2 cod. pen. sicché le misure predette, sono applicabili anche ai reati commessi nel tempo in cui non erano legislativamente previste ovvero erano diversamente disciplinate quanto a tipo, qualità, e durata, ed il medesimo ragionamento vale per le disposizioni ad esse collegate quale quella in esame.

Si confuta l'opposto orientamento osservando che, in ogni caso, la natura processuale della nuova disposizione, non preclude l'applicazione del principio *tempus regit actum*, che va coordinato con la disposizione del codice sostanziale secondo la quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione (art. 200 cod. pen). con la conseguenza che il limite probatorio in oggetto, una volta entrato in vigore, rileva per l'acquisizione di tutti i beni per i quali è contestata la sproporzione, indipendentemente dal tempo della loro acquisizione. Sostengono tale impostazione Sez. 2, n.6587 del 12/01/2022, Cuku, Rv. 282690-01; Sez. 2, n. 15551 del 04/11/2021, dep. 2022, Gallace, Rv 283384-02.

5. Sez. U, n. 8052 del 26/10/2023, dep. 2024, Rizzi, Rv 285852-01.

Le Sezioni Unite, con la decisione **n. 8052 del 26/10/2023, dep. 2024, Rizzi**, hanno affermato il seguente principio di diritto:

«il divieto previsto dall'art. 240-bis cod. pen., introdotto dall'art. 31 legge 17 ottobre 2017, n. 161, di giustificazione della legittima provenienza dei beni oggetto della confisca c.d. allargata, o del sequestro ad essa finalizzato, sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, si applica anche ai beni acquistati prima della sua entrata in vigore, ad eccezione di quelli acquisiti nel periodo compreso tra il 29 maggio 2014, data della sentenza delle Sezioni unite n. 33451 del 29/05/2014, Repaci, e il 19 novembre 2017, data di entrata in vigore della legge n. 161 del 2017» (Rv 285852-01).

La decisione in rassegna ha quale *incipit* la diffusa analisi della struttura della fattispecie ablatoria prevista dall'art. 240-*bis* cod. pen., della sua base legale, così come definita anche dal diritto vivente, della sua natura giuridica e l'esposizione delle modifiche normative apportate all'originario modello legale.

In relazione al divieto introdotto dall'art. 31 della legge n. 161 del 2017, del quale si individua la natura e l'oggetto, il Supremo consesso pone immediatamente l'accento sulla necessità di individuare il suo concreto ambito operativo alla stregua di istanze espressione di plurimi principi di rilievo, anche costituzionale, quali la prevedibilità delle decisioni, l'affidamento incolpevole e l'effettività del diritto di difesa.

Il dichiarato intento induce le Sezioni Unite a mettere in luce l'assetto delineato nella decisione *Repaci* (Sez. U n. 33451 del 2014, *Repaci*), che aveva oggettivamente determinato un affidamento in ordine alle condizioni che dal 2014 potevano legittimare la confisca allargata, con conseguente prevedibilità delle decisioni, e che dopo l'introduzione del comma *l-bis* nell'art. 618 cod. proc. pen. ad opera della legge 23 giugno 2017, n. 103, aveva assunto valore di precedente vincolante per le Sezioni semplici della Corte di legittimità.

La decisione in parola, infatti, aveva individuato «la base legale, il confine della misura ablatoria rispetto al quale successivamente si pone il limite probatorio introdotto con la legge n. 161 del 2017».

La questione controversa rimessa alle Sezioni Unite *Repaci* era se «ai fini della confisca di cui all'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965, per individuare il presupposto della

sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del soggetto, titolare diretto o indiretto dei beni, dovesse tenersi conto o meno dei proventi dell'evasione fiscale».

Le Sezioni Unite *Repaci* soffermatesi lungamente sulla *ratio* della confisca di prevenzione e sulle differenze ontologiche tra essa e la confisca allargata, hanno messo in luce la diversità di *ratio legis* e presupposti delle due misure chiarendo che la presunzione di illecita provenienza dei beni del condannato nell'art. 12-*sexies* è ancorata letteralmente ed esplicitamente solo alla sproporzione rispetto all'attività economica svolta e all'assenza di giustificazione, e non anche, in alternativa, come invece previsto in tema di prevenzione, alla esistenza di indizi sufficienti della provenienza dei beni da qualsiasi attività illecita.

La delineata diversità, giustifica la rilevanza per la sola confisca *ex art. 12-*sexies** dei redditi, derivanti da attività lecite, sottratti al fisco, perché comunque rientranti nella "propria attività economica" e come sia altrettanto coerente, con riferimento alla diversa struttura normativa, la non applicabilità di tali conclusioni alla confisca di prevenzione, per la quale rileva - e dunque non è deducibile a discarico - anche il fatto che i beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

Enunciando i principi indicati la pronuncia del 2014 da un lato ha «riempito di contenuto probatorio l'onere di allegazione giustificativo della provenienza lecita dei beni», riconoscendo dal 29 maggio 2014, al soggetto che subisce il provvedimento di confisca o di sequestro, nell'adempiere al suo onere di allegazione finalizzato ad incidere sulla "presunzione", di poter fare riferimento ai redditi di origine lecita non dichiarati al fisco, dall'altro ha posto le basi «in ordine alla ragionevole "previsione" delle condizioni che in futuro avrebbero reso possibile superare la presunzione ed evitare la confisca».

Si attribuì ragionevolezza costituzionale alla presunzione di illecita accumulazione attraverso la valorizzazione soprattutto del diritto di difesa, atteso che il superamento di detta presunzione - in ragione della distribuzione delle incombenze probatorie previste dall'art. 240-*bis* cod. pen. - è sostanzialmente rimesso alla capacità dimostrativa della liceità dei beni acquisiti da parte del condannato.

È il condannato che, nella dinamica processuale e rispetto alla ripartizione delle incombenze probatorie costruite dal legislatore, è di fatto chiamato ad allegare per evitare la confisca.

Una chiarificazione della base legale conforme all'art. 8 della Direttiva 2014/42/UE secondo cui, nei procedimenti relativi alla confisca allargata, l'interessato deve avere «l'effettiva possibilità di impugnare le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili in base ai quali i beni in questione sono considerati come derivanti da condotte criminose», e - nel rispetto del principio di legalità e di riconoscibilità dell'intervento punitivo - in continuità anche con i dettati della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che, nell'ammettere la conformità ai principi del giusto processo (art. 6 CEDU) della presunzioni su cui si fondano le forme di confisca allargata, ha sempre richiesto che tali presunzioni siano confutabili e che siano garantiti i diritti della difesa, al fine di promuovere la compatibilità di tale forma di ablazione con i diritti fondamentali (cfr., con

riferimento ad una forma di confisca assimilabile a quella allargata, Corte EDU, 5/07/2001, Phillips c. Regno Unito, §§ 40-47)

Con la sentenza *Repaci*, dunque, «le Sezioni Unite, attraverso la concretizzazione di una interpretazione, specificarono il senso e la portata della previsione legislativa, ponendo in connessione norma e accertamento processuale; una definizione in concreto della fattispecie ablatoria, del suo significato, del suo ambito operativo, dell'incidenza dell'accertamento processuale, di ciò che deve essere provato e di come debba esserlo, del modo con cui il contraddittorio e il diritto a difendersi “provando” vengono definiti e configurati».

Chiarita la portata della decisione esaminata, le Sezioni Unite *Rizzi* evidenziano che l'introduzione del limite probatorio ad opera della legge n. 161 del 2017, supera la regola con cui le Sezioni Unite avevano stabilizzato, nel 2014, il senso e la portata della base legale della confisca allargata.

La disposizione, si afferma, è fortemente incidente sul diritto di difesa, sul contenuto e sull'ambito dell'allegazione difensiva a discarico, sulla possibilità di “rompere” e superare la presunzione di illecita accumulazione, sulla prevedibilità dell'ablazione rispetto alla base legale stabilizzata e non controversa, per anni, dal 2014.

Un oggettivo “appesantimento”, quindi, della posizione del destinatario del provvedimento ablatorio, al quale, dal 2014 al 2017, non solo non era vietato, ma era espressamente consentito di giustificare la provenienza dei beni facendo riferimento ai redditi derivanti da attività lecite non dichiarate.

Alla luce di tale “rottura” le Sezioni Unite evidenziano la necessità di individuare «un principio anfibo», capace di saldare legalità sostanziale e processuale, di sterilizzare possibili effetti limitativi delle garanzie della persona, di individuare, come osservato dalla dottrina, «uno statuto dinamico di garanzia, in grado di adattarsi al mutevole fenomeno del processo».

La valenza prettamente processuale della norma introdotta con la legge n. 161 del 2017 induce, dunque, le Sezioni unite a far riferimento, quale criterio risolutore, non alla disciplina dettata dall'art. 236 cod. pen. e al principio della incondizionata retroattività della legge sopravvenuta, quanto, piuttosto, allo statuto intertemporale espresso dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, considerato un parametro valido ogni qual volta non debba farsi applicazione dei principi previsti dall'art. 25 Cost. e 2 cod. pen., ovvero artt. 200-236 cod. pen.

Si evocano, pertanto, le decisioni delle Sezioni semplici della Suprema Corte e del Giudice delle leggi, in cui si è affermato che, al fine di individuare la norma processuale penale applicabile tra quelle interessate da un fenomeno successorio ovvero l'ambito applicativo di una norma processuale penale sopravvenuta, l'operatività del principio *tempus regit actum* può essere mitigata, temperata, in ragione della necessità di dare attuazione alle esigenze sottese ai plurimi principi di rilievo costituzionale (artt. 2, 13, 24 e 111 Cost. nonché artt. 1, 6 CEDU), e, in particolare, alla tutela dell'affidamento dei consociati sull'assetto di una determinata base legale, stabilizzata dal diritto vivente.

Mutuando e valorizzando tali principi le Sezioni Unite optano per una «operazione valoriale dell'interprete di conformazione prudente, volta, da una parte, ad assicurare tutela ai diritti dell'individuo, effettività al diritto di difesa, prevedibilità di una ragionevole decisione, e, per converso, ad evitare che, attraverso l'introduzione di norme processuali incidenti in senso peggiorativo sull'accertamento della "responsabilità" in senso lato, si realizzino fenomeni di retroattività incontrollata e diminuzioni di garanzie per chi ha ragionevolmente confidato nell'assetto normativa precedente al *novum* processuale».

Il principio mitigato del *tempus regit actum* viene ritenuto, quindi, valido anche per forme di punizione non penale e in relazione alla fattispecie complessa della confisca allargata in cui «la valutazione sulla illecita accumulazione *in rem* è sempre temporalmente di durata, può attenersi ad un segmento temporale ampio ed ha carattere scomposto».

La confisca allargata, infatti, pur non avendo natura strettamente "penale", è caratterizzata per il riferirsi ad una concatenazione di atti e fatti collocati in tempi diversi, rispetto ai quali occorre avere riguardo all'affidamento della parte di potersi difendersi "provando" al fine di superare la presunzione di illecita accumulazione.

La valutazione complessiva di tutti gli elementi considerati ha portato le Sezioni Unite ad affermare il principio già indicato in epigrafe posto che «limitatamente ai beni acquisiti nel periodo intercorrente tra il 29 maggio 2014 - data della sentenza delle Sezioni Unite *Repaci* - e il 19 novembre 2017 - data di entrata in vigore della legge n. 161 del 2017 - la posizione processuale del condannato era misurata su un assetto normativo consolidato e chiarificatore della base legale della confisca, del suo significato, del suo ambito operativo, del contraddittorio e del diritto di difesa.

Con riferimento al periodo temporale indicato, come già detto, provare la legittima provenienza dei singoli beni facendo riferimento ai redditi leciti non dichiarati, non solo non era vietato ma era espressamente consentito da anni.

Il limite probatorio sopravvenuto non costituisce per il condannato una modifica accessoria peggiorativa della base legale consolidata, un mero "aggiustamento cosmetico" (Sez. U, n. 38481 del 25/05/2023, D., cit.), ma incide profondamente sul pregresso assetto normativo, mutandolo nella regolamentazione e nel rapporto tra diritto e processo.

A diverse conclusioni deve invece pervenirsi non solo, chiaramente, rispetto ai beni acquistati dopo l'entrata in vigore del divieto probatorio, cioè dal 19 novembre 2017, ma anche per i beni acquistati prima della pronuncia della sentenza *Repaci*, non essendo configurabile in relazione a quel periodo un affidamento da tutelare.

Si è già detto, infatti, come dai lavori preparatori alla legge n. 161 del 2017 emerge chiara l'intenzione del legislatore di introdurre il limite probatorio in esame proprio per superare l'assetto normativa stabilizzato solo dal 2014 con la sentenza delle Sezioni Unite *Repaci*.

Il Supremo Consesso ha optato per una soluzione ermeneutica differente dagli orientamenti in contrasto reputandoli non condivisibili.

«Non il primo, quello più restrittivo, fondato sulla incondizionata applicazione retroattiva del divieto probatorio sopravvenuto, perché si limita a fare riferimento

alle norme generali dettate in tema di misura di sicurezza, di cui agli artt. 200-236 cod. pen., senza tuttavia cogliere le implicazioni della norma sopravvenuta per i diritti dell'individuo e per l'affidamento incolpevole dei consociati in relazione alla complessità dell'accertamento processuale sottostante la fattispecie prevista dall'art. 240-*bis* cod. pen.

Neppure il secondo indirizzo giurisprudenziale è interamente condivisibile, perché, pur cogliendo le connessioni tra il *novum* e i diritti dell'individuo, finisce per escludere l'operatività del principio *tempus regit actum* anche in relazione ad un lasso di tempo - quello precedente alla pronuncia della sentenza *Repaci* - in cui la base legale della misura ablatoria non consentiva di attribuire rilievo, in termini di ragionevole certezza, alla possibilità di superare la presunzione di illecita accumulazione facendo riferimento ai redditi leciti non dichiarati al fisco».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. U., n. 8052 del 26/10/2023, dep. 2024, Rizzi, Rv. 285852-01;
Sez. U., n.33451 del 29/05/2014, dep. 2014, Repaci, Rv. 260247-01;
Sez. 1, n. 2860 del 10/05/1994, Moriggi, Rv. 198941-01;
Sez. 1, n. 5202 del 14/10/1996, dep. 1996, Scarcella, Rv. 205738-01;
Sez. 5, n. 39048 del 25/09/2007, Casavola e altri, Rv. 238216-01;
Sez. 1, n. 22712 del 4/05/2011, Ricciardi e altri, non mass.;;
Sez. 2, n. 32563 del 14/06/2011, De Castro, non mass.;;
Sez. 6, n. 29926 del 31/05/2011, Tarabugi e altro, Rv. 250505-01;
Sez. 2, n. 36913 del 28/09/2011, Lopalco-01;
Sez. 6, n. 21265 del 15/12/2011, dep. 2012, P.g. in proc. Barba e altri, Rv. 252855-01;
Sez. 1, n. 11473 del 24/02/2012, Allegro, non mass.;;
Sez. 3, n. 46825 del 18/09/2012, Fertillo, non mass.;;
Sez. 6, n. 44512 del 24/10/2012, Giacobbe, Rv. 258366-01;
Sez. 6, n. 49876 del 28/11/2012, dep. 21/12/2012, Scognamiglio, Rv. 253956-01;
Sez. 1, n. 6336 del 22/01/2013, Mele e altro, Rv. 254532-01;
Sez. 1, n. 13425 del 21/02/2013, Coniglione, Rv. 255082-01;
Sez. 1, n. 27189 del 28/05/2013, Guarnieri, Rv. 255633-01;
Sez. 2, n. 47731 del 16/10/2014, Buccafusca ed altri, non mass.;;
Sez. 2, n. 43441 del 2/07/2013, Valente, non mass.;;
Sez. 1, n. 1778 del 11/10/2019, dep. 2020 Ruggieri, Rv. 278171-02;
Sez. 3, n. 11599 del 16/12/2021, Avolio, non mass.;;
Sez. 5, n. 46782 del 04/01/2021, Russo, non mass.;;
Sez. 6, n. 23243 del 09/03/2021, Passarelli, non mass.;;
Sez. 1, n. 37287 del 03/06/2021, Pioggia, non mass.;;
Sez. 2, n.6587 del 12/01/2022, Cuku, Rv. 282690-01;
Sez. 2, n. 15551 del 04/11/2021, dep. 2022, Gallace, Rv 283384-02;

Sez. 6, ord. n. 24335 del 30/03/2023, .

PARTE SECONDA

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I

ATTI, NULLITÀ, ABNORMITÀ

CAPITOLO I

È NULLA LA NOTIFICAZIONE DELL'ATTO DI CITAZIONE ALL'IMPUTATO FATTA NELLE MANI DEL DIFENSORE D'UFFICIO CHE ABBA RIFIUTATO LA DOMICILIAZIONE PRESSO IL SUO STUDIO. NON È ABNORME L'ORDINANZA DEL GIUDICE DI PACE CHE DISPONE LA RESTITUZIONE DEGLI ATTI AL PUBBLICO MINISTERO PER LA RINNOVAZIONE DELLA NOTIFICAZIONE NELLE FORME DELLA PRESENTAZIONE IMMEDIATA

(di Elena Carusillo)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il caso, le due questioni controverse e l'ordinanza di rimessione. - 3. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla prima questione. - 4. La decisione delle Sezioni Unite. - 5. Gli indirizzi interpretativi sulla seconda questione. - 6. La pronunzia delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite, con **sentenza n. 42603 del 13/07/2023, , El Karti**, hanno affermato i principi di diritto così massimati:

“In tema di elezione di domicilio, qualora l'imputato, nella vigenza della normativa antecedente il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, elegga domicilio presso il difensore d'ufficio e quest'ultimo non accetti l'elezione, la notificazione dell'atto di citazione va effettuata nelle forme previste dall'art. 157 ed eventualmente dall'art. 159 cod. proc. pen., e non mediante consegna di copia al medesimo difensore a norma dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.” (Rv. 285213-01)»;

«Non è abnorme il provvedimento con cui il giudice di pace, ritenuta la nullità della notificazione della citazione a giudizio nelle forme della presentazione immediata, disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero per la rinnovazione della notificazione stessa. (In motivazione, la Corte ha rilevato che, diversamente, è abnorme, perché avulso dal sistema processuale, il provvedimento con cui il giudice del dibattimento, dichiarata la nullità dell'atto di citazione a giudizio per vizi relativi alla sua notificazione, disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero)» (Rv. 285213-02).

2. Il caso, le questioni controverse e l'ordinanza di rimessione.

La questione trae origine dal ricorso proposto avverso l'ordinanza del 23 maggio 2022, con la quale il giudice di pace aveva dichiarato la nullità dell'atto di citazione a giudizio reso ai sensi e nelle forme di cui all'art. 20-*bis* d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 nei confronti di soggetti imputati di violazione della normativa in materia di immigrazione e aveva disposto la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica per quanto di competenza.

La Prima sezione, investita del ricorso, ha registrato orientamenti contrastanti nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, in merito alle seguenti questioni:

– «se, nell'ipotesi in cui l'imputato elegga domicilio presso il difensore d'ufficio, e quest'ultimo non accetti l'elezione, possa ugualmente effettuarsi la notificazione dell'atto di citazione a giudizio al medesimo difensore a norma dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., ovvero la stessa sia nulla dovendo procedersi alla notificazione con le modalità di cui agli artt. 157 ed eventualmente 159 cod. proc. pen.»;

– «se il provvedimento con cui il giudice del dibattimento dichiara la nullità dell'atto di citazione a giudizio per vizi relativi alla sua notificazione e disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero sia abnorme perché avulso dal sistema processuale e comunque idoneo a determinare la stasi del procedimento ovvero costituisca invece espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento processuale».

3. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla prima questione.

Due sono gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità che si agitano sulla prima questione.

Secondo una prima linea esegetica – seguita da Sez. 2, n. 27935 del 03/05/2019, Betancur, Rv. 276214 e Sez. 2, n. 10358 del 14/01/2020, Romanov, Rv. 278427-01, in caso di mancato assenso del difensore d'ufficio alla domiciliazione effettuata presso di lui dell'imputato, la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio dovrà essere eseguita presso lo stesso professionista ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., così da evitare che si determini una situazione di stallo del procedimento, non altrimenti superabile.

In posizione dissonante l'orientamento – inaugurato da Sez. 1, n. 17096 del 09/03/2021, Austin, Rv. 281198-01, e seguito da Sez. 5, n. 32586 del 14/06/2022, Stroe, Rv. 283566-01 – secondo il quale, ove il difensore d'ufficio non presti l'assenso alla domiciliazione, l'atto dovrà essere notificato ai sensi dell'art. 157 cod. proc. pen., ed eventualmente del successivo art. 159, in quanto, diversamente, si finirebbe col rendere inoperante l'art. 162, comma 4-*bis*, del codice di rito volto a garantire che l'assenza al processo dell'imputato sia espressione di una rinuncia volontaria e consapevole e non, invece, di mere disfunzioni legate al rapporto professionale (Sez. U, n. 23948 del 28/11/2019, Ismail, Rv. 279420-01).

È NULLA LA NOTIFICAZIONE DELL'ATTO DI CITAZIONE ALL'IMPUTATO FATTA NELLE MANI DEL DIFENSORE D'UFFICIO CHE ABBA RIFIUTATO LA DOMICILIAZIONE PRESSO IL SUO STUDIO. NON È ABNORME L'ORDINANZA DEL GIUDICE DI PACE CHE DISPONE LA RESTITUZIONE DEGLI ATTI AL PU

4. La decisione delle Sezioni Unite.

Nel dare una risposta al quesito «*se, nell'ipotesi in cui l'imputato elegga domicilio presso il difensore d'ufficio, e quest'ultimo non accetti la elezione, possa ugualmente effettuarsi la notificazione dell'atto di citazione a giudizio al medesimo difensore a norma dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., ovvero la stessa sia nulla dovendo procedersi alla notificazione con le modalità di cui agli artt. 157 ed eventualmente 159 cod. proc. pen.*», le Sezioni Unite, dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa che ha interessato sia il sistema delle notificazioni – e, in particolare, la disciplina di celebrazione del processo in assenza dell'imputato –, sia l'introduzione, a opera della legge 23 giugno 2017, n. 103, dell'art. 162, comma 4-*bis*, cod. proc. pen., il cui dettato è stato ulteriormente ampliato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, hanno aderito al secondo indirizzo giurisprudenziale di cui si è detto.

Invero, dopo aver sottolineato, per un verso, la «vocazione di garanzia» dell'art. 162, comma 4-*bis*, cod. proc. pen. e, per altro verso, l'assenza, nel corpo della norma, di qualsiasi previsione in merito alle conseguenze del mancato assenso del difensore alla domiciliazione presso di lui, le Sezioni Unite hanno ragionato in merito alla sorte dell'elezione di domicilio, ponendosi in posizione critica rispetto a quanto affermato dalle ricordate decisioni *Betancur* e *Romanov*, volte a ricondurre l'elezione di domicilio alle ipotesi annoverate dall'art. 161, comma 4, cod. proc. pen. al fine di evitare il verificarsi di una situazione di stallo del procedimento, non altrimenti superabile.

Condividendo la soluzione diametralmente opposta, assunta nelle sentenze *Austin* e *Stroe* – che, incentrando l'attenzione sull'ampia casistica di soggetti privi di difensore o non in grado, perché privi di fissa dimora, di indicare un luogo ove ricevere la notificazione degli atti, hanno affermato che ricorrere, in caso di mancato assenso del difensore alla domiciliazione, al meccanismo di cui all'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., significa ricadere nel sistema presuntivo di conoscenza degli atti incentrato sulla mera regolarità formale del procedimento di notificazione, così sacrificando l'informazione effettiva e la possibilità di procedere alla celebrazione del processo *in absentia* con la garanzia che la scelta dell'imputato di non partecipare al processo sia consapevole –, i giudici del Supremo Consesso hanno sottolineato che la disposizione di cui all'art. 162, comma 4-*bis*, del codice di rito nega espressamente la produzione di effetti alla dichiarazione di domicilio se non accompagnata dall'assenso del domiciliatario e dalla comunicazione di tale assenso all'autorità giudiziaria, là dove, diversamente, l'art. 161 cod. proc. pen. individua come presupposti per la notificazione mediante consegna al difensore le ipotesi di insufficienza, inidoneità, mancanza della dichiarazione o dell'elezione di domicilio o, ancora, della comunicazione del mutamento del domicilio dichiarato o eletto che, dunque, sono situazioni del tutto dissimili rispetto all'ipotesi di elezione di domicilio non seguita dall'assenso del difensore.

Pertanto, ad avviso delle Sezioni Unite, solo nel caso in cui l'indagato o l'imputato, regolarmente invitato a dichiarare o eleggere domicilio per la

notificazione della citazione a giudizio, si rifiuti o se, avvertito dell'obbligo di comunicare l'eventuale mutamento di domicilio, non vi provveda, la notificazione avverrà con la consegna di copia nelle mani del professionista, anche se nominato d'ufficio. Diversamente – e sempre che l'interessato non abbia provveduto a una nuova dichiarazione o elezione di domicilio –, alla notificazione del decreto di citazione a giudizio si procederà ai sensi dell'art. 157 cod. proc. pen. o, eventualmente, del successivo art. 159.

5. Gli indirizzi interpretativi sulla seconda questione

Anche con riferimento alla questione «se il provvedimento con cui il giudice del dibattimento dichiara la nullità dell'atto di citazione a giudizio per vizi relativi alla sua notificazione e disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero sia abnorme perché avulso dal sistema processuale e comunque idoneo a determinare la stasi del procedimento ovvero costituisca invece espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento processuale»), le Sezioni Unite hanno evidenziato che si agitano due diversi orientamenti, il primo dei quali – inaugurato da Sez. U, n. 28807 del 29/05/2002, Manca, Rv. 221999, a cui si sono allineate Sez. 1, n. 43486 del 30/09/2021, Cacciarru, non mass.; Sez. 3, n. 28779 del 16/05/2018, Ingrassia, Rv. 273059-01; Sez. 1, n. 43563 del 10/10/2013, Brognara, Rv. 257415--1; Sez. 1, n. 5477 del 13/01/2010, Mofrh, Rv. 246056, i cui principi sono ritenuti applicabili anche al procedimento dinanzi al giudice di pace (Sez. 1, n. 20772 del 04/03/2022, Tourè, Rv. 283389-01) – ritiene che l'abnormità per indebita regressione del procedimento e, quindi, la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero per vizi attinenti alla notificazione dell'atto di citazione a giudizio, ricorre a condizione che il vizio della citazione afferisca al procedimento di notificazione, in quanto solo in questo caso la restituzione degli atti è pronunciata in violazione delle norme del codice di rito che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 484, comma 2-*bis*, 420-*quater*, comma 1, e 420, comma 2, cod. proc. pen., attribuiscono al giudice del dibattimento il potere di rinnovare la citazione e la sua notificazione.

Per una seconda e differente opzione interpretativa – seguita da Sez. 2, n. 24633 del 17/07/2020, Bonculescu, Rv. 279668-01; Sez. 6, n. 9571 del 16/10/2019, dep. 2020, P., Rv. 278622-01; Sez. 1, n. 2263 del 14/05/2014, dep. 2015, Tahiri, Rv. 261998-01, i cui principi, anche in questo caso, sono stati ritenuti applicabili al procedimento che si svolge con il modulo previsto dall'art. 20-*bis* d.lgs. n. 274 del 2000 (Sez. 1, n. 30504 del 15/06/2010, Balozzi, Rv. 248476-01; Sez. 1, n. 180 del 01/12/2010, dep. 2011, El Basuni, Rv. 249433-01; Sez. 1, n. 587 del 10/12/2010, dep. 2011, Misski, Rv. 249442-01) –, che muove dall'enunciato di Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590-01, è da escludersi che l'ordinanza di restituzione degli atti al pubblico ministero per vizi attinenti alla notificazione dell'atto di citazione a giudizio sia affetta da abnormità, in quanto si tratta di un provvedimento che, lungi dall'essere avulso dal sistema, costituisce espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento e non determina affatto la stasi del

È NULLA LA NOTIFICAZIONE DELL'ATTO DI CITAZIONE ALL'IMPUTATO FATTA NELLE MANI DEL DIFENSORE D'UFFICIO CHE ABBA RIFIUTATO LA DOMICILIAZIONE PRESSO IL SUO STUDIO. NON È ABNORME L'ORDINANZA DEL GIUDICE DI PACE CHE DISPONE LA RESTITUZIONE DEGLI ATTI AL PU

procedimento, ben potendo il pubblico ministero rinnovare la notificazione nel rispetto delle regole previste dall'ordinamento.

6. La pronunzia delle Sezioni Unite.

Riportati gli orientamenti di cui innanzi, con specifico riferimento alla questione concernente l'abnormità del provvedimento con cui il giudice di pace, dichiarata la nullità dell'autorizzazione alla presentazione immediata dell'imputato ai sensi dell'art. 20-*bis* del d.lgs. n. 274 del 2000 per vizi relativi alla sua notificazione, disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero, le Sezioni Unite hanno ricordato, in primo luogo, che, in epoca risalente, Sez. U *Manca* – cui si sono allineate, oltre alle già ricordate pronunce *Ingrassia*, *Brognara*, *Mofrh*, anche Sez. 3, n. 35189 del 25/06/2009, Di Maula, Rv. 244599-01; Sez. 5, n. 12595 del 10/02/2006, Spagnuolo, Rv. 234535-01; Sez. 4, n. 4624 del 30/11/2004, dep. 2005, Forgione, Rv. 230932-01; Sez. 1, n. 41733 del 06/10/2004, Varroni, Rv. 229857-01; Sez. 1, n. 29191 del 19/06/2003, Pushkar, Rv. 225065-01; Sez. 5, n. 22950 del 07/04/2003, Perotti, Rv. 224545-01 – ha affermato che «nel caso di nullità della notificazione del decreto di citazione o di inosservanza del termine stabilito dall'art. 552, comma 3, cod. proc. pen., il giudice del dibattimento deve provvedere egli stesso a rinnovare la notifica, e non può disporre la restituzione degli atti al pubblico ministero con un provvedimento che, determinando una indebita regressione del processo, si configurerebbe come abnorme».

Hanno poi evidenziato che, nel tempo, si è affermata un'altra linea esegetica che «ha trovato fondamento» nella pronuncia Sez. U *Toni* – cui si sono allineate le già ricordate pronunce *P.* e *Bonculescu* – la quale, per quel che concerne i rapporti tra giudice e pubblico ministero, dopo aver premesso il carattere eccezionale della categoria dell'abnormità, ne ha delineato il perimetro.

In particolare, hanno osservato che Sez. U *Toni*, per un verso, ha limitato l'ipotesi di abnormità strutturale al caso di esercizio da parte del giudice di un potere non attribuito dall'ordinamento o al caso di deviazione del provvedimento dallo scopo di modello legale, nel senso di esercizio di un potere previsto, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti; per altro verso, ha individuato come limite all'abnormità funzionale – rinvenibile nel caso di stasi del processo o di impossibilità di prosecuzione – il criterio per il quale la stessa ricorre solo quando il provvedimento del giudice imponga al pubblico ministero un adempimento che si risolve in un atto nullo, rilevabile nel corso del procedimento. Sicché, fuori da quest'ultima ipotesi, al pubblico ministero non resta che osservare il provvedimento del giudice – anche se illegittimo – senza poterne invocare l'abnormità.

Ancora, il Supremo consesso ha ricordato che, di recente, Sez. U, n. 37502 del 28/04/2022, Scarlini, Rv. 283552-01 – secondo cui «è abnorme, e quindi ricorribile per cassazione, l'ordinanza del giudice dell'udienza preliminare che, investito della richiesta di rinvio a giudizio, disponga, ai sensi dell'art. 33-*sexies* cod. proc. pen., la

restituzione degli atti al pubblico ministero sull'erroneo presupposto che debba procedersi con citazione diretta a giudizio, trattandosi di un atto che impone al pubblico ministero di compiere una attività processuale *contra legem* e in violazione dei diritti difensivi, successivamente eccepibile, ed è idoneo, pertanto, a determinare una indebita regressione, nonché la stasi del procedimento» – nel suo percorso argomentativo ha sottolineato che la pronuncia *Toni* ha inteso ridimensionare la «perentoria conclusione» raggiunta, poco prima, da Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007, dep. 2008, Battistella, Rv. 238240-01 – secondo cui si ha abnormità ogniqualvolta si determina un'alterazione dell'ordinata sequenza procedimentale, sicché ogni indebita regressione determina una violazione dell'*ordo processus*, inteso come sequenza logico-cronologica ordinata degli atti, e, dunque, l'inosservanza dei principi di efficienza e ragionevole durata del processo –, escludendo, così, di riconoscere automaticamente valore sintomatico alla regressione del procedimento, in quanto tale impostazione avrebbe finito col condurre a una eccessiva dilatazione dell'abnormità.

Dunque, nel loro percorso motivazionale, le Sezioni Unite hanno concluso che è abnorme, perché avulso dal sistema processuale, il provvedimento con cui il giudice del dibattimento, dichiarata la nullità dell'atto di citazione a giudizio per vizi relativi alla sua notificazione, disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero, in quanto, se l'ordinamento processuale conferisce al giudice il potere di rinnovare egli stesso la notifica, «per necessità logica non può che privarlo del potere di restituzione degli atti all'organo dell'accusa».

Passando, poi, ad affrontare il caso oggetto del ricorso, le Sezioni Unite hanno evidenziato che le pur condivisibili argomentazioni in tema di abnormità non possono trovare applicazione con riferimento alla specifica questione devoluta, in quanto questa ha riguardo non al caso regolamentato dall'art. 20 del d.lgs. n. 274 del 2000 (assimilabile all'atto di citazione del procedimento dinanzi al tribunale), bensì alla diversa ipotesi di citazione a giudizio nelle forme della presentazione immediata dell'imputato da parte della polizia giudiziaria a norma dell'art. 20-*bis* del menzionato decreto, equiparabile, come anche ritenuto da Sez. 1 *Balozzi*, al modello del giudizio direttissimo.

Invero, osservano le Sezioni Unite, in questo caso, in luogo della citazione a giudizio ad opera del pubblico ministero, in ragione della flagranza di reato o di evidenza della prova si procede con il modulo di cui all'art. 20-*bis* del d.lgs. n. 274 del 2000, che non solo si pone come alternativo all'esercizio dell'azione penale, ma è anche connotato da una drastica riduzione dei termini, nonché da una differente articolazione dell'*iter* procedimentale ordinario, al quale non può accedersi in assenza della presentazione immediata attraverso la notificazione.

Tale *iter*, si sottolinea nella sentenza, è sovrapponibile al modello del giudizio direttissimo che, nel caso di imputato in stato di libertà, non può dirsi validamente introdotto in mancanza di rituale notifica a quest'ultimo (Sez. 1, n. 17706 del 20/04/2010, *Medhi*, Rv. 247066-01).

Ne deriva, ad avviso del Supremo Consesso, che è proprio questa analogia che, attraverso la lettura sistematica dell'art. 20-*bis* del d.lgs. n. 274 del 2000 e dei

È NULLA LA NOTIFICAZIONE DELL'ATTO DI CITAZIONE ALL'IMPUTATO FATTA NELLE MANI DEL DIFENSORE D'UFFICIO CHE ABBA RIFIUTATO LA DOMICILIAZIONE PRESSO IL SUO STUDIO. NON È ABNORME L'ORDINANZA DEL GIUDICE DI PACE CHE DISPONE LA RESTITUZIONE DEGLI ATTI AL PU

successivi artt. 29, comma 3, 32 e 32-*bis*, consente di escludere l'abnormità dell'ordinanza con cui il giudice di pace, a fronte dell'irrituale notificazione della citazione a giudizio ai sensi del citato art. 20-*bis*, restituisca gli atti al pubblico ministero.

Invero, si osserva:

– l'art. 29, comma 3, che riconosce al giudice di pace il potere di rinnovare la convocazione o la citazione a giudizio ovvero le relative notificazioni, non fa menzione della particolare forma della presentazione a giudizio dell'imputato di cui al precedente art. 20-*bis*;

– l'art. 32-*bis*, che, al comma 1, stabilisce che, nel corso del giudizio a presentazione immediata di cui all'art. 20-*bis* (e 20-*ter*), si osservano le disposizioni di cui al precedente art. 32, non richiama anche l'art. 29;

– l'art. 32, che regola la fase del dibattimento, non contiene alcun cenno al potere del giudice di rinnovazione della citazione e della sua notificazione.

Dunque, nel condividere la ricostruzione della disciplina del procedimento per la presentazione dinanzi al giudice di pace sviluppata da Sez. 1, *El Basuni*, secondo cui «non è abnorme l'ordinanza dibattimentale con la quale il giudice di pace, nel rito a presentazione immediata a norma dell'art. 20-*bis* d.lgs. n. 274 del 2000, rilevando la mancanza dell'atto di citazione a giudizio immediato e della notifica all'imputato, disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero», le Sezioni Unite hanno osservato che, nel caso di specie, l'atto di restituzione è stato emesso «debitamente», in quanto espressione dell'esercizio del potere di controllo che l'ordinamento riconosce al giudice in merito alla sussistenza dei presupposti per l'istaurazione del procedimento ai sensi del citato art. 20-*bis*, sicché «il regresso causato è un regresso tipico».

Di qui, la conclusione che non è abnorme il provvedimento con cui il giudice di pace, ritenuta la nullità della notificazione della citazione a giudizio nelle forme della presentazione immediata, disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero per la rinnovazione della notificazione stessa.

Alla luce delle esposte argomentazioni, sono stati formulati i principi di diritto dianzi riportati e il ricorso è stato dichiarato inammissibile.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

- Sez. U, n. 28807 del 29/05/2002, Manca, Rv. 221999-01;
Sez. 5, n. 22950 del 07/04/2003, Perotti, Rv. 224545-01;
Sez. 1, n. 29191 del 19/06/2003, Fraticelli, Rv. 225065-01;
Sez. 1, n. 41733 del 06/10/2004, Varroni, Rv. 229857-01;
Sez. 4, n. 4624 del 30/11/2004, dep. 2005, Forgione, Rv. 230932-01;
Sez. 5, n. 12595 del 10/02/2006, Spagnuolo, Rv. 234535-01;
Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007, Battistella, Rv. 238240-01;
Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590-01;
Sez. 3, n. 35189 del 25/06/2009, Di Maula, Rv. 244599-01;
Sez. 1, n. 5477 del 13/01/2010, Mofrh, Rv. 246056-01;
Sez. 1, n. 17706 del 20/04/2010, Medhi, Rv. 247066-01;
Sez. 1, n. 30504 del 15/06/2010, Balozzi, Rv. 248476-01;
Sez. 1, n. 180 del 01/12/2010, dep. 2011, El Basuni, Rv. 249433-01;
Sez. 1, n. 587 del 10/12/2010, dep. 2011, Misski, Rv. 249442-01;
Sez. 1, n. 43563 del 10/10/2013, Brognara, Rv. 257415-01;
Sez. 1, n. 2263 del 14/05/2014, dep. 2015, Tahiri, Rv. 261998-01;
Sez. 3, n. 28779 del 16/05/2018, Ingrassia, Rv. 273059-01;
Sez. 2, n. 27935 del 03/05/2019, Betancur, Rv. 276214-01;
Sez. 6, n. 9571 del 16/10/2019, dep. 2020, P., Rv. 278622-01;
Sez. U, n. 23948 del 28/11/2019, dep. 2020, Ismail, Rv. 279420-01;
Sez. 2, n. 10358 del 14/01/2020, Romanov, Rv. 278427-01;
Sez. 2, n. 24633 del 17/07/2020, Bonculescu, Rv. 279668-01;
Sez. 1, n. 17096 del 09/03/2021, Austin, Rv. 281198-01;
Sez. 1, n. 20772 del 04/03/2022, Touré, Rv. 283389-01;
Sez. U, n. 37502 del 28/04/2022, Scarlini, Rv. 283552-01;
Sez. 5, n. 32586 del 14/06/2022, Stroe, Rv. 283566-01.

SEZIONE II

INDAGINI PRELIMINARI

CAPITOLO I

LE INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI E COMUNICAZIONI “IN RELAZIONE AD UN DELITTO DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA”: LE PRIME PRONUNCE DI LEGITTIMITÀ SULL’ART. 1 D.L. 10 AGOSTO 2023, N. 105

(di Michele Toriello)

SOMMARIO: 1. Le norme del codice di rito e della legislazione emergenziale degli anni ‘90 relative ai “delitti di criminalità organizzata”. - 2. L’elaborazione giurisprudenziale in tema di sospensione dei termini delle indagini durante il periodo feriale: le Sezioni Unite Petrarca e Donadio. - 3. L’elaborazione giurisprudenziale in tema di intercettazione di conversazioni e comunicazioni: le Sezioni Unite Scurato e la giurisprudenza successiva. - 4. L’art. 1 d.l. 10 agosto 2023, n. 105, convertito, con modificazioni, nella legge 9 ottobre 2023, n. 137. - 5. Le prime pronunce di legittimità che hanno riconosciuto alla nuova disposizione natura di norma di interpretazione autentica.

1. Le norme del codice di rito e della legislazione emergenziale degli anni ‘90 relative ai “delitti di criminalità organizzata”.

La locuzione «criminalità organizzata», già sporadicamente presente in alcuni più risalenti testi normativi (cfr. l’art. 340 del previgente codice di rito, come novellato nel 1979, in tema di sequestri e di controlli bancari), si diffuse nella legislazione verso la fine degli anni ‘80 del secolo scorso, quando l’esigenza di contrastare con più incisiva efficacia l’azione delle consorterie mafiose portò alla creazione di un doppio binario processuale, mediante l’introduzione di regole che delineavano per i delitti di più grave allarme sociale uno statuto dell’acquisizione e della valutazione della prova ed un regime di esecuzione della pena derogatori rispetto alla disciplina ordinaria.

Tra le disposizioni che fanno riferimento alla criminalità organizzata, possono essere ricordate, senza pretesa di esaustività:

- l’art. 2, comma 1, n. 48), legge 16 febbraio 1987, n. 81, che individuò, tra i principi ed i criteri ai quali avrebbe dovuto attenersi il nuovo codice di procedura penale, quello secondo cui «in caso di processi per criminalità organizzata» il pubblico ministero avrebbe dovuto concludere le indagini preliminari non entro gli ordinari sei mesi, ma entro due anni; la direttiva fu trasposta nell’art. 407 cod. proc. pen., ove il generico riferimento contenuto nella legge delega fu sostituito con un elenco - poi ulteriormente arricchito nel corso degli anni - di specifiche ipotesi di reato, alcune delle quali, peraltro, estranee a contesti di criminalità organizzata;

- le norme sull’esigenza cautelare del pericolo di recidivanza nel procedimento ordinario (art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.) ed in quello a carico di minori

(art. 23, comma 2, lett. c), d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), che fanno tra l'altro riferimento al concreto e attuale pericolo che l'indagato commetta «delitti di criminalità organizzata»;

- le norme introdotte dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., nella legge 12 luglio 1991, n. 203 (*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata*), tra le quali l'art. 13, in tema di intercettazioni, del quale meglio si dirà oltre;

- le norme introdotte con il d.l. 20 novembre 1991, n. 367, istitutivo della Direzione Nazionale Antimafia, conv., con modif., nella legge 20 gennaio 1992, n. 8 (tra gli altri, gli art. 51, comma 3-*bis*, 54-*ter* e 371-*bis* cod. proc. pen.);

- la norma introdotta dall'art. 21-*bis* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv., con modif., nella legge n. 356 del 7 agosto 1992, in tema di sospensione dei termini delle indagini preliminari nel periodo feriale.

Appare, dunque, evidente l'eterogeneità delle numerose disposizioni che si riferiscono ai "delitti di criminalità organizzata", prevedendo in relazione ad essi discipline che, derogando a quelle ordinarie, introducono significative compressioni della sfera dei diritti e delle garanzie individuali, senza, tuttavia, fornire alcuna definizione o, comunque, alcun concreto riferimento che consenta di riempire di contenuti una formula normativa priva di autonoma capacità descrittiva.

2. L'elaborazione giurisprudenziale in tema di sospensione dei termini delle indagini durante il periodo feriale: le Sezioni Unite Petrarca e Donadio.

La prima, significativa, elaborazione giurisprudenziale in argomento si è formata intorno alla richiamata disposizione introdotta dall'art. 21-*bis* d.l. n. 306 del 8 giugno 1992, , conv., con modif., nella legge n. 356 del 7 agosto 1992, , che modificò il capoverso dell'art. 2 legge 7 ottobre 1969, n. 742, prescrivendo che «La sospensione dei termini delle indagini preliminari [...] non opera nei procedimenti per reati di criminalità organizzata».

Negli anni immediatamente successivi all'introduzione della norma, la giurisprudenza di legittimità adottò orientamenti contrastanti in merito al suo ambito operativo: alcune pronunce la ritennero applicabile «non solo ai reati di criminalità di tipo mafioso o assimilato, ma anche a reati di criminalità organizzata di altra natura, come pure a quelli che ad essi risultino connessi» (Sez. 1, n. 622 del 31/01/1994, Giampaolo, Rv. 196803-01; Sez. 5, n. 16866 del 15/03/2001, Mussurici, Rv. 219034-01); altre pronunce ritennero necessario riferirsi ai soli reati associativi, con esclusione dei reati diversi, «ancorché gli stessi risultino comunque riferibili alle attività di associazioni criminose» (Sez. 1, n. 5086 del 09/12/1992, Trovato, Rv. 192992-01); in altre occasioni fu, invece, privilegiata un'interpretazione tassativizzante, che reputava necessario riferirsi «all'elencazione contenuta nella lett. a) del comma secondo dell'art. 407 cod. proc. pen., integrata con l'elencazione contenuta nel comma terzo *bis* dell'art. 51 e nel comma primo *bis* dell'art. 372 cod. proc. pen.» (Sez. 6, n. 5086 del 20/04/2004, Sanasi, Rv. 229156-01).

Divenne, così, inevitabile l'intervento delle Sezioni Unite.

In un procedimento relativo ad un’associazione per delinquere finalizzata alla commissione di più delitti di ricettazione, truffa e falso, il Tribunale del riesame aveva accolto l’appello del pubblico ministero avverso il provvedimento reiettivo del giudice per le indagini preliminari, ed aveva applicato misure cautelari personali ad alcuni degli indagati. Nel ricorso per cassazione i difensori avevano eccepito che l’appello del pubblico ministero avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile: ed invero, a fronte di un’ordinanza depositata il 30 luglio 2003, l’appello era stato depositato il 12 settembre 2003, ma i termini non avrebbero dovuto essere sospesi durante il periodo feriale, perché si procedeva, tra l’altro, per il delitto di cui all’art. 416 cod. pen.

Sez. U, n. 17706 del 22/03/2005, *Petrarca*, Rv. 230895-01, condivisero le doglianze dei ricorrenti, ritenendo che la norma derogatoria avrebbe potuto trovare applicazione in relazione alle condotte illecite connesse alle attività di ogni tipo di associazione per delinquere, ivi comprese quelle non qualificate, trattandosi di condotte comunque idonee a suscitare elevato allarme sociale, in quanto favorite da apparati organizzativi e strutturali posti al servizio di progetti criminali orientati alla perpetrazione di una serie indefinita di reati; le Sezioni Unite ritennero, altresì, impossibile riempire di contenuti la categoria dei delitti di criminalità organizzata facendo riferimento ai cataloghi di reati introdotti, in altre norme e ad altri fini, dallo stesso legislatore del 1992, e ritennero ovviamente estraneo all’ambito di operatività della norma l’ipotesi del mero concorso di persone nel reato.

Fu, dunque, affermato il principio di diritto secondo cui «Ai fini dell’applicazione dell’art. 240 *bis*, comma secondo, disp. coord. cod. proc. pen., che prevede l’esclusione, operante anche per i termini di impugnazione dei provvedimenti in materia di cautela personale, della sospensione feriale dei termini delle indagini preliminari nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, quest’ultima nozione identifica non solo i reati di criminalità mafiosa e assimilata, oltre i delitti associativi previsti da norme incriminatrici speciali, ma anche qualsiasi tipo di associazione per delinquere, *ex art.* 416 cod. pen., correlata alle attività criminose più diverse, con l’esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell’organizzazione».

A distanza di pochi anni dalla sentenza *Petrarca*, le Sezioni Unite ritornarono a pronunciarsi in argomento, onde chiarire se la moratoria feriale fosse o meno applicabile anche agli incidenti cautelari aventi ad oggetto misure reali.

Prima di affrontare la questione oggetto dell’ordinanza di rimessione, il massimo consesso nomofilattico ritenne, tuttavia, necessario verificare se quello sottoposto al suo scrutinio rientrasse tra i «procedimenti per reati di criminalità organizzata»: si tratta di aspetto particolarmente interessante ai fini che qui rilevano, perché il ricorrente - che chiedeva dichiararsi la perdita di efficacia del sequestro preventivo, a cagione della tardiva pronuncia del Tribunale del riesame, innanzi al quale aveva impugnato il provvedimento ablativo - era sottoposto ad indagini non per un delitto associativo, ma per il delitto di omicidio aggravato dalle modalità mafiose.

Sez. U, n. 37501 del 15/07/2010, *Donadio*, Rv. 247994-01 ritennero quello contestato al ricorrente estraneo al novero dei delitti di criminalità organizzata, poiché «il concetto di criminalità organizzata (deve) intendersi riferito a ogni delitto associativo, correlato alle attività criminose più diverse», ideate «da una pluralità di soggetti» che, a tal fine, «abbiano costituito un apparato organizzativo», con conseguente esclusione di ogni reato - monosoggettivo o concorsuale - nel quale «manchi il requisito rappresentato da una stabile organizzazione programmaticamente ispirata alla commissione di più reati»: dunque, «un reato che non presenti tali elementi strutturali, pur se caratterizzato da un metodo idoneo a evocare dati comportamentali propri della criminalità mafiosa o pur se realizzato da un soggetto mosso dalla finalità di agevolazione di organismi mafiosi, non è, di per sé un reato di criminalità organizzata, almeno nell'economia della disciplina contenuta nell'art. 2, comma secondo, legge 7 ottobre 1969, n. 742».

Le Sezioni Unite constatarono, tuttavia, che la contestazione mossa nei confronti del ricorrente era parte di un più vasto procedimento penale nel cui ambito erano ascritte, ad altri coindagati, ipotesi associative: il procedimento fu, dunque, ritenuto “di criminalità organizzata”, in ossequio al principio - che la giurisprudenza di legittimità ha sempre applicato senza incertezze - in base al quale «la sospensione dei termini procedurali [...] si applica all'intero procedimento», dovendo necessariamente ritenersi «che il legislatore non abbia ragionevolmente ritenuto di separare i tempi delle indagini in relazione alla natura associativa, o meno, dei reati allo stato ipotizzati a carico di ciascun indagato, consentendone la prosecuzione, nella sua interezza, durante il periodo feriale».

Questo, dunque, il principio di diritto tratto dalla sentenza *Donadio*: «Ai fini dell'esclusione della sospensione feriale dei termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, prevista per i procedimenti di criminalità organizzata, è ininfluente che il reato specificamente contestato al singolo indagato sia eventualmente aggravato ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, ma rileva soltanto che la contestazione si inserisca nell'ambito di un procedimento di criminalità organizzata, intendendosi per tale quello che ha ad oggetto una qualsiasi fattispecie caratterizzata da una stabile organizzazione programmaticamente orientata alla commissione di più reati».

Esso ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza di legittimità, essendosi ancora di recente statuito, in relazione a misura coercitiva emessa a carico di appartenente ad una cosca mafiosa, «gravemente indiziato di aver compiuto, in concorso con l'A. e con altra persona in corso di identificazione, l'omicidio di P. e di aver tentato di uccidere B., in un unico contesto temporale, quale vendetta e ritorsione nei confronti del clan rivale L., al quale le vittime appartenevano, a seguito di una lite in discoteca, degenerata in rissa tra le contrapposte fazioni», che «La deroga prevista dall'art. 240-*bis*, comma secondo, disp. att. cod. proc. pen., nella parte in cui prevede l'esclusione, operante anche per i termini di impugnazione dei provvedimenti in materia di cautela personale, della sospensione feriale dei termini delle indagini preliminari nei procedimenti per reati di criminalità organizzata - nozione che identifica non solo i reati di criminalità mafiosa e

assimilata, oltre i delitti associativi previsti da norme incriminatrici speciali, ma qualsiasi tipo di associazione per delinquere *ex art.* 416 cod. pen., correlata alle attività criminose più diverse - non è applicabile al mero concorso di persone nel reato, ancorché aggravato ai sensi dell’art. 416-*bis*.1, comma primo, cod. pen., nel quale manca il requisito dell’organizzazione (Fattispecie in tema di concorso in omicidio e tentato omicidio aggravati dal fine di agevolare un clan mafioso): così Sez. 2, n. 6996 del 14/04/2020, Mango, Rv. 278507-01.

3. L’elaborazione giurisprudenziale in tema di intercettazione di conversazioni e comunicazioni: le Sezioni Unite Scurato e la giurisprudenza successiva.

Parallelamente a quella appena descritta, un’analoga attività ermeneutica si è sviluppata nel corso degli ultimi tre decenni in relazione alla già richiamata disposizione di cui all’art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, che ha reso più agevoli e penetranti le «indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata» (nonché quelle relative ai reati di «minaccia col mezzo del telefono»), prevedendo una significativa riduzione del *quantum* di prova indiziaria richiesto per l’autorizzazione alle captazioni (indizi di reato non «gravi», come ordinariamente preteso dall’art. 266 cod. proc. pen., ma semplicemente «sufficienti»), un rilevante aumento tanto dei casi quanto dei luoghi nei quali è possibile procedere all’intercettazione (sostituendosi l’assoluta indispensabilità di cui all’art. 266 cod. proc. pen. con la semplice necessità, e concedendosi di controllare le comunicazioni tra presenti in svolgimento nei luoghi di privata dimora indipendentemente dalla circostanza, ordinariamente richiesta dall’art. 266 cod. proc. pen., che ivi sia in corso di svolgimento l’attività criminosa), ed una estensione dei termini di durata delle captazioni (40 giorni, più ulteriori 20 giorni per ognuna delle proroghe, in luogo dei 15 giorni più 15 previsti in via generale dall’art. 267, comma 3, cod. proc. pen.).

La norma in esame, pur inserendosi in un contesto delineato dal legislatore con meticolosa puntualità, attesa la particolare intrusività del mezzo di ricerca della prova, destinato ad incidere su diritti costituzionalmente garantiti, rientra nell’ampio novero delle disposizioni che, nel dettare la speciale disciplina prevista per i “delitti di criminalità organizzata”, non contengono alcun elemento che aiuti l’interprete a ricostruirne l’ambito operativo.

Anche in questo caso ci si è, dunque, dovuti affidare alla ricostruzione interpretativa dei giudici di legittimità, che, nella prima pronuncia massimata in argomento, privilegiarono un’interpretazione imperniata sul rispetto del principio di tassatività, individuando i riferimenti codicistici che avrebbero dovuto riempire di contenuti quella locuzione: gli artt. 51, comma 3-*bis*, 372, comma 1-*bis* e 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.: così, secondo Sez. 6, n. 6159 del 24/02/1995, Galvanin, Rv. 201695-01, «Nel vigente ordinamento penale l’espressione “delitti di criminalità organizzata” ha un significato ben preciso che tende ad individuare non una fattispecie autonoma, ma una categoria di reati definita chiaramente attraverso

l'analitica individuazione delle fattispecie fatta dall'art. 407, comma secondo, lett. a) cod. proc. pen., dall'art. 372, comma 1-*bis* cod. proc. pen., dall'art. 51, comma 3-*bis* e 54 cod. proc. pen. Il riferimento ai delitti di criminalità organizzata, poiché incide sui provvedimenti limitativi della libertà personale, è tassativa e non può andare oltre le ipotesi espressamente previste».

Con la stessa pronuncia fu per la prima volta affermato il principio, successivamente consolidatosi al punto da divenire univoco, secondo il quale «l'intercettazione deve ritenersi legittimamente disposta e perciò utilizzabile a fine di prova quando sia stata autorizzata con riferimento ad una ipotesi delittuosa rientrante nella categoria dei reati di criminalità organizzata ed all'esito dell'istruttoria l'azione penale venga esercitata per la violazione dell'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309»: principio recentemente ribadito da Sez. 6, n. 21740 del 01/03/2016, Masciotta, Rv. 266922-01, secondo cui «Nel caso in cui una intercettazione di comunicazione è disposta applicando la disciplina prevista dall'art. 13, comma primo, d.l. 13 maggio 1991 n. 152 (conv. dalla legge 12 luglio 1992, n. 203), con riguardo ad un'originaria prospettazione di reati di criminalità organizzata, le relative risultanze possono essere utilizzate anche quando il prosieguo delle indagini impone di qualificare i fatti come non ascrivibili alla suddetta area, atteso che la legittimità di una intercettazione deve essere verificata al momento in cui la captazione è richiesta ed autorizzata, non potendosi procedere al controllo della sua ritualità sulla base delle risultanze derivanti dal prosieguo delle captazioni e dalle altre acquisizioni».

Il primo principio affermato dalla sentenza *Galvanin* non ebbe analogo successo, poiché la Corte si attestò ben presto su una posizione diversa, privilegiando un approccio teleologico-criminologico che riconosceva valore decisivo all'aggettivo che, nel lessico normativo, caratterizza il delitto, così da ricomprendere nella categoria qualsivoglia reato associativo, nonché le ipotesi delittuose concorsuali caratterizzate dalla predisposizione da parte dei correi di una struttura organizzativa capace di cementare e di rafforzare le singole condotte: «La nozione di "criminalità organizzata" cui si richiama l'art. 13 del d.l. 8 luglio 1992 n. 306, conv. dalla legge 7 agosto 1992 n. 356, nel consentire le intercettazioni ambientali nei luoghi di cui all'art. 614 cod. pen., anche a prescindere da fondato timore di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa deve essere intesa con riguardo alla finalità della norma *de qua*. In tale concetto rientrano pertanto le attività criminose più diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti che, per la commissione di più reati, abbiano costituito un apparato organizzativo: nei reati, quindi, in cui la struttura organizzata assume ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti» (Sez. 6, n. 7 del 07/01/1997, Pacini Battaglia, Rv. 207363-01).

Venuto meno, nella giurisprudenza degli anni successivi, l'iniziale riferimento al concorso di persone nel reato, la Corte finì sostanzialmente per identificare i delitti di criminalità organizzata con i soli reati associativi: in tal senso si pronunciarono, negli anni successivi, Sez. 6, n. 1972 del 16/05/1997, Pacini Battaglia, Rv. 210045-01 («[...] la nozione di "criminalità organizzata" [...] deve essere intesa nel senso che in essa rientrano le attività criminose più diverse, purché realizzate da una pluralità

di soggetti che, per la commissione di più reati, abbiano costituito un apparato organizzativo la cui struttura assume un ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti»), Sez. 1, n. 3972 del 02/07/1998, Ingrosso, Rv. 211167-01 («In tema di intercettazione di comunicazioni o conversazioni disposte a norma dell’art. 13 della legge n. 203 del 1991, la nozione di criminalità organizzata a cui detta norma si riferisce deve essere intesa con riguardo alle finalità di quest’ultima, che tende a far rientrare nel suo ambito applicativo le attività criminose più diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti i quali, per la commissione di reati abbiano costituito un apparato organizzativo»: la massima fu poi ribadita negli stessi esatti termini da Sez. 6, n. 2618 del 05/06/2000, Bonalumi, Rv. 217539-01, e da Sez. 6, n. 2619 del 05/06/2000, Armento, Rv. 220554-01), Sez. 5, n. 46221 del 20/10/2003, Altamura, Rv. 227481-01 («[...] la nozione di “criminalità organizzata” comprende i reati realizzati da una pluralità di soggetti che, allo scopo di commettere più delitti, costituiscono un apparato organizzativo la cui struttura assume un ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti, per cui sono riconducibili a questa categoria non solo i reati di criminalità mafiosa, ma tutte le fattispecie criminose di tipo associativo»), Sez. 1, n. 2612 del 20/12/2004, dep. 2005, Tomasi, Rv. 230454-01 («In tema di intercettazione di comunicazioni o conversazioni disposte a norma dell’art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, la nozione di “delitti di criminalità organizzata” cui detta norma si riferisce deve essere intesa con riguardo alle finalità di essa, che mira a far rientrare nel suo ambito applicativo le attività criminose più diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti i quali, per la commissione del reato, abbiano costituito un apposito apparato organizzativo»), Sez. 1, n. 28602 del 19/03/2013, Caruso, Rv. 256648-01 («In tema di intercettazioni, la nozione di “delitti di criminalità organizzata” [...] ricomprende nel suo ambito applicativo attività criminose diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti i quali, per la commissione del reato, abbiano costituito un apposito apparato organizzativo talché sono ad essa riconducibili non solo i reati di criminalità mafiosa e assimilati, ma tutte le fattispecie criminose di tipo associativo»).

Il quadro giurisprudenziale così venutosi a consolidare è stato rimesso in discussione da Sez. U, n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266906-01: pur afferendo la questione controversa all’esatta perimetrazione delle possibilità di utilizzo del captatore informatico, la sentenza *Scurato* volle approfondire la questione interpretativa in oggetto.

In particolare, il massimo consesso nomofilattico, dopo aver statuito che nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata, «è consentita l’intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti - mediante l’installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili (ad es., *personal computer*, *tablet*, *smartphone*, ecc.) - anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 cod. pen., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l’attività criminosa», ritenne «necessario individuare in termini di certezza la categoria dei

delitti di “criminalità organizzata”, per i quali - e solo per essi - può trovare applicazione il principio quale sopra enunciato».

Dopo aver richiamato le numerose disposizioni che hanno introdotto un trattamento processuale differenziato per i delitti di criminalità organizzata, «senza, però, individuare in modo preciso i reati che devono essere ricompresi in detta categoria, indicata con un’espressione di cui non è data alcuna definizione», nelle motivazioni della sentenza *Scurato* furono illustrate le posizioni espresse dalla dottrina (divisa tra chi «si sforza di riferire la nozione in esame ad ipotesi normative tassative, con particolare riguardo ai reati previsti dall’art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. o, in aggiunta, anche a quelli di cui all’art. 372, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. o al catalogo di cui all’art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.», e chi, invece, «propone definizioni di natura socio-criminologica», facendo rientrare nella categoria «tutti i reati in qualche modo collegabili, a qualsiasi titolo, alle associazioni criminali, ovvero quelli che presuppongono l’esistenza di un livello alto di capacità criminale in capo a chi ne è responsabile o, finanche, tutte le ipotesi di concorso di persone nel reato» quando vi siano «una suddivisione dei compiti al fine di collaborare per la realizzazione del medesimo risultato antigiuridico» ed «una significativa dimensione organizzativa che mira, tra l’altro, ad una gestione di attività illecite e di reinvestimento dei profitti ispirata a criteri di razionalità economica»), e quelle consolidate nella giurisprudenza, richiamando le pronunce che si sono fin qui analizzate in tema di intercettazioni ed in tema di sospensione dei termini delle indagini preliminari durante il periodo feriale, che hanno accolto «una nozione ampia di “delitti di criminalità organizzata”, che valorizza le finalità perseguite dalla norma, le quali mirano a riconoscere uno strumento efficace di repressione di reati più gravi. Sono ricomprese in detta categoria, pertanto, attività criminose eterogenee, purché realizzate da una pluralità di soggetti, i quali, per la commissione del reato, abbiano costituito un apposito apparato organizzativo, con esclusione del mero concorso di persone nel reato. Ad essa non sono riconducibili solo i reati di criminalità mafiosa, ma tutte le fattispecie criminose di tipo associativo. E’ sufficiente la costituzione di un apparato organizzativo, la cui struttura assume un ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti».

Ciò posto, la sentenza *Scurato* volle dare continuità ai principi affermati dalle sentenze *Petrarca* e *Donadio*, statuendo che nella categoria in questione rientrano senz’altro «non solo i reati di criminalità mafiosa e quelli associativi previsti da norme incriminatrici speciali, ma qualsiasi tipo di associazione per delinquere, ex art. 416 cod. pen., correlata alle attività criminose più diverse, con l’esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell’organizzazione»: questa definizione per un verso «consente di cogliere l’essenza di un delitto di “criminalità organizzata” e nel contempo di ricomprendere tutti i suoi molteplici aspetti, nell’ottica riconducibile alla ratio che ha ispirato gli interventi del legislatore in materia, tesi a contrastare nel modo più efficace quei reati che - per la struttura organizzativa che presuppongono e per le finalità perseguite - costituiscono fenomeni di elevata pericolosità sociale», e, per altro verso, «si pone [...] in sintonia con la normativa sovranazionale» (quali, ad esempio,

l’art. 1 della decisione-quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell’Unione europea del 24 ottobre 2008 sulla lotta alla criminalità organizzata, e le Risoluzioni del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 e del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata) «e con la giurisprudenza europea».

Tuttavia, il principio di diritto della sentenza *Scurato* recita che «*Per reati di criminalità organizzata devono intendersi non solo quelli elencati nell’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen., ma anche quelli comunque facenti capo a un’associazione per delinquere, ex art. 416 cod. pen., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato*». Si tratta, in tutta evidenza, di un principio che si discosta da quello statuito dalla sentenza *Petrarca* (che, come si è visto, aveva ritenuto «arbitrario» il riferimento ai cataloghi di reati contenuti «in contesti normativi diversificati e non sempre utili sul piano delle esigenze ermeneutiche specifiche») e da quello statuito dalla sentenza *Donadio* (che aveva espressamente escluso che un delitto aggravato a norma all’art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 - pur se rientrante nel catalogo dell’art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. - potesse essere ritenuto “di criminalità organizzata”), contenendo l’espreso riferimento ai cataloghi di reati contenuti nella norma che individua la competenza della procura distrettuale antimafia, l’art. 51 cod. proc. pen.: cataloghi che, tuttavia, fanno riferimento tanto a reati associativi («[...] delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui all’art. 12, commi 3 e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, n. 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, [...], 416-bis [...] del codice penale, [...] nonché per i delitti previsti dall’articolo 74 del testo unico approvato con d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, dall’articolo 291-quater del testo unico approvato con d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43»), quanto a fattispecie che possono manifestarsi anche in forma monosoggettiva o meramente concorsuale:

- i delitti - indicati dal comma 3-bis - di cui agli artt. 416-ter cod. pen. (scambio elettorale politico mafioso), 452-quaterdecies cod. pen. (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti), 600, 601 e 602 cod. pen. (che incriminano rispettivamente la riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, la tratta di persone, e l’acquisto e l’alienazione di schiavi) e 630 cod. pen. (sequestro di persona a scopo di estorsione);

- i delitti - indicati dal comma 3-bis - commessi «*avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo*», ossia quelli aggravati ai sensi dell’art. 416-bis.1 cod. pen., il cui testo è pedissequamente riportato in questa parte dell’art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen.;

- i delitti - indicati dal comma 3-quater - «*consumati o tentati con finalità di terrorismo*».

La giurisprudenza successiva alla sentenza *Scurato* si è attestata su una posizione di continuità con quel principio di diritto: concentrando l’analisi esclusivamente sui casi nei quali la Corte ha affrontato le tematiche in oggetto in risposta a specifici motivi di ricorso sollevati nell’ambito di procedimenti non afferenti reati associativi

- con esclusione, dunque, di quelle pronunce nelle quali le tematiche in oggetto sono state solo incidentalmente analizzate non formando oggetto di specifiche deduzioni - si può agevolmente rilevare che, quanto meno fino al 2022, non si è dubitato dell'applicabilità dell'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991 nei procedimenti aventi ad oggetto delitti aggravati dal metodo o dalle modalità mafiose; possono, in proposito, essere richiamate le sentenze - non massimate sul punto - che hanno applicato il principio in relazione al delitto di omicidio aggravato dalla finalità di agevolare una cosca di ndrangheta (cfr. le tre sentenze della Prima sezione relative all'omicidio del procuratore della Repubblica di Torino Bruno Caccia: Sez. 1, n. 29169 del 28/06/2016, Schirripa, non mass.; Sez. 1, n. 38038 del 22/03/2017, Schirripa, non mass.; Sez. 1, n. 17647 del 19/02/2020, Schirripa, non mass. sul punto), in relazione a delitti di violenza o minaccia a pubblico ufficiale aggravati dalle modalità mafiose (Sez. 1, n. 50927 del 19/07/2018, Vizzini, non mass.; Sez. 1, n. 57542 del 14/09/2018, Vizzini, non mass.), in relazione al delitto di omicidio aggravato dalle modalità mafiose (Sez. 1, n. 26666 del 13/02/2019, Milella, non mass.), in relazione al delitto di danneggiamento aggravato dall'uso del metodo mafioso (Sez. 2, n. 25612 del 04/05/2022, Paradiso, non mass.), ed infine in relazione al delitto di cui all'art. 2 legge 2 ottobre 1967, n. 895, contestato ad imputato al quale, nel corso delle indagini - e, dunque, nel periodo di esecuzione delle intercettazioni effettuate con captatore informatico, i cui esiti erano stati valorizzati nella sentenza di condanna - era stata contestata la circostanza aggravante di cui all'art. 416-*bis*.1 cod. pen., poi ritenuta insussistente dai giudici di merito (Sez. 1, n. 6606 del 15/07/2022, dep. 2023, Capogna, non mass.).

In tutte queste occasioni, nelle quali i ricorrenti non rispondevano di delitti associativi, la Corte ha ritenuto che la contestazione dell'aggravante mafiosa, facendo rientrare il delitto nel novero di quelli previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., consentisse le più intrusive captazioni previste per i delitti di criminalità organizzata.

Per quanto consta, solo in una occasione la Corte - valutando una questione relativa all'utilizzabilità di conversazioni intercettate - si è discostata dal *dictum* delle Sezioni Unite Scurato.

Prima di dare conto di questo recente ed importante arresto, appare, tuttavia, opportuno richiamare le motivazioni di una sentenza del 2018 nella quale la Corte - pur valutando il ricorso con il quale gli indagati invocavano, tra l'altro, la cessazione di efficacia della misura coercitiva, poiché il tribunale della libertà si era pronunciato ben oltre dieci giorni dopo la presentazione della richiesta di riesame: dunque, una questione relativa ai "delitti di criminalità organizzata" nell'ambito della normativa sulla sospensione dei termini delle indagini preliminari durante il periodo feriale - ha fornito una sorta di interpretazione autentica del principio di diritto espresso dalle Sez. U *Scurato*, circoscrivendolo nei medesimi termini successivamente ripresi dalla sentenza n. 34895 del 2022, della quale si dirà a breve.

Sez. 2, n. 12863 del 13/02/2018, Belviso, non mass., ha così ricostruito i termini del dilemma interpretativo: «La questione, come ribadito nei ricorsi proposti nell'interesse degli odierni indagati, è stata nuovamente affrontata da Sez.

U n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, che, dovendo risolvere una questione legata all’ambito di operatività dell’art. 13 del d.l. 103 del 1991, ha preso in esame la nozione di “criminalità organizzata” quale espressione utilizzata dal legislatore in una pluralità di occasioni tra cui, per l’appunto, all’art. 13 predetto come, anche, al comma 2 della legge n. 742 del 1969. Nell’operare una ampia e completa ricognizione dei dati normativi in cui tale espressione viene utilizzata dal legislatore, hanno dunque nuovamente affrontato il problema se interpretare la nozione di “criminalità organizzata” mediante il rinvio al contenuto di una serie più o meno definita di reati (a loro volta individuati attraverso altre norme di richiamo a specifiche categorie) ovvero, piuttosto, privilegiare una nozione “sociologica” sganciata da un siffatto meccanismo ma piuttosto funzionale alla ratio sottesa al suo utilizzo; le Sez. U hanno in definitiva optato per questa seconda soluzione, facendo espressamente richiamo a Sez. U *Donadio* e sostenendo che “all’esito dell’analisi del complesso e variegato panorama offerto dalla giurisprudenza e dalla dottrina circa la nozione di criminalità organizzata, si ritiene di dover confermare quella precisata con la richiamata decisione delle Sez. U., perché consente di cogliere l’essenza di un delitto di criminalità organizzata e, nel contempo, di ricomprendere tutti i suoi molteplici aspetti, nell’ottica riconducibile alla ratio che ha ispirato gli interventi del legislatore in materia, tesi a contrastare nel modo più efficace quei reati che - per la struttura organizzativa che presuppongono e per le finalità perseguite - costituiscono fenomeni di elevata pericolosità sociale”, sottolineando che in tal modo si intende ribadire il “principio confermato ancora di recente dalle Sezioni Unite, le quali hanno affermato che per procedimento di criminalità organizzata deve intendersi quello che ha ad oggetto una qualsiasi fattispecie caratterizzata da una stabile organizzazione programmaticamente orientata alla commissione di più reati (Sez. U, n. 37501 del 15.7.2010, *Donadio*, Rv. 247994-01)”.

In definitiva, quindi, [...] secondo il costante (e, come appena visto, recentemente ribadito) orientamento della giurisprudenza di questa Corte [...], l’elemento caratterizzante la nozione di reato di “criminalità organizzata” è rappresentato dalla esistenza di una stabile struttura organizzativa, rimanendovi dunque estranea, come ribadito esplicitamente nella sentenza *Donadio*, la ipotesi di reati (meramente) aggravati ai sensi dell’art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 sia nella ipotesi della utilizzazione del “metodo” mafioso che, anche, in quella della agevolazione di sodalizi mafiosi.

È vero che le Sez. U *Scurato* hanno delineato il principio di diritto secondo cui “per reati di criminalità organizzata devono intendersi non solo quelli elencati nell’art. 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. ma anche quelli comunque facenti capo a un’associazione per delinquere, ex art. 416 cod. pen., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato” (cfr. pag. 31 della sentenza). E, tuttavia, come si è cercato di chiarire, la motivazione è assolutamente chiara nel senso che il richiamo alle ipotesi di reato evocate dall’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. non può estendersi ai

casi di reati monosoggettivi o anche in concorso quand'anche aggravati ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991».

Dunque, ad avviso della sentenza *Behiso*, le motivazioni ed il senso complessivo del ragionamento seguito nel 2016 dalle Sezioni Unite imporrebbero di perimetrare, di meglio precisare il principio di diritto tratto dalla sentenza *Scurato*, riferendolo non a tutti ai reati di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen., ma solo ai reati ivi elencati che si siano manifestati in forma associativa, con esclusione, dunque, dei reati monosoggettivi e concorsuali, anche se aggravati dalle modalità o dall'agevolazione mafiose.

Ad identiche conclusioni, come si accennava, è successivamente pervenuta Sez. 1, n. 34895 del 30/03/2022, Di Lorenzo, Rv. 283499-01.

La Corte era chiamata a scrutinare il ricorso di un'imputata avverso la sentenza di condanna che aveva utilizzato a suo carico conversazioni intercettate nell'ambito di altro procedimento; l'imputata si era, in particolare, doluta del fatto che si trattasse di intercettazione ambientale disposta ai sensi dell'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, nell'ambito di un procedimento che, essendo stato iscritto per un omicidio aggravato ai sensi dell'art. 7 del medesimo decreto, non aveva ad oggetto un delitto di criminalità organizzata: il giudice per le indagini preliminari avrebbe, dunque, dovuto autorizzare le intercettazioni sulla base dei presupposti ordinari previsti dagli artt. 266 e 267 cod. proc. pen., presupposti che, nella specie, non sussistevano.

Nell'accogliere la doglianza della ricorrente, la sentenza *Di Lorenzo* ha rilevato che «Dalla lineare esposizione di Sez. U, *Scurato*, si evince, in primo luogo, che essa si pone in linea di assoluta continuità con le precedenti Sez. U *Petrarca* (del 22/03/2005) e Sez. U *Donadio* (del 15/07/2010), [...] Se si esaminano con attenzione le menzionate decisioni, si può individuare il loro denominatore comune, costituito dalla tendenza a ricondurre nel perimetro della nozione di delitti di “criminalità organizzata”, non solo i reati di criminalità mafiosa, ma tutte le fattispecie criminose di tipo associativo e, in particolare, il reato associativo comune *ex art.* 416 cod. pen. individuato, non a caso, come “paradigma” per la definizione della nozione in esame. Indefettibile, quindi, per integrare la nozione di delitti di “criminalità organizzata”, è la contestazione di una fattispecie associativa, anche comune, con la sola esclusione del concorso di persone nel reato. Solo tenendo conto di tutto l'impianto argomentativo di Sez. U *Scurato*, dunque, può correttamente interpretarsi il riferimento, contenuto nella parte enunciativa del principio di diritto, ai delitti “elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen.” [...] Ed invero, potendo farsi rientrare nella nozione di delitti di “criminalità organizzata” solo fattispecie criminose associative, comuni e non, è evidente che il richiamo ai delitti elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. non può che intendersi riferito ai delitti associativi annoverati in quell'elenco, e non, anche, ai delitti non associativi, per quanto commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dal suddetto articolo».

La Corte ha, dunque, censurato che i giudici di merito avessero «erroneamente interpretato il principio di diritto enunciato da Sez. U *Scurato*, nel senso di ritenere

ricompresi, nella categoria dei delitti di “criminalità organizzata”, tutti i delitti elencati nell’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. (e, quindi, per quel che qui rileva, tutti i delitti, ancorché non associativi, commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dal suddetto articolo), anziché solo i delitti di tipo associativo annoverati in quell’elenco».

Il principio di diritto espresso dalla sentenza n. 34859 del 2022 è stato così massimato: «In tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, per delitti di “criminalità organizzata”, di cui all’art. 13 d.l. 13 maggio 1991, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, devono intendersi tutti i reati di tipo associativo, anche comuni, correlati ad attività criminose più diverse, ai quali è riferito il richiamo ai delitti elencati nell’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen., con esclusione delle ipotesi di mero concorso nei delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolarne l’attività».

Ad avviso di questa pronuncia, dunque, è dirimente l’aspetto relativo alla contestazione - al ricorrente ovvero ad altri coindagati/coimputati - di un delitto associativo, in mancanza del quale non si sarebbe in presenza di un procedimento di criminalità organizzata, quand’anche fossero in contestazione delitti aggravati ai sensi dell’art. 416-*bis*.1 cod. pen.

Mentre la prevalente giurisprudenza di legittimità ha patrocinato un’interpretazione letterale del principio di diritto statuito dalla sentenza *Scurato*, ritenendo applicabile la particolare disciplina dettata dall’art. 13 del d.l. n. 152 del 1991 a tutti i reati elencati dall’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen., la sentenza *Di Lorenzo*, riprendendo le motivazioni già sviluppate nella sentenza *Belviso*, ha ritenuto necessario interpretare quel principio alla luce delle motivazioni che lo sorreggono, circoscrivendo l’applicabilità dell’art. 13 cit. ai soli delitti associativi elencati dall’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen.: ricostruzione, quest’ultima, che, pur essendo più fedele al percorso logico argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, rende sostanzialmente incomprensibile - ai limiti della illogicità - il riferimento ai delitti «elencati nell’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen.» contenuto nel principio di diritto della sentenza *Scurato*; ed invero, ove la Corte avesse realmente inteso limitare l’applicabilità dell’art. 13 cit. ai soli delitti associativi, sarebbe stato sufficiente ed esaustivo formulare il principio di diritto nel senso che «per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli comunque facenti capo ad un’associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato», non essendovi alcuna necessità di aggiungere il riferimento ad una norma che, come si è visto, elenca non solo fattispecie associative (già ricomprese, dunque, nella generale categoria dei reati «comunque facenti capo ad un’associazione per delinquere»), ma anche fattispecie che possono essere realizzate in forma monosoggettiva o comunque in una forma diversa da quella associativa.

4. L'art. 1 d.l. 10 agosto 2023, n. 105, convertito, con modificazioni, nella legge 9 ottobre 2023, n. 137.

Le incertezze interpretative sorte all'indomani della sentenza *Di Lorenzo* hanno indotto il Governo a porre in essere, in via di urgenza, un nuovo intervento normativo in materia di intercettazioni: con il comunicato diffuso all'indomani del Consiglio dei Ministri dell'8 agosto 2023 si è, invero, evidenziato che l'applicazione generalizzata dei principi affermati nella citata pronuncia avrebbe comportato il rischio della «inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito sulla base dell'interpretazione precedente, che consentiva l'utilizzo degli strumenti previsti per la lotta alla criminalità organizzata anche in assenza della contestazione del reato associativo»: dunque, «Al fine di rafforzare gli strumenti di contrasto a reati di particolare gravità, si stabilisce espressamente che la disciplina speciale in materia di intercettazioni per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono, che prevede condizioni meno stringenti per l'autorizzazione e la proroga delle intercettazioni stesse, si applichi anche a fattispecie di reato che esprimono un'offensività omogenea rispetto a quelle di criminalità organizzata».

Questo è il testo dell'art. 1 del d.l. 10 agosto 2023, n. 105, convertito, con modificazioni, nella legge 9 ottobre 2023, n. 137: «*Disposizioni in materia di intercettazioni. 1. Le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, si applicano anche nei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 452-quaterdecies e 630 del codice penale, ovvero commessi con finalità di terrorismo o avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo. 2. La disposizione del comma 1 si applica anche nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto*».

Nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione si è rappresentato che la nuova disciplina «realizza un allineamento di sistema, in quanto relativo ad istituti comuni alle investigazioni in materia di criminalità organizzata. L'inclusione dei reati di criminalità organizzata e di quelli indicati dall'articolo 1 in esame nel catalogo previsto dall'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen. rende irragionevole il disallineamento della disciplina in materia di intercettazioni, determinando la necessità di introdurre senza ritardo la norma in commento, per garantire un'efficace azione di contrasto a gravi forme di criminalità e rendere più organico il sistema processuale, anche in ragione dei numerosi procedimenti in corso in cui si registrano indirizzi non univoci».

L'entrata in vigore del decreto legge è stata immediatamente seguita da voci critiche che hanno investito tanto le sue stesse ragioni giustificative ed i modi dell'intervento, quanto i suoi contenuti.

Sotto il primo punto di vista, si è rilevato che la ravvisata distonia ermeneutica riguarda il contrasto tra una singola sentenza di una Sezione semplice e una sentenza del 2016 delle Sezioni Unite, il cui principio di diritto ha peraltro trovato pedissequa applicazione in numerose successive sentenze delle Sezioni semplici: una situazione nella quale, dunque, ci si sarebbe potuti affidare all'evoluzione

giurisprudenziale, che avrebbe portato o al rinnovato consolidarsi del principio di diritto della sentenza *Scurato*, ovvero alla progressiva affermazione dell’orientamento inaugurato dalla sentenza *Di Lorenzo*, con conseguente, inevitabile, nuova rimessione della questione alle Sezioni Unite.

Si è, altresì, dubitato della sussistenza dei presupposti che la Costituzione pretende perché possa ricorrersi alla decretazione d’urgenza, perché, a distanza di quasi un anno e mezzo dalla sentenza *Di Lorenzo*, non risulta che alcuna altra sentenza di legittimità avesse dato continuità ai principi in essa statuiti: si era, dunque, in presenza di un indirizzo giurisprudenziale largamente minoritario, se non proprio isolato, contrastante con un indirizzo giurisprudenziale consolidato ed avallato da una pronuncia delle Sezioni Unite, sicché la necessità e l’urgenza dell’intervento normativo chiarificatore e definitivo riposano su basi quanto meno opinabili.

Sono state, infine, sollevate argomentate perplessità in merito alla scelta governativa di emettere un decreto-legge cd. *omnibus*, che contiene, cioè, una pluralità di disposizioni eterogenee, non riconducibili ad una matrice razionalmente unitaria quanto all’oggetto o quanto allo scopo, poiché destinate ad incidere sul processo penale, su quello civile, sulla disciplina degli incendi boschivi, sulla salute e sul recupero dalle tossicodipendenze, sulla cultura, sul personale della magistratura e della pubblica amministrazione: sembra, dunque, esser stato trascurato quanto in plurime occasioni statuito dalla Corte costituzionale, ad avviso della quale «La urgente necessità del provvedere può riguardare una pluralità di norme accomunate dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero anche dall’intento di fronteggiare situazioni straordinarie complesse e variegate, che richiedono interventi oggettivamente eterogenei, afferenti quindi a materie diverse, ma indirizzati all’unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare» (così la sentenza 23 maggio 2017, n. 170), dovendo, dunque, le norme di un decreto legge, per quanto eterogenee, necessariamente esibire una intrinseca coerenza dal punto di vista oggettivo e materiale, ovvero dal punto di vista funzionale e finalistico.

Quanto al merito della disposizione in esame, si deve innanzitutto osservare che, nonostante le sollecitazioni formulate nel corso dell’esame in sede referente da parte della Commissione giustizia della Camera dei Deputati, la legge di conversione ha lasciato inalterato il testo dei primi due commi dell’art. 1 del decreto legge n. 105 del 2023, limitandosi ad aggiungere alla norma i commi *2-bis*, *2-ter*, *2-quater* e *2-quinquies*, destinati ad innovare, rispettivamente, le modalità di redazione del decreto con il quale il giudice per le indagini preliminari autorizza le operazioni di intercettazione a mezzo del captatore informatico, le modalità di redazione dei verbali delle operazioni compiute da parte della polizia giudiziaria, e la disciplina dei casi nei quali i risultati delle operazioni di intercettazione possono essere utilizzati in procedimenti diversi.

Occorre, dunque, chiedersi se la disposizione in commento abbia o meno natura di norma di interpretazione autentica: questione di nevralgica importanza,

ove - come ritenuto dalla sentenza *Di Lorenzo* - si ritenesse che il pregresso assetto normativo consentisse di applicare il particolare regime previsto dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991 ai soli procedimenti nei quali fossero in contestazione reati associativi.

La legge di interpretazione autentica - riflesso del principio in base al quale *cuius est condere, eius est interpretari* - viene, di regola, adottata quando vi è la necessità di ovviare ad una situazione di grave incertezza normativa o a forti contrasti giurisprudenziali, ovvero quando il legislatore ritenga necessario selezionare uno dei possibili significati che possono ricavarsi dalla disposizione interpretata; ad essa si è, in sporadici casi, fatto ricorso per contrastare un orientamento giurisprudenziale sgradito, pur comunque rinvenendo nella cornice della norma interpretata l'opzione ermeneutica ritenuta preferibile.

Pur in assenza di espresse previsioni nel dettato costituzionale, la Consulta non ha mai dubitato della legittimità delle leggi di interpretazione autentica, chiarendo che il legislatore può adottarle «non soltanto in presenza di incertezze nell'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore» (così la sentenza 17 ottobre 2011, n. 271).

Una legge di interpretazione autentica non introduce elementi di novità nell'ordinamento, ma ha una portata meramente ricognitiva di un significato già incluso nell'originario enunciato normativo, ed è destinata ad operare *ex tunc*, trovando applicazione fin dal momento in cui è entrata in vigore la disposizione autenticamente interpretata.

Orbene, come si è già accennato, il tenore testuale della disposizione in commento rimanda *prima facie* al lessico tipico delle norme innovative, dovendosi rilevare che:

- in nessuna parte del testo dell'art. 1, della sua rubrica, della rubrica del decreto legge e del disegno di legge di conversione si fa mai riferimento alla disposizione in commento come ad una norma di interpretazione autentica;

- manca la formula che è solito trovare nell'*incipit* di ogni legge di interpretazione autentica («l'art. ... deve essere interpretato nel senso che ...»);

- il tenore letterale della norma («Le disposizioni [...] si applicano anche nei procedimenti [...]») pare lasciar intendere che fino a quel momento non fosse possibile applicare quelle disposizioni «anche» a quei procedimenti, e, dunque, che con la decretazione di urgenza si sia permesso di fare ciò che prima non era possibile fare;

- il secondo comma dispone espressamente che la nuova norma trovi applicazione «anche nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto»: disposizione superflua, ove si fosse in presenza di una norma di interpretazione autentica.

Può, tuttavia, rilevarsi che una riflessione più approfondita potrebbe non assegnare ad alcuno degli argomenti appena illustrati rilievo decisivo:

- l’assenza di riferimenti espliciti ed il ricorso ad una formulazione letterale diversa da quella che ordinariamente caratterizza le leggi di interpretazione autentica non possono ritenersi determinanti, non essendo certo imposto al legislatore di affidarsi ad immodificabili formule sacramentali;

- il tenore letterale della norma può senz’altro essere inteso nel senso che, con il decreto legge n. 105 del 2023, il legislatore ha voluto chiarire che la disciplina derogatoria prevista dall’art. 13 del d.l. n. 152 del 1991 deve trovare applicazione - proprio come affermato dalle Sezioni Unite e dalla quasi univoca giurisprudenza di legittimità - anche quando si proceda per i reati di cui agli artt. 452-*quaterdecies* e 630 cod. pen., e per i reati aggravati ai sensi dell’art. 416-*bis*.1 cod. pen.; dunque, nulla di innovativo, ma, semplicemente, il manifestarsi dell’intenzione del legislatore d’urgenza - all’indomani di un contrasto giurisprudenziale sorto intorno ad una norma strategica per l’efficacia delle investigazioni relative al crimine organizzato - di privilegiare una delle possibili interpretazioni della norma, consacrando l’opzione ermeneutica già fatta propria dalla giurisprudenza largamente maggioritaria: un *modus operandi* in nulla dissimile da quello che caratterizza le leggi di interpretazione autentica;

- l’inserimento di una norma transitoria non può avere, di per sé, alcun valore dirimente ai fini che qui rilevano: ed invero, come ha rilevato il Consiglio Superiore della Magistratura nel suo parere, approvato dal *plenum* nella seduta del 21 settembre 2023, «se risponde al vero che la regola posta dall’art. 1, comma 2, sarebbe *inutiliter data* ove la disposizione di cui al comma 1 dell’art. 1 avesse natura interpretativa, ad analoga conclusione occorrerebbe, però, pervenire anche se tale disciplina, qualificata come “transitoria”, si ritenesse riferita alla modifica di una norma processuale di carattere innovativo [...] Tali considerazioni inducono a ritenere possibile che il legislatore, nel formulare il comma 2 dell’art. 1, abbia inteso non già esplicitare (inutilmente) l’obiettivo di assoggettare le intercettazioni nei procedimenti pendenti alla nuova disciplina, ma piuttosto regolare il regime di intercettazioni in corso o già effettuate alla data di entrata in vigore del decreto, disponendo che la loro legittimità e utilizzabilità (con riguardo ai presupposti applicativi ed alle modalità di esecuzione) debba essere vagliata alla stregua del comma 1 dell’art. 1. In questa prospettiva ermeneutica, il comma 2 finirebbe col riconoscere alle disposizioni del comma 1 dell’art. 1 stesso quell’effetto retroattivo proprio di ogni norma di interpretazione autentica».

Vi sono, dunque, margini per sostenere che l’art. 1, comma 1, d.l. 10 agosto 2023, n. 105, conv., con modif., nella legge 9 ottobre 2023, n. 137, ha introdotto una norma di interpretazione autentica, come tale retroattiva ed applicabile a tutti i procedimenti in corso di svolgimento, sì da divenire il parametro di riferimento per valutare la legittimità delle autorizzazioni concesse anche in epoca antecedente alla sua entrata in vigore.

Ove dovesse ritenersi preferibile questo orientamento, si dovrebbe certamente concludere per la piena utilizzabilità delle captazioni autorizzate in base alla disciplina derogatoria dettata dall’art. 13 del d.l. n. 152 del 1991 nei procedimenti

per il delitto di cui all'art. 452-*quaterdecies* cod. pen., in quelli per il delitto di cui all'art. 630 cod. pen., e, soprattutto, in quelli per i delitti aggravati ai sensi dell'art. 416-*bis*.1 cod. pen., quand'anche il giudice per le indagini preliminari le avesse autorizzate prima dell'11 agosto 2023: ed invero, la piena legittimità di queste captazioni, già ricavabile dal testo delle norme di riferimento, e già sancita dalla giurisprudenza di legittimità anche a Sezioni Unite, sarebbe stata semplicemente confermata dall'art. 1 del d.l. n. 105 del 2023, con una norma di interpretazione autentica.

5. Le prime pronunce di legittimità che hanno riconosciuto alla nuova disposizione natura di norma di interpretazione autentica

Le prime sentenze di legittimità che hanno dato applicazione alla disposizione introdotta con l'art. 1, comma 1, d.l. 10 agosto 2023, n. 105, convertito, con modificazioni, nella legge 9 ottobre 2023, n. 137, l'hanno senza incertezze qualificata come norma di interpretazione autentica.

Sez. 2, n. 47643 del 28 settembre 2023, Putignano, Rv. 285524-01 era chiamata a valutare il ricorso avverso il provvedimento del tribunale del riesame che aveva confermato l'ordinanza genetica, presentato da soggetto attinto da misura custodiale carceraria per il reato di cui all'art. 512-*bis* cod. pen. aggravato dalle modalità mafiose.

Il ricorrente invocava, come già aveva vanamente fatto innanzi ai giudici della libertà, l'applicazione al caso di specie del principio statuito dalla sentenza *Di Lorenzo*, evidenziando che i gravi indizi di colpevolezza erano stati tratti da conversazioni intercettate ai sensi dell'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, pur essendo in contestazione - non reati di criminalità organizzata, ma - unicamente fattispecie concorsuali aggravate ai sensi dell'art. 416-*bis*.1 cod. pen.

Nell'analizzare il motivo di ricorso, la Corte ha ritenuto ineludibile l'indagine sulla natura della disposizione introdotta dal d.l. n. 105 del 2023, rilevando che «ove essa possieda carattere interpretativo, saldandosi con quella interpretata (secondo l'immagine utilizzata dal Giudice delle leggi: Corte cost., n. 424 del 3/12/1993), delinea il contenuto che la norma aveva sin dall'origine e, per questa ragione, può dirsi retroattiva; se, al contrario, deve essere qualificata come norma innovativa, operano gli ordinari criteri di efficacia nel tempo della legge, e in particolare delle norme processuali, valendo esse solo per l'avvenire, con le criticità discendenti in tale ipotesi dall'inserimento di norme transitorie dirette ad estenderne l'applicazione anche per il passato (potendosi profilare dubbi di legittimità costituzionale, per contrasto con parametri nazionali - gli artt. 3 e 15 Cost. - ovvero sovranazionali - art. 8 CEDU -)».

In assenza di «una formale attribuzione del carattere interpretativo della norma (che in altri testi legislativi è testimoniato dal ricorso alla tecnica redazionale mediante incisi esplicativi in questo senso, come quando la norma esordisce con il richiamo alla norma anteriore, precisando che essa “deve essere interpretata nel senso che”)», la sentenza in commento ha messo in luce che «la funzione propria della norma interpretativa è quella di “chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero

di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili col tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative (sentenze n. 163 del 1991 e 413 del 1988), sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea politica del diritto voluta dal legislatore (sentenze n. 6 del 1994; 424 e 402 del 1993; 455 e 454 del 1992; 205 del 1991; 380 e 155 del 1990; 233 del 1988; 178 del 1987)” (Corte cost. n. 397 del 1994)»: dette norme, dunque, selezionano il significato normativo di una precedente disposizione «originariamente connotata da un certo tasso di polisemia e quindi sia potenzialmente suscettibile di esprimere più significati secondo gli ordinari criteri di interpretazione della legge», chiarendone il significato preciso, con l’unico, invalicabile, limite costituito dalla circostanza che «la scelta “imposta” dalla legge interpretativa rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario (così, da ultimo, Corte cost. n. 133 del 2020)».

Poste tali coordinate, la Corte ha ritenuto quella in esame una norma di interpretazione autentica, valorizzando «la volontà legislativa alla base dell’intervento» (evidenziata nei passaggi della relazione illustrativa del disegno di legge di conversione che testimoniano «la volontà legislativa di attribuire alla nozione racchiusa nell’espressione adottata dal legislatore del 1991 .. un perimetro applicativo ispirato al tratto che accomuna i reati caratterizzati dal legame, anche solo fattuale, con realtà criminali organizzate e, allo stesso tempo, alla funzionalità dello strumento investigativo delle intercettazioni, in contesti ove la ricerca degli elementi di prova è resa maggiormente difficoltosa dalle caratteristiche dei fenomeni criminali»), «l’esistenza di difformità interpretative all’interno della giurisprudenza di legittimità» (rese evidenti dalle contrastanti pronunce delle quali si è innanzi dato atto, che la Corte ripercorre nel par. 2.4 della sentenza), e da ultimo «la comparazione tra gli obiettivi originari perseguiti dal legislatore del 1991 e quelli presi in considerazione dalla previsione normativa di nuovo conio».

A tale ultimo proposito, la Corte ha evidenziato che «Nel contesto storico dei primi anni ‘90 in cui si registrò un allarmante attacco allo Stato e alle sue istituzioni, in grado di condizionare lo sviluppo civile e sociale del paese, da parte delle organizzazioni criminali di stampo mafioso, fu scelta la strada di assicurare le esigenze di tutela dell’ordinamento dalle aggressioni al tessuto sociale ed economico messe in atto da organizzazioni criminali di elevata pericolosità, quali quelle mafiose, con una pluralità di strumenti, tra cui spiccava l’introduzione della speciale circostanza aggravante dell’art. 7 del d.l. n. 152 del 1991, idonea a “ricomprendere tutti gli illeciti realizzati con modalità mafiose al fine di sviluppare e accrescere l’attività dei sodalizi criminali, anche se posti in funzione di mero supporto di tali attività” (così il testo della reazione illustrativa n. 2808 AC del disegno di legge di conversione in legge del d.l. 13 maggio 1991, pag. 11). Inoltre, nel testo del decreto legge citato, l’art. 13 relativo alla disciplina delle intercettazioni era formulato in termini ancor più generali, prevedendo per qualsivoglia reato, quale presupposto legittimante l’avvio delle operazioni di intercettazione, anche il solo ricorrere dei sufficienti indizi e della mera necessità delle captazioni, con le modifiche in punto di durata delle operazioni e del regime delle proroghe; solo in sede di conversione

fu introdotto il tenore della norma attualmente in vigore, con la definizione dell'ambito applicativo delle norme derogatrici attraverso il riferimento ai delitti di criminalità organizzata che si ricollegava, logicamente e in sintonia con l'impianto complessivo del provvedimento, ad una lettura ampia della categoria. Il d.l. n. 105 del 2023 riprende e conferma quella opzione legislativa, volta a considerare la categoria dei delitti di criminalità organizzata alla luce dei dati convergenti del profilo organizzativo e, al tempo stesso, della particolare gravità di reati che, pur in difetto del carattere organizzato, si collocano nell'ambito dei fenomeni criminali in grado di alimentare e supportare lo sviluppo di organizzazioni delinquenti».

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha concluso nel senso che la norma introdotta dal d.l. n. 105 del 2023 ha «contenuto interpretativo» e, dunque, efficacia retroattiva, «dovendo applicarsi anche nella materia processuale la possibilità di specificare, ora per allora, l'ambito applicativo delle norme destinate a regolare i criteri legittimanti il ricorso a specifici mezzi di ricerca della prova».

Ulteriore conferma alla correttezza delle proprie conclusioni la Corte ha ricavato dal tenore del secondo comma dell'art. 1 del d.l. n. 105 del 2023: «a dispetto della sua superfluità in presenza di una norma a carattere interpretativo (e dell'impropria qualificazione quale norma transitoria riportata nella relazione illustrativa, indicazione che non può evidentemente superare la volontà del legislatore così come ricostruita attraverso gli indici su evidenziati: Sez. U, n. 8 del 27/03/1992, Di Marco, Rv. 190246-01, nella motivazione), la disposizione traduce l'intento del legislatore di emanare una norma che fosse immediatamente applicabile ai procedimenti in corso, effetto naturale - come si è detto - già in conseguenza dell'accertata natura interpretativa della norma».

Infine, la Corte non ha ravvisato tensioni con i principi costituzionali, ricordando che, secondo il consolidato orientamento del Giudice delle leggi, la portata retroattiva della legge, ivi compresa di quella che introduca norme di interpretazione autentica, «incontra limiti che attengono alla salvaguardia di norme costituzionali tra cui rilevano i principi generali di ragionevolezza e di uguaglianza, oltre che quello della tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico e quello del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario», e ritenendo che nel caso di specie non venga in rilievo alcuno di questi profili: non la compromissione dell'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, «non potendosi ipotizzare, nell'ambito di indagini penali e dell'acquisizione di elementi di prova, l'insorgere di oneri processuali con effetti pregiudizievoli per l'indagato, ovvero pregiudizi al legittimo affidamento delle parti stesse nello svolgimento del giudizio, secondo le regole vigenti all'epoca del compimento degli atti processuali»; non il diritto all'inviolabilità delle comunicazioni, che «è soggetto a limitazioni purché disposte “per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”» e può, pertanto, «subire limitazioni o restrizioni “in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia» della riserva assoluta di legge e della riserva di

giurisdizione (sentenza n. 366 del 1991)” (Corte cost. n. 20 del /2017)»; non il principio di ragionevolezza, poiché «d’interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio gli autori delle condotte criminose, specie in relazione ai reati di maggior allarme sociale e di maggiore complessità quanto al loro accertamento, quali quelli relativi ai procedimenti di criminalità organizzata, rappresenta “interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile” (Corte cost. n. 366 del 1991)».

Nello stesso senso si è ancor più di recente pronunciata la Sesta Sezione penale, con tre sentenze depositate il 5 febbraio 2024.

Nelle motivazioni di **Sez. 6, n. 5087 del 30/11/2023, dep. 2024, Pistillo V., non mass., Sez. 6, n. 5088 del 30/11/2023, dep. 2024, Orlando, non mass., e Sez. 6, n. 5089 del 30/11/2023, dep. 2024, Pistillo G., non mass.**, si è rilevato che «la novella si è limitata a recepire e codificare l’indirizzo interpretativo fatto propria dalle Sezioni Unite, dalla sentenza *Scurato* in poi, secondo cui i delitti indicati nel primo comma dell’art. 1, d.l. n. 105 del 2023 sono tutti ricompresi nell’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen.»: «Poiché l’intervento normativo è stato motivato dalla finalità di selezionare uno dei possibili significati che possono ricavarsi dalla disposizione interpretata, così superando le incertezze interpretative relative all’ambito di applicabilità dell’art. 13 ed evitando che esse avessero ricadute nei procedimenti in corso, si ritiene che la disposizione debba essere qualificata come meramente interpretativa, volta cioè a delimitare l’ambito applicativo dell’art. 13 d.l. n. 152 del 91, in maniera del tutto coincidente con quello definito dalla giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite».

Depongono in tal senso, ad avviso della Corte, la circostanza che «la sua approvazione è derivata, in via diretta, dalla situazione di incertezza interpretativa derivante dalla sentenza della Sez. 1, n. 34895 del 2022 in ordine all’esatto ambito applicativo dell’art. 13 d.l. n. 152 del 1991», nonché «la formulazione letterale della disposizione», che «è ricalcata sulla precedente lettura offerta da questa Corte, con la sentenza delle Sez. U *Scurato*»: si è, altresì, osservato che, «la portata meramente ricognitiva del significato già presente nell’originaria disposizione e l’evidenza dell’*occasio legis* che l’ha determinata non possono essere messe in discussione dal dato, meramente formale, dell’assenza nel testo sia del decreto-legge che della legge di conversione dell’essere la norma di interpretazione autentica», e che non possono trarsi conseguenze diverse dalla disposizione contenuta nel capoverso dell’art. 1 cit., «che non contiene una disciplina transitoria, ma si limita, da un lato, a ribadire il criterio regolatore della successione nel tempo di norme processuali, espresso dal principio *tempus regit actum*, in base al quale gli atti processuali sono soggetti alla normativa vigente al momento della loro adozione, e, dall’altro lato, a regolare il regime delle intercettazioni in corso o già effettuate alla data di entrata in vigore del decreto disponendo che la loro legittimità ed utilizzabilità vadano esaminate alla stregua del comma 1, in tal modo rafforzando l’effetto retroattivo attribuito ad ogni norma di interpretazione autentica».

Infine, neppure le tre sentenze in oggetto hanno ravvisato tensioni con i principi a più riprese statuiti dalla Corte costituzionale: per un verso è certamente possibile che una legge di interpretazione autentica venga adottata «“non soltanto in presenza di incertezze nell’applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore” (Corte cost. n. 271 del 2011)»; per altro verso, «“il legislatore può emanare norme che precisino il significato di preesistenti disposizioni anche se non siano insorti contrasti giurisprudenziali..., ma sussista comunque una situazione di incertezza nella loro applicazione..., essendo sufficiente che la scelta imposta rientri tra le possibili varianti di senso del testo interpretato e sia compatibile con la sua formulazione” (Corte cost. n. 170 del 2008)»; infine, «la Corte costituzionale oltre a fissare i presupposti per emanare una norma di interpretazione autentica, ha individuato anche i limiti generali alla sua efficacia retroattiva costituiti dai principi generali di ragionevolezza e di uguaglianza, di tutela dell’affidamento legittimamente posto sulla certezza dell’ordinamento giuridico, di coerenza e di certezza di questo e del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (Corte cost. n. 209 del 2010), tutti principi rispettati nella specie».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. 1, n. 5086 del 09/12/1992, Trovato, Rv. 192992-01;
Sez. 1, n. 622 del 31/01/1994, Giampaolo, Rv. 196803-01;
Sez. 6, n. 7 del 07/01/1997, Pacini Battaglia, Rv. 207363-01;
Sez. 6, n. 1972 del 16/05/1997, Pacini Battaglia, Rv. 210045-01;
Sez. 6, n. 2618 del 05/06/2000, Bonalumi, Rv. 217539-01;
Sez. 6, n. 2619 del 05/06/2000, Armento, Rv. 220554-01;
Sez. 5, n. 16866 del 15/03/2001, Mussurici, Rv. 219034-01;
Sez. 5, n. 46221 del 20/10/2003, Altamura, Rv. 227481-01;
Sez. 6, n. 5086 del 20/04/2004, Sanasi, Rv. 229156-01;
Sez. 1, n. 2612 del 20/12/2004, dep. 2005, Tomasi, Rv. 230454-01;
Sez. U, n. 17706 del 22/03/2005, Petrarca, Rv. 230895-01;
Sez. U, n. 37501 del 15/07/2010, Donadio, Rv. 247994-01;
Sez. 1, n. 28602 del 19/03/2013, Caruso, Rv. 256648-01;
Sez. 6, n. 21740 del 01/03/2016, Masciotta, Rv. 266922-01;
Sez. U, n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266906-01;
Sez. 1, n. 29169 del 28/06/2016, Schirripa, non mass.;
Sez. 1, n. 38038 del 22/03/2017, Schirripa, non mass.;
Sez. 2, n. 12863 del 13/02/2018, Belviso, non mass.;
Sez. 1, n. 50927 del 19/07/2018, Vizzini, non mass.;
Sez. 1, n. 57542 del 14/09/2018, Vizzini, non mass.;
Sez. 1, n. 26666 del 13/02/2019, Milella, non mass.;
Sez. 2, n. 6996 del 14/04/2020, Mango, Rv. 278507-01;
Sez. 1, n. 17647 del 19/02/2020, Schirripa, non mass. sul punto;
Sez. 2, n. 25612 del 04/05/2022, Paradiso, non mass.;
Sez. 1, n. 34895 del 30/03/2022, Di Lorenzo, Rv. 283499-01;
Sez. 1, n. 6606 del 15/07/2022, dep. 2023, Capogna, non mass. ;

Sez. 2, n. 47643 del 28 settembre 2023, Putignano, Rv. 285524-01;

Sez. 6, n. 5087 del 30 novembre 2023, dep. 2024, Pistillo V., non mass.;

Sez. 6, n. 5088 del 30 novembre 2023, dep. 2024, Orlando, non mass.;

Sez. 6, n. 5089 del 30 novembre 2023, dep. 2024, Pistillo G., non mass.

SEZIONE III

DIBATTIMENTO

CAPITOLO I

CONTESTAZIONE SUPPLETIVA DELLA RECIDIVA E PRESCRIZIONE DEL REATO. LA PORTATA DELLA REGOLA PROCESSUALE ESPRESSA DALL'ART. 129 COD. PROC. PEN.

(di *Stefania Riccio*)

SOMMARIO: 1. La questione controversa e i termini del contrasto - 2. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite Domingo - 2.1. L'imprescindibilità della contestazione - 2.2. La tenuta del sistema processuale: la regola di immediata declaratoria delle cause di non punibilità codificata dall'art. 129 cod. proc. pen.

1. La questione controversa e i termini del contrasto.

Con sentenza **n. 49935 del 28/09/2023, Domingo**, le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto secondo il quale:

«Ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, l'aumento di pena per la recidiva che integri una circostanza aggravante ad effetto speciale non rileva se la stessa sia stata oggetto di contestazione suppletiva dopo la decorrenza del termine di prescrizione previsto per il reato come originariamente contestato» (Rv. 285517-01).

La questione è stata rimessa alla Corte, nella sua massima espressione nomofilattica, da **Sez. 5, ord. interl. n. 26756 dell'11/04/2023**, che aveva registrato l'esistenza di un significativo contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità, con un conseguente dualismo di posizioni, in relazione alla possibilità di procedere alla contestazione suppletiva, ai sensi dell'art. 517 cod. proc. pen., della circostanza aggravante della recidiva qualificata, ai sensi dell'art. 517 cod. proc. pen., anche in epoca successiva al decorso del termine di prescrizione calcolato alla luce dell'originaria imputazione.

1.1. Secondo un primo indirizzo, l'avvenuto decorso del termine prescrizionale preclude la contestazione della circostanza, che non può far rivivere un reato oramai estinto, gravando da tale momento sul giudice l'obbligo di procedere alla immediata declaratoria della causa estintiva.

Le pronunce riconducibili a tale linea ricostruttiva, a cominciare dalle più risalenti, intervenute nella vigenza del codice del 1930 (Sez. 5, n. 1061 del 28/11/1978, dep. 1979, Sacco, Rv. 140995-01; Sez. 2, n. 10448 del 19/06/1981, Baronchelli, Rv. 151053-01; Sez. 2, n. 5610 del 03/11/1987, dep. 1988, Sergio, Rv. 178347-01), si incentrano sulla valenza "costitutiva" della contestazione della recidiva, pienamente connaturata ad una aggravante che non designa un mero *status* soggettivo desumibile dal certificato penale o dai provvedimenti di condanna

emessi nei confronti di una persona, bensì evidenzia un contenuto valutativo; sicché, per essere ritenuta dal giudice, essa deve formare oggetto di una regolare contestazione, tempestivamente operata dall'organo dell'accusa prima dello spirare del tempo necessario a prescrivere il reato nella forma non aggravata (Sez. 1, n. 13398 del 19/02/2013, Milacic, Rv. 256021-01; Sez. 3, n. 14439 del 30/01/2014, Resmini Bellotti, Rv. 258734-01).

Nel solco di questa ermeneusi, successivi arresti hanno evidenziato, quale ulteriore profilo, che la prosecuzione del processo dopo che sia maturata la prescrizione è impedita dalla regola processuale di cui all'art. 129 cod. proc. pen., che impone al giudice la immediata declaratoria della causa estintiva; onde l'impossibilità di far rivivere, attraverso la contestazione suppletiva della recidiva qualificata, un reato oramai estinto (Sez. 6, n. 47499 del 22/09/2015, Bolici, Rv. 265560-01 e, in termini adesivi, Sez. 6, n. 55748 del 14/09/2017, Macri, Rv. 271745-01).

Gli stessi principi sono stati ritenuti applicabili estensivamente alla contestazione tardiva dell'aggravante contemplata dall'art. 476, comma secondo, cod. pen., inerente alla natura fidefacente dell'atto nel reato di falsità materiale (Sez. 5, n. 48205 del 10/09/2019, B., Rv.278039-01).

1.2. Un contrapposto orientamento - inaugurato dalla risalente Sez. 2, n. 373 del 26/01/1978, Renda, Rv. 138645-01 - ritiene invece che l'aumento di pena per un'aggravante ad effetto speciale sia valutabile, ai fini della prescrizione, anche se la relativa contestazione sia stata formalizzata per la prima volta dopo il decorso del termine prescrizionale previsto per l'imputazione non aggravata, purché prima della pronuncia della sentenza di primo grado.

La contestazione assume, in tale evenienza, natura solo ricognitiva. Ciò sul presupposto che le circostanze aggravanti ad effetto speciale preesistano ontologicamente all'atto imputativo, il quale assolve ad una funzione solo informativa, a garanzia dei diritti di difesa, sicché il decorso del termine prescrizionale, prima della contestazione formale di tali aggravanti, deve ritenersi solo apparente (con riguardo alla recidiva, Sez. 5, n. 9769 del 19/10/2005, dep. 2006, Sbrana, Rv. 234225-01; Sez. 6, n. 40627 del 16/10/2008, Bozzaotra, Rv. 241488-01; Sez. 6, n. 44591 del 04/11/2008, Nocco, Rv. 242133-01).

La tesi così espressa, per la quale la contestazione suppletiva dell'aggravante definisce il reato oggetto del giudizio nelle sue componenti strutturali e ne individua l'esatto termine di prescrizione, è condivisa da altri arresti, con riferimento a diverse tipologie di aggravanti e segnatamente da: Sez. 2, n. 33871 del 02/07/2010, Dodi, Rv. 248131-01, quanto alle aggravanti ad effetto speciale di cui all'art. 644, comma quinto, nn. 3 e 4, cod. pen.; Sez. 5, n. 26822 del 23/03/2016, Scanu, Rv. 267892-01 e Sez. 5, n. 3712 del 11/12/2019, dep. 2020, Sacconi, Rv. 278201-01, in relazione all'aggravante di cui all'art. 219, comma primo, legge fall.; Sez. 5, n. 47241 del 02/07/2019, Cassarino, Rv. 277648-01, in relazione all'aggravante prevista dall'art. 476, comma secondo, cod. pen.

2. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite Domingo.

2.1. L'imprescindibilità della contestazione

Le Sezioni Unite in rassegna hanno preferito il primo dei delineati indirizzi.

L'analisi della Corte muove dalla valenza che la contestazione ha nel processo, in rapporto sia alle prerogative dell'accusa, che all'esercizio dei diritti di difesa.

Viene condiviso il rilievo critico della sentenza Cassarino, cit. (pur se espressiva dell'orientamento antagonista rispetto a quello prescelto), per cui appare fuorviante la contrapposizione sulla natura, dichiarativa o costitutiva, della contestazione della recidiva o di altra aggravante ad effetto speciale idonea ad incidere sul termine di prescrizione del reato: se la contestazione è presupposto indefettibile affinché l'aggravante, una volta ritenuta dal giudice, possa spiegare i suoi effetti, e in questo senso può ritenersi costitutiva, è anche vero che essa è ricognitiva là dove esprime la scelta, *«da parte della pubblica accusa, di attribuire rilevanza ad una condizione soggettiva preesistente dell'imputato ovvero ad una connotazione specifica del fatto-reato, cui corrisponde una facoltà di scelta da parte del giudice, di ritenere o meno rilevante, dal punto di vista delle conseguenze in termini di determinazione della pena, la contestazione stessa»*.

Avuto specificamente riguardo alla recidiva, non si ravvisano frizioni con il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), il quale non può essere esteso fino a negare lo spazio valutativo che compete al pubblico ministero sulla concreta configurazione della imputazione: posto che l'applicazione della recidiva richiede la verifica, da parte del giudice, della significatività delle precedenti condanne rispetto ad una più accentuata colpevolezza e alla maggiore pericolosità dell'autore (in tal senso, Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838-01, che ha enucleato, tra i parametri da considerare, la natura dei reati, il tipo di devianza di cui sono il segno, la qualità dei comportamenti, il margine di offensività delle condotte, la distanza temporale ed il livello di omogeneità esistente fra loro, la eventuale occasionalità della ricaduta ed ogni altro possibile parametro individualizzante, significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza), la contestazione della circostanza implica - ancor prima - l'apprezzamento discrezionale di tali aspetti da parte del pubblico ministero.

L'inquadramento così operato dalle Sezioni Unite è aderente ai principi ribaditi da una recente pronuncia della Corte costituzionale (n. 230 del 2022), per cui un'aggravante non contestata, e perciò sottratta al contraddittorio, è da considerarsi *tamquam non esset* e la condanna che nondimeno ne abbia tenuto conto è affetta da nullità assoluta nella parte relativa a tali statuizioni, in quanto viola le norme che attengono all'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.

La necessità di un'enunciazione in forma chiara e precisa dell'addebito, anche in relazione alle circostanze aggravanti, specie se a contenuto valutativo (ribadita da Sez. U, n. 24906 del 18/04/2019, Sorge, Rv. 275436-01), è invero funzionale a garantire l'effettività del diritto di difesa dell'imputato, il quale vanta una legittima aspettativa a poter articolare la propria strategia defensionale in relazione ad una imputazione compiuta e cristallizzata.

Sotto tale profilo, le norme del codice di rito relative alla contestazione (artt. 417, 429, 450 e 452) costituiscono la proiezione della garanzia convenzionale di cui all'art. 6, comma 3, lett. a), CEDU, che ha consacrato il diritto di ogni accusato ad essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa; dove il contenuto "dettagliato" della informazione evoca anche le circostanze che aggravano il reato «in quanto elementi fattuali conformativi dell'entità del fatto contestato e incidenti sulle conseguenze sanzionatorie che ne derivano».

La medesima istanza di determinatezza *ab origine* dell'atto imputativo, estesa alle circostanze che aggravano la pena, è stata del resto ancor più esaltata dalla previsione, *ex art.* 423, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (cd. riforma Cartabia), di un modulo di interazione tra giudice dell'udienza preliminare e pubblico ministero, a struttura bifasica, pensato al fine di garantire la piena aderenza della contestazione alle emergenze processuali e la correttezza della qualificazione giuridica.

Sempre in tema di contestazione, le Sezioni Unite hanno puntualizzato come non sia affatto in discussione la facoltà da parte del pubblico ministero di procedere alla contestazione suppletiva della recidiva, la quale non richiede certo l'autorizzazione del giudice (nei casi di cui all'art. 517 cod. proc. pen.) e può essere formulata pur dopo l'apertura del dibattimento e prima dell'espletamento dell'istruzione dibattimentale, sulla base di materiali investigativi già acquisiti e noti all'organo di accusa, per supplire ad una inerzia o rimediare ad un errore ovvero per esprimere una diversa valutazione discrezionale rispetto a quella effettuata al momento dell'esercizio dell'azione penale (Sez. U, n. 4 del 28/10/1998, dep. 1999, Barbagallo, Rv. 212757-01).

2.2. La tenuta del sistema processuale: la regola di immediata declaratoria delle cause di non punibilità codificata dall'art. 129 cod. proc. pen.

Sulla base di tali premesse ricostruttive, le Sezioni Unite hanno stimato che abbia portata dirimente, al fine di risolvere la questione controversa, l'obbligo di immediata declaratoria *ex officio* delle cause di non punibilità codificato dall'art. 129 cod. proc. pen., quale regola di tenuta del sistema processuale.

Al riguardo vengono richiamati, in termini adesivi, i pronunciamenti nomofilattici che di tale obbligo hanno ricostruito le ragioni giustificative, tra cui:

- Sez. U n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403-01, le quali misero a fuoco la duplice funzione cui la regola processuale espressa dall'art. 129 è preordinata:

- a) quella di favorire l'imputato innocente (o comunque da prosciogliere);
- b) quella di agevolare l'*exitus* del processo, ove non appaia concretamente realizzabile la pretesa punitiva.

La sentenza puntualizzò che, a fronte del meccanismo definitorio così delineato, ispirato ad un'ottica deflattiva e di economia processuale, la possibilità di rinuncia alla prescrizione garantisce l'interesse dell'imputato a conseguire il proscioglimento con formula liberatoria di merito, realizzando un adeguato contemperamento tra tale interesse e l'obiettivo, di rango non inferiore, della

ragionevole durata del processo (nello stesso senso, Corte cost. n. 275 del 1990), presidiato dall'art. 111 Cost.; - Sez. U n. 12283 del 25/01/2005, De Rosa, Rv. 230529-01, le quali, nel solco tracciato dalla sentenza Conti, valorizzarono ancor più l'istanza di massima semplificazione che si pone nello svolgimento del processo - con la conseguente necessità di eliminazione di ogni atto o attività non essenziale - ove ricorrano «determinate e tassative condizioni, che svuotano di contenuto - per ragioni di merito - l'imputazione, o ne fanno venire meno - per la presenza di ostacoli processuali (difetto di condizioni di procedibilità) o per l'avverarsi di una causa estintiva - la effettiva ragion d'essere», evidenziando come l'art. 129 cod. proc. enunci una regola di condotta rivolta al giudice (data la sua collocazione nell'architettura del codice), la quale costituisce “prescrizione generale di tenuta del sistema”.

L'immediatezza con cui l'obbligo va assolto non esprime, poi, una esigenza di “tempestività temporale” assoluta, ma sta a significare che, qualora ne sussistano le condizioni, la declaratoria della causa estintiva già acquisita agli atti deve avere la precedenza su altri eventuali provvedimenti decisionali adottabili dal giudice;

-- Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, Rv. 244274-01, chiarirono che il presupposto della “evidenza” della prova postulato dal secondo comma dell'art. 129 cod. proc. pen. - che perimetra il contenuto dell'obbligo di cui al primo comma - va inteso nel senso che il giudice è legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione nel merito, in presenza di una causa di estinzione del reato, soltanto nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emergano dagli atti in modo assolutamente non contestabile, così che la valutazione che il giudice deve compiere al riguardo appartenga più al concetto di “constatazione”, ossia di percezione “*ictu oculi*”, che a quello di “apprezzamento”.

In ulteriore progressione rispetto a tale linea esegetica, le odierne Sezioni Unite hanno infine richiamato le più recenti Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870-01, per le quali la confisca urbanistica, prevista dall'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, può essere disposta anche là dove sia maturata la prescrizione del reato, qualora sia stata accertata, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, la sussistenza della lottizzazione abusiva nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta la causa estintiva, il giudizio non può proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento, a tanto ostando proprio il disposto dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. U, n. 4 del 28/10/1998, dep. 1999, Barbagallo, Rv. 212757-01;
Sez. U n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403-01;
Sez. U n. 12283 del 25/01/2005, De Rosa, Rv. 230529-30-31;
Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, Rv. 244273-74-75;
Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838-01;
Sez. U, n. 24906 del 18/04/2019, Sorge, Rv. 275436-01;
Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni Rv. 278870-01;
Sez. U, n. 49935 del 28 settembre 2023, Domingo, Rv. 285517-01;
Sez. 2, n. 373 del 26/01/1978, Renda, Rv. 138645-01;
Sez. 5, n. 1061 del 28/11/1978, dep. 1979, Sacco, Rv. 140995-01;
Sez. 2, n. 10448 del 19/06/1981, Baronchelli, Rv. 151053-01;
Sez. 2, n. 5610 del 03/11/1987, dep. 1988, Sergio, Rv. 178347-01;
Sez. 5, n. 9769 del 19/10/2005, dep. 2006, Sbrana, Rv. 234225-01;
Sez. 6, n. 40627 del 16/10/2008, Bozzaotra, Rv. 241488-01;
Sez. 6, n. 44591 del 04/11/2008, Nocco, Rv. 242133-01;
Sez. 2, n. 33871 del 02/07/2010, Dodi, Rv. 248131-01;
Sez. 1, n. 13398 del 19/02/2013, Milacic, Rv. 256021-01;
Sez. 3, n. 14439 del 30/01/2014, Resmini Bellotti, Rv. 258734-01;
Sez. 6, n. 47499 del 22/09/2015, Bolici, Rv. 265560-01;
Sez. 5, n. 26822 del 23/03/2016, Scanu, Rv. 267892-01;
Sez. 6, n. 55748 del 14/09/2017, Macrì, Rv. 271745-01;
Sez. 5, n. 47241 del 02/07/2019, Cassarino, Rv. 277648-01;
Sez. 5, n. 48205 del 10/09/2019, B., Rv.278039-01;
Sez. 5, n. 3712 del 11/12/2019, dep. 2020, Sacconi, Rv. 278201-01.

SEZIONE IV

IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

REGIME TEMPORALE DELL'ARTICOLO 578-BIS COD. PROC. PEN. LE SEZIONI UNITE NE ESCLUDONO L'APPLICAZIONE

(di Anna Mauro)

SOMMARIO: 1. La vicenda oggetto del giudizio. – 2. La disciplina normativa. – 3. Le contrastanti soluzioni interpretative. – 3.1. Il primo orientamento: efficacia retroattiva dell'art. 578-bis cod. proc. pen. e conseguente possibilità di procedere alla confisca per equivalente in caso di prescrizione del reato anche nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 3 del 2019. – 3.2. Il secondo orientamento: irretroattività dell'art. 578-bis cod. proc. pen. e conseguente impossibilità di mantenere la confisca per equivalente eventualmente disposta nei precedenti gradi di giudizio, in caso di prescrizione di reati commessi prima dell'entrata in vigore dello stesso art. 578-bis cod. proc. pen. – 4. La soluzione fornita dalle Sezioni Unite.

1. La vicenda oggetto del giudizio.

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 4145 del 29/9/2022, dep. 2023, , Esposito, hanno affermato il seguente principio di diritto, così massimato:

«La disposizione di cui all'art. 578-bis cod. proc. pen., introdotta dall'art. 6, comma 4, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, ha, con riguardo alla confisca per equivalente e alle forme di confisca che presentino comunque una componente sanzionatoria, natura anche sostanziale e, pertanto, è inapplicabile in relazione ai fatti posti in essere prima della sua entrata in vigore.» (Rv. 284209-01).

La questione — che concerne, sostanzialmente, l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 578-bis cod. proc. pen. ai fatti posti in essere prima della sua introduzione, nella parte in cui consente al giudice d'appello ovvero a quello di legittimità di tenere ferma la confisca per equivalente del prodotto o del profitto conseguiti dal reato nonostante la sopravvenienza, nelle more del giudizio di impugnazione, della prescrizione — è stata rimessa al vaglio delle Sezioni Unite con ord. interl. del 16/3/2022, della Terza Sezione penale della Corte di cassazione che nel riscontrare, in relazione ad essa, un contrasto interpretativo nella giurisprudenza delle Sezioni semplici, ha formulato il seguente quesito:

«Se la disposizione dell'articolo 578-bis cod. proc. pen. sia applicabile, in ipotesi di confisca per equivalente, ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore dell'articolo 1, comma 4, lettera f), legge 9 gennaio 2019, numero 3, che ha inserito nella stessa le parole "o la confisca prevista dall'articolo 322-ter cod pen"».

«

2. La disciplina normativa.

L'art. 578-*bis* cod. proc. pen., intitolato *Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione*, è stato inserito nel codice di rito dall'art. 6 comma 4, d.lgs.1 marzo 2018, n. 21. Tale disposizione impone, dunque, espressamente che la conferma o meno della confisca ordinata in primo grado sia preceduta da un accertamento della penale responsabilità dell'imputato quando, nel caso di sentenza di proscioglimento pronunciata in appello o in cassazione per prescrizione del reato, non si pervenga ad una formale pronuncia di condanna.

La novella normativa, sulla scia degli insegnamenti della giurisprudenza delle Sez. U, n. 31617 del 26/6/2015, Lucci, Rv. 264435-01 in punto di confisca, ha previsto, infatti, che nei casi previsti dalla legge e in quelli di cui al primo comma dell'art. 240-*bis* cod. pen., che tipizza ipotesi di confisca diretta e di confisca di prevenzione, sia sufficiente, per statuire sulla confisca nel giudizio di impugnazione, una condanna in senso sostanziale in primo grado. In altri termini, ai fini della confisca, come già ritenuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015, ben può tenersi conto «non della forma della pronuncia, ma della “sostanza dell'accertamento [poiché] nell'ordinamento italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logico-giuridica con un pieno accertamento di responsabilità».

Successivamente, con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, cd. “Legge spazzacorrotti”, intitolata «*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*», l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. è stato parzialmente modificato e attualmente, nella sua versione aggiornata, prevede che «quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-*bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-*ter* del codice penale, il giudice d'appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato».

Nell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., nella versione antecedente all'intervento del 2019, è confluita, in attuazione della cd. “riserva di codice” attuata con il d.lgs. 21 del 2018, la regola in precedenza contemplata dall'art. 12-*sexies*, comma 4-*septies*, d.l. n. 306 del 1992 che consentiva al giudice dell'impugnazione di applicare la confisca prevista dallo stesso art. 12-*sexies* (ossia la confisca allargata, che il legislatore ora definisce “confisca in casi particolari” e che è disciplinata all'art. 240-*bis*, comma primo, cod. pen.) anche con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione o per amnistia. L'art. 12-*sexies*, comma 4-*septies*, d.l. n. 306 del 1992 stabiliva «*le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad eccezione del comma 2-ter, si applicano quando, pronunciata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*». Il riferimento ai “commi precedenti” contenuto da tale norma ricomprendeva anche il comma 1 con il quale, per determinate ipotesi di reato, si prevedeva che, in casi di sentenza di condanna o di applicazione della pena, fosse

sempre disposta la confisca cosiddetta “allargata”, ovvero quella concernente i beni di cui il condannato non potesse giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona, risultasse titolare o avente la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito; tale comma è stato sostanzialmente trasfuso nel primo comma dell’art. 240-*bis* cod. pen., inserito nel codice dall’art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 21 del 2018, e richiamato espressamente dall’art. 578-*bis* (così come, appunto, l’art. 12-*sexies*, comma 4-*septies* richiamava il comma 1). L’ambito di applicazione di questa regola, limitata, quindi, in via originaria, ai casi di confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell’art. 240-*bis* cod. pen. nonché alle ipotesi di confisca «prevista da altre disposizioni di legge», è stato poi esteso dal legislatore, con la legge n. 3 del 2019, a tutte le ipotesi di confisca contemplate dall’art. 322-*ter* cod. pen. Nessun riferimento espresso compare invece nel testo della disposizione ad altre ipotesi di confisca e, in particolare, alla confisca prevista in materia di reati tributari dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, norma in continuità normativa con quelle di cui all’art. 1, comma 143, legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008). Il dubbio interpretativo in ordine all’applicabilità anche a siffatta confisca della disposizione di cui all’art. 578-*bis* cod. proc. pen. è stato risolto dalle Sezioni Unite n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870-01, che, chiamate a decidere in ordine ad un contrasto giurisprudenziale in tema di confisca urbanistica, hanno ritenuto applicabile l’art. 578-*bis* cod. proc. pen. alla confisca prevista dall’art. 44 del T.U. in materia edilizia, (confisca diretta che colpisce i terreni abusivamente lottizzati, nonché le opere abusivamente realizzate), ma hanno altresì affermato che «l’art. 578-*bis* non si è limitato a richiamare la “confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell’art. 240-*bis* del codice penale” ma ha ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca “prevista da altre disposizioni di legge” e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell’art. 1, comma 4, lett. f), legge 9 gennaio 2019, n.3, il richiamo alla confisca “prevista dall’articolo 322-*ter* del codice penale”».

Le Sezioni Unite hanno quindi affermato che «quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la disposizione in oggetto nel codice di rito, la stessa non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca «prevista da altre disposizioni di legge», formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale». A tal proposito, si sottolinea opportunamente nella sentenza *Perroni*, che l’esigenza che ha spinto il legislatore a dettare la norma in questione, in chiara analogia con la disposizione dell’art. 578 cod. proc. pen. (non a caso immediatamente precedente nella topografia codicistica), è quella di «evitare che la prescrizione del reato, a fronte di un’affermazione di responsabilità che resta, nella sostanza, immutata, vanifichi la confisca di cui all’art. 240-*bis* cit. nel frattempo disposta in primo grado o in grado d’appello (a seconda che la prescrizione maturi rispettivamente nel giudizio di appello in quello di legittimità), in linea con il principio di conservazione degli effetti delle pronunce di merito sul punto non sovvertite nei gradi successivi».

Deve ritenersi, dunque, che la disposizione di cui all'art. 578-*bis* cod. proc. pen. non faccia distinzioni di sorta, valendo per tutte le forme di confisca, diretta o per equivalente. Essa costituisce “il precipitato” del percorso tracciato dalla giurisprudenza di legittimità, dal Giudice delle leggi e dalla Corte EDU in ordine alla possibilità di disporre la confisca, anche di carattere sanzionatorio, allorché la declaratoria di prescrizione si accompagni ad un compiuto accertamento del fatto-reato e della responsabilità effettuato sulla base dell'intero compendio probatorio e nel pieno rispetto delle regole proprie del giusto processo così da coniugare l'effettività del sistema penale e le garanzie proprie dell'accertamento penalistico.

3. Le contrastanti soluzioni interpretative.

La formulazione del quesito proposto alle Sezioni Unite, postula — in tutta evidenza — la soluzione di due distinti, ma intimamente connessi, profili problematici: il primo attiene alla natura giuridica da attribuirsi alle disposizioni di cui all'art. 578-*bis* cod. proc. pen., se cioè esse abbiano o meno natura processuale; il secondo ha riguardo alla natura giuridica della confisca per equivalente e alla possibilità, anche ove si riconosca la natura processuale dell'anzidetta disposizione del codice di rito, in ipotesi di successione di leggi nel tempo, di superare il principio che regola l'applicazione delle norme processuali, secondo cui *tempus regit actum*, in favore del principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 11 preleggi, sancito, per la materia penale, dall'art. 2 cod. pen. e, poi, consacrato dall'art. 25 Cost., disposizioni, tutte, che dovrebbero trovare applicazione ove si riconosca alla figura in commento natura sanzionatoria.

La soluzione di tali questioni, come si è visto, è controversa nella giurisprudenza di legittimità.

È necessario però precisare, sin da subito, che il quesito come formulato dalla Sezione rimettente sembra adottare come parametro temporale di riferimento, ai fini di ritenere versarsi in ipotesi di applicazione retroattiva o meno della norma, non già l'entrata in vigore, in data 06/04/2018, del d. lgs 1/3/2018, n. 21, che ha appunto inserito nel codice di rito l'articolo 578-*bis* cod. proc. pen., bensì l'entrata in vigore, in data 31/1/2019, della legge n. 3 del 09/01/2019, che ha inserito, all'interno della norma, il riferimento alla «confisca prevista dall'articolo 322-*ter* del codice penale» plausibilmente ritenendo che solo con tale ultima modifica sia divenuto possibile decidere in sede di impugnazione, in caso di prescrizione, agli effetti della confisca “per equivalente” in caso di reati tributari. Seguendo, però, la lettura già data alla norma dalle Sez. U *Perroni*, in linea con quanto in precedenza ritenuto anche dalle Sez. U, n. 6141 del 25/10/2018, dep. 2019, Milanese, Rv. 274627-01, il riferimento testuale alla confisca prevista da «*altre disposizioni di legge*», presente sin dall'originaria versione, sarebbe tale da includere tutte le confische previste dalla legislazione speciale, ricadendo in esse, dunque, anche quella prevista dall'art. 12-*bis* del d.lgs. n. 74 del 2000.

Così ragionando, pertanto, il parametro temporale di riferimento diventerebbe quello dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 21 del 2018 e non già della legge n. 3 del 2019.

Ed infatti, come si vedrà appresso, le sentenze riportate nell'ordinanza di rimessione, quali espressione del secondo orientamento, tutte relative alla confisca tributaria, ritengono, in adesione a quanto ritenuto dalle Sez. U *Perroni*, che la disposizione di cui all'art. 578-*bis* cod. proc. pen. non si limita a richiamare la «*confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale*», ma fa riferimento, senza formulare ulteriori specificazioni, anche alla confisca «prevista da altre disposizioni di legge». Per tale motivo, pertanto, dovrebbe riconoscersi una valenza di carattere generale a siffatta disposizione capace di ricomprendere in sé anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale.

3.1. Il primo orientamento: efficacia retroattiva dell'art. 578-bis cod. proc. pen. e conseguente possibilità di procedere alla confisca per equivalente in caso di prescrizione del reato anche nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

Secondo un primo orientamento (Sez. 2, n. 19645 del 2/4/2021, Consentino, Rv. 281421-01/02; Sez. 6, n. 14041 del 9/1/2020, Malvaso, Rv. 279262-01 e anche, sia pure in termini generalissimi, Sez. 3, n. 8785 del 29/11/2019, dep. 2020, Palmieri, Rv. 278256-01 che ha ad oggetto un'ipotesi di confisca per sproporzione in relazione a reati tributari), l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. sarebbe suscettibile di applicazione retroattiva e consentirebbe di procedere alla confisca per equivalente in caso di prescrizione del reato anche nell'ipotesi in cui questo sia stato commesso anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 che ha inserito nell'articolo in questione le parole «*o la confisca prevista dall'art. 322-ter cod. pen.*». Tale opzione interpretativa fa leva innanzitutto sulla ritenuta natura di norma di diritto processuale della disposizione di cui all'art. 578-*bis* cod. proc. pen. e sulla conseguente sua applicabilità ai procedimenti in corso secondo il principio *tempus regit actum*. Siffatta disposizione, si osserva, non introduce nuovi casi di confisca, ma si limita a definire «l'arco procedimentale entro il quale la stessa può essere applicata, agendo su un profilo processuale e temporale, ma lasciando inalterati i presupposti sostanziali di applicazione del vincolo». A tali considerazioni deve anche aggiungersi il rilievo che la confisca per equivalente non sarebbe equiparabile né a una vera e propria pena, né a una sanzione accessoria, ma rivestirebbe essenzialmente una funzione ripristinatoria e solo “parzialmente” sanzionatoria poiché consente comunque la sottrazione all'autore del reato del valore corrispondente al profitto o al prezzo dell'illecito.

In conclusione, dunque, alla misura ablatoria di che trattasi non sarebbe applicabile lo statuto garantistico della pena, tendendo siffatta misura a riallineare gli squilibri patrimoniali generati da comportamenti illeciti.

3.2. Il secondo orientamento: irretroattività dell'art. 578-bis cod. proc. pen. e conseguente impossibilità di mantenere la confisca per equivalente eventualmente disposta nei precedenti gradi di giudizio, in caso di

prescrizione di reati commessi prima dell'entrata in vigore dello stesso art. 578-bis cod. proc. pen.

All' opzione interpretativa sopra riportata si è contrapposto un consapevole differente orientamento, formatosi con riguardo a fattispecie tutte relative a reati tributari (Sez. 3, n. 20793 del 18/03/2021, Rotondi, Rv. 281342-01; Sez. 3, n. 39157 del 07/09/2021, Sacrati, Rv. 282374-01; Sez. 3, n. 7882 del 21/01/2022, Viscovo, Rv. 282836-01 e Sez. 3, n. 12236 del 21/01/2022, Torti), secondo cui la disposizione di cui art. 578-*bis* cod. proc. pen. non potrebbe essere applicata retroattivamente con la conseguenza che le misure ablatorie eventualmente disposte nei precedenti gradi di giudizio, in caso di prescrizione del reato, non potrebbero essere mantenute in relazione a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 (o del d.lgs. n. 21 del 2018 ove si ritenga che già a decorrere dalla vigenza di quest'ultimo fosse possibile procedere al sequestro per equivalente per reati tributari).

Per tale opzione interpretativa, la confisca per equivalente ha natura sanzionatorio-punitiva e, pertanto, non può essere mantenuta per fatti commessi quando non ne era prevista l'applicabilità, ovvero era prevista con modalità e presupposti differenti. Si osserva, altresì, che quand'anche si volesse riconoscere alla disposizione di cui all'art. 578-*bis* cod. proc. pen. natura di norma processuale, applicabile, pertanto, a tutti i procedimenti in corso secondo il principio *tempus regit actum*, non potrebbero sottacersi gli indubbi effetti sostanziali ad essa connessi, tra cui appunto quello di consentire l'applicazione della confisca di valore in caso di prescrizione del reato, possibilità prima non contemplata. Alla riconosciuta natura "eminente", ossia, "prevalentemente", sanzionatoria conseguirebbe l'applicazione del principio di irretroattività della norma penale sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. e dall'art. 7 CEDU, con la conseguenza che, poiché solo a partire, al più tardi, dall'entrata in vigore della legge che ha modificato l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. sarebbe possibile il mantenimento della confisca per equivalente nel caso in cui il reato, nelle more del giudizio d'impugnazione, si sia estinto per prescrizione o amnistia, tale disposizione non potrebbe essere applicata retroattivamente.

4. La soluzione fornita dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, in via preliminare, essendo stato contestato nella fattispecie sottoposta al suo esame un illecito tributario, hanno ritenuto opportuno dover "perimetrare" la questione di cui al quesito in esame, quanto al dato cronologico, ai reati compresi nell'originaria formulazione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. e commessi anteriormente al 6 aprile 2018, data di entrata in vigore dell'art. 6, comma 4, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 e non anche ai reati commessi tra la predetta data e quella del 13 gennaio 2019, data di entrata in vigore dell'art.1, comma 4, lett. f), legge 9 gennaio 2019, n. 3 che ha inserito nell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. le parole «o la confisca prevista dall'art. 322-*ter* cod. pen.», specificando, sostanzialmente in linea con le Sez. U *Perroni* (chiamate a pronunciarsi, in particolare sulle "confische urbanistiche"), che «i reati tributari — a differenza di quelli ai quali si applica la confisca di cui all'art. 322-*ter* cod. pen., a seguito della novella dell'art. 578-*bis* cod.

proc. pen apportata dalla legge n. 3 del 2019 — rientrano nel novero di quelli per i quali l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. è applicabile sin dalla sua iniziale previsione». Hanno quindi concluso che «per i reati, compresi *ab origine* nell'ambito di operatività dell'articolo 578-*bis* cod. proc. pen., non si pone, se commessi dopo la data del 6 aprile 2018, alcuna questione relativa all'applicabilità della statuizione di confisca equivalente, dovendo il giudice dell'impugnazione mantenere ferma detta statuizione, nel caso in cui pronunci sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione (o amnistia) del reato presupposto, previo positivo accertamento della responsabilità dell'imputato».

Le Sezioni Unite, quindi, nell'affrontare precipuamente il quesito ad esse rivolto, sono partite dal dato incontestato della natura “eminentemente sanzionatoria” della confisca per equivalente — vale a dire, della confisca di beni di cui il reo abbia la disponibilità, per un valore corrispondente a quello del profitto derivante dal reato — trattandosi di misura che colpisce beni che non hanno alcun rapporto con il reato se non con riferimento a un profilo meramente “quantitativo”. Si tratta, ricorda il Supremo Consesso, di un approdo al quale la giurisprudenza di legittimità è giunta da tempo (Sez. U, n. 18374 del 23/04/2013, n. 18374, Adami; Sez. U *Lucci*): siffatta confisca, infatti, si risolve in una forma di prelievo pubblico, disposto a compensazione di prelievi illeciti e parametrato all'entità del profitto o del prezzo del reato con riferimento al *quantum*. Essa, dunque, assolve senz'altro anche a una funzione ripristinatoria che viene però assorbita da quella sanzionatoria.

Tale constatazione aveva indotto già le Sez. U *Lucci* ad affermare che «Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, non può disporre, atteso il suo carattere afflittivo e sanzionatorio, la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto». Tale impostazione, affermano le Sez. U *Esposito*, deve essere oggi rivista alla luce degli interventi legislativi successivi. Dopo le Sezioni Unite *Lucci*, infatti, il d.lgs. n. 21 del 1° marzo 2018, ha inserito nel codice di rito l'art. 578-*bis*, in forza del quale «quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-*bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'art. 322-*ter* del codice penale [previsione, quest'ultima, come si è detto, inserita successivamente dall'art. 1, comma 4, lett. f), legge 9 gennaio 2019, n.3], il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato». Tale disposizione, secondo la lettura fornita dalle stesse Sezioni Unite *Perroni* e *Milanesi*, entrambe in motivazione), nella parte in cui si riferisce alla confisca «*prevista da altre disposizioni di legge*», ha valore generale ed è applicabile anche alle ipotesi di confisca previste dal legislatore speciale e, quindi, anche alla misura ablatoria prevista per i reati tributari di cui all'art. 12-*bis*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sempre che «la disposizione sia, *ratione temporis*, applicabile al caso di specie e ciò costituisce la *ratio essendi* della questione rimessa alle Sezioni Unite».

Il Supremo Consesso, quindi, dopo avere passato in rassegna gli opposti orientamenti della giurisprudenza delle Sezioni semplici, di cui si è detto in precedenza, ha ritenuto di dover aderire alla seconda opzione interpretativa escludendo, in considerazione della natura (anche) sanzionatoria della confisca per equivalente o di valore evidenziata anche dalla Corte costituzionale (Corte cost. n. 97 del 2009; ord. n. 301 del 2009 e n. 68 del 2017), l'applicabilità dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore dello stesso art. 578-*bis* cod. proc. pen. e delle disposizioni ad esso correlate. «Il fatto che una norma, collocata topograficamente nel codice di rito, non disciplini i requisiti tipici di una incriminazione, non vale ad escludere perciò solo la natura sostanziale di essa e la sua sussunzione nell'area regolata dal principio di legalità in materia penale e di tutti i suoi corollari esplicitamente o implicitamente enunciati da norme costituzionali poste a presidio dei diritti fondamentali della persona (principalmente gli artt. 2, 3, 13, 25, 27, 101, 111 Cost.) tra cui il divieto di retroattività *in peius* delle norme penali».

Osservano ancora le Sezioni Unite, che un soggetto, quando pone in essere una condotta illecita, deve essere messo in grado di prevedere le conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale e nel “fuoco” della prevedibilità rientrano anche tutte le conseguenze sanzionatorie della condotta. Una disposizione normativa che, modificando le disposizioni previgenti, determina un effetto “a sorpresa” e, dunque, imprevedibile è in palese contrasto col dettato costituzionale e con quello convenzionale ed «è essa stessa costitutiva di un abuso». I cittadini, in altri termini, hanno diritto ad essere preventivamente e adeguatamente informati dallo Stato sia dei precetti da osservare, sia di tutte le conseguenze sanzionatorie che derivano dalla loro violazione; hanno diritto, altresì, «di accedere e calcolare in un preciso arco temporale, ossia al momento in cui è posta in essere la condotta, se e quale comportamento tenere, avendo essi il diritto a non essere sorpresi *ex post* da estensioni interpretative o da mutamenti dello stato di fatto non conoscibili e, dunque, non prevedibili *ex ante*». Ricordano ancora le Sezioni Unite che quando una disposizione, che il diritto interno definisce processuale, influisce sulla severità della pena da infliggere, tale disposizione, per la Corte EDU (*ex multis*, CEDU, 9/2/1995, Welch c. Regno Unito; CEDU, 17/09/2009, Scoppola c. Italia), deve essere qualificata come “diritto penale materiale” a cui è applicabile l'ultimo capoverso dell'articolo 7, § 1, CEDU. Occorre, quindi, avere riguardo all'intera disciplina in forza della quale «si è o non si è puniti» e ciò comporta il superamento di una visione basata «sul momento statico dell'incriminazione incapace di leggere le nuove forme di penalità e le questioni che si agitano nel diritto vivente sulla modifica della natura della pena, intesa tradizionalmente e sul conseguente “ampliamento” del concetto di sanzione». L'art. 578-*bis* cod. proc. pen., dunque, per le Sezioni Unite, ha, come sostenuto dal secondo orientamento sopra riportato, natura mista, sostanziale e processuale, trattandosi di una disposizione non meramente ricognitiva di un principio esistente nell'ordinamento, anche se non codificato, ma avente natura costitutiva *in parte qua* in quanto attribuisce al giudice il potere, in precedenza precluso, di mantenere in vita una pena (la confisca per

equivalente). Ciò comporta l'applicabilità del regime garantistico di cui agli artt. 25, secondo comma, Cost. e 7 CEDU con precipuo riferimento al divieto di retroattività in materia penale.

Alla luce delle esposte argomentazioni, le Sezioni Unite, essendo entrambi i reati estinti per prescrizione, hanno annullato senza rinvio la sentenza di condanna che aveva disposto la confisca di valore, misura eliminata, quindi, *ipso iure*, per l'effetto della pronuncia di annullamento.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013, Adami, Rv. 255037-01;
Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, , Lucci, Rv. 264435-01;
Sez. U, n. 6141 del 25/10/2018, dep. 2019, Milanesi, Rv. 274627-01;
Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870-01;
Sez. 3, n. 8785 del 29/11/2019, dep. 2020, Palmieri, Rv. 278256-01;
Sez. 6, n. 14041 del 09/01/2020, Malvaso, Rv 279262-01;
Sez. 3, n. 20793 del 18/03/2021, Rotondi, Rv. 281342-01;
Sez. 2, n. 19645 del 02/04/2021, Consentino, Rv. 281421-01/02;
Sez. 3, n. 39157 del 07/09/2021, Sacrati, Rv. 282374-01;
Sez. 3, n. 7882 del 21/01/2022, Viscovo, Rv. 282836-01;
Sez. 3, n. 12236 del 21/01/2022, Torti, non mass.

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost., sent. n. 97 del 2009;
Corte cost. ord. n. 301 del 2009;
Corte cost., sent. n. 49 del 2015;
Corte cost., sent. n. 68 del 2017.

Sentenze della Corte EDU:

CEDU, 09/02/1995, Welch c. Regno Unito;
CEDU, 17/09/2009, Scoppola c. Italia.

CAPITOLO II

È RICORRIBILE PER CASSAZIONE L'OMESSA DICHIARAZIONE DI ESTINZIONE DEL REATO PER PRESCRIZIONE MATURATA IN EPOCA ANTECEDENTE ALLA PRONUNCIA RESA ALL'ESITO DEL CONCORDATO IN APPELLO

(di Elena Carusillo)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La questione controversa e l'ordinanza di rimessione. - 3. Gli orientamenti contrapposti. - 4. La pronuncia delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite, con **sentenza n. 19415 del 27/10/2022, dep. 2023, Fazio**, hanno affermato il seguente principio di diritto:

«Nei confronti della sentenza resa all'esito di concordato in appello è proponibile il ricorso per cassazione con cui si deduca l'omessa dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione maturata anteriormente alla pronuncia di tale sentenza» (Rv. 284481-01),

così ponendo argine a un contrasto di giurisprudenza sul tema della possibilità di ricorrere per cassazione avverso la sentenza di concordato in appello *ex art. 599-bis* cod. proc. pen. per omessa dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione maturata anteriormente alla pronuncia di secondo grado.

2. La questione controversa e l'ordinanza di rimessione.

La questione trae origine dal ricorso proposto avverso la sentenza della Corte di appello di Palermo che, conformemente all'istanza di concordato – con la quale l'imputato rinunciava ai motivi riguardanti la penale responsabilità e l'omesso riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche –, in parziale riforma della pronuncia di primo grado, escluso l'aumento per la recidiva, in quanto ritenuta sulla base dell'erronea annotazione nel certificato penale del precedente considerato a tal fine, rideterminava la pena inflitta all'imputato.

La Seconda sezione, investita del ricorso e registrata l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza sul tema della ricorribilità per cassazione della sentenza di appello emessa ai sensi dell'art. 599-*bis* cod. proc. pen., al fine di dedurre la prescrizione del reato maturata anteriormente alla detta sentenza e non oggetto di specifica rinuncia, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, al fine di chiarire:

«Se, avverso la sentenza di concordato in appello ex art. 599-bis cod. proc. pen., sia consentito proporre ricorso per cassazione deducendosi l'omessa dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione maturata anteriormente alla pronuncia di secondo grado».

3. Gli orientamenti contrapposti.

Gli orientamenti che si registrano sul tema sono due.

Secondo un primo orientamento – inaugurato da Sez. 1, n. 51169 del 11/06/2018, Porrà, Rv. 274384-01, e seguito da Sez. 5, n. 38115 del 16/07/2019, Salvini, non mass. e da Sez. 6, n. 12285 del 13/02/2020, Lika Lulezim, non mass.

–, in tema di concordato con rinuncia agli altri motivi di appello di cui all'art. 599-*bis* cod. proc. pen., introdotto dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, l'accordo delle parti sui motivi non implica rinuncia alla prescrizione del reato, in quanto è, questa, una manifestazione di volontà che, ai sensi dell'art. 157, comma settimo, cod. pen. deve avere forma espressa. Sicché, qualora il giudice di appello non abbia rilevato e dichiarato l'intervenuta prescrizione del reato, l'omessa decisione sul punto, tenuto conto delle ricadute sulla sfera di libertà del rinunciante, può essere dedotta mediante ricorso per cassazione.

Tale linea ermeneutica – che rimarca la prioritaria necessità del giudice di accertare, sulla base delle risultanze processuali, l'insussistenza delle cause di non punibilità di cui all'art. 129 cod. proc. pen., indipendentemente dalla peculiarità del giudizio celebrato e, pertanto, indipendentemente dalla tipologia di piattaforma negoziale –, si pone sulla falsariga di quanto affermato, in epoca antecedente alla riforma introdotta con la legge 23 giugno 2017, n. 103, da Sez. U, n. 18953 del 25/02/2016, Piergotti, Rv. 266333-01, secondo cui «In tema di patteggiamento, la richiesta di applicazione della pena da parte dell'imputato, ovvero il consenso prestato alla proposta del pubblico ministero, non possono valere come rinuncia alla prescrizione, in quanto l'art. 157, comma settimo, cod. pen. richiede la forma espressa, che non ammette equipollenti».

Con tale pronuncia, il Supremo consesso aveva superato il diverso orientamento, inaugurato da Sez. 5, n. 14109 del 28/10/1999, Matonti, Rv. 215799-01, secondo cui «In tema di patteggiamento, la prescrizione maturata antecedentemente alla scelta pattizia non può essere fatta valere in sede di impugnazione, in quanto l'adesione all'accordo fra le parti costituisce una dichiarazione legale tipica di rinuncia alla prescrizione non più revocabile», seguito da Sez. 2, n. 2900 del 20/11/2003, dep. 2004, Puliatti, Rv. 227887-01, e da Sez. 5, n. 3391 del 15/10/2009, dep. 2010, Camassa, Rv. 245920-01, secondo cui «Dopo la definizione concordata della pena in appello a norma dell'art. 599, comma 4, cod. proc. pen. non può essere dedotta l'estinzione del reato per prescrizione, tanto nel caso in cui il relativo termine sia decorso prima della pronuncia del giudice di appello, quanto in quello in cui sia decorso successivamente ad essa», cui, in tempi recenti, si sono allineate pronunce che individuano quali uniche doglianze proponibili contro una sentenza emanata all'esito del concordato *ex art. 599-bis* cod. proc. pen., quelle relative a eventuali vizi della sentenza rispetto alla volontà della parte di accedere al concordato, al consenso del pubblico ministero sulla richiesta, al contenuto difforme della pronuncia e all'applicazione di una pena illegale (Sez. 2, n. 22002 del 10/04/2019, Mariniello, Rv. 276102; Sez. 2, ordinanza n. 30990 del 01/06/2018, Gueli, Rv. 272969-01; Sez. 2, n. 3587 del 6/11/2020, dep. 2021, Coco, non mass.), cioè non conforme al paradigma normativo (Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino, Rv. 283886-01; Sez. U, n. 47182 del 31/03/2022, Savini, Rv. 283818-01; Sez. U, n. 38809 del 31/3/2022, Miraglia, Rv. 283689-01), esclusa quella applicata per il reato prescritto.

In breve, ad avviso di questo secondo orientamento, l'applicazione di pena, frutto di concordato in appello per un reato prescritto, integra un vizio di

violazione di legge che, non investendo direttamente la legalità della pena, non può essere rilevata di ufficio *ex art.* 129 cod. proc. pen., né può integrare un motivo ammissibile di ricorso per cassazione, in quanto non riconducibile a quelli tassativamente previsti (Sez. 5, n. 4709 del 20/09/2019, Ferrarini, Rv. 278142-01; Sez. 6, n. 41254 del 04/07/2019, Leone, Rv. 277196-01; Sez. 6, n. 5210 del 11/12/2018, Chiumiento, Rv. 275027-01). Del resto, si sostiene, accedendo a una diversa e più estensiva interpretazione della nozione di illegalità della pena, ogni vizio di legge sostanziale e processuale si tradurrebbe in un'illegalità della comminatoria finale della pena, con la conseguente assimilazione dell'illegalità della pena al *genus* del vizio di legge come disciplinato dall'art. 606, comma 1, lett. b) e c), cod. proc. pen., in evidente contrasto con il carattere tassativo della indicazione normativa dei motivi ammissibili del ricorso per cassazione, introdotta dalla legge 23 giugno 2017, n. 103.

4. La pronuncia delle Sezioni Unite.

In conclusione, le Sezioni Unite hanno condiviso la linea giurisprudenziale secondo la quale l'accordo raggiunto dalle parti sui motivi di appello di cui all'art. 599-*bis* cod. proc. pen., introdotto dalla novella del 2017, non implica *ex se* rinuncia alla prescrizione del reato, eventualmente già verificatasi, in quanto il modulo procedimentale del concordato in appello – che non costituisce un procedimento speciale, né si discosta dal modello ordinario in relazione alla rinuncia ai motivi e alla valutazione di quelli non rinunciati – consente di assegnare priorità alla verifica dell'insussistenza delle cause di non punibilità previste dall'art. 129 cod. proc. pen., verifica che compete al giudice, indipendentemente dalla piattaforma negoziale.

Ne deriva che, come per il patteggiamento – che, peraltro, è un procedimento speciale –, anche per il concordato in appello, soltanto in caso di negativa delibazione il giudice può procedere all'esame di legittimità della piattaforma negoziale offertagli dalle parti, esercitando un potere-dovere non si pone in conflitto con il principio secondo cui il giudice, qualora ritenga di accedere all'accordo, non può discostarsi dai termini in cui l'intesa è stata prospettata, in quanto, nel caso di prescrizione del reato, la pronuncia di un provvedimento difforme da quello richiesto dalle parti rinviene la sua *ratio* nella priorità logica del provvedimento di immediata declaratoria previsto dall'art. 129, comma 1, cod. proc. pen, rispetto a quello domandato dalle parti.

Osservano le Sezioni Unite che questa conclusione non si pone in contrasto neanche con il principio di diritto secondo cui il giudice di secondo grado, nell'accogliere la richiesta di pena concordata, non è tenuto a motivare in merito al mancato proscioglimento dell'imputato per una delle cause previste dall'art. 129 cod. proc. pen., né all'insussistenza di ipotesi di nullità assoluta o di inutilizzabilità delle prove, in quanto, in questi casi, l'obbligo della motivazione va rapportato all'effetto devolutivo proprio dell'impugnazione e alla cognizione del giudice, limitata ai motivi non oggetto di rinuncia (Sez. 4, n. 52803 del 14/09/2018, Bouachra, Rv. 274522-01).

Dunque, si legge nella motivazione della sentenza, né «l'introduzione di speciali limiti di ricorribilità in cassazione per la sentenza emessa a seguito di concordato in appello», né la circostanza che il concordato processuale non possa essere unilateralmente abbandonato attraverso la riproposizione, con il ricorso per cassazione, di questioni che con lo stesso concordato siano state rinunciate, coinvolgono la prescrizione del reato, la cui valutazione è demandata al giudice del gravame, sicché la stessa non può intendersi rinunciata per il solo fatto della proposizione dell'accordo.

Prima di concludere il percorso argomentativo posto a fondamento del principio di diritto affermato, i giudici del Supremo Consesso hanno rimarcato di non condividere quella linea esegetica secondo cui la ricorribilità della sentenza *ex art. 599-bis* cod. proc. pen. è preclusa ai sensi dell'art. 610, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., in quanto la stessa si limita a considerare che «l'art. 610, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., come riformulato dall'art. 1, comma 62 della legge 23 giugno 2017, n. 103, entrata in vigore il 3 agosto 2017, ha escluso la ricorribilità per cassazione avverso la sentenza di applicazione della pena concordata ai sensi dell'art. 599-*bis* cod. proc. pen., limitando l'impugnazione al solo ricorso straordinario di cui all'art. 625-*bis* cod. proc. pen.» (Sez. 5, n. 54543 del 28/09/2018, Tornabene, non mass.), interpretando la locuzione «*allo stesso modo la Corte dichiara l'inammissibilità del ricorso contro la sentenza di applicazione della pena e contro la sentenza pronunciata a norma dell'art. 599-bis*», come una sorta di esclusione *tout court* di ogni possibilità di ricorso nei confronti di tali tipologie di sentenze, ritenute, per definizione, non impugnabili.

Ad avviso della Suprema Corte, si tratta di una prospettiva ermeneutica che, individuando nella disposizione dell'art. 610, comma 5-*bis* cod. proc. pen. una diretta e indiscriminata previsione di inammissibilità del ricorso avverso la sentenza emessa a seguito di concordato in appello, non tiene conto della stessa collocazione topografica della norma, inserita tra quelle volte a disciplinare gli atti preliminari del procedimento in cassazione.

La disposizione, osservano i giudici della Corte, piuttosto, individua i presupposti in presenza dei quali è prevista la procedura *de plano* avverso la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti e quella pronunciata a norma dell'art. 599-*bis* del codice di rito e, dunque, non riguarda i presupposti di ammissibilità dei rispettivi ricorsi previsti, invece, nell'ambito della disciplina del rito speciale del cd. patteggiamento nell'art. 448-*bis* cod. proc. pen.

Così argomentando, le Sezioni Unite hanno condiviso il ragionamento sviluppato da Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015, dep. 2016, Ricci, Rv. 266819-01, secondo cui «nessun dato positivo induce a ritenere che non possa censurarsi, con il ricorso per cassazione, l'errore del giudice di appello che ha ommesso di dichiarare la già intervenuta prescrizione del reato, pur se non eccepita dalla parte interessata in quel grado. Il ricorso per cassazione, anche se strutturato su questo solo motivo, è certamente ammissibile, perché volto a fare valere l'inosservanza o l'erronea applicazione della legge penale *ex art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen.*».

Invero, si sostiene, «l'*error in iudicando* si concretizza proprio nella detta omissione, che si riverbera sul punto della sentenza concernente la punibilità» e,

poiché l'impugnazione mira a emendare tale errore, ne deriva l'ammissibilità del ricorso che, dunque, non è pregiudicata né dalla mancata circostanza che il ricorrente abbia eccepito in appello la prescrizione maturata nel corso di quel giudizio, né, tantomeno, dalla mancata deduzione di parte, con i relativi motivi, della prescrizione verificatasi addirittura prima della proposizione dell'appello.

D'altro canto, osservano le Sezioni Unite, «l'art. 129 cod. proc. pen. impone al giudice, come recita la rubrica, l'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità e a tale "obbligo" il giudice di merito non può sottrarsi e deve *ex officio* adottare il provvedimento consequenziale». Sicché, qualora il giudice sia inadempiente, la sentenza di condanna emessa, in quanto viziata da palese violazione di legge, potrà essere impugnata, sì da escludere «la formazione del cd. "giudicato sostanziale"».

Alla luce delle esposte argomentazioni, è stato formulato il principio di diritto dianzi riportato e la sentenza impugnata è stata annullata senza rinvio per essere il reato estinto per prescrizione.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. 5, n. 14109 del 28/10/1999, Matonti, Rv. 215799-01;
Sez. 2, n. 2900 del 20/11/2003, dep. 2004, Puliatti, Rv. 227887-01;
Sez. 5, n. 3391 del 15/10/2009, dep. 2010, Camassa, Rv. 245920-01;
Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015, dep. 2016, Ricci, Rv. 266819-01;
Sez. U, n. 18953 del 25/02/2016, Piergotti, Rv. 266333-01;
Sez. 2, n. 30990 del 01/06/2018, Gueli, Rv. 272969-01;
Sez. 1, n. 51169 del 11/06/2018, Porrà, Rv. 274384-01;
Sez. 4, n. 52803 del 14/09/2018, Bouachra, Rv. 274522-01;
Sez. 6, n. 5210 del 11/12/2018, dep. 2019, Chiumiento, Rv. 275027-01;
Sez. 2, n. 22002 del 10/04/2019, Mariniello, Rv. 276102-01;
Sez. 6, n. 41254 del 04/07/2019, Leone, Rv. 277196-01;
Sez. 5, n. 4709 del 20/09/2019, dep. 2020, Ferrarini, Rv. 278142-01;
Sez. U, n. 38809 del 31/03/2022, Miraglia, Rv. 283689-01;
Sez. U, n. 47182 del 31/03/2022, Savini, Rv. 283818-01;
Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino, Rv. 283886-01.

CAPITOLO III

SEQUESTRO PER FINALITÀ DI PROVA: NON IMPUGNABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO REIETTIVO DELL'ISTANZA DI DISSEQUESTRO ADOTTATO DAL GIUDICE IN UDIENZA PRELIMINARE. I LIMITI DELLA INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE

(di *Stefania Riccio*)

SOMMARIO: 1. La questione controversa e la tesi “negazionista”. - 2. Gli orientamenti a favore della impugnabilità immediata: i termini del contrasto. - 3. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite: tutela del diritto di proprietà e limiti della interpretazione adeguatrice.

1. La questione controversa e la tesi “negazionista”.

Con sentenza n. 32938 del 19/01/2023, L., Rv. 284993-01, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: *“Il provvedimento del giudice dell’udienza preliminare di rigetto della richiesta di dissequestro di beni sottoposti a sequestro probatorio non è impugnabile dall’interessato”*.

La pronuncia ha impulso dalla ord. intel. n. 33959 del 31/05/2022, con cui la Terza Sezione aveva rimesso gli atti al Massimo Collegio, avendo rilevato l’esistenza di un contrasto interpretativo in ordine al rimedio esperibile avverso l’ordinanza reiettiva della richiesta di dissequestro di beni sottoposti a sequestro probatorio adottata dal giudice dell’udienza preliminare.

Il Collegio rimettente ha dato atto, in esordio, di una più risalente impostazione, secondo la quale la mancata previsione normativa di un rimedio specifico, con riguardo a tale segmento procedimentale, doveva ritenersi preclusiva di ogni impugnazione (in tal senso, Sez. 2, n. 5163 del 30/09/1997, Pietrobono, Rv. 209017-01; Sez. 1, n. 12546 del 14/02/2002, Migliore, Rv. 221076-01; Sez. 2, n. 2282 del 14/10/2010, dep. 2011, Ori Giarola, Rv. 249486-01), da tanto derivando una mera sospensione della tutela delle ragioni del soggetto interessato alla restituzione, che sono comunque garantite nelle fasi – precedenti e successive - del procedimento.

Va invero considerato che:

- durante la fase investigativa, l’interessato è legittimato a proporre opposizione avverso il decreto del pubblico ministero, a norma dell’art. 263, comma 5, cod. proc. pen., innanzi al giudice per le indagini preliminari, il quale provvede a norma dell’art. 127 cod. proc. pen., con ordinanza ricorribile per cassazione, come previsto dall’art. 127, comma 7, cod. proc. pen.;

- in uno alla sentenza che definisce il grado, ai sensi dell’art. 586 cod. proc. pen., può essere impugnata l’ordinanza – sia essa di rigetto o di accoglimento – pronunciata dal giudice che procede sulla richiesta di restituzione avanzata nel corso del dibattimento;

- ove l’istanza di restituzione sia avanzata dopo che il procedimento è stato definito con sentenza irrevocabile, la questione è invece devoluta al giudice dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 263, comma 6, cod. proc. pen. Il meccanismo operativo è - anche in tale ipotesi, come nel corso delle indagini - a struttura

bifasica, con contraddittorio eventuale e differito, posto che il giudice provvede *de plano*, ex art. 667, comma 4, cod. proc. pen., e, solo a seguito di opposizione promossa ad iniziativa del pubblico ministero o dell'interessato, si instaura una fase partecipata, come previsto dall'art. 666 cod. proc. pen., il cui provvedimento conclusivo è ricorribile per cassazione.

2. Gli orientamenti a favore della impugnabilità immediata: i termini del contrasto.

Tanto premesso, si sono delineati nel tempo due indirizzi antitetici nella giurisprudenza di legittimità, nati dal superamento della tesi della inoppugnabilità.

Entrambi muovono dal duplice presupposto:

a) che sia irragionevole la mancata previsione normativa di un rimedio, con riguardo alla fase dell'udienza preliminare, in quanto potenzialmente lesiva, tale lacuna, dei diritti costituzionalmente garantiti di difesa (art. 24 Cost.) e di proprietà (art. 41);

b) che vada tutelato l'interesse, da parte di chi domanda la restituzione, ad avvalersi di uno strumento impugnatorio immediato, senza dovere attendere l'esito della fase dibattimentale (ovvero della stessa udienza preliminare, qualora sia pronunciata sentenza di non luogo a procedere).

2.1. Secondo una prima opzione, inaugurata da Sez. 5, n. 33695 del 18/06/2009, R.C., Basso, Rv. 244908-01, sarebbe applicabile estensivamente il meccanismo operativo di cui all'art. 263, comma 5, cod. proc. pen. e dunque sarebbe ammissibile il ricorso per cassazione, stante la sostanziale assimilabilità della decisione assunta dal giudice dell'udienza preliminare, nel contraddittorio delle parti, a quella resa sull'opposizione dell'interessato decisa ai sensi della indicata disposizione.

I fautori di questa tesi valutano non ostativo al riguardo il principio di tipicità/tassatività delle impugnazioni, giacché un'interpretazione estensiva delle fattispecie processuali, come pure il ricorso all'analogia, sono consentiti lì dove si tratti di sopperire ad un'evidente deficienza del sistema, tale da dar luogo, se non colmata, ad una disciplina disarmonica con il quadro dei valori costituzionali.

A tale filone si ascrivono, tra le altre, Sez. 6, n. 18814 del 28/02/2013, Bertoncello, Rv.256473-01; Sez. 3, n. 11489 del 22/01/2015, Gazzola, Rv. 262979-01; Sez. 6, n. 16801 del 24/03/2021, R., Rv. 281114-01; Sez. 5, n. 37145 del 24/05/2022, Rovagnati Spa, Rv. 283598-01; Sez. 1, n. 21356 del 01/04/2021, Kylemnyk, Rv. 281370-01.

2.2. In consapevole contrasto con tale orientamento si pongono arresti più recenti, che si sono espressi a favore della impugnabilità del rigetto della istanza di dissequestro probatorio, pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare, con l'appello cautelare.

Tra questi, Sez. 6, n. 46141 del 29/10/2019, Delli Carpini, Rv. 277389-01, muove dalla considerazione che il cd. vuoto di tutela "intermedio", che altera la

continuità dei rimedi esperibili avverso i provvedimenti di rigetto della istanza di restituzione, non abbia alcuna razionalità sistematica, in special modo nei confronti del terzo proprietario del bene attinto da sequestro, il quale, non essendo parte del giudizio, non è legittimato ad impugnare la sentenza e, dunque, l'ordinanza di rigetto della istanza di dissequestro unitamente ad essa, secondo il paradigma di impugnazione differita descritto dall'art. 586 cod. proc. pen.

Di qui l'opzione ricostruttiva per cui l'ordinanza di rigetto del dissequestro sarebbe impugnabile esclusivamente ai sensi dell'art. 322-*bis* cod. proc. pen., benchè tale rimedio sia riferito espressamente alle ordinanze in materia di sequestro preventivo ed al decreto di revoca del sequestro emesso dal pubblico ministero.

L'ermeneusi proposta completa il parallelismo di disciplina tra la misura cautelare reale del sequestro preventivo e il mezzo di ricerca della prova del sequestro probatorio, la cui comune matrice – come rilevato, sia pure ad altri fini, da Sez. U, n. 40847 del 30/05/2019, Bellucci, Rv. 276690-01 - è “sintomatizzata” dalla identità del rimedio del riesame, esperibile avverso l'uno e l'altro vincolo reale.

In chiave sostanzialmente adesiva a tale arresto, Sez. 6, n. 3167 del 10/11/2021, dep. 2022, Sidoti, Rv. 282745-01, ha sostenuto che l'art. 322-*bis* cod. proc. pen. vada applicato per analogia in caso di rigetto dell'istanza di dissequestro proposta dall'imputato, stante l'identità di effetti (l'indisponibilità del bene coercito) che scaturiscono dal sequestro probatorio e da quello preventivo e non potendo condividersi l'assioma (espresso, tra le altre, da Sez. 6, n. 16801 del 24/03/2021, R., Rv. 281114-01) secondo il quale il sequestro preventivo comporterebbe un vincolo più penetrante ed incisivo di quello probatorio.

Di contro, secondo tale impostazione, sarebbe impraticabile il ricorso diretto per cassazione ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., in quanto limitato da tale norma alle sentenze, nonché ai provvedimenti incidenti sulla libertà personale.

3. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite: tutela del diritto di proprietà e limiti della interpretazione adeguatrice.

Le Sezioni Unite non hanno condiviso la tesi della immediata impugnabilità - con ricorso per cassazione ovvero con appello cautelare - dell'ordinanza del giudice dell'udienza preliminare che rigetti la richiesta di restituzione del bene sottoposto a sequestro probatorio.

La sentenza ha analizzato il tessuto normativo, con particolare riguardo al d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12, che ha significativamente modificato tanto la disciplina del sequestro probatorio, quanto quella del sequestro preventivo, laddove:

a) ha riservato al pubblico ministero, nel corso delle indagini preliminari, il potere decisorio pieno sulla richiesta di restituzione dei beni sottoposti a sequestro probatorio (art. 263, comma 4, cod. proc. pen.);

b) ha attribuito all'organo di accusa, *ex* art. 32, comma 3, cod. proc. pen., il compito di delibare la richiesta di revoca del sequestro preventivo provvedendo direttamente in caso di fondatezza della domanda oppure trasmettendola al giudice

in caso contrario, mutuando lo schema procedimentale previsto dall'art. 263, comma 4, nella versione antecedente alla sua modifica;

c) il controllo giurisdizionale sulle decisioni del pubblico ministero è assicurato, rispettivamente, dall'opposizione al giudice per le indagini preliminari, in caso di sequestro probatorio, e dall'appello al tribunale di cui all'art. 322-*bis* cod. proc. pen., in caso di sequestro preventivo;

d) avverso il provvedimento del giudice che decide sull'opposizione a norma dell'art. 263, comma 5, è ammesso ricorso per cassazione per tutti i motivi previsti dall'art. 606 cod. proc. pen.; avverso il provvedimento del giudice che rigetta o accoglie la domanda di revoca del sequestro preventivo è ammesso appello ai sensi dell'art. 322-*bis* cod. proc. pen.; il provvedimento del giudice dell'appello cautelare è a sua volta sindacabile in sede di legittimità per la sola violazione di legge (art. 325, comma 1, cod. proc. pen.).

Tanto precisato, ai fini della soluzione del contrasto, le Sezioni Unite hanno posto una premessa di carattere metodologico, con riferimento ai criteri che devono governare l'interpretazione delle norme giuridiche. Hanno evidenziato come, tanto l'interpretazione estensiva, quanto quella analogica, ancorché finalizzate alla garanzia dei diritti costituzionalmente protetti, non possano prescindere dalla lettera della legge, ostandovi il principio, pure munito di copertura costituzionale, della legalità processuale, sancito dall'art. 101, comma secondo, Cost.

Oltre a consacrare l'irrinunciabile presidio della indipendenza interna ed esterna dei giudici, l'art. 101 impone la necessaria «fedeltà del giudice al tenore letterale della disposizione normativa, quale canone fondamentale di interpretazione cui si deve attenere»; principio che costituisce, come già affermato da Sez. U, n. 11 del 19/05/1999, Tucci, Rv. 213494-01, non un mero criterio interpretativo della legge, «ma il limite di ogni altro criterio ermeneutico».

La primazia del criterio di interpretazione letterale ha trovato riconoscimento in altri arresti della Corte, nella sua massima espressione nomofilattica, che hanno fatto ricorso all'art. 12 delle preleggi, quale criterio risolutivo delle questioni rimesse a scrutinio (Sez. U, n. 38810 del 13/06/2022, Banadin, Rv. 283639-01; Sez. U, n. 1626 del 24/09/2020, dep. 2021, Bottari, Rv. 280167-01; Sez. U, n. 47970 del 20/07/2017, Rezmoves, Rv. 270953-01).

Parallelamente, anche le Sezioni Unite civili hanno consacrato il principio per cui l'interpretazione, ancorché adeguatrice rispetto ai canoni costituzionali e convenzionali, «deve muoversi nel rispetto delle potenzialità obiettive del dato testuale. Essa non può essere condotta oltre i limiti estremi segnati dall'univoco tenore della norma interpretata» (Sez. U civ., ord. n. 20661 del 01/10/2014). L'interpretazione giurisprudenziale non può che limitarsi a portare alla luce un significato precettivo [...] che è già interamente contenuto nel significante [...], ma essa non può eccedere «i limiti di tolleranza ed elasticità dell'nunciato», i quali segnano la distinzione dei piani sui quali operano, rispettivamente, il legislatore e il giudice; e la funzione di quest'ultimo deve ritenersi “dichiarativa”, non mai creativa (Sez. U civ., n. 24413 del 09/09/2021).

Dunque, se il dato testuale non lo consente nel senso così precisato, l'interpretazione volta a rendere la disciplina costituzionalmente conforme non può che cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (Corte cost. n. 232 del 2013; Corte cost. n. 78 del 2012; Corte cost. n. 26 del 2010; Corte cost. n. 219 del 2008).

Su tali presupposti logico-giuridici le Sezioni Unite in commento hanno ritenuto ostativo alla applicabilità in via estensiva o analogica dell'art. 322-*bis* cod. proc. pen. anzitutto il dato letterale, che riferisce espressamente l'appello cautelare alle ordinanze in materia di sequestro preventivo ed al decreto di revoca del sequestro emesso dal pubblico ministero; ma anche il dato storico sistematico, dal momento che il legislatore del 1991 – come sopra evidenziato - ha ridisegnato nello stesso tempo il procedimento per la restituzione delle cose sequestrate a fini probatori e i rimedi avverso le statuizioni in materia di sequestro preventivo, senza prevedere alcun meccanismo di controllo ulteriore e diverso da quello che già era previsto dall'art. 263 cod. proc. pen., con esclusivo riferimento alla fase delle indagini preliminari.

Ciò significa che l'interpretazione a favore della utilizzabilità di tale paradigma più che estensiva (o analogica) risulta essere *contra legem*.

In ogni caso, la tesi a favore della applicabilità dell'art. 322-*bis* cod. proc. pen. non è condivisa dalle Sezioni Unite neppure nei suoi fondamenti giustificativi, laddove teorizza l'identità degli effetti dei due tipi di sequestro, siccome entrambi limitativi del diritto di proprietà, a prescindere dalla causa (probatoria o cautelare) della misura, atteso che la causa del vincolo reale ha implicazioni notevoli sul regime processuale del provvedimento.

In ragione della diversità di finalità e presupposti, le due figure di sequestro sono difatti diversamente modellate, essendo escluso che le ordinanze in materia probatoria siano appellabili e, parimenti, che sia immediatamente ricorribile per cassazione il provvedimento che dispone il sequestro probatorio, diversamente da quello che applica la cautela reale.

La tesi della immediata ricorribilità per cassazione delle ordinanze del giudice dell'udienza preliminare in materia di sequestro probatorio è poi contrastata dall'inequivoco dato testuale degli artt. 568, comma 2 e 586, comma 3, cod. proc. pen., e non è giustificabile nemmeno ai sensi dell'art. 111, comma settimo, Cost., il quale garantisce il ricorso per cassazione avverso le sole sentenze e i provvedimenti che statuiscono sulla libertà personale.

Ancora, non è possibile traslare nel segmento dell'udienza preliminare il modulo decisorio previsto dall'art. 263 cod. proc. pen. per la fase investigativa, in quanto non vi sono ragioni di effettiva assimilazione tra le due situazioni.

Difatti: a) se l'udienza camerale di cui all'art. 127, comma 3, cod. proc. pen. può prescindere dalla presenza delle parti, non può prescindere l'udienza preliminare; b) se l'opposizione postula l'esistenza di un provvedimento ed introduce una impugnazione, con l'intervento del giudice in funzione di controllo dell'operato del pubblico ministero, *dominus* del procedimento in quella fase, l'ordinanza del giudice

dell'udienza preliminare è, invece, essa stessa decisoria dell'istanza di restituzione avanzata dall'interessato.

La tesi favorevole alla ricorribilità per cassazione dell'ordinanza *de qua vertitur* trova ulteriore argomento contrario nella considerazione che, a seguito di annullamento con rinvio, il procedimento, rimesso innanzi al medesimo giudice (*ex art. 623, lett. a, cod. proc. pen.*), potrebbe regredire ad una fase oramai definita, con la conseguenza che il giudice del rinvio verrebbe a decidere sulla base di un quadro probatorio che potrebbe essersi arricchito di ulteriori «evenienze [...] a lui ignote».

D'altra parte - osservano ancora le Sezioni Unite - le posizioni soggettive dell'indagato (ma anche del pubblico ministero) non sono sempre tutelabili attraverso l'immediata proposizione del ricorso per cassazione (in tal senso, si veda Sez. U, n. 17 del 06/11/1992, Bernini, Rv. 191787-01, in tema di inoppugnabilità dell'ordinanza del giudice per le indagini preliminari che decide sulla richiesta di proroga del termine per le indagini preliminari) specie quando, come nel presente caso, l'ordinamento processuale predisponga rimedi alternativi e differiti.

La tutela del diritto di proprietà – riconosciuto e garantito dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1, Prot. 1 CEDU, nonché dall' art. 17 della Carta di Nizza – pur dovendo essere effettiva, non implica la «garanzia di verifiche giurisdizionali di secondo livello».

L'art. 2, Prot. 7, Convenzione EDU attribuisce, difatti, il diritto alla impugnazione di pronunce di condanna per un fatto-reato, non in relazione ai beni sequestrati; ancora, l'art. 6 Convenzione EDU individua, quale condizione di equità processuale, il diritto di adire un giudice terzo, autonomo ed indipendente, ma non anche il diritto di impugnare le relative decisioni (Corte EDU, GC, 05/04/2018, Cubac Croazia; Corte EDU, Sez. 2, 05/05/2020, Madzarovic ed altri c. Montenegro; Corte EDU, Sez. 2, 11/01/2001, Platakou c. Grecia).

Quello che deve essere garantito è il diritto del titolare di tale situazione giuridica di ricorrere al giudice. Tale diritto, a fronte di un sequestro probatorio, è assicurato dalla proponibilità del riesame, anche nel merito, del decreto che dispone il sequestro (art. 257 cod. proc. pen.) o del decreto del pubblico ministero che convalida il sequestro operato di iniziativa dalla polizia giudiziaria (art. 355, comma 3, cod. proc. pen.) nonché dalla facoltà di impugnare, con ricorso per cassazione, il provvedimento del tribunale del riesame (art. 325, comma 1, cod. proc. pen.); successivamente (o anche in alternativa alla richiesta di riesame), il diritto di adire il giudice è assicurato dalla facoltà per l'interessato di reiterare la richiesta nel corso del giudizio di merito, sollecitando la verifica della persistente necessità di mantenere il sequestro a fini di prova *ex art. 262 cod. proc. pen.*

Da ultimo, la soluzione della inoppugnabilità, oltre ad essere conforme ai principi di tipicità/tassatività dei mezzi di impugnazione, evita un'ulteriore distonia di sistema: il rischio di conclusioni contrastanti circa l'utilità probatoria delle cose sequestrate è scongiurato privilegiando quella del giudice chiamato a pronunciarsi sulla regiudicanda e assicurando, al contempo, l'impugnazione “differita” dell'ordinanza insieme con la sentenza che definisce il grado del giudizio.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. U, n. 17 del 06/11/1992, Bernini, Rv. 191786/87;
- Sez. U, n. 47970 del 20/07/2017, Rezmoves, Rv. 270953-01;
- Sez. U, n. 1626 del 24/09/2020, dep. 2021, Bottari, Rv. 280167-01;
- Sez. U, n. 36959 del 24/06/2021, Ellade, Rv. 281848-01;
- Sez. U, n. 38810 del 13/06/2022, Banadin, Rv. 283639-01;
- Sez. U, n. 32938 del 19/01/2023, L., Rv. 284993-01;
- Sez. 2, 5163 del 30/09/1997, Pietrobono, Rv. 209017-01;
- Sez. 1, n. 12546 del 14/02/2002, Migliore, Rv. 221076-01;
- Sez. 5, n. 43282 del 17/10/2008, Vastola, Rv. 241727-01;
- Sez. 4, n. 32929 del 04/06/2009, Mariani, Rv. 244976-01;
- Sez. 5, n. 33695 del 18/06/2009, R.C., Basso, Rv. 244908-01;
- Sez. 2, n. 2282 del 14/10/2010, dep. 2011, Ori Giarola, Rv. 249486-01;
- Sez. 6, n. 18814 del 28/02/2013, Bertoncello, Rv. 256473-01;
- Sez. 3, n. 11489 del 22/01/2015, Gazzola, Rv. 262979-01;
- Sez. U, n. 40847 del 30/05/2019, Bellucci, Rv. 276690-01;
- Sez. 6, n. 46141 del 29/10/2019, Delli Carpini, Rv. 277389-01;
- Sez. 6, n. 16801 del 24/03/2021, R., Rv. 281114-01;
- Sez. I, n. 21356 del 01/04/2021, Kylemnyk, Rv. 281370-01;
- Sez. 6, n. 3167 del 10/11/2021, dep.2022, Sidoti, Rv. 282745-01;
- Sez. 5, n. 37145 del 24/05/2022, Rovagnati s.p.a., Rv. 283598-01.

CAPITOLO IV

NELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO L'OMESSA SUBORDINAZIONE DELLA PENA SOSPESA AGLI OBBLIGHI DI CUI ALL'ART. 165, COMMA QUINTO, COD. PEN. NON È PENA ILLEGALE

(di Valeria Bove)

SOMMARIO: 1. I principi affermati dalle Sezioni Unite. – 2. La questione rimessa e gli orientamenti in contrasto. – 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

1. I principi affermati dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, con la **sentenza n. 5352 del 28/09/2023 (dep. 06/02/2024), H.M.M.E., Rv. 285851-01**, hanno affermato il seguente principio di diritto, così massimato:

«La sentenza di patteggiamento con cui sia stata concessa la sospensione condizionale della pena non subordinata, come concordato tra le parti, agli obblighi di cui all'art. 165, quinto comma, cod. pen., necessariamente previsti in relazione ai reati ivi contemplati, non è ricorribile per cassazione, non determinando tale omissione un'ipotesi di illegalità della pena».

2. La questione rimessa e gli orientamenti in contrasto.

La questione di diritto è stata rimessa alle Sezioni Unite da **Sez. 3, ord. interl. n. 7239 del 26/01/2023** ed essa può così riassumersi:

«Se, con riguardo ad una sentenza di patteggiamento, sia ammissibile il ricorso per cassazione del pubblico ministero che censura la concessione della sospensione condizionale della pena concordata tra le parti, la quale non sia subordinata ad un obbligo previsto come condizione necessaria dalla legge per l'applicazione del beneficio, in particolare in relazione ai reati di cui all'art. 165, comma quinto, cod. pen.».

A seguito della rimessione, preso atto dell'esistenza e rilevanza ai fini della decisione del contrasto giurisprudenziale ravvisato dall'ordinanza di rimessione, il ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite penali, ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen., con fissazione dell'udienza del 28/09/2023 per la sua trattazione.

Un primo orientamento ritiene ammissibile il ricorso per cassazione proposto ai sensi dell'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen., avverso la sentenza di applicazione della pena che abbia omissa di subordinare la sospensione condizionale della pena – concordata tra le parti – a uno degli obblighi previsti come condizione necessaria per la sua applicazione, posto che anche gli istituti che incidono sulla concreta ed effettiva applicazione delle sanzioni sono riconducibili alla nozione di pena, sicchè l'omessa apposizione di condizioni previste come obbligatorie rende la pena illegale”.

Espressione di tale orientamento, Sez. 4, n. 5064 del 06/11/2018, dep. 2019, Bonomi, Rv. 275118-01 e Sez. 6, n. 17119 del 14/03/2019, P. – *rectius*: B. –, Rv. 275898-01 relative alla fattispecie di cui all'art. 165, comma secondo, cod. pen., decisioni, queste, che, nel ribadire che nella nozione di pena illegale rientrano tutti i

profili incidenti sul trattamento punitivo, e dunque anche quelli che, come la pena sospesa, ne sospendono l'applicazione, evidenziano che, diversamente opinando, non sussisterebbe alcun mezzo di impugnazione idoneo a rimuovere una statuizione illegittima, non essendo possibile ricorrere alla revoca in sede esecutiva (rimedio previsto solo con riferimento alla reiterazione del beneficio e all'inosservanza dei limiti di pena ai sensi dell'art. 164, comma quarto, cod. pen.). Nel medesimo senso, le Sezioni Unite segnalano anche Sez. 5, n. 49481 del 13/11/2019, PG in proc. F., Rv. 277520; Sez. 3, n. 8803 del 15/01/2020, Donato, non massimata sul punto; Sez. 2, n. 11611 del 27/01/2020, Serpillo, Rv. 278632-01; Sez. 1, n. 13034 del 5/03/2021, Seleno; **Sez. 5, n. 9951 del 15/11/2022, dep. 2023, Comito**, nonché Sez. 4, n. 47202 del 18/11/2022, Loi, Rv. 283925-01 e **Sez. 5, n. 27587 del 19/04/2023, PG in proc. P. (rectius: I), Rv. 284847-01**, quest'ultima segnalata per aver sottolineato la *ratio* e la funzione degli obblighi di cui all'art. 165 cod. pen., volti a prevenire il rischio di recidiva e a vincolare il giudice, in deroga alla discrezionalità riconosciutagli dal primo comma della medesima disposizione.

L'orientamento contrario è stato espresso, in consapevole dissenso, da Sez. 3, n. 35485 del 23/4/2021, P.G. in proc. T., Rv. 281945-01. Richiamando la nozione di pena illegale elaborata dalle Sezioni Unite, si sottolinea la differenza tra illegalità e mera illegittimità della pena e l'estraneità alla prima della sospensione condizionale della pena, di cui si valorizza la funzione non sanzionatoria, ma volta a promuovere un *bonum facere*.

Nel medesimo senso, Sez. 6, n. 18976 del 22/02/2022, Dibisceglia; Sez. 6, n. 35627 del 13/06/2022, PG in proc. Lena, Rv. 283732-01; Sez. 6, n. 29950 del 23/06/2022, PG in proc. Sotgiu, Rv. 283723-01; Sez. 6, n. 36772 del 12/09/2022, PG in proc. Amato, Rv. 283829-01 e **Sez. 6, n. 34404 del 10/07/2023, PG in proc. P.** che, nel rimarcare l'esigenza di non depotenziare la *ratio* selettiva dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., ribadiscono come la sospensione condizionale della pena costituisca una astensione a tempo dalla esecuzione della pena, che determina un meccanismo di paralisi (soltanto eventualmente temporanea) della pretesa punitiva, la quale, lungi dal condividere tutte le finalità della pena, persegue soltanto la prevenzione generale positiva, in funzione di potenziale recupero del condannato.

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite risolvono il contrasto sulla prima questione aderendo al secondo orientamento illustrato.

Per la soluzione della questione, il Supremo consesso parte dai limiti alla proposizione del ricorso per cassazione stabiliti dall'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., e dalla lettura che della disposizione ha, da ultimo, dato **Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino, Rv. 283886-01** nella parte in cui ne ha valorizzato la finalità deflattiva, garantita da un procedimento che assicura un più rapido passaggio in giudicato del provvedimento impugnato, in quanto fondato sul consenso dell'imputato. Nel caso di specie, osservano le Sezioni Unite, posto che il concordato di pena riguardava anche la sospensione condizionale, senza la

condizione prescritta dall'art. 165, comma quinto, cod. pen., il rimedio proponibile è appunto quello disciplinato dall'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., con i limiti che lo connotano.

Tanto chiarito, le Sezioni Unite si muovono in continuità con la nozione di “pena illegale”, elaborata nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Corte di legittimità.

Sez. U, n. 27107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857-01 e Sez. U, n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264205-01 hanno chiarito che pena illegale *ab origine* è quella che non corrisponde, per specie ovvero per quantità, sia in difetto che in eccesso, a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice; Sez. U, n. 47182 del 31/3/2022, Savini, Rv. 283818-01, hanno precisato che è illegale «solo la pena che non sia prevista, nel genere, nella specie o nella quantità, dall'ordinamento», in quanto ogni altra violazione delle regole che occorre applicare per la definizione della pena da infliggere integra un errato esercizio del potere commisurativo e dà luogo ad una pena che è illegittima ma non illegale; Sez. U, n. 38809 del 31/3/2022, Miraglia, Rv. 283689-01 hanno argomentato che la pena può essere considerata illegale solo quando non sia prevista dall'ordinamento, ovvero sia superiore o inferiore ai limiti edittali previsti dalla legge o sia più grave per genere e specie di quella individuata dal legislatore; Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino, Rv. 283886-01, nel premettere che la pena illegale è quella che si colloca al di fuori del sistema sanzionatorio, ha riaffermato i principi testé sinteticamente riportati, con riferimento alla pena applicata su richiesta delle parti.

Come per la pena illegale, la scelta della continuità ha riguardato anche la sospensione condizionale della pena, oggetto di numerosi interventi legislativi, tra cui quello operato dall'art. 6 legge 19 luglio 2019, n. 69 che, interpolando l'art. 165 cod. pen., ha introdotto il comma quinto, della cui violazione si duole il pubblico ministero ricorrente, prospettando come conseguenza l'illegalità della pena, e che, per il Supremo consesso, pur collocandosi nel solco del progressivo ampliamento degli obblighi al cui adempimento la sospensione condizionale della pena (può o) deve essere subordinata, non incide sulla natura e la funzione dell'istituto, che conserva, pur in presenza degli obblighi e delle prescrizioni, il suo carattere esterno alla pena.

Riprendendo Sez. U, n. 37503 del 23/06/2022, Liguori, Rv. 283577-02, si afferma che le questioni attinenti all'applicazione della sospensione condizionale della pena sono estranee alla nozione di pena e, nello specifico, a quella rilevante ai fini della verifica della sua “legalità” e, citando Corte cost.n. 295 del 1986 e ord. n. 296 del 2005, si sottolinea che il beneficio in questione configura una “astensione a tempo” dall'esecuzione della pena - già interamente e definitivamente determinata con la sentenza di condanna - che non ha effetti definitivi immediati sulla pena stessa, in quanto apre una vicenda che solo alla fine del termine indicato dall'art. 163 cod. pen. e solo se si avverino una serie di elementi positivi e negativi (decorso del tempo, adempimento degli obblighi eventuali, mancanza di revoca del

beneficio) conduce all'eventuale estinzione di alcuni effetti penali di cui all'art. 167 cod. pen.

Né, aggiungono le Sezioni Unite, il carattere afflittivo di alcuni di detti obblighi (quali quelli dell'art. 165, comma quinto, cod. pen.) consente di ascrivere la sospensione condizionale della pena tra le pene univocamente e tassativamente previste dall'art. 17 cod. pen., trattandosi non di sanzioni, ma di comportamenti imposti al condannato in funzione special-preventiva, strumentali al conseguimento dell'effetto estintivo.

Pur concorrendo alla esecuzione, o eseguibilità della pena, la sospensione condizionale è accessoria ad essa e ciò, unitamente a quanto in precedenza affermato, comporta l'impossibilità di qualificare "illegale", secondo il diritto vivente, una pena di cui sia stata accordata la sospensione condizionale, o che sia stata sospesa ma omettendo le prescrizioni o gli obblighi previsti come necessari.

Tali affermazioni non mutano alla luce della Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio U.E., relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, cui fa riferimento l'ordinanza di rimessione della Terza Sezione, posto che tanto il *Considerando 3*, che il *Considerando 8* incidono sulle modalità di esecuzione della pena e non sulla pena stessa e che tutti gli obiettivi e le definizioni mantengono ben distinte le pene inflitte, la loro sospensione condizionale e le misure a questa accessorie imposte con la sentenza di condanna, comprese le prescrizioni e gli obblighi che ad essa accedono.

In conclusione, nella nozione di "pena illegale" non sono ricompresi, secondo le Sezioni Unite, anche gli aspetti relativi alla sospensione condizionale della pena, riconosciuta in conformità all'accordo ma in violazione di legge, perché priva degli obblighi o delle prescrizioni previsti come necessari, ai sensi dell'art. 165, commi secondo, quarto, quinto e settimo, cod. pen., posto che la sospensione condizionale della pena è estranea alla nozione di pena e che la limitazione dei casi di impugnabilità delle sentenze di applicazione della pena prevista dall'art. 448, comma 2-*bis*, cod. pen. deve ritenersi costituzionalmente compatibile, frutto della discrezionalità riservata al legislatore, in ciò richiamando Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino, Rv. 283886-01. Ne consegue che «la preclusione alla proponibilità del ricorso per cassazione per questioni relative alla sospensione condizionale della pena, in quanto riconosciuta recependo il concordato di pena ma in violazione di legge, non determinando l'illegalità della pena, non può dirsi in contrasto con l'art. 24, comma primo, Cost. o con l'art. 111, comma settimo, Cost.».

Infine, tale conclusione – affermano le Sezioni Unite - non contrasta con gli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione di Istanbul del 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, posto che gli obiettivi della Convenzione, volti all'adozione di misure idonee ad incoraggiare comportamenti non violenti nelle relazioni interpersonali, sono stati realizzati proprio mediante l'inserimento dell'art. 165, comma quinto,

cod. pen. e i limiti di impugnabilità stabiliti dall'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., valevoli solo per la pena concordata tra le parti (e – come si ricava implicitamente dal testo della decisione - non anche per le sentenze di condanna, con la conseguenza che l'eventuale omissione della condizione cui va subordinata la sospensione condizionale può in tali casi essere fatta valere mediante l'impugnazione, secondo le regole generali) sono stati più volte ritenuti compatibili, oltre che con i principi costituzionali, anche con le previsioni della Convenzione.

Alla luce di tutte le esposte considerazioni, le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto espresso nella massima riportata in premessa, in applicazione del quale il ricorso del pubblico ministero è stato ritenuto inammissibile, in quanto proposto fuori dai casi previsti dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., non vertendosi in una ipotesi di pena illegale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. U, n. 27107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857-01;
Sez. U, n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264205-01;
Sez. 4, n. 5064 del 06/11/2018, dep. 2019, Bonomi, Rv. 275118-01;
Sez. 6, n. 17119 del 14/03/2019, P. – *rectius*: B. –, Rv. 275898-01;
Sez. 5, n. 49481 del 13/11/2019, PG in proc. F., Rv. 277520-01;
Sez. 3, n. 8803 del 15/01/2020, Donato, non mass. sul punto;
Sez. 2, n. 11611 del 27/01/2020, Serpillo, Rv. 278632-01;
Sez. 1, n. 13034 del 5/03/2021, Seleni;
Sez. 3, n. 35485 del 23/4/2021, P.G. in proc. T., Rv. 281945-01;
Sez. 6, n. 18976 del 22/2/2022, Dibisceglia;
Sez. U, n. 38809 del 31/3/2022, Miraglia, Rv. 283689-01;
Sez. U, n. 47182 del 31/3/2022, Savini, Rv. 283818-01;
Sez. 6, n. 35627 del 13/06/2022, PG in proc. Lena, Rv. 283732-01;
Sez. 6, n. 29950 del 23/06/2022, PG in proc. Sotgiu, Rv. 283723-01;
Sez. U, n. 37503 del 23/06/2022, Liguori, Rv. 283577-02;
Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino, Rv. 283886-01;
Sez. 6, n. 36772 del 12/09/2022, PG in proc. Amato, Rv. 283829-01;
Sez. 5, n. 9951 del 15/11/2022, dep. 2023, Comito, non mass.;
Sez. 4, n. 47202 del 18/11/2022, Loi, Rv. 283925-01;
Sez. 5, n. 27587 del 19/04/2023, PG in proc. P. (*rectius*: I), Rv. 284847-01;
Sez. 6, n. 34404 del 10/07/2023, PG in proc. P. non mass.;
Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, (dep. 2024), H.M.M.E., Rv. 285851-01.

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost., sent. n. 295 del 1986.

CAPITOLO V

IL DIVIETO DI “REFORMATIO IN PEIUS” E LE SUE DECLINAZIONI NEL PROCESSO PENALE

(di Maria Eugenia Oggero)

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza delle Sezioni unite sul tema del divieto, per il giudice di appello investito dell'impugnazione del solo imputato, di *reformatio in peius*. - 2. Il divieto di *reformatio in peius* e il giudizio di rinvio. - 3. Violazione del divieto di *reformatio in peius* e continuazione: le pene intermedie. - 4. Violazione del divieto di *reformatio in peius* e continuazione: la riqualificazione del reato più grave. - 4.1. Esclusione di circostanze aggravanti e riconoscimento di circostanze attenuanti. - 4.2. La riqualificazione del fatto e l'incidenza delle circostanze attenuanti già riconosciute in primo grado. - 5. Divieto di *reformatio in peius* e sospensione condizionale della pena. - 6. Altre decisioni più recenti in tema. - 7. Considerazioni conclusive.

1. La giurisprudenza delle Sezioni unite sul tema del divieto, per il giudice di appello investito dell'impugnazione del solo imputato, di *reformatio in peius*.

Nel corso del 2023, la Corte di cassazione ha emesso la sentenza della **Sez. 4, n. 13806 del 07/03/2023, Clemente, Rv. 284601-01**, con la quale è stato affermato il principio così massimato:

«Nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento della condanna per il solo reato più grave, il giudice del rinvio, nel determinare la pena per il reato residuo, meno grave, non è vincolato alla quantità di pena individuata quale aumento ai sensi dell'art. 81, comma secondo, cod. pen. ma, per la regola del divieto di “reformatio in peius”, non può irrogare una pena che, per specie e quantità, costituisca un aggravamento di quella individuata, nel giudizio precedente all'annullamento parziale, quale base per il computo degli aumenti a titolo di continuazione. (Nella specie la Corte ha ritenuto sussistente la violazione del divieto in un caso in cui il giudice del rinvio aveva aumentato la pena per il reato satellite determinandola in misura superiore a quanto disposto nel primo giudizio, pur irrogando una pena finale complessivamente inferiore).».

Tale pronuncia, sulla quale si tornerà nel prosieguo, suggerisce l'opportunità - per le implicazioni che ne scaturiscono - di un approfondimento sul tema del divieto di *reformatio in peius*, che, alla luce della giurisprudenza di legittimità, sembra avere assunto declinazioni varie e sfaccettature molteplici meritevoli di riflessione.

Il principio processuale, tradizionalmente evocato con l'espressione «divieto di *reformatio in peius*», già previsto nei codici del 1865 e del 1930, è stato recepito anche nel nuovo ordinamento processuale penale.

L'art.597 cod. proc. pen. ne ha addirittura ampliato il perimetro, nel dichiarato intento di porre rimedio ad orientamenti giurisprudenziali riluttanti a dare piena applicazione alla regola secondo la quale, nel caso di accoglimento dell'impugnazione del solo imputato, non può darsi un verdetto più rigoroso, per specie e quantità di pena, rispetto alla decisione impugnata.

Sotto il profilo delle conseguenze, non può negarsi che il divieto di *reformatio in peius* porti con sé l'indesiderato effetto di incentivare impugnazioni pretestuose

dell'imputato il quale, non rischiando un trattamento deteriore nel successivo grado di giudizio, potrebbe essere indirettamente sollecitato a proporre appelli dilatori.

Proprio al fine di scongiurare la possibile conseguenza cui si è fatto cenno, il legislatore predispose l'istituto dell'appello incidentale del pubblico ministero.

Con l'art. 4 del d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11 è stato tuttavia modificato l'art. 595 cod. proc. pen., per cui è oggi preclusa al pubblico ministero tale facoltà.

Se, da ultimo, questa è stata la scelta del legislatore, se ne deve fare discendere la tendenza ad accentuare il carattere di garanzia per l'imputato del giudizio di appello, in linea con la previsione dell'art. 2 Prot. 7 CEDU, contenente la previsione secondo la quale chi sia dichiarato colpevole di un reato, possa fare ricorso ad una giurisdizione superiore, di seconda istanza, preposta al riesame dell'affermazione di responsabilità pronunciata nei suoi confronti.

Fatte tali premesse, va fin d'ora detto che il susseguirsi di pronunce delle Sezioni Unite in materia di divieto di *reformatio in peius* rivela le difficoltà che si frappongono nel conferire una sistematizzazione organica al tema.

Pochi anni dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito - l'anno precedente, le Sez. U., n. 4460 del 19/01/1994, Cellerini, Rv. 196894-01 si erano pronunciate in ordine alla portata del principio, con riferimento al vecchio codice di rito - le Sezioni Unite, con la sentenza Sez. U, n. 5978 del 12/05/1995, P., Rv. 201034-01, fecero importanti precisazioni sul rapporto tra le disposizioni di cui al 3 e 4 comma dell'art. 597 cod. proc. pen.

Nel caso di specie, a fronte dell'impugnazione del solo imputato, in appello c'era stata assoluzione per taluni reati satellite ma, nel calcolare la pena, era stata fissata una pena base (per il reato più grave, invariato) più severa ed era quindi rimasta immutata la pena finale.

Le Sezioni Unite - cui la questione, oggetto di contrasto giurisprudenziale, era stata demandata - ravvisata la violazione del divieto di *reformatio in peius*, colsero l'occasione per dare un ordine esegetico, sulla base dei principi desumibili dalla disciplina processuale introdotta con il nuovo codice di procedura penale, alla portata e ai rapporti tra le varie disposizioni di cui all'art. 597 cod. proc. pen.

Osservarono che «...le due norme regolano aspetti diversi del giudizio di appello ma interagiscono, nel senso che il divieto della *reformatio in peius* ha una portata generale, al quale, nei casi previsti all'art. 597, comma 4, c.p.p., si aggiunge il dovere di diminuire la "pena complessiva irrogata" in misura corrispondente all'accoglimento dell'impugnazione. Diversamente dal divieto della *reformatio in peius*, che sorge "quando appellante è il solo imputato" (art. 597, comma 3, c.p.p.), il dovere di diminuire la pena, di cui all'art. 597, comma 4, c.p.p., esiste "in ogni caso", cioè quando, oltre all'imputato, è appellante il pubblico ministero, la cui impugnazione può avere effetti di aumento sugli elementi della pena ai quali si riferisce, ma non impedire le diminuzioni corrispondenti all'accoglimento dei motivi dell'imputato relativi a reati concorrenti o a circostanze. E' chiaro che a seconda dei casi (diverso ad esempio è il caso in cui viene escluso il reato più grave da quello in cui viene escluso uno dei reati satelliti) il giudice ha possibilità diverse di operare per diminuire la pena inflitta in rapporto ai capi o ai punti oggetto della decisione di annullamento, e a questo fine egli deve tenere conto anche dell'effetto devolutivo

dell'appello, sicchè non può intervenire su elementi di pena relativi a capi o a punti in nessun modo coinvolti nell'impugnazione...».

Le Sezioni Unite tracciarono così le coordinate entro le quali il giudice dell'appello avrebbe dovuto muoversi, nel rispetto, da un lato, del divieto di *reformatio in peius*, dall'altro, del principio devolutivo, cristallizzato al primo comma dell'art. 597 cod. proc. pen.

Ciò, dovendo altresì tenersi in conto che il perimetro cognitivo del giudice di appello è circoscritto ai punti della decisione cui si riferiscono i motivi di impugnazione.

In estrema sintesi, le affermazioni di rilievo furono le seguenti:

a) Il divieto di *reformatio in peius* è sancito all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., disposizione relativa all'ipotesi in cui l'appellante sia il *solo imputato*.

b) All'esito del giudizio di appello che accolga l'impugnazione dell'imputato, il giudice - oltre ad essere vincolato al rispetto del divieto di *reformatio in peius* in ordine ai punti concernenti i motivi proposti nell'impugnazione del solo imputato - ove abbia escluso uno o più reati concorrenti o circostanze (aggravanti), dovrà corrispondentemente diminuire, in ogni caso, la pena complessiva.

Le indicazioni fornite dalla Corte non sortirono, tuttavia, l'effetto auspicato.

Invero, si perpetuò, in giurisprudenza, una lettura *minimalista* del divieto, in adesione al cd. “criterio sintetico” della determinazione della pena che legittimerebbe l'esclusione dal divieto di *reformatio* delle singole componenti della pena medesima, appuntandosi soltanto sul risultato finale del calcolo sanzionatorio.

I successivi contrasti interpretativi resero così necessario un nuovo intervento nomofilattico del Massimo Consesso, questa volta investito dello specifico tema se dovesse ritenersi in violazione del divieto di *reformatio in peius* la decisione del giudice di appello che, sull'impugnazione del solo imputato, pur irrogando - in conseguenza dell'esclusione di una circostanza aggravante - una pena complessiva inferiore a quella inflitta in primo grado, abbia fissato una pena base più elevata di quella applicata nel precedente grado di giudizio.

Si tratta della decisione Sez. U, n. 40910 del 27/09/2005, William Morales, Rv. 232066-01, con la quale le Sezioni Unite affermarono il principio così massimato: «*Nel giudizio di appello, il divieto di reformatio in peius della sentenza impugnata dall'imputato non riguarda solo l'entità complessiva della pena, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione, per cui il giudice di appello, anche quando esclude una circostanza aggravante e per l'effetto irroga una sanzione inferiore a quella applicata in precedenza (art. 597 comma quarto cod. proc. pen.), non può fissare la pena base in misura superiore rispetto a quella determinata in primo grado.*».

Il caso oggetto di decisione afferiva ad una imputazione di violazione dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990: in appello, era stata esclusa l'aggravante dell'art. 80 del d.P.R. cit. ma, nel determinare la sanzione, la pena base (già stabilita, in primo grado, in anni 8 di reclusione e euro 30.000,00 di multa) era stata portata a 9 anni di reclusione, mentre era rimasta immutata l'entità della multa. Per effetto delle circostanze attenuanti generiche, precedentemente poste in equivalenza

all'aggravante esclusa in appello, la pena finale era risultata inferiore rispetto a quella irrogata in primo grado.

Nonostante l'avvenuta riduzione della pena finale, le Sezioni Unite ravvisarono la violazione del divieto di *reformatio in peius*, nel solco delle Sez. U, n. 5978 del 12/05/1995, P., cit., nella fissazione, da parte del giudice di appello, di una pena base più severa rispetto a quella stabilita nel giudizio di primo grado. E ciò, in ultima analisi, a detrimento dell'imputato, unico appellante.

Nel caso in cui il gravame sia interposto soltanto dall'imputato, il giudice di appello, oltre ai divieti di irrogazione una pena più grave, per specie o quantità, di una misura di sicurezza nuova o più grave, di proscioglimento con una formula meno favorevole, ovvero di revoca dei benefici già concessi, può dare al fatto - lasciando però invariata la sanzione - una qualificazione giuridica più grave, entro il limite di competenza del giudice di primo grado.

Operazione che costituisce espressione del principio *iura novit curia*.

Le Sezioni Unite osservarono che la disciplina introdotta nel 1988, oltre ad avere rafforzato la portata del divieto di *reformatio in peius*, aveva altresì espressamente previsto, con l'art. 597, comma 3, cod. proc. pen. che, ove sia accolto l'appello dell'imputato in ordine a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione, la pena *complessiva* debba essere *corrispondentemente* diminuita.

Tale previsione avrebbe dovuto ovviare ad orientamenti, sviluppatosi sotto il precedente codice, che non ravvisavano la violazione del divieto laddove, nonostante l'esclusione di un'aggravante o di un reato concorrente, il giudice di appello avesse confermato la pena irrogata in primo grado.

Il punto saliente, sottolineò la Corte, riguarda la portata dell'avverbio *corrispondentemente*.

In talune sentenze, esso viene inteso quale divieto di aggravamento della pena, a fronte del gravame del solo imputato.

Per altre letture giurisprudenziali, esso comporterebbe il dovere del giudice di appello di rivedere soltanto la pena finale irrogata all'imputato; secondo un terzo orientamento, infine, il divieto *de quo* imporrebbe di rivalutare, in senso favorevole all'imputato, anche le varie componenti della pena che confluiscono in quella complessiva (criterio cd. "analitico" della sanzione).

E, secondo questa lettura, la rivisitazione, *in melius*, del trattamento sanzionatorio andrebbe compiuto sia con riferimento ad aumenti o riduzioni per effetto delle circostanze, sia con riguardo agli aumenti relativi al riconoscimento della continuazione, con il conseguente obbligo di ridurre la pena complessiva - soltanto così, riceverebbe corretta applicazione la disposizione che prevede che "*la pena complessiva irrogata è corrispondentemente diminuita*" -, in caso di accoglimento dell'appello in ordine alle circostanze o al concorso di reati.

Ne deriverebbe il conseguente, intuitivo divieto di elevare la pena anche per i singoli elementi che ne determinano la risultante, essendo irrilevante, nella prospettiva del rispetto del divieto di *reformatio in peius*, che sia semplicemente irrogata una pena finale meno rigorosa.

Se la sentenza William Morales riguarda la specifica ipotesi di esclusione di un'aggravante e di fissazione di una pena base più severa di quella fissata nel giudizio di primo grado, essa afferma, tuttavia, un principio più generale, afferente pure all'ipotesi di reato continuato, in linea con la lettera dell'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. che fa espressa menzione anche dei reati unificati nella continuazione.

Neppure tale pronuncia si rivelò decisiva a superare le incertezze interpretative, a ben vedere connesse alle svariate declinazioni prasseologiche assunte dal principio in sede giurisprudenziale.

Chiamate nuovamente a dirimere il contrasto insorto in ordine agli effetti dell'accoglimento dell'impugnazione del solo imputato in ordine alla insussistenza di circostanze aggravanti ovvero alla configurabilità di attenuanti, con la sentenza n. 33742 del 18/04/2013, Papola, Rv. 255660-01 le Sezioni unite affermarono che «*Il giudice di appello, dopo avere escluso una circostanza aggravante o riconosciuto un'ulteriore circostanza attenuante in accoglimento dei motivi proposti dall'imputato, può, senza incorrere nel divieto di “reformatio in peius”, confermare la pena applicata in primo grado, ribadendo il giudizio di equivalenza tra le circostanze, purchè questo sia accompagnato da adeguata motivazione*».

Secondo l'enunciato, non necessariamente la Corte di appello che, in accoglimento dell'impugnazione interposta soltanto dall'imputato, escluda un'aggravante o riconosca un'attenuante sarà tenuta a ridurre la pena irrogata in primo grado, a patto di corredare di un'adeguata motivazione il confermato giudizio di comparazione tra le circostanze medesime.

La decisione, pur nella dichiarata adesione ai principi enunciati dalla sentenza William Morales, concreta un *révirement* rispetto al precedente, finendo per scalfire anche il nucleo minimo del divieto di *reformatio in peius*.

Sol si consideri che, nel caso di riconoscimento di una attenuante ovvero dell'esclusione di un'aggravante, in concorso con altre circostanze, neppure la pena *complessivamente irrogata* deve essere diminuita.

Questa linea interpretativa, ad avviso delle Sezioni Unite, riposa sull'esistenza di un perimetro di discrezionalità che consente al giudice del gravame di rimodulare il giudizio di comparazione tra circostanze - anche con esito non favorevole all'imputato, unico appellante - laddove, in seno a tale compendio, faccia ingresso una nuova attenuante ovvero sia stata esclusa una circostanza aggravante.

In tale prospettiva, spetta al giudice il potere di rivalutare *ex novo* l'esito del giudizio di bilanciamento e anche di ribadire, dunque, l'esito sanzionatorio fissato dal giudice di primo grado.

Nel caso, si controverteva dell'esclusione dell'aggravante dell'ingente quantità, ritenuta in primo grado, relativamente al reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 ma la peculiarità della fattispecie atteneva alla compresenza della recidiva e delle attenuanti generiche: si trattava, dunque, di rivalutare il giudizio di comparazione tra circostanze.

Orbene, nonostante l'avvenuta esclusione, in appello, dell'aggravante dell'ingente quantità, il giudice confermò il giudizio di equivalenza tra le residue circostanze per cui restò invariata la pena irrogata in primo grado.

La Corte affermò che l'operazione compiuta dal giudice di appello era legittima e non integrava la violazione del divieto di *reformatio in peius*, assumendo l'inoperatività, rispetto al giudizio di comparazione tra circostanze, della disposizione di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., che riguarderebbe «...ipotesi interessate da un metodo di calcolo comportante mere operazioni di aggiunta od eliminazione di entità autonoma di pena rispetto alla pena-base, senza accenno alcuno ad ipotesi implicanti un giudizio di comparazione».

È stato in proposito osservato che, così ragionando, finirebbe per circoscriversi, a detrimento dell'imputato, la portata della disposizione la quale prescrive, in caso, tra l'altro, di esclusione di una circostanza aggravante, la corrispondente riduzione della pena, con una previsione tesa ad imporre l'eliminazione della porzione di aggravamento sanzionatorio determinato dal (precedente e superato) riconoscimento di una certa aggravante o dalla successiva applicazione di una attenuante.

Certo, può dubitarsi che sia idoneo rimedio al descritto effetto distorsivo la *sufficiente motivazione* prescritta dalle Sezioni Unite.

Pare, in proposito, insuperabile l'evidenza *aritmetica* che si frapporrebbe a lasciare immutata la pena, laddove il giudice abbia escluso un'aggravante, già ritenuta in primo grado, oppure abbia ravvisato la sussistenza di una nuova circostanza attenuante, immutandosi, di conseguenza, i termini del giudizio di bilanciamento.

E, viene fatto di osservare con riferimento all'asserita specificità del giudizio di bilanciamento tra circostanze che, secondo la sentenza *Papola*, giustificherebbe la differente soluzione rispetto al caso in cui si tratti di riconoscimento di un'attenuante o di esclusione di un'aggravante, non poste in comparazione ai sensi dell'art. 69 cod. pen., che la disposizione di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., si limita a fare menzione dell'*accoglimento dell'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti*.

Sembra pertanto innegabile che detto esito, favorevole all'imputato unico appellante, vada ad iscriversi nell'ambito del giudizio di comparazione tra circostanze, evenienza che, implicitamente, pare essere ricompresa nella disciplina legislativa.

Sotto il profilo sistematico, la lettura prospettata dalle Sezioni Unite risulterebbe pure incoerente con la vigente disciplina dell'appello che prevede la facoltà del giudice di concedere *ex officio* - in deroga al principio devolutivo - una o più circostanze attenuanti, conseguentemente riducendo la pena del primo grado.

Il cammino del divieto di *reformatio in peius* doveva evidentemente incontrare ulteriori asperità se, a distanza di un anno soltanto, il Supremo Consesso si vide costretto ad un nuovo pronunciamento.

Con la decisione Sez. U., n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258653-01, venne affermato il principio così massimato: «Non viola il divieto di *reformatio in peius*

previsto dall'art. 597 cod. proc. pen. il giudice dell'impugnazione che, quando muta la struttura del reato continuato (come avviene se la regiudicanda satellite diventa quella più grave o cambia la qualificazione giuridica di quest'ultima) apporta per uno dei fatti unificati dall'identità di disegno criminoso un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore».

Il caso sottoposto alla Corte riguardava la parziale riforma, in sede di appello interposto dal solo imputato, della condanna per una serie di reati e, all'esito del secondo grado, era stata individuata, quale violazione più grave, la violenza sessuale, in continuazione con la quale erano stati posti una serie di reati di concussione, insieme ad altri, meno gravi, episodi di violenza sessuale.

La sentenza fu annullata dalla Corte di cassazione, limitatamente al profilo relativo alla individuazione del reato più grave.

Nel giudizio di rinvio che ne seguì, il giudice di appello confermò la stessa pena, giungendo a tale risultato mediante una minore riduzione per effetto delle circostanze attenuanti generiche e con un maggiore aumento di pena a titolo di continuazione.

Questa volta, impegnata a declinare il divieto sul terreno del reato continuato, la Corte, pur dichiarando formale adesione ai criteri consacrati nella sentenza William Morales, ha statuito che, laddove sia individuato un diverso reato, quale violazione più grave, è legittimo apportare per i reati satellite aumenti più consistenti, a patto di non irrogare una pena complessivamente maggiore.

Le Sezioni Unite fanno ricorso al concetto di “novazione strutturale” cui darebbero origine sia il mutamento dei termini di raffronto, sia l'ordine di sequenza tra i reati avvinti nella continuazione, così che l'unico limite del giudice di appello si appunta sul non oltrepassare la pena finale stabilita in primo grado.

La Corte si pone il problema della coerenza con la sentenza William Morales di cui circoscrive la portata, così giustificando la presa di distanza dal relativo *dictum*, ai casi in cui il giudice di appello, anche in sede di rinvio, sia chiamato a giudicare della stessa sequenza di reati avvinti nella continuazione.

In conclusione, nell'ipotesi di *dissoluzione* della sequenza sanzionatoria e dei relativi parametri di commisurazione, per effetto dell'individuazione, quale violazione più grave, di un diverso reato, la corte di appello ha facoltà di rideterminare la pena per la nuova violazione più grave (mutata, per l'appunto), senza dovere tenere conto di quella in precedenza irrogata.

Ne deriva che, pur ove l'appello proposto dal solo imputato sia stato, *in parte qua*, accolto, non ne conseguirebbe alcuna modifica migliorativa della sanzione irrogata in secondo grado.

Sembra invece accogliere la più ampia nozione del divieto di *reformatio in peius*, in continuità rispetto alle decisioni Sez. U., n. 5978 del 12/05/1995, P., Rv. 201034-01 e Sez. U., n. 40910 del 27/09/2005, William Morales, Rv. 232065-01, la sentenza Sez. U., n. 7578 del 17/12/2020 (dep. 2021), Acquistapace, Rv. 280539-01, la quale ripropone una esegesi delle disposizioni processuali in coerenza al criterio analitico della pena.

Secondo il principio estratto in massima «*Il giudice di appello, investito dell'impugnazione del solo imputato che, giudicato con il rito abbreviato per un reato contravvenzionale, lamenti l'illegittima riduzione della pena ai sensi dell'art. 442 cod. proc. pen. nella misura di un terzo anziché della metà, deve applicare detta diminuzione nella misura di legge, pur quando la pena irrogata dal giudice di primo grado sia inferiore al minimo edittale e, dunque, di favore per l'imputato. (In motivazione, la Corte ha chiarito che l'accoglimento dell'impugnazione del solo imputato in ordine ad una delle componenti del trattamento sanzionatorio non può essere neutralizzato da improprie forme di "compensazione" con altro punto ad esso inerente, quale l'erronea individuazione della pena in violazione dei minimi edittali, non devoluto alla cognizione del giudice).*».

Il contrasto giurisprudenziale riguardava la questione se, a fronte dell'appello del solo imputato che lamentava l'inosservanza dell'art. 442 cod. proc. pen., al giudice fosse consentito, rilevata l'irrogazione, in primo grado, di una pena inferiore al minimo edittale (perciò illegale), vantaggiosa per l'imputato e in difetto di impugnazione del pubblico ministero, rivedere, in senso peggiorativo per l'imputato medesimo, la pena illegale.

In motivazione, viene richiamato il divieto di *reformatio in peius* consacrato all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. ma, altresì, il principio devolutivo di cui all'art. 597, comma 1, cod. proc. pen., di cui le Sezioni Unite rammentano l'ampiezza rispetto ai punti della decisione cui i motivi si riferiscono, come enuncia l'art. 597, comma 1, cod. proc. pen.

E, di conseguenza, laddove l'impugnazione abbia riguardato esclusivamente il tema dell'erronea riduzione (1/3, anziché 1/2, per le contravvenzioni) della pena irrogata, il giudice non potrà che operare la corretta e obbligatoria riduzione, *in favor*, ex art. 442, comma 2, cod. proc. pen. a prescindere dall'essere stata inflitta all'imputato una pena illegale, a lui favorevole.

Per inciso, va detto che uno dei possibili effetti distorsivi del divieto di *reformatio in peius* consiste proprio nell'impossibilità, ove non sia stata interposta impugnazione della pubblica accusa, sia di emendare di ufficio l'inflizione di pene illegali, sia di rivalutare il trattamento sanzionatorio, anche ove esso risulti non proporzionato al fatto di reato, come riqualificato *in peius* ai sensi del comma 3 dell'art. 597 cod. proc. pen.

Un *fil rouge* corre tra la decisione in commento e le precedenti sentenze del 1995 e del 2005, di cui viene fatto espressamente richiamo, laddove viene precisato che «*E' quindi possibile ritenere che l'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., comprenda anche una componente sostanzialmente rafforzativa e additiva rispetto al divieto di modifica della pena in senso peggiorativo per l'imputato, sancito dal comma 3*».

Particolarmente densa di implicazioni altresì risulta l'affermazione delle Sezioni Unite, secondo cui «*...l'accoglimento di censure validamente proposte mediante l'atto di impugnazione dell'imputato che lamenti l'inosservanza e la violazione di legge in ordine a una delle componenti del trattamento sanzionatorio (nel caso in esame la corretta entità della riduzione per il rito prevista dal reato contravvenzionale) non può essere neutralizzato da improprie forme di "compensazione" con altro punto ad esso inerente, quale l'erronea individuazione della pena in violazione dei minimi edittali, non devoluto alla cognizione del giudice. In tale modo, infatti, oltre*

a violare le previsioni contenute nell'art. 597, commi 1 e 3, cod. proc. pen., si vanificherebbe l'effettività del diritto di difesa, che postula non solo l'accesso al mezzo di impugnazione, ma anche, a fronte di un motivo fondato ritualmente prospettato, un provvedimento giudiziale che offra reale risposta e concreto rimedio al vizio dedotto».

Si coglie la preoccupazione di dare seguito ed attuazione all'intenzione del legislatore, evitando interpretazioni *minimaliste* del dato normativo, in nome delle quali una parte della giurisprudenza è incline ad ammettere aggravamenti sanzionatori *parziali*, pur se correlati ad una riduzione finale della pena.

Tanto che, come osservato in dottrina, «*In questa prospettiva, il perno decisionale richiama anzitutto i rapporti tra le disposizioni dei commi 3 e 4 dell'art. 597 c.p.p., attraverso gli esiti già fotografati in altre decisioni del giudice di legittimità. Stante l'impossibilità di una diretta incidenza del comma 4 citato – per i limiti testuali che non ne consentono un influsso diretto sulla tematica della diminuzione del rito – la norma viene qui evocata per la vis espansiva della ratio implicata e per la convergenza biunivoca, unitamente al comma 3, verso un sistema ordinato e logicamente orientato. In primo luogo, si assevera con forza che, nei casi previsti dall'art. 597, comma 4, c.p.p. (accoglimento dell'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti), il giudice, oltre ad essere vincolato dal divieto della reformatio in peius posto dal terzo comma, ha in ogni caso il dovere di diminuire la pena complessivamente irrogata in misura corrispondente all'accoglimento dell'impugnazione, ciò anche quando sia appellante il pubblico ministero, il cui gravame potrebbe avere effetti di aumento sugli elementi della pena ai quali si riferisce, ma non precludere le diminuzioni corrispondenti all'accoglimento dei motivi dell'imputato. In secondo luogo, si richiama il divieto di irrogazione, da parte del giudice di appello, di una pena più grave in mancanza di impugnazione dell'organo di accusa; da ultimo, si rimarca la doverosità della diminuzione della pena nelle ipotesi indicate. la sentenza sembra aderire, in parte qua, all'indirizzo secondo cui, nel giudizio di appello, il divieto di reformatio in peius della sentenza impugnata dall'imputato non deve riguardare solo l'entità complessiva della pena, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione, per cui il giudice di appello, anche quando esclude una circostanza aggravante e per l'effetto irroga una sanzione inferiore a quella applicata in precedenza, non può fissare la pena base in misura superiore rispetto a quella determinata in primo grado. Un approdo, questo, tutt'altro che scontato ove si consideri che si è al cospetto del cuore delle problematiche che si agitano sullo sfondo del divieto di reformatio in peius.....in diretto rapporto con il diritto di difesa, di cui la facoltà di proporre impugnazione è espressione.».*

2. Il divieto di *reformatio in peius* e il giudizio di rinvio.

Le specificità del giudizio di rinvio, ove esso segua all'annullamento della sentenza per nullità dell'atto introduttivo ovvero per altra nullità assoluta a regime intermedio (non sanata), giustificano l'esclusione dell'operatività del divieto di *reformatio in peius*.

Si tratta del principio affermato da Sez. U., n. 17050 del 11/04/2016, Maddaloni, Rv. 233729-01, così massimato «*Il divieto di infliggere una pena più grave, di cui all'art. 597, comma terzo, cod. proc. pen., non opera nel nuovo giudizio conseguente all'annullamento della sentenza di primo grado - impugnata dal solo imputato - disposto dal giudice di appello o dalla Corte di cassazione per nullità dell'atto introduttivo ovvero per altra*

nullità assoluta o di carattere intermedio non sanata. (Nella specie si è ritenuto che il divieto di “reformatio in peius” non possa trovare applicazione a seguito dell’annullamento della precedente condanna ai sensi dell’art. 604, comma quarto, cod. proc. pen.)».

Secondo le Sezioni Unite, in tale ipotesi, sussiste la possibilità, per il giudice di appello in sede di rinvio (ovvero per il giudice di primo grado, ove il vizio si sia verificato in tale grado), di un aggravamento del trattamento sanzionatorio: e ciò, sul rilievo che il concetto di *reformatio in peius* postula l’esistenza di un *tertium comparationis*, cioè che esista una precedente sentenza validamente pronunciata cui comparare l’esito del nuovo giudizio, presupposto che viene a mancare nel caso di sua integrale cancellazione in quanto sia stata emessa all’esito di un giudizio nullo, e perciò privo di effetti.

In disparte tale peculiare evenienza, il divieto di *reformatio in peius* opera, di regola, anche nel giudizio di rinvio.

La decisione di cui si è fatto cenno in apertura, Sez. 4, n. 13806 del 2023, cit. sembra riconnettersi alla più ampia lettura conferita alla violazione del divieto di *reformatio in peius*.

Se, in giurisprudenza, pare esservi convergenza sul fatto che il divieto osti all’inflizione di una sanzione finale uguale o superiore a quella irrogata in primo grado, laddove sia stato accolto l’appello proposto dal solo imputato, non risulta altrettanto pacifico, come si è rilevato, che il principio riguardi anche i segmenti sanzionatori intermedi.

La questione sottoposta, nel caso, alla Corte riguardava una sequenza processuale piuttosto articolata: in primo grado, l’imputato era stato condannato per alcuni episodi di cui all’art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 alla pena di tre anni di reclusione e euro 4.000 di multa ed era stato assolto da altre condotte contestate ai sensi dell’art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990.

A seguito della prima impugnazione interposta sia dall’imputato, sia dal pubblico ministero, il giudice di appello aveva riqualificato le condotte, già ritenute quali violazioni dell’art. 73, comma 5, nella più grave ipotesi di cui all’art. 73, commi 1 e 6, d.P.R. n. 309 del 1990 e aveva altresì condannato per i reati per cui in primo grado era stata pronunciata assoluzione, così irrogando la reclusione di cinque anni e euro 18.000 di multa.

Proposto ricorso per cassazione dall’imputato, la sentenza di appello era stata annullata, *in parte qua*, in ordine alla sussistenza della circostanza aggravante di cui all’art. 73, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990: nel giudizio di rinvio, correttamente esclusa l’aggravante, la pena era stata rideterminata in misura inferiore ma, in violazione del divieto di *reformatio in peius*, invariata la pena base (ed escluso l’aumento per la circostanza aggravante non sussistente), era stato apportato, a titolo di continuazione, l’aumento complessivo di due anni di reclusione ed € 3000,00 di multa, maggiore di quello precedente di un anno e sei mesi di reclusione ed euro 1.000,00 di multa.

La Corte, investita nuovamente del processo, ha ravvisato la violazione del divieto di *reformatio in peius*, aderendo all’orientamento (Sez. 3, n. 16995 del 28/01/2022, Somma, Rv. 283113-01, Sez. 2, n. 34837 del 06/05/2016, Savarese,

Rv. 267853-01, Sez. 3, n. 17113 del 16/12/2014, dep. 2015, C., Rv. 263387-01, Sez. 5, n. 41188 del 10/07/2014, Zavanese, Rv. 261035-01) secondo il quale il giudice di appello, investito di impugnazione del solo imputato, in caso di assoluzione parziale o di esclusione di una circostanza aggravante, oltre a ridurre la pena finale, è altresì tenuto a non aggravare la pena già irrogata per ciascun reato satellite.

Con specifico riferimento all'ipotesi di annullamento con rinvio della sentenza in relazione al reato più grave, la Corte afferma l'impossibilità, pena la violazione del divieto di *reformatio in peius*, di irrogare una pena (per specie e quantità) più rigorosa di quella stabilita, nel precedente grado di appello, a titolo di aumento per la continuazione, richiamando, a sostegno, Sez. 6, n. 4162 del 2013, Ancona, Rv. 254263-01, Sez. 5, n. 22134 del 19/05/2005, Buonomo, Rv. 232153-01, Sez. 3, n. 36234 del 18/11/2020, El Boussettaoui, non mass.

E ciò, sul rilievo che, nonostante la modifica apportata alla qualificazione del reato più grave, la struttura del reato continuato non viene a mutare, non potendo essere quindi applicato un aumento di pena maggiore per ciascuno dei reati commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso.

Tale ultima considerazione, sembra in linea con il principio, espresso da Sez. U C., cit. per cui soltanto la novazione strutturale del reato continuato, conseguita all'individuazione, in appello, del reato più grave in modo difforme da quanto era avvenuto in primo grado, consentirebbe di apportare aumenti più elevati per i reati satellite.

In sostanza, la Corte precisa che, nel caso di specie, rimasto immutato il reato più grave, essendo stata semplicemente esclusa l'aggravante precedentemente ravvisata, il giudice di appello avrebbe dovuto attenersi, nell'aumentare la pena per ciascuno degli invariati reati satellite, alla misura in precedenza osservata.

Sempre in relazione all'ipotesi di annullamento con rinvio della sentenza di appello, Sez. 2, n. 2592 del 09/12/2022, Lo Presti, Rv. 284301-01, ha statuito che: «*Nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento della condanna per il solo reato più grave, il giudice di rinvio, nel determinare la pena per il reato residuo, meno grave, non è vincolato alla quantità di pena già individuata quale aumento ex art. 81, comma secondo, cod. pen., ma, per la regola del divieto di reformatio in peius, non può irrogare una pena che, per specie e quantità, costituisca un aggravamento di quella individuata, nel giudizio precedente all'annullamento parziale, quale base per il computo degli aumenti a titolo di continuazione. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso la violazione del divieto in un caso in cui il giudice di rinvio aveva aumentato la pena per il reato satellite, determinandola però in misura eguale alla pena base per il reato più grave, dichiarato estinto pe prescrizione).*».

La specificità del caso appare legata al fatto che, mutando l'individuazione del reato più grave - nella specie, quello che, in precedenza, rivestiva tale ruolo si era estinto per prescrizione - non si è ritenuto che il giudice fosse vincolato all'entità di pena fissata in precedenza quale aumento in continuazione per quello che era un reato satellite.

Appare d'interesse, per avere esplicitamente affrontato il tema dei rapporti tra divieto di *reformatio in peius* ed il vincolo derivante dal giudicato parziale ai sensi degli artt. 624, comma 1 e 627, comma 2, cod. proc. pen., **Sez. 6, n. 16676 del**

30/03/2023, Mencaroni, Rv. 284591-01, la quale afferma che *«In caso di annullamento parziale della sentenza di condanna, disposto per omessa valutazione del motivo sulla concedibilità delle circostanze attenuanti generiche, il potere del giudice di rinvio di rivalutare la pena incontra una duplice limitazione: la prima, risultante dal divieto di reformatio in peius, che costituisce un principio generale nella disciplina delle impugnazioni, applicabile anche al giudizio rescissorio e che, nel caso di gravame del solo imputato, non consente di superare la misura complessiva della pena già irrogata, e la seconda derivante dal giudicato parziale formatosi, ai sensi degli artt. 624, comma 1, e 627, comma 2, cod. proc. pen., sulla misura della pena base, che non può essere mutata.»*

La Corte, in motivazione, ha precisato che *«L'annullamento parziale della sentenza di condanna, limitatamente alla concedibilità di una circostanza attenuante, implica, la formazione del giudicato relativamente alla parte della sentenza che concerne la pena base per il reato ritenuto più grave, in quanto quest'ultima non ha connessione essenziale con la parte oggetto dell'annullamento, sicché nel giudizio di rinvio è preclusa la possibilità di procedere alla rideterminazione di essa (Sez. 2, n. 37689 del 08/07/2014, Dori, Rv. 260327-01, fattispecie in cui la Corte ha annullato la sentenza del giudice di appello che, in sede di rinvio, non si era limitato ad applicare la diminuzione per una circostanza attenuante ma era intervenuto anche sulla rimodulazione della pena base su cui già si era formato il giudicato).»*

La pronuncia evoca la necessità di coniugare i due menzionati principi, in uno con l'ulteriore profilo, connesso alla formazione del giudicato parziale, dello spazio cognitivo proprio del giudizio di appello, correlato ai punti della decisione cui afferisce il motivo proposto, *ex art. 597, comma 1, cod. proc. pen.*

Ancora, in contrapposizione reciproca si pongono, sempre per quanto riguarda le implicazioni insorte nel giudizio di rinvio, Sez. 5, n. 51615 del 17/10/2017, Pala, Rv. 271604-01 e, della stessa Sez. 5, la decisione n. 44088 del 09/05/2019, Dzemaili, Rv. 277845-01.

La prima, recita in massima che: *«Non viola il divieto di "reformatio in peius" il giudice d'appello che, nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento della Corte di Cassazione per la rideterminazione della pena del reato continuato, conseguente alla prescrizione di alcuni reati posti in continuazione, non riduce la pena complessivamente inflitta, se questa sia stata illegalmente determinata a vantaggio dell'imputato in misura inferiore al minimo edittale.»*

Il *dictum* di Sez U *Acquistapace* era ancora a venire, va precisato, in quanto pare che esso avrebbe potuto giocare un ruolo nell'ottica di una diversa conclusione da parte del Collegio.

La seconda, più recente, afferma che *«In tema di determinazione della pena nel reato continuato, è illegittima la decisione del giudice d'appello che, qualora la pena relativa al reato più grave sia stata determinata dal giudice di primo grado in misura inferiore al minimo edittale, nel caso di impugnazione proposta dal solo imputato, nel dichiarare l'estinzione per prescrizione dei reati satellite posti in continuazione, confermi la pena complessiva irrogata dal giudice di primo grado, senza decurtarla degli aumenti correlati ai reati estinti. (In motivazione, la Corte ha chiarito che i reati satellite conservano autonomia in vista della presa d'atto di eventuali cause di estinzione e che la mancata decurtazione della pena complessiva significa "omettere le implicazioni immediate di una decisione, "in parte qua", comunque liberatoria").»*

Il caso oggetto di quest’ultima decisione riguardava il delitto di cui agli artt. 624-*bis* e 625, primo comma, n. 2 cod. pen, nonché due illeciti contravvenzionali (art. 4 della legge n. 110/1975 e art. 707 cod. pen), in relazione ai quali la corte di appello aveva dichiarato l’intervenuta prescrizione, confermando (invece di ridurre) la pena, sul rilievo che, in primo grado, era stata irrogata in misura inferiore al minimo legale.

Rammentando il «*consolidato indirizzo secondo cui «il giudice dell’impugnazione, in mancanza di uno specifico motivo di gravame da parte del pubblico ministero, non può modificare la sentenza che abbia inflitto una pena illegale di maggior favore per il reo» (Cass., Sez. III, n. 34139 del 07/06/2018, Xbixba, Rv.273677)*», la Corte ha concluso venisse in gioco il divieto di *reformatio in peius*, argomentando circa il fatto che il descritto approdo ermeneutico sarebbe legato alla particolare natura della continuazione.

In proposito, richiamando la giurisprudenza delle Sezioni Unite sul reato continuato, il Collegio osserva, con riferimento all’avvenuta prescrizione delle contravvenzioni-satellite, che i singoli reati uniti dal vincolo della continuazione non possono che mantenere loro autonomia, in vista della presa d’atto di eventuali cause di estinzione.

Conseguentemente, la pena finale, ancorchè illegale, avrebbe dovuto essere ridotta per effetto dell’intervenuta estinzione delle contravvenzioni.

Di particolare interesse appare la pronuncia, molto recente, **Sez. 1, n. 5517 del 30/11/2023, dep. 2024, Lombardi, Rv. 285801-03**, «*La violazione del divieto di reformatio in peius da parte del giudice del rinvio, che, a seguito di annullamento della sentenza di condanna su ricorso proposto dal solo imputato, non si attiene al giudicato implicitamente formatosi sul capo della decisione non interessato dalla pronuncia di annullamento, può essere rilevata d’ufficio dalla Corte di cassazione, in applicazione del principio enunciato all’art. 649, comma 2, cod. proc. pen. (Vedi: n. 107279 del 1967, Rv. 107279-01)*».

La seconda massima (Rv. 285801-04) pone in evidenza un ulteriore aspetto: «*Il divieto di reformatio in peius opera anche nel giudizio di rinvio e si estende a tutti gli eventuali, ulteriori, giudizi di rinvio, dovendo la comparazione fra sentenze, necessaria all’individuazione del trattamento meno deteriore, essere eseguita tra quella di primo grado e quelle rese in detti giudizi, restando immodificabile in peius l’esito più favorevole tra quelli intervenuti a seguito di impugnazione dell’imputato, senza che rilevi, in contrario, la circostanza che il pubblico ministero abbia impugnato la prima sentenza nel capo relativo alla misura della pena e non abbia coltivato il gravame avverso il rigetto.*».

Nell’ambito della complessa vicenda processuale e per quanto di specifico interesse nell’economia del presente lavoro, la corte di appello aveva rigettato l’impugnazione del pubblico ministero in punto concessione delle attenuanti generiche, e, ad avviso della Corte, la statuizione non poteva essere oggetto di modifica, se non migliorativa, da parte del giudice del secondo rinvio, non avendo provveduto la pubblica accusa ad impugnare tale statuizione, da ritenersi pertanto coperta dal giudicato parziale e, per l’effetto, dal divieto di *reformatio in peius*.

Sembra di particolare interesse la precisazione del Collegio, secondo cui la violazione del divieto di *reformatio in peius* nell’ambito del giudizio di rinvio –

afferendo alla violazione del giudicato interno – costituisce questione rilevabile di ufficio.

Conseguentemente, l'esistenza del giudicato, formatosi nel corso del medesimo giudizio, con i correlati effetti preclusivi, può essere rilevata di ufficio in ogni stato grado del processo (principio affermato dalla, pur risalente, Sez. 5, n. 1356 del 04/12/1967, dep. 1968, Gliottone, Rv. 107279-01).

E, in proposito, il riferimento normativo a sostegno di tale lettura viene individuato dalla Corte nell'art. 649, comma 2, cod. proc. pen.

Il Collegio affronta altresì il tema, più generale, della rilevabilità di ufficio della questione, in tutti i casi in cui il divieto di *reformatio in peius* è destinato ad operare, affermando che la regola dell'intervento officioso del giudice «...può probabilmente ritenersi idonea a regolare tutti i casi in cui il divieto di *reformatio in peius* esplica i propri effetti».

Richiama, a sostegno, la giurisprudenza della Corte EDU (Greco c. Italia, 07/07/2015, ric. n. 7046/13), la quale ha ritenuto che l'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., benchè contenuto nel codice di rito, sia una disposizione di diritto materiale, vertendo sul tema della pena da infliggere quando l'appello è stato proposto solo dall'imputato, ciò affermando sulla scorta di una nozione di "legge" inclusiva anche dei principi di derivazione giurisprudenziale.

In definitiva, secondo la CEDU, nel caso in cui il giudice nazionale, interpretando l'art. 597, comma 3 cit., ne violi il dettato, infliggendo una pena che ecceda i limiti stabiliti dalla norma medesima, sarebbe ravvisabile la conseguente incompatibilità con l'art. 7 della Convenzione EDU: questione, quest'ultima, rilevabile di ufficio, essendo il giudice nazionale tenuto all'applicazione del diritto interno in conformità ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

3. Violazione divieto di *reformatio in peius* e continuazione: le pene intermedie.

Con riferimento alla situazione, non perfettamente sovrapponibile, del *primigenio* giudizio di appello, Sez. 2, n. 16995 del 28/01/2022, Somma, Rv. 283113-01, ha affermato, che «*Viola il divieto di reformatio in peius il giudice dell'impugnazione che, dopo aver riqualificato in termini di minore gravità il fatto sul quale è commisurata la pena base, anche a seguito del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, pur irrogando una sanzione complessivamente inferiore a quella inflitta in primo grado, applichi per i reati satellite - già unificati dalla continuazione - un aumento di pena maggiore rispetto a quello praticato dal giudice della sentenza riformata. (Fattispecie in cui la Corte ha censurato la decisione che aveva aumentato la pena per ciascuno dei reati satellite già unificati in continuazione, pur derubricando uno di essi da tentativo di estorsione in violenza privata)*».

La decisione, afferente ad un caso di rideterminazione della sanzione, all'esito del parziale accoglimento dei motivi di appello, consente di cogliere, in filigrana, l'adesione al criterio analitico di determinazione della pena che, nel rispetto del divieto di *reformatio in peius*, vuole esso sia osservato anche negli snodi intermedi della sanzione.

In linea con tale orientamento si pone Sez. 5, n. 34497 del 07/07/2021, Maccarone, Rv. 281831-01, così massimata: «*Viola il divieto di reformatio in peius il giudice dell'impugnazione che, dopo aver riqualificato in termini di minore gravità il fatto sul quale è commisurata la pena base, anche a seguito del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, pur irrogando una sanzione complessivamente inferiore a quella inflitta in primo grado, applichi per i reati satellite - già unificati dalla continuazione - un aumento di pena maggiore rispetto a quello praticato dal giudice della sentenza riformata.*».

E, in precedenza, Sez. 5, n. 50083 del 29/09/2017, D'Ascanio, Rv. 271626-01, afferma che: «*Nel giudizio di appello, il divieto di reformatio in peius della sentenza impugnata dall'imputato non riguarda solo l'entità complessiva della pena, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione e, quindi, anche l'aumento conseguente al riconoscimento della continuazione. (Fattispecie in cui la S.C. ha censurato la decisione con cui il giudice di appello, pur dichiarando l'estinzione per prescrizione di uno dei reati integranti la pluralità dei fatti di bancarotta, ex art. 219, comma 2, n. 1 legge fall., ha quantificato l'aumento per la c.d. continuazione fallimentare in misura maggiore rispetto a quella determinata in primo grado, diminuendo complessivamente la pena).*».

Orbene, tali decisioni paiono proseguire l'orientamento coerente con le più risalenti pronunce delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 5978 del 12/05/1995, P., cit. e Sez. U, n. 40910 del 27/09/2005, William Morales, cit.), ispirato a quel criterio analitico della sanzione secondo il quale le operazioni compiute dal giudice di appello debbono sempre tenere in considerazione, ove l'impugnazione sia stata promossa soltanto dall'imputato, le quantità di pena già stabilite nel precedente grado di giudizio, non travalicandone la misura.

4. Violazione del divieto di *reformatio in peius* e continuazione: la riqualificazione del reato più grave.

La proteiforme realtà che si presenta all'interprete fa registrare differenti soluzioni pure nell'ipotesi in cui, a seguito dell'accoglimento dell'appello proposto dal solo imputato, si addivenga ad una nuova qualificazione del reato più grave tra quelli posti in continuazione, di conseguenza, ponendosi il problema dei criteri di individuazione della nuova pena base.

Si sono pronunciate Sez. 5, n. 24661 del 11/12/2013, dep. 2014), Adelfio, Rv. 259868-01 e Sez. 3, n. 3903 del 13/05/2014, dep. 2015, Tufano, Rv. 263193-01, in fattispecie nelle quali il riconoscimento di un'attenuante, ovvero l'esclusione di un'aggravante, pur avendo condotto alla inflizione di una pena complessivamente inferiore alla precedente, era passata attraverso l'irrogazione di una pena base superiore a quella del precedente grado di giudizio.

Non mancano, per contro, decisioni - Sez. 3, n. 9737 del 10/11/2021, Hjjeb, Rv. 282840-01) - secondo cui «*Non viola il divieto di “reformatio in pejus”, il giudice di appello che, riqualificato il reato previsto dall'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ai sensi dell'art. 73, comma 5, d.P.R. citato, non confermi la pena quantificata in primo grado nel minimo edittale, non essendo egli vincolato, per l'autonomia e la diversità del reato riqualificato, ad uniformarsi al trattamento sanzionatorio commisurato in precedenza.*».

Nel caso di specie, la riqualificazione, favorevole all'imputato, non sembra ostare all'individuazione di una pena non attestata sul minimo edittale, come nel precedente grado di giudizio, con riferimento alla più grave fattispecie, era avvenuto, sol si consideri, tra l'altro, che il massimo edittale previsto per il reato meno grave è inferiore al minimo edittale del reato più grave.

Tra le decisioni non massimate, di particolare rilievo va considerata **Sez. 1, n. 28295 del 09/05/2023, Avello, non mass.**, che, prendendo le mosse dalla sentenza Sez. U., n. 4460 del 19/01/1994, Cellerini, cit., e proseguendo, nella ricostruzione, con le successive decisioni delle Sezioni Unite di cui si è trattato, valorizza il dato di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen.

Secondo il Collegio, laddove, l'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. fa menzione alla riduzione della pena "*complessivamente irrogata*", oltre a lasciare il giudice libero, nell'accogliere l'impugnazione dell'imputato, da vincoli circa l'individuazione del reato più grave tra una pluralità di violazioni poste in continuazione, consente altresì al medesimo di dispiegare autonomia nel determinare la pena secondo i criteri di cui all'art. 133 cod. pen.

Con il solo limite di irrogare una pena finale complessivamente inferiore, che, in tale prospettiva, costituisce l'unico parametro al quale ancorare la valutazione del divieto di *reformatio in peius*.

4.1. Esclusione di circostanze aggravanti e riconoscimento di circostanze attenuanti.

La giurisprudenza delle Sezioni Unite, con le sentenze *Papola* e *C.* introdusse limitazioni interpretative al divieto di *reformatio in peius*, laddove, nel giudizio di appello attivato dal solo imputato, sia stata esclusa un'aggravante o sia stata riconosciuta una circostanza attenuante in favore dell'appellante.

Secondo tali decisioni non vi sarebbe alcun obbligo per il giudice, tenendo conto del rinnovato complesso circostanziale, di addivenire a un diverso esito del giudizio di bilanciamento e, quindi, ad una soluzione sanzionatoria più favorevole all'imputato, essendo unicamente precluso l'aumento della pena finale.

Sez. 5, n. 19366 del 08/06/2020, Finizio, Rv. 279107-01 pare porsi in linea con le limitazioni all'operatività del divieto di *reformatio in peius* che sembrano il portato della varietà di fattispecie alle quali il principio viene associato.

La Corte è pervenuta a tale soluzione, pur non venendo in gioco il giudizio di comparazione tra circostanze che, secondo le Sez. U *Papola*, giustificerebbe, in autonomia rispetto al primo giudizio, un nuovo bilanciamento.

Chiamata a decidere circa la sussistenza della violazione del divieto, la Corte ne ha escluso la ravvisabilità, ritenendo che, a fronte del riconoscimento, in appello, dell'attenuante della provocazione, non era censurabile la decisione del giudice di ridurre la diminuzione per le attenuanti generiche, sul rilievo che tale profilo - ovvero, l'avvenuta provocazione ai danni dell'imputato - era stato valutato, nel precedente grado, ai fini della concessione delle attenuanti generiche.

Dunque, pur essendo stata riconosciuta *ex novo*, l'attenuante della provocazione, il giudice ha previamente ritoccato, *in peius*, la pena, riducendo la diminuzione per le attenuanti generiche che erano state applicate in primo grado.

Accanto a letture giurisprudenziali riduttive dello spazio di operatività del divieto di *reformatio in peius*, si rileva, soprattutto tra le più recenti decisioni di legittimità, la presenza di una linea esegetica tesa, invece, a valorizzarne la portata.

Anche in precedenza, peraltro, non erano mancate pronunce volte ad accogliere una più ampia portata del divieto, esteso a tutti i segmenti della determinazione della pena: così, Sez. 3, n. 49163 del 04/05/2018, Khan Arif, Rv. 275025-01, secondo cui «*Viola il divieto della reformatio in peius il giudice di appello che, a seguito di impugnazione del solo imputato, concedendo un'ulteriore attenuante diminuisca complessivamente la pena inflitta, operando, però, una minore riduzione per l'attenuante già riconosciuta in primo grado.*».

Così, Sez. 4, n. 34342 del 24/06/2021, Bovati, Rv. 281829-02 - «*Il divieto di reformatio in peius della sentenza impugnata dal solo imputato non riguarda unicamente l'entità complessiva della pena ma tutti gli elementi autonomi che concorrono a determinarla, con la conseguenza che il giudice d'appello, in caso di accoglimento dell'impugnazione proposta dal solo imputato in relazione alla mancata applicazione della diminuzione di pena per una circostanza attenuante riconosciuta dalla sentenza di primo grado, non può aumentare la pena base su cui applicare tale diminuzione.*» - mostra di volere invece dare seguito alla lettura più ampia del divieto di *reformatio in peius*, in coerenza con il criterio analitico, quale regola generale che preside alla materia.

Nella specie, si trattava invero dell'evenienza particolare in cui il giudice di appello, nell'operare la riduzione per una attenuante già riconosciuta in primo grado ma di fatto non computata dal giudice, aveva accolto, sul punto, l'impugnazione dell'imputato, aumentando tuttavia la pena base sulla quale effettuare la riduzione: in sede di legittimità, è stata ravvisata la violazione dell'art. 597 cod. proc. pen., sull'intuitivo rilievo dell'incompatibilità di tale operazione rispetto al principio suddetto.

Se la decisione si iscrive in una fattispecie del tutto peculiare, caratterizzata da un macroscopico errore di calcolo del giudice di prime cure, emendato dal giudice di appello con operazione ritenuta, in sede di legittimità, lesiva dell'art. 597 comma 4 cod. proc. pen., la motivazione appare d'interesse, laddove si sofferma sui contrasti giurisprudenziali caratterizzanti l'applicazione dell'art. 597 cod. proc. pen.

In particolare, la Corte prende netta posizione in favore della lettura più ampia del divieto di *reformatio in peius*, annotando che, secondo l'intenzione del legislatore del 1988, andrebbe esteso ai singoli segmenti della pena.

Analogo approccio dogmatico si rileva in due pronunce della stessa Sezione: **Sez. 2, n. 17585 del 23/03/2023, Cordi, Rv. 284531-01** - «*Il divieto di reformatio in peius della sentenza impugnata dal solo imputato non riguarda unicamente l'entità complessiva della pena, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono a determinarla, sicché il giudice d'appello, in caso di accoglimento dell'impugnazione proposta dal solo imputato in relazione alla sussistenza di un'aggravante, non può applicare, per la circostanza residua, un aumento di pena superiore a quello operato dalla sentenza di primo grado.*» - e, ancora, **Sez. 2, n. 22032 del**

16/03/2023, Ciavarella, Rv. 284738-01 - *«Viola il divieto di reformatio in peius il giudice di appello che, pur provvedendo alla rideterminazione della pena in termini complessivamente inferiori a quelli stabiliti dalla sentenza impugnata, applica alla pena base l'aumento per un'aggravante in misura superiore rispetto a quanto disposto dal giudice di primo grado. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato la decisione nella quale, pur essendo stata ridotta la pena complessivamente irrogata in primo grado per effetto del riconoscimento di un'attenuante, era stata aumentata la pena base misura massima della metà per il riconoscimento dell'aggravante del metodo mafioso, applicata, invece, dal primo giudice con aumento di pena di un terzo).».*

In motivazione, la sentenza n. 22032 puntualizza che: *«... va richiamata la norma in tema di impugnazioni di cui all'art. 597 cod. proc. pen., che al comma 3 stabilisce che... non si può modificare in peggio la pena prevista dalla precedente decisione di condanna e non può essere irrogata una sanzione più grave per specie o per quantità, mentre al successivo comma 4 dispone che, se è accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione, la pena complessiva irrogata è corrispondentemente diminuita. Tali disposizioni costituiscono espressione del principio di portata generale del divieto di decidere in senso più sfavorevole al ricorrente, principio che impone al giudice di diminuire la pena complessiva in misura corrispondente all'accoglimento dell'impugnazione. In altri termini, le diminuzioni devono essere rapportate all'accoglimento dei motivi dell'imputato relativi a reati concorrenti, alla concessione di circostanze attenuanti o - come nel caso oggetto di scrutinio - all'esclusione di circostanze aggravanti, in quanto le componenti che definiscono la pena sono tra loro autonome e distinte da quella principale ed il giudice non può intervenire su capi o su punti non coinvolti dai rilievi delle parti. Orbene, il legislatore ha inteso evitare proprio l'elusione di questa clausola di garanzia nelle applicazioni pratiche, dato che, con l'abrogato art. 515 cod. proc. pen. 1930, essa era valutata solo per quanto complessivamente inflitto, col conseguente rischio di disarmonia del sistema in caso di accoglimento dell'appello in punto di riconoscimento di circostanze attenuanti, di esclusione di circostanze aggravanti, di riqualificazione in melius di reati o di altri profili comunque incidenti sulla commisurazione della pena. Quale logica conseguenza dell'inquadramento sistematico dell'istituto, dunque, deriva l'impossibilità di intervenire in senso peggiorativo relativamente ai singoli parametri di commisurazione di ciascun segmento della pena nel rispetto del principio del divieto della reformatio in peius, riguardante tutte le componenti della pena. In altri termini, detto divieto non riguarda solo l'entità complessiva della pena, il suo risultato finale, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono a determinarla (Sezioni Unite, n. 40910 del 27/9/2002, William Morales, Rv. 232066-01; Sez. 4, n. 34342 del 24/6/2021, Bovati, Rv. 281829-01; Sez. 1, n. 37985 del 8/6/2021, Cavallo, Rv. 282145-01; Sez. 2, n. 41933 del 3/4/2017, Brajdic, Rv. 271182-01).».*

Una netta presa di posizione, dunque, in favore del criterio analitico, già recepito già dalle Sez. U n. 5978 del 12/05/1995, P., cit. ma messo successivamente in discussione dai successivi pronunciamenti giurisprudenziali.

Particolarmente illuminante appare il passaggio motivazionale che sottolineando la necessità, laddove il giudice dell'appello – in accoglimento dell'impugnazione dell'imputato, unico appellante – abbia escluso aggravanti, riconosciuto attenuanti, riqualificato in senso favorevole il reato e a seguito dell'accoglimento di altri profili comunque incidenti sulla commisurazione della pena (così,

testualmente, facendo pensare alla continuazione), sia tenuto, conseguentemente, a rivalutare *in melius* i singoli segmenti della pena.

4.2. La riqualificazione del fatto e l'incidenza delle circostanze attenuanti già riconosciute in primo grado.

Dalle variazioni sul tema della *reformatio in peius* sembra talvolta riaffiorare la tendenza del giudice di seconda istanza a compensare la riduzione di pena necessitata dalla interposizione dell'appello del solo imputato.

Così, Sez. 5, n. 15130 del 03/03/2020, Diop Mbaye, Rv. 279086-02, afferma che *«Nel giudizio di appello, la riqualificazione del fatto accompagnata dall'applicazione delle circostanze attenuanti generiche in misura inferiore a quanto statuito in primo grado non integra una violazione del divieto di “reformatio in peius”, atteso che il giudice di secondo grado è tenuto esclusivamente ad irrogare in concreto una sanzione finale non superiore a quella in precedenza inflitta. (In motivazione la Corte ha sottolineato che la pena finale è il frutto della valutazione combinata dei due momenti del giudizio sanzionatorio, quello riferito alla pena base e quello riferito alle circostanze del reato, tra loro collegati, ma non reciprocamente vincolanti).»*.

La motivazione pone in risalto che *«...proprio la lettera del quarto comma dell'art. 597 cod. proc. pen. fornisce indicazioni solide a sostegno della soluzione qui condivisa e ribadita, poichè l'uso delle locuzioni ‘pena complessiva irrogata’ e ‘corrispondentemente diminuita’conferisce valore determinante alla quantificazione operata con la pena finale...»* e *«...sembra, peraltro, coerente con il principio affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza Sez. U, n. 33752 del 18/4/2013, Papola, Rv. 255660 secondo cui il giudice di appello, dopo aver escluso una circostanza aggravante o riconosciuto un'ulteriore circostanza attenuante, in accoglimento dei motivi proposti dall'imputato, può, senza incorrere nel divieto di “reformatio in peius”, addirittura ribadire il giudizio di equivalenza tra le circostanze e confermare la pena applicata in primo grado, purchè fornisca per tale giudizio di equivalenza adeguata motivazione. Né appare possibile richiamare in senso opposto altra pronuncia delle Sezioni Unite, più risalente e, invero, forse molto calibrata sulla specifica questione sottoposta al massimo collegio nomofilattico, secondo cui, nel giudizio di appello, il divieto di reformatio in peius della sentenza impugnata dall'imputato non riguarda solo l'entità complessiva della pena, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione, per cui il giudice di appello, anche quando esclude una circostanza aggravante e per l'effetto irroga una sanzione inferiore a quella applicata in precedenza (art. 597, comma 4, cod. proc. pen.), non può fissare la pena base in misura superiore rispetto a quella determinata in primo grado. Difatti, a differenza che nel caso di specie, le Sezioni Unite si sono trovate a ragionare di una ipotesi in cui la pena base è stata aumentata e non (soltanto) tenuta entro gli stessi limiti della precedente misura determinata in primo grado»*.

Sulla scorta delle riportate considerazioni, sembra quindi che il Collegio intenda stabilire un distinguo - che per la verità non si ritroverebbe all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. -, tra il caso in cui, nel computo del giudice di appello, la pena intermedia sia aggravata, dall'ipotesi che veda invece soltanto confermarsi tale segmento sanzionatorio.

A rileggere la disposizione richiamata, il punto decisivo sembra individuabile nell'alternativa tra il ritenere che, in caso di accoglimento dell'appello relativo a

circostanze o a reati concorrenti, anche avvinti nella continuazione, pure la pena nei singoli passaggi intermedi debba essere diminuita, ovvero opinare in favore soltanto della riduzione finale.

Si tratta di una scelta esegetica che si pone nel solco di precedenti pronunce, tra cui Sez. 2, n. 25739 del 09/05/2017, Pedraza, Rv. 270667-01 («*Nel giudizio di appello, non viola il divieto della reformatio in peius il giudice che, dopo aver riqualificato il fatto contestato in un reato meno grave, applica per le circostanze attenuanti generiche una diminuzione di pena proporzionalmente inferiore rispetto a quella praticata dal giudice della sentenza riformata, perché la diversa qualificazione giuridica del fatto (nella specie, da rapina consumata a rapina tentata) comporta una diversa incidenza degli elementi circostanziali.*»).

Non mancano decisioni di segno opposto che, in adesione ad una nozione più ampia del divieto, ravvisano la violazione del medesimo quando, pur non essendo stata riqualificata favorevolmente la condotta di reato, accanto ad una attenuante già applicata, il giudice di appello ne riconosca un'altra, accedendo alla richiesta dell'imputato ma, per effetto di una complessiva rivalutazione sanzionatoria, ne dia applicazione, non prima di aver ridotto la diminuzione per la circostanza precedentemente riconosciuta dal giudice di prime cure.

Così, Sez. 3, n. 49163 del 04/05/2018, Khan Arif, cit., «*Viola il divieto della "reformatio in peius" il giudice di appello che, a seguito di impugnazione del solo imputato, concedendo un'ulteriore attenuante diminuisca complessivamente la pena inflitta, operando, però, una minore riduzione per l'attenuante già riconosciuta in primo grado.*» e, ancor precedentemente, Sez. 1, n. 45236 del 22/10/2013, Stralaj, Rv. 257775-01, sempre in tema di minore riduzione per l'attenuante applicata in primo grado.

5. Divieto di *reformatio in peius* e sospensione condizionale della pena.

L'art. 597, comma 3, cod. proc. pen. dispone l'espresso divieto di revocare benefici; tuttavia, neppure in relazione all'ampiezza di tale disposizione risulta elaborata una convergente lettura giurisprudenziale.

Non appare maturata una opinione unanime circa il fatto se, nel concetto di *revoca del beneficio*, possa intendersi compresa ogni modifica capace di incidere in senso peggiorativo sul beneficio medesimo: se, per esempio, ricada in tale ipotesi il caso in cui la sospensione condizionale venga subordinata all'adempimento di obblighi *ex art. 165 cod. pen.*

Con nettezza è stato recentemente affermato da **Sez. 6, n. 9063 del 10/01/2023, Maddaloni, Rv. 284337-01**: «*In tema di sospensione condizionale della pena, non incorre nel divieto di reformatio in peius la corte d'appello che, in difetto di impugnazione sul punto della parte pubblica, si limiti a modificare le modalità di applicazione del beneficio, condizionandolo all'adempimento di uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen.*».

La Corte, con il proposito di coordinare la disciplina processuale di cui all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., rispetto a quella sostanziale di cui all'art. 168 cod. pen., ha osservato, relativamente all'apposizione della condizione alla sospensione condizionale della pena, che «*La prima soluzione, secondo cui la sottoposizione ai lavori di pubblica utilità disposta d'ufficio non determina la violazione del divieto di reformatio in peius, appare preferibile, in quanto si pone in continuità con i consolidati principi elaborati in relazione*

alla revoca della sospensione condizionale e, quindi, ad un provvedimento ancor più gravoso per l'imputato. Per costante giurisprudenza, il provvedimento che dispone, ai sensi dell'art. 168, comma 3, cod. pen., la revoca della sospensione condizionale, quando il beneficio risulti concesso in presenza delle cause ostative indicate al comma quarto dell'art. 164 cod. pen., ha natura dichiarativa, in quanto ha riguardo ad effetti di diritto sostanziale che si producono ope legis e possono essere rilevati in ogni momento sia dal giudice della cognizione sia in applicazione del comma 1-bis dell'art. 674 cod. proc. pen., dal giudice dell'esecuzione, e, dunque, anche dal giudice di appello in mancanza di impugnazione del pubblico ministero (Sez. 3, n. 56279 del 24/10/2017, Principalli, Rv. 272429; Sez. U., n. 7551 del 08/04/1998, Cerroni, Rv. 210798; Sez. 6, n. 49115 del 17/10/2022, Vicentelli). Applicando tale principio alle ipotesi in cui la sospensione condizionale sia stata illegittimamente disposta, in assenza della necessaria subordinazione ad una delle condizioni previste dall'art. 165 cod. pen., si deve ritenere che il giudice ben potrebbe disporre direttamente la revoca della sospensione condizionale della pena, anziché limitarsi ad imporre la condizione illegittimamente omessa. In buona sostanza, se si ritiene di dare continuità al principio per cui la revoca della sospensione può essere disposta anche in assenza di impugnazione da parte del pubblico ministero, a maggior ragione si deve ritenere legittima la mera subordinazione alla condizione prevista ex art. 165 cod. pen.».

Tradizionalmente, circa il profilo della revoca - in assenza di impugnazione del pubblico ministero - della sospensione condizionale della pena, la giurisprudenza affermava - Sez. 5, ord. n. 5384 del 11/11/1999, dep. 2000, Cordova, Rv. 215573-01 - che «Non contravviene al divieto della reformatio in peius il giudice di appello che, pur non investito di specifico motivo di gravame, revochi i benefici della sospensione condizionale e della non menzione, nel caso in cui egli accerti, in esito ad attività puramente ricognitiva e non discrezionale e valutativa, il venir meno delle preesistenti condizioni di legittimazione dei benefici predetti.».

Sulla questione sembra convergere la lettura giurisprudenziale: così, Sez. 5, n. 40466 del 27/09/2002, Di Ponto, Rv. 225699-01, Sez. 1, n. 21872 del 12/02/2003, Savignano, Rv. 224400-01, Sez. 1, n. 13011 del 11/03/2005, Tarisciotti, Rv. 231256 - 01 («Il provvedimento di revoca del beneficio della sospensione condizionale della pena nei casi previsti dall'art. 168 comma primo nn. 1 e 2, e comma quarto cod. pen. ha natura dichiarativa in quanto, non richiedendo una valutazione di natura discrezionale, determina automatici effetti di diritto sostanziale. Ne consegue che il giudice (nella specie la Corte di appello), svolgendo un'attività puramente ricognitiva e non discrezionale, non incorre nel divieto di reformatio in peius qualora, in mancanza dell'appello del P.M., proceda alla revoca del beneficio concesso in violazione della legge dal giudice di primo grado.»), Sez. 2, n. 37009 del 30/06/2016, Seck, Rv. 267913-01, - «Non contravviene al divieto della “reformatio in peius” il giudice di appello che, pur in presenza di impugnazione proposto dal solo imputato, revochi il beneficio della sospensione condizionale, nelle ipotesi previste dai commi primo e terzo dell'art. 168 cod. pen., in quanto, in entrambi i casi, si tratta di provvedimenti dichiarativi, riguardanti effetti che si producono ope legis e presuppongono un'attività puramente ricognitiva e non discrezionale o valutativa, a differenza dell'ipotesi di cui al comma secondo del medesimo articolo che, invece, ha natura costitutiva e implica un giudizio sull'indole e sulla gravità del reato, rispetto al quale l'imputato deve essere posto nella condizione di potersi difendere.».

Parimenti in conformità, Sez. 3, n. 56279 del 24/10/2017, Principalli, Rv. 272429-01, Sez. 6, n. 51131 del 15/11/2019, Niasse Ndiaga, Rv. 277570 -01 («Non viola il divieto di *reformatio in peius* il giudice di rinvio che revochi il beneficio della sospensione condizionale, nelle ipotesi previste dai commi primo e terzo dell'art. 168 cod. pen., in quanto, in entrambi i casi, si tratta di provvedimenti dichiarativi, riguardanti effetti che si producono ope legis e presuppongono non un'attività discrezionale o valutativa, bensì puramente ricognitiva, con cui si accerta il venir meno delle preesistenti condizioni legittimanti. (In motivazione, la Corte ha precisato che il suddetto principio è applicabile anche in caso di giudizio di rinvio a seguito di annullamento disposto dalla cassazione, in quanto la natura dichiarativa della decisione non contrasta con il rispetto del criterio devolutivo) mentre non sembra porsi in contrasto la decisione Sez. 2, n. 40989 dell'11/04/2018, Malvasi, Rv. 274301-01 («E' illegittima per violazione del divieto di "reformatio in peius", nel caso di impugnazione proposta dal solo imputato, la revoca della sospensione condizionale della pena disposta dal giudice d'appello ai sensi dell'art. 168, comma secondo, cod. pen., attesa la natura discrezionale e costitutiva di detto provvedimento.»), dato l'inequivoco tenore letterale della disposizione menzionata, che fa riferimento alla possibilità della revoca, nel caso di condanna successiva per delitto anteriormente commesso, la cui pena, sommata a quella sospesa, non superi il limite di cui all'art. 163 cod. pen.

Del resto, si tratta di pronunce che fanno seguito alla decisione Sez. U, n. 7551 dell'08/04/1998, Cerroni, Rv. 210798-01, così massimata: «Il provvedimento di revoca della sospensione condizionale della pena previsto dall'art. 168, comma primo, cod. pen. ha natura dichiarativa. Conseguentemente gli effetti di diritto sostanziale risalgono de jure al momento in cui si è verificata la condizione, anche prima della pronuncia giudiziale, e indipendentemente da essa. Sicché il provvedimento di revoca non è che un atto ricognitivo della caducazione del beneficio già avvenuta ope legis al momento del passaggio in giudicato della sentenza attinente al secondo reato. Ne consegue che il giudice di appello - svolgendo un'attività puramente ricognitiva e non discrezionale o valutativa e senza, pertanto, contravvenire al divieto di *reformatio in peius* - ha il potere, anche se l'impugnazione sia stata proposta dal solo imputato, di revocare la sospensione condizionale concessa con altra sentenza irrevocabile in altro giudizio, negli stessi termini in cui tale potere è attribuito al giudice dell'esecuzione. Al contrario, nell'ipotesi prevista dal secondo comma dello stesso art. 168 cod. pen., il provvedimento di revoca non è dichiarativo, ma costitutivo, e implica una valutazione che resta preclusa perciò al giudice di appello, così come al giudice dell'esecuzione; sicché, in assenza di impugnazione sul punto del pubblico ministero, al giudice di appello è inibito un provvedimento che lederebbe a un tempo il principio del "favor rei" e quello devolutivo. (In motivazione, la S.C. ha precisato che anche nel caso di beneficio erroneamente concesso non ne è consentita la revoca in assenza di impugnazione sul punto del P.M.).».

Sembra porsi in una differente prospettiva Sez. 2, n. 34727 del 30/06/2022, Pastore, Rv. 283845-02: «In tema di impugnazione, viola il divieto di *reformatio in peius* la Corte di appello che dispone la revoca della sospensione condizionale della pena in difetto di appello della parte pubblica sul punto, ma non nel caso in cui modifichi, in senso peggiorativo, le modalità di applicazione del beneficio, condizionandolo all'adempimento di uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen.».

La Seconda Sezione, investita della lamentata violazione di legge *ex art. 597, comma 3, cod. proc. pen.*, ha osservato che: «*Ai sensi dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., “Quando appellante è il solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata né revocare benefici, salva la facoltà, entro i limiti indicati nel comma 1, di dare al fatto una definizione giuridica più grave, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado”. Per espressa previsione della citata disposizione, il divieto riguarda la sola revoca dei benefici; cionondimeno, un orientamento giurisprudenziale ne ha ampliato la portata fino a ricomprendervi ogni statuizione che renda più difficile la fruizione di un beneficio, ed in particolare del beneficio della sospensione condizionale della pena..... E si è successivamente ritenuto che è illegittima, perché peggiorativa per l'imputato e adottata in violazione dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., la statuizione adottata d'ufficio dal giudice di appello, in assenza di impugnazione della parte pubblica sul punto, con la quale il già concesso beneficio della sospensione condizionale sia condizionato al pagamento delle somme dovute per il risarcimento dei danni in favore della parte civile (Sez. 2, n. 12789 del 13/02/2020, Vinci, Rv. 279033-01). A parere di altro orientamento, al contrario, il giudice di appello, pronunciandosi - come nel caso in esame - su impugnazione della sola parte civile, può subordinare la sospensione condizionale al pagamento di una provvisoria, essendo tale istituto funzionale a soddisfare le esigenze di anticipazione della liquidazione del danno in favore della parte civile, causate dalla durata del processo (Sez. 5, n. 11738 del 30/01/2020, Crescenzo, Rv. 278929-01)».*

Ciò premesso, la Corte si è soffermata sul carattere eccezionale del divieto di *reformatio in peius*, con la sua conseguente inapplicabilità a casi analoghi e, quindi, all'impossibilità di ritenere che il divieto operi anche con riferimento alle modalità di applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena.

Vi osterebbe il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., unicamente indicante la “*revoca del beneficio*”, chiaro nel lasciare fuori i casi in cui (anche su appello della sola parte civile) la corte modifichi, in senso in ipotesi peggiorativo, le modalità di applicazione del beneficio, condizionandolo all'adempimento di uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen.

Nel tessuto motivazionale della decisione viene menzionata, a sostegno della soluzione adottata, la precedente Sez. 5, n. 11738 del 30/01/2020, Crescenzo, Rv. 278929-01 - «*Il giudice di appello, pronunciandosi su impugnazione della parte civile, può subordinare la sospensione condizionale al pagamento di una provvisoria, essendo tale istituto funzionale a soddisfare le esigenze di anticipazione della liquidazione del danno in favore della parte civile, causate dalla durata del processo.*» - ove, tuttavia, la specificità del caso si riconnette, secondo il Collegio, alla presenza dell'impugnazione della parte civile, sicchè, escludendo la violazione del divieto di *reformatio in peius*, la Corte ha respinto i motivi di ricorso dell'imputato.

Altro orientamento ravvisa invece decisamente la violazione dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., laddove, in difetto di appello della parte pubblica, sia imposto di ufficio l'adempimento di obblighi *ex art. 165 cod. pen.*, sul rilievo che si finisce così per aggravare il trattamento sanzionatorio in sfavore dell'imputato.

In tale senso, Sez. 2, n. 12789 del 13/02/2020, Vinci, Rv. 279033-01, afferma che *«È illegittima, perché peggiorativa per l'imputato e adottata in violazione dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., la statuizione adottata d'ufficio dal giudice di appello, in assenza di impugnazione della parte pubblica sul punto, con la quale il già concesso beneficio della sospensione condizionale sia condizionato al pagamento delle somme dovute per il risarcimento dei danni in favore della parte civile.»*

La motivazione, evidenziando che la sentenza impugnata aveva riformato in senso peggiorativo l'editto di primo grado con cui era stata concessa ad entrambi gli imputati la sospensione condizionale della pena *ex art. 163 cod. pen.*, poiché era stato previsto che il beneficio fosse condizionato al pagamento delle somme dovute per il risarcimento dei danni in favore della parte civile, ha ravvisato la violazione, in difetto di impugnazione della parte pubblica, dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen.

Il Collegio ha argomentato, in proposito, sul rilievo che la subordinazione del beneficio ad una condizione, la quale potrebbe non esser adempiuta nel termine fissato, condurrebbe all'esecuzione della pena inflitta, così traducendosi in un pregiudizio, assimilabile, in ultima analisi, ad una modifica peggiorativa della sentenza.

Precedentemente, nello stesso senso si era pronunciata la Sez. 3, n. 30557 del 15/07/2011, Di Martino, Rv. 251041-01 - *«È illegittima, per violazione del divieto della reformatio in peius, la decisione officiosa del giudice di appello di subordinazione del beneficio della sospensione condizionale della pena alla demolizione del manufatto abusivo.»*, che, con scarna motivazione, censura la disposizione, di ufficio, della subordinazione del beneficio alla demolizione, in mancanza di impugnazione del pubblico ministero.

6. Altre decisioni più recenti in tema.

La giurisprudenza formatasi successivamente all'arresto Sez. U *Acquistapace* sembra mostrare segni di allineamento rispetto al principio cristallizzato dal massimo consenso.

Con la decisione della Sez. 1, n. 8272 del 27/01/2021, Marzi, Rv. 280602-01, si è dato seguito al pronunciamento delle Sez. U *Acquistapace*, affermando che: *«Incorre in violazione del divieto di reformatio in peius il giudice d'appello che, in presenza di impugnazione del solo imputato avverso una sentenza di condanna pronunciata per più reati uniti dal vincolo della continuazione, pur prosciogliendo l'imputato per taluno di essi, non diminuisce l'entità della pena originariamente inflitta, anche se l'aumento sia stato quantificato dal giudice di primo grado in misura inferiore al limite legale di cui all'art. 81, comma quarto, cod. pen.»*

Nel principio massimato sembra cogliersi l'insegnamento delle più recenti Sezioni Unite, sul rilievo che, ai fini della *emendatio* della sentenza di primo grado, anche qualora sia stata irrogata una pena illegale (nella specie, l'aumento per il reato continuato era avvenuto in violazione dell'art. 81, comma quarto, cod. pen., previsto per gli imputati recidivi qualificati), è indispensabile l'impugnazione del pubblico ministero, in assenza della quale l'erronea determinazione della pena non è rimediabile dal giudice, investito soltanto dall'imputato dell'impugnazione.

Si ribadisce, anche nell'ipotesi in cui la pena – in uno dei suoi *parziali* - sia stata erroneamente fissata in misura inferiore ai minimi edittali.

Sez. 3, n. 24860 del 26/04/2021, M., Rv. 281428-01, ribadisce che «*Viola il divieto di reformatio in peius il giudice dell'impugnazione che, su impugnazione del solo imputato, riconosca a quest'ultimo una circostanza attenuante e, per l'effetto, gli infligga una pena inferiore a quella precedentemente irrogata, determinando la pena base in misura superiore a quella stabilita dal giudice di prime cure*».

Lo stigma della Suprema Corte si rivolge, in accordo con quanto affermato da Sez. U *Acquistapace*, alle operazioni che, ove l'appellante sia soltanto l'imputato e pur approdando ad una pena finale inferiore a quella stabilita in primo grado, passino attraverso la fissazione di una pena base superiore a quanto stabilito in primo grado.

Sussiste infatti il vincolo a non stabilire una pena base più rigorosa della precedente, sia per l'effetto devolutivo dell'appello, fissato all'art. 597, comma 1, cod. proc. pen. - alla stessa stregua di quanto era previsto all'art. 515 cod. proc. pen. del 1930 - sia in conseguenza dell'articolata previsione dell'art. 597, commi 3 e 4, cod. proc. pen.

In proposito, il Collegio richiama la lettura che di tali disposizioni è stata data dalle Sez. U *William Morales*, cit. e, quindi, la necessità, ove il motivo di appello dell'imputato sia accolto, della riduzione della pena corrispondente alla riforma *in melius* della decisione impugnata: diversamente, sottolinea la motivazione, si finirebbero per lasciare privi di effetti sanzionatori migliorativi per l'imputato, il riconoscimento di attenuanti, l'esclusione di aggravanti, o il proscioglimento da imputazioni contestate come concorrenti.

Sez. 5, n. 34497 del 07/07/2021, Maccarone, Rv. 281831-01 ha statuito che «*Viola il divieto di reformatio in peius il giudice dell'impugnazione che, dopo avere riqualificato in termini di minore gravità il fatto sul quale è commisurata la pena base, anche a seguito del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, pur irrogando una sanzione complessivamente inferiore a quella inflitta in primo grado, applichi per i reati satellite – già unificati dalla continuazione – un aumento di pena maggiore rispetto a quello praticato dal giudice della sentenza riformata*».

Nell'articolata motivazione, il Collegio, richiamate le Sezioni Unite *William Morales* e *C.* ed altresì riprese alcune successive decisioni delle Sezioni semplici, afferma che «*...la pena non può essere considerata la risultante della mera sommatoria aritmetica, bensì l'esito della valutazione delle diverse componenti sanzionatorie, sicchè per verificare la sussistenza della reformatio in peius occorre tenere conto non solo degli elementi che concorrono alla determinazione della pena, ma anche del rapporto in cui - per effetto dell'accoglimento del gravame – vengono a trovarsi tra loro*».

Data tale premessa, la Corte afferma che soltanto nel caso in cui non risulti modificata la relazione tra componenti della pena, il giudice di appello, investito dell'impugnazione del solo imputato, è tenuto a conservare la misura della sanzione stabilita in primo grado: per contro, è libero di valutare le varie componenti della sanzione «*...secondo il suo prudente apprezzamento, purchè...la pena complessivamente inflitta con la sentenza gravata non sia superiore a quella inflitta nei gradi precedenti*».

Nel caso di specie, in grado di appello era stata operata, accogliendo il motivo di impugnazione dell'imputato, la diversa qualificazione della condotta di reato che, da organizzatore, era stata derubricata a partecipante all'associazione di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990.

Rimaste invariate l'aggravante di cui all'art. 7 legge n. 203 del 1991 e le attenuanti generiche, il giudice aveva inasprito gli aumenti per i reati satellite, ciò che è stato ritenuto divieto di *reformatio in peius* e contrastare con l'effetto devolutivo dell'appello.

Sez. 2, n. 6043 del 16/12/2021, dep. 2022, Ackom, Rv. 282628-01, afferma analogo principio - per il caso di mancata riduzione della pena complessiva, a fronte dell'intervenuta assoluzione per uno dei reati satellite - così massimato: «*Nel giudizio di appello, il divieto di reformatio in peius della sentenza impugnata dall'imputato non riguarda solo l'entità complessiva della pena, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione e, quindi, anche l'aumento conseguente al riconoscimento della continuazione, sicchè vi è violazione di tale divieto nel caso in cui, in presenza di impugnazione da parte del solo imputato di una sentenza di condanna pronunciata per più reati unificati dal vincolo della continuazione, non si diminuisca l'entità della pena originariamente inflitta pur pronunciando assoluzione per un reato-satellite. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto illegittima la sentenza d'appello che - su impugnazione dei soli imputati, condannati all'ergastolo in primo grado in esito a giudizio abbreviato ante legge 12 aprile 2019, n. 33, per il reato di cui all'art. 630, comma terzo, cod. pen. in continuazione con quelli di cui agli artt. 416 e 601 cod. pen. - aveva confermato l'irrogazione di detta pena, nonostante la contestuale assoluzione dall'ultimo reato, sul rilievo che, agli effetti dell'art. 72, comma secondo, cod. pen., potesse tenersi conto di una continuazione interna non rilevata dal giudice dell'udienza preliminare quanto al reato-base e computarsi un maggior aumento di pena per la continuazione con il reato associativo).*».

Ancora, Sez. 2, n. 16995 del 28/01/2022, Somma, Rv. 283113-01, si pone nel medesimo solco, statuendo che «*Viola il divieto di reformatio in peius il giudice dell'impugnazione che, dopo avere riqualificato in termini di minore gravità il fatto sul quale è commisurata la pena base, anche a seguito del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, pur irrogando una sanzione complessivamente inferiore a quella inflitta in primo grado, applichi per i reati satellite - già unificati dalla continuazione - un aumento di pena maggiore rispetto a quello praticato dal giudice della sentenza riformata. (Fattispecie in cui la Corte ha censurato la decisione che aveva aumentato la pena per ciascuno dei reati satellite già unificati dalla continuazione, pur derubricando uno di essi da tentativo di estorsione in violenza privata).*».

In tale senso significativa e coerente, Sez. 6, n. 29659 del 11/05/2022, Dalla Costa, Rv. 283535-01 afferma che «*Incorre in violazione del divieto di reformatio in peius il giudice d'appello che, in presenza di impugnazione del solo imputato avverso una sentenza di condanna pronunciata per più reati uniti dal vincolo della continuazione, pur prosciogliendo l'imputato per taluno di essi, non diminuisca l'entità della pena originariamente inflitta in funzione "emendativa" sul presupposto che il giudice di primo grado, per le ulteriori imputazioni, erroneamente non aveva apportato alcun aumento di pena.*».

In questo caso, nel riaffermare, cogliendo essenza e implicazioni delle Sez. U *Acquistapace*, detto principio, il Collegio esplicita l'impossibilità per il giudice investito dell'impugnazione del solo imputato di effettuare compensazioni volte ad

eliminare pene illegali, davanti alle quali si frappongono i due ostacoli del rispetto del principio devolutivo e del diritto di difesa dell'imputato, che verrebbero violati, laddove, anziché limitarsi al motivo oggetto dell'impugnazione, il giudice andasse altresì ad incidere, *in peius*, sulla sanzione irrogata, pur nell'esigenza di ricondurla a legalità.

E tale principio è valido pure, evidenzia la Corte, «...nell'ipotesi estrema in cui, per uno o più reati avvinti nella continuazione, uno specifico aumento di pena sia stato addirittura omissso, consistendo ...sostanzialmente in un trattamento sanzionatorio non conforme alla legge che, in difetto di impugnazione del pubblico ministero, il giudice d'appello non può emendare...utilizzandola per neutralizzare le conseguenze favorevoli derivanti per l'imputato dall'accoglimento delle sue diverse censure sulla pena».

Per contro, sembra porsi su di un versante opposto Sez. 5, n. 209 del 06/10/2022, dep. 2023, Cundari, Rv. 284311-01 la quale, in sintonia con il precedente, Sez. 5, n. 19366 del 08/06/2020, Finizio, Rv. 279107-01 (anteriore a Sez. U *Acquistapace*) afferma, in parziale distonia con il Massimo Consesso di cui pure richiama le affermazioni, che «Nel caso di impugnazione proposta dal solo imputato, non viola il divieto di reformatio in peius la decisione del giudice di appello che, avendo mutato tutti i componenti del computo della pena per il reato ascritto (mediante riduzione della pena base, l'esclusione della recidiva e l'effettuazione del bilanciamento, in precedenza omissso, tra le attenuanti generiche e la residua aggravante), operi, per le già concesse attenuanti generiche, una riduzione minore, sia in termini assoluti, sia in termini di rapporto proporzionale, rispetto a quella effettuata, in ordine a tale componente, dal primo giudice».

Così, la Corte ha escluso la violazione del principio, in quanto, rievocando i poteri decisorii del giudice di appello di cui all'art. 597, commi 2, 3, 4, cod. proc. pen. (laddove il medesimo articolo, ai commi 1 e 5, si occupa di disciplinare i poteri cognitivi del giudice medesimo), fa perno sull'argomento della mutazione dei parametri di raffronto della pena e delle sue componenti.

Ad avviso del Collegio, la regola espressa dalle Sezioni Unite *William Morales* non sarebbe applicabile ove si dia il caso di mutamento dei parametri di raffronto della pena, evenienza già affrontata (e risolta diversamente dalla sentenza *W.M.*) da Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, secondo un principio valevole non solo per l'ipotesi di reato continuato, ma anche per il caso di unico reato, interessato da interventi da parte del giudice di secondo grado, nella specie concretatisi nella riduzione della pena base, nell'esclusione della recidiva, nell'applicazione del bilanciamento tra circostanze.

Non può non osservarsi, con riferimento alla fattispecie, come la Corte abbia inteso sottolineare che, ove il giudice di appello avesse apportato, per l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, la medesima riduzione operata dal giudice di primo grado, sarebbe incorso nella violazione dell'art. 62-*bis* cod. pen., riducendo la pena oltre il massimo consentito dalla norma, e abbia così propeso per la tesi del “completo mutamento dei parametri e della sequenza di raffronto”, a fronte dell'adesione alla quale residua unicamente l'obbligo per il giudice di ridurre l'entità della pena complessiva, non anche, invece, il dovere di incidere *in melius* su ciascuna singola componente del trattamento sanzionatorio.

L'impianto motivazionale fa in proposito leva sulla sentenza Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264858-01 che, con riferimento alla necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio, fa divieto di ogni automatismo, dovendo la sanzione essere improntata ai criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen.

Tornano a porsi in lineare coerenza con Sez. U *Acquistapace*, **Sez. 2, n. 17585 del 23/03/2023, Cordi, Rv. 284531-01** - «*Il divieto di reformatio in peius della sentenza impugnata dal solo imputato non riguarda unicamente l'entità complessiva della pena ma tutti gli elementi autonomi che concorrono a determinarla, sicchè il giudice d'appello, in caso di accoglimento dell'impugnazione proposta dal solo imputato in relazione alla sussistenza di una aggravante, non può applicare, per la circostanza residua, un aumento di pena superiore a quello operato dalla sentenza di primo grado*» - nonché **Sez. 2, n. 22032 del 16/03/2023, Ciavarella, Rv. 284738-01** - «*Viola il divieto di reformatio in peius il giudice di appello che, pur provvedendo alla rideterminazione della pena in termini complessivamente inferiori a quelli stabiliti dalla sentenza impugnata, applica alla pena base l'aumento per un'aggravante in misura superiore rispetto a quanto disposto dal giudice di primo grado. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato la decisione nella quale, pur essendo stata ridotta la pena complessivamente irrogata in primo grado per effetto del riconoscimento di un'attenuante, era stata aumentata la pena base nella misura massima della metà per il riconoscimento dell'aggravante del metodo mafioso, applicato, invece, dal primo giudice con aumento di pena di un terzo)*».

7. Considerazioni conclusive.

Con relazione dell'Ufficio del Massimario n. 77 del 01/09/2020, venne evidenziata la sussistenza di contrasto, nella giurisprudenza di legittimità, circa la sussistenza della violazione del divieto di *reformatio in peius* laddove, a seguito dell'appello del solo imputato, riconosciuta un'ulteriore circostanza attenuante rispetto a quella già ritenuta in primo grado, il giudice operi una diminuzione inferiore per quest'ultima: e ciò, pur irrogando una pena finale più mite.

Sez. 5, n. 19366, *Finizio*, cit., decidendo il caso in oggetto, aveva escluso la sussistenza della violazione del divieto, soggiungendo che, a tale fine, la decisione avrebbe dovuto essere sorretta da un'adeguata motivazione.

Nell'ipotesi richiamata non veniva in gioco il giudizio di comparazione tra circostanze - trattandosi, per l'appunto, del riconoscimento, accanto ad una pregressa attenuante, di una nuova circostanza favorevole all'imputato - e non era dunque ipotizzabile quel fenomeno di "*novazione strutturale*" evocato dalle Sez. U, n. 16208, *C.*, cit., con riferimento al reato continuato: purtuttavia, la pronuncia aveva optato per la legittimità della rivisitazione peggiorativa dei segmenti sanzionatori, ove ricomposti dal giudice in una pena finale più favorevole.

Come è emerso, non sono mancate, successivamente, decisioni di segno contrario che paiono porsi in maggior coerenza con la natura del giudizio di appello, ove la nuova decisione, scaturita dalla richiesta della parte di rivisitare la decisione del primo giudice, dovrebbe contenersi entro il confine tratteggiato dall'impugnazione: in proposito, deve osservarsi che l'ampiezza del principio devolutivo di cui all'art. 597, comma 1, cod. proc. pen., va calibrata sul divieto stabilito al successivo comma 3.

In altre parole, la prima disposizione riguarda i poteri cognitivi del giudice di appello – che la norma vuole estesi, dal motivo di impugnazione, al punto della decisione cui il motivo afferisce –, la seconda, attiene invece ai poteri decisorii del giudice medesimo, che hanno una portata più ristretta, dovendo porsi in senso favorevole all'imputato.

Il rapporto tra queste due disposizioni sembra consentire di individuare, dunque, la collocazione del divieto di *reformatio in peius* nell'ordinamento processuale, non senza trascurare l'eventuale interferenza che disposizioni di diritto penale sostanziale possono comportare sull'operatività del divieto, come, ad esempio, si verifica con riferimento alla disciplina in tema di revoca della sospensione condizionale della pena, in ordine alla quale si è dato conto *supra*.

A completare il quadro, si è osservato che «...l'enfaticizzazione del riferimento normativo alla «pena complessiva irrogata» è parsa trascurare la valorizzazione delle sue singole componenti come elementi autonomi, da cui discende l'obbligo di *reformatio in melius* per il caso di accoglimento dell'appello dell'imputato. A ragionare diversamente, del resto, l'art. 597, comma 4, c.p.p. sarebbe norma inutile, visto che la preclusione all'aumento della pena complessiva è già sancita dal comma 3 della stessa disposizione».

La prospettiva tracciata, pur nella specificità del caso affrontato, sembra essere stata seguita dalle Sez. U *Acquistapace*, che, riaffermando la validità del criterio analitico nella determinazione della pena, si è posta in continuità con le più risalenti Sez. U P. e Sez. U *William Morales*.

E, in tale contesto esegetico, può dunque affermarsi che Sez. 4, n. 13806 del 07/03/2023, *Clemente, cit.* si pone in armonica relazione con la lettura del dato normativo, laddove, ravvisando la violazione del divieto di *reformatio in peius* a fronte dell'annullamento della condanna per il reato più grave, il giudice abbia irrogato l'aumento per il reato satellite in misura superiore a quella stabilita nel primo giudizio, pur giungendo ad una pena finale inferiore.

Si coglie, quale presupposto dogmatico di tale affermazione, la concezione analitica della pena che postula la necessità che il giudice, laddove abbia assolto, per effetto dell'accoglimento di un motivo di impugnazione della parte, per uno dei reati già ritenuti in primo grado, ovvero abbia escluso una circostanza aggravante, riduca *corrispondentemente* - ovvero, con riferimento a ciascuna delle componenti valutate nel computo della sanzione - la pena irrogata.

Non pare invece disattendere la linea esegetica ispirata ad una maggior pregnanza del divieto di *reformatio in peius* - quasi ad avere compiutamente metabolizzato, oltre ai principi enunciati dalla più risalente e ricordata giurisprudenza delle Sezioni Unite, quanto affermato da Sez. U *Acquistapace* - Sez. 3, n. 9737 del 10/11/2021, dep. 2022, *Hijeb, cit.* - «Non viola il divieto di “*reformatio in peius*”, il giudice di appello che, riqualificato il reato previsto dall'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ai sensi dell'art. 73, comma 5, d.P.R. citato, non confermi la pena quantificata in primo grado nel minimo edittale, non essendo egli vincolato, per l'autonomia e la diversità del reato riqualificato, ad uniformarsi al trattamento sanzionatorio commisurato in precedenza» - considerato che, nel caso, l'accoglimento del motivo di appello dell'imputato ha comportato la riqualificazione, in senso a lui favorevole, del reato

ai sensi dell'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, opzione che non può ritenersi comportare anche l'obbligo di irrogare la pena nel minimo edittale, già applicato in primo grado per la più grave violazione di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. cit.

Risolve nel senso dell'esclusione della violazione del divieto di *reformatio in peius*, nel caso della diversa qualificazione giuridica del fatto, dalla quale discenda la diversa procedibilità di ufficio del reato, già a querela e quindi di ufficio, la Sez. 6, n. 47488 del 17/11/2022, F., Rv. 284025-01, così massimata «*Il giudice di appello, pur in difetto di gravame del pubblico ministero, può dare al fatto una diversa e più grave qualificazione giuridica, ove la questione sia strettamente connessa ad un capo o ad un punto della sentenza che abbia costituito oggetto dell'impugnazione, senza per questo violare il divieto di reformatio in peius, che investe solo il trattamento sanzionatorio in senso stretto, e, dunque, la specie e la quantità della pena. (Fattispecie relativa a sentenza di appello che, riqualificando il delitto di cui all'art. 570, comma primo, cod. pen. in quello, procedibile di ufficio, di cui all'art. 570, comma secondo, n. 2, cod. pen., aveva "neutralizzato" l'intervenuta remissione di querela).*».

La motivazione pone in luce, al riguardo, il profilo per cui costituisce espressione del potere giurisdizionale, anche nel giudizio di impugnazione, dare al fatto la corretta qualificazione giuridica (in tale senso, Sez. 6, n. 3716 del 24/11/2015, Caruso, Rv. 266953-01), e ciò anche nel caso in cui da essa derivino effetti non favorevoli all'imputato, come in ordine al calcolo della prescrizione.

Per inciso, al riguardo, si pensi, recentemente, a quanto statuito dalla Sez. 2, n. 4640 del 01/10/2020, dep. 2021, Loffredo, Rv. 280560-01 «*Non viola il divieto di reformatio in peius la sentenza d'appello che, in difetto di gravame del pubblico ministero, riqualifichi come truffa il fatto qualificato in primo grado come insolvenza fraudolenta, ancorché, per effetto della riqualificazione, l'imputato perda la possibilità di beneficiare della causa estintiva del reato dell'adempimento dell'obbligazione, di cui all'art. 641, comma secondo, cod. pen., in quanto tale divieto è diretto non a garantire all'imputato un trattamento sotto ogni aspetto migliore di quello riservatogli nel precedente grado, o comunque spettantegli in relazione alla precedente qualificazione giuridica del fatto, ma solo ad impedire l'applicazione di un trattamento sanzionatorio più grave, avendo riguardo unicamente alla pena sotto il profilo sia della specie, sia della quantità della sua complessiva determinazione. (Conf. anche n. 4075 del 1998, Rv. 210401-01; n. 1122 del 1997, Rv. 207508-01; n. 11607 del 1991, Rv. 188648-01).*».

La motivazione viene incentrata sulla questione, più generale, del potere del giudice di riqualificare il fatto, operazione dovuta nell'esercizio dello *ius dicere*, a condizione che ciò avvenga nel rispetto del diritto al contraddittorio, come previsto dagli artt. 111 Cost. e 6 CEDU.

In conclusione, quindi, la Corte afferma che, ove siano rispettati tali parametri, non siano configurabili né la violazione dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., né il correlato diritto al contraddittorio, tutelato dalle citate previsioni costituzionali e convenzionali, principio che, tuttavia, non pare scalfire l'affermazione, rilevabile con una certa frequenza nella più recente giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, laddove il giudice dell'appello, in accoglimento dell'impugnazione dell'imputato, unico appellante, abbia escluso aggravanti, riconosciuto attenuanti, riqualificato in senso favorevole il reato, ovvero abbia accolto *altri profili comunque incidenti sulla commisurazione della pena* è tenuto, conseguentemente, a rivalutare in

melius i singoli segmenti dell'operazione attraverso la quale giunge all'irrogazione della pena finale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. 5, n. 1356 del 04/12/1967 (dep. 1968), Gliottone, Rv. 107279-01;
Sez. 4, n. 11607 del 17/06/1991, Sorenti, Rv. 188648-01;
Sez. U, n. 4460 del 19/01/1994, Cellerini, Rv. 196894-01;
Sez. U, n. 5978 del 12/05/1995, P., Rv. 201034-01;
Sez. 6, n. 1122 del 10/12/1996, dep. 1997, Fusco, Rv. 207508-01;
Sez. 6, n. 4075 del 17/02/1998, Ferrante, Rv. 210401-01;
Sez. U, n. 7551 del 08/04/1998, Cerroni, Rv. 210798-01;
Sez. 5, ord. n. 5384 del 11/11/1999, dep. 2000, Cordova, Rv. 215573-01;
Sez. 5, n. 40466 del 27/09/2002, Di Ponto, Rv. 225699-01;
Sez. 2, n. 21872 del 12/02/2003, Savignano, Rv. 224400-01;
Sez. 1, n. 13011 del 11/03/2005, Tarisciotti, Rv. 231256-01;
Sez. 5, n. 22134 del 19/05/2005, Buonomo, Rv. 232153-01;
Sez. U, n. 40910 del 27/09/2005, William Morales, Rv. 232066-01;
Sez. 3, n. 30557 del 15/07/2011, Di Martino, Rv. 251041-01;
Sez. 6, n. 4162 del 07/11/2012, dep. 2013, Ancona, Rv. 254263-01;
Sez. U, n. 33742 del 18/04/2013, Papola, Rv. 255660-01;
Sez. 1, n. 45236 del 22/10/2013, Stralaj, Rv. 257775-01;
Sez. 5, n. 24661 del 11/12/2013, dep. 2014, Adelfio, Rv. 259858-01;
Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258653-01;
Sez. 3, n. 3903 del 13/05/2014, dep. 2015, Tufano, Rv. 263193-01;
Sez. 5, n. 41188 del 10/07/2014, Zavanese, Rv. 261035-01;
Sez. 3, n. 17113 del 16/12/2014, dep. 2015, C., Rv. 263387-01;
Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264858-01;
Sez. 6, n. 3716 del 24/11/2015, Caruso, Rv. 266953-01;
Sez. U, n. 17050 del 11/04/2016, Maddaloni, Rv. 233729-01;
Sez. 2, n. 34837 del 06/05/2016, Savarese, Rv. 267853-01;
Sez. 2, n. 37009 del 30/06/2016, Seck, Rv. 267913-01;

- Sez. 5, n. 50083 del 29/09/2017, D’Ascanio, Rv. 271626-01;
Sez. 2, n. 41933 del 03/04/2017, Brajdic, Rv. 271182-01;
Sez. 2, n. 25739 del 09/05/2017, Pedraza, Rv. 270667-01;
Sez. 5, n. 51615 del 17/10/2017, Pala, Rv. 271604-01;
Sez. 3, n. 56279 del 24/10/2017, Principalli, Rv. 272429-01;
Sez. 2, n. 40989 del 11/04/2018, Malvasi, Rv. 274301-01;
Sez. 3, n. 49163 del 04/05/2018, Khan Arif, Rv. 275025-01;
Sez. 5, n. 44088 del 09/05/2019, Dzemaili, Rv. 277845-01;
Sez. 6, n. 51131 del 15/11/2019, Niasse Ndiaga, Rv. 277570-01;
Sez. 5, n. 11738 del 30/01/2020, Crescenzo, Rv. 278929-01;
Sez. 2, n. 12789 del 13/02/2020, Vinci, Rv. 279033-01;
Sez. 5, n. 15130 del 03/03/2020, Diop Mbaye, Rv. 279086-02;
Sez. 5, n. 19366 del 08/06/2020, Finizio, Rv. 279107-01;
Sez. 2, n. 4640 del 01/10/2020 (dep. 2021), Loffredo, Rv. 280560-01;
Sez. U, n. 7578 del 17/12/2020 (dep.2021), Acquistapace, Rv. 280539-01;
Sez. 3, n. 36234 del 16/11/2020, El Bassettaoui, non mass.;
Sez. 1, n. 8272 del 27/01/2021, Marzi, Rv. 280602-01;
Sez. 3, n. 24860 del 26/04/2021, M., Rv. 281428-01;
Sez. 4, n. 34342 del 24/06/2021, Bovati, Rv. 281829-02;
Sez. 1, n. 37985 del 08/06/2021, Cavallo, Rv. 282145-01;
Sez. 5, n. 34497 del 07/07/2021, Maccarone, Rv. 281831-01;
Sez. 3, n. 9737 del 10/11/2021, dep. 2022, Hjjieb, Rv. 282840-01;
Sez. 2, n. 6043 del 16/12/2021, dep. 2022, Ackom, Rv. 282628-01;
Sez. 2., n. 16995 del 28/01/2022, Somma, Rv. 283113-01;
Sez. 6, n. 29659 del 11/05/2022, Dalla Costa, Rv. 283535-01;
Sez. 2, n. 34727 del 30/06/2022, Pastore, Rv. 283845-02;
Sez. 5, n. 209 del 06/10/2022, dep. 2023, Cundari, Rv. 284311-01;
Sez. 6, n. 49115 del 17/10/2022, Vicentelli, Rv. 284078-01;
Sez. 6, n. 47488 del 17/11/2022, F., Rv. 284025-01;

- Sez. 2, n. 2592 del 09/12/2022, Lo Presti, Rv. 284301-01;
Sez. 6, n. 9063 del 10/01/2023, Maddaloni, Rv. 284337-01;
Sez. 4, n. 13806 del 07/03/2023, Clemente, Rv. 284601-01;
Sez. 2, n. 22032 del 16/03/2023, Ciavarella, Rv. 284738-01;
Sez. 2, n. 17585 del 23/03/2023, Cordì, Rv. 284531-01;
Sez. 6, n. 16676 del 30/03/2023, Mencaroni, Rv. 284591-01;
Sez. 1, n. 28295 del 09/05/2023, Avello, non mass.;
Sez. 1, n. 5517 del 30/11/2023, dep. 2024, Lombardi, Rv. 285801-03;
Sez. 1, n. 5517 del 30/11/2023, dep. 2024, Lombardi, Rv. 285801-04;

Sentenze della Corte EDU:

CEDU, Greco c. Italia, 07/07/2015, ric. . 7045/13

SEZIONE V

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE

CAPITOLO I

NOVITÀ IN TEMA DI MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

(di Francesca Zavaglia)

SOMMARIO: 1. I motivi di rifiuto. Premessa. - 2. Condizioni di salute. - 3. La territorialità dell'esecuzione della pena. - 4. Tutela della maternità e dell'infanzia. - 5. Diritto di difesa. - 6. Trattamenti inumani o degradanti. - 7. Principio di proporzione.

1. I motivi di rifiuto. Premessa.

In materia di mandato d'arresto europeo, nell'anno 2023, hanno assunto primaria evidenza le tematiche relative ai motivi di rifiuto alla consegna nella procedura passiva, affrontate dalla Corte di cassazione spesso all'esito di un "dialogo a più voci" fra corti nazionali ed europee per la definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali. Infatti, a seguito delle modifiche alla legge 22 aprile 2005, n. 69 apportate dal d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10, con il quale, nell'esercizio della delega di cui all'art. 6 legge 4 ottobre 2019, n. 117 per il più compiuto adeguamento della normativa nazionale alla decisione quadro 2002/584/GAI, sono stati drasticamente ridotti i motivi di rifiuto alla consegna originariamente previsti, si è imposta la necessità di rimodulare i rapporti fra natura repressiva dell'euromandato e tutela dei diritti fondamentali, lasciando all'interprete il compito di ridefinire le stesse opzioni di metodo. Originariamente è stata valorizzata al fine la disposizione dell'art. 2 legge n. 69 del 2005 (ancorché la sua portata arginante l'esecuzione del mandato d'arresto europeo in funzione di tutela dei diritti fondamentali e garanzie costituzionali sia stata anch'essa ridotta dall'intervento riformatore del 2021), letta come "clausola generale" atta al recupero di principi elaborati in vigenza dell'originario quadro normativo per far fronte al pericolo di compromissione dei diritti inviolabili del consegnando (fra le altre, Sez. 6, n. 22124 del 03/06/2021, Tonuzi, Rv. 281349-01; Sez. 6, n. 25333 del 25/06/2021, Eminovic, Rv. 281533-01, non mass. sul punto). Siffatta impostazione è stata però respinta da Corte cost. 18 novembre 2021, n. 216, che, chiamata a decidere della legittimità costituzionale degli artt. 18 e 18-bis legge n. 69 del 2005 nella parte in cui non prevedono che gravi patologie croniche della persona richiesta in consegna possano ostare all'esecuzione del mandato di arresto, è ricorsa allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE. Nell'occasione, il Giudice delle leggi ha rimarcato che, nelle materie oggetto di integrale armonizzazione normativa, così come quella

dell'euromandato, spetta in primo luogo al diritto dell'Unione stabilire gli "standard di tutela dei diritti fondamentali" al cui rispetto sono subordinate la legittimità della disciplina e la sua concreta esecuzione a livello nazionale, essendo inibito ai singoli Stati applicare autonomamente i propri livelli di tutela, pur nella consapevolezza che alla definizione dei diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione concorrono in maniera eminente le stesse tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; d'altro canto, l'autorità giudiziaria di esecuzione non può rifiutare la consegna dell'interessato al di fuori dei casi imposti o consentiti dalla decisione quadro 2002/584/GAI, essendole altresì precluso fornire autonome interpretazioni sulla base delle clausole generali, come quella contenuta nel vigente art. 2 della legge n. 69 del 2005.

Esaltando i principi del primato, unità ed effettività del diritto dell'Unione nonché del dialogo costruttivo fra giudice nazionale ed europeo, la Consulta ha tracciato il percorso esegetico obbligato alla ricerca del corretto bilanciamento tra esigenze garantiste e effettività della cooperazione in materia penale nello spazio giudiziario europeo. Lo stesso si è massimamente espresso proprio nell'anno in rassegna.

2. Condizioni di salute.

Con sentenza interpretativa di rigetto n. 177 del 2023, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di illegittimità degli artt. 18 e 18-*bis* legge n. 69 del 2005 per violazione degli artt. 2, 3, 32 e 111 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono, quale motivo di rifiuto della consegna, ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta (nel caso, si trattava di destinatario di euromandato processuale, afflitto da patologie psichiatriche croniche, con diagnosticato rischio suicidario). La Consulta ha mosso il suo argomentare dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 18 aprile 2023, E.D.L., C-699/21, resa in risposta al quesito pregiudiziale sugli artt. 1, paragrafo 3, decisione quadro 2002/584/GAI e 3, 4 e 35 CDFUE, posto in prima battuta dalla stessa Corte costituzionale, con la già citata ordinanza n. 216/2021. La Corte di Giustizia ha offerto così al Giudice delle leggi il perimetro decisorio, ribadendo la sua giurisprudenza in tema: tanto il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto il principio del mutuo riconoscimento, quest'ultimo basato sulla stessa fiducia reciproca tra gli Stati, hanno fondamentale importanza nel diritto dell'Unione, essendo loro affidati la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne; il principio di reciproca fiducia, a sua volta, radica la presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, con la conseguenza che l'esecuzione dell'euromandato è la regola mentre il rifiuto è l'eccezione, quest'ultimo ancorato ad un numero chiuso di motivi esclusivamente previsti dalla decisione quadro 2002/584/GAI e da interpretarsi restrittivamente. Ne discende che la decisione quadro non prevede il rifiuto dell'esecuzione di un euromandato nel caso in cui il consegnando sia afflitto da patologie gravi, croniche e potenzialmente irreversibili in quanto si presume che lo Stato membro di

emissione presterà cure e trattamenti adeguati, sia in ambiente carcerario sia nel contesto di misure non detentive. D'altro canto – proseguono i giudici di Lussemburgo – nei casi eccezionali in cui la consegna esponga la persona a pericolo per la vita o la salute (ipotesi circoscritte al “*rischio di morte imminente*” ovvero esposizione della persona a “*declino grave, rapido e irreversibile del proprio stato di salute o ad una riduzione significativa della propria aspettativa di vita*” e sempre che la soglia del patimento “*ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione*”), la stessa risulterebbe invece incompatibile con il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 4 della CDFUE. Quest'ultima eventualità può essere scongiurata attraverso il meccanismo del differimento temporaneo della consegna, previsto dall'art. 23, paragrafo 4, della decisione quadro 2002/584/GAI. In tal caso, qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione disponga di elementi per ritenere che il trasferimento della persona gravemente malata la esponga ai menzionati gravi rischi, è tenuta ad avviare un dialogo con l'autorità giudiziaria emittente allo scopo di acquisire informazioni mirate al fine, così facendosi ricorso, anche in questo ambito, al *two-step test*, già introdotto dal Giudice dell'Unione per evitare che dalla cooperazione giudiziaria possa derivare un rischio di trattamenti inumani e degradanti del consegnando (il riferimento è alla nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, C-404/15 e C-659/15) e replicato in casi analoghi. Qualora lo Stato membro emittente fornisca poi rassicurazioni adeguate, l'autorità giudiziaria di esecuzione sarà tenuta a procedere alla consegna. Diversamente, se il rischio permane, si apre un'ulteriore biforcazione dei possibili esiti decisori: se tale grave pregiudizio per la salute è destinato a risolversi entro un termine ragionevole, la procedura di consegna verrà solo temporalmente sospesa ed eseguita in seguito, allo scemare del pericolo; al contrario, qualora i gravi pericoli permangano per un periodo di tempo considerevole o addirittura indefinito, al fine di evitare che la persona ricercata rimanga esposta al mandato d'arresto ed alle misure eventualmente coercitive adottate senza alcuna prospettiva realistica di effettiva consegna, l'esecuzione può essere rifiutata.

La Corte costituzionale ha quindi armonizzato dette indicazioni con il contesto normativo interno, agendo sul piano strettamente procedurale ed al fine di offrire maggiore effettività di tutela. Infatti, l'istituto della sospensione dell'esecuzione della consegna, evocato dalla Corte di Giustizia come procedura di riferimento del caso e trasposto nell'ordinamento nazionale nell'art. 23, comma 3, della legge n. 69 del 2005, secondo il diritto interno attribuisce la competenza a sospendere la consegna al giudice monocratico invece che a quello collegiale ed esita in un provvedimento reso in forma di decreto motivato non impugnabile per cassazione (giurisprudenza a quest'ultimo riguardo pacifica, confermata, nell'anno in rassegna, da **Sez. 6, n. 44596 del 19/10/2023, Gjeta, Rv. 285433-02**). Pertanto, siffatto istituto, così come congegnato dal legislatore nazionale, non offre adeguata tutela dei supremi diritti in gioco, quali il diritto inviolabile alla salute e alla stessa vita, che esigono invece “*una cognizione piena da parte del giudice, nell'ambito di un procedimento rispettoso di tutte le garanzie del giusto processo e puntualmente regolato dalla legge; un*

procedimento necessariamente destinato a concludersi con un provvedimento ricorribile per cassazione, secondo quanto previsto dall'art. 111, settimo comma, Cost.”. Di qui la trasposizione del procedimento delineato dalla Corte di Giustizia nell’ambito della fase di cognizione sulla richiesta di esecuzione del mandato d’arresto europeo, prima della decisione finale sulla consegna, la quale resterà così soggetta a un unico ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 22 legge n. 69 del 2005, fermo restando la competenza del giudice monocratico, ai sensi dell’art. 23, commi da 2 a 4, legge n. 69 del 2005, per l’eventuale sospensione della consegna per le ragioni ivi indicate, comprese le situazioni di pericolo per la vita o per la salute di natura transitoria o comunque sorte successivamente alla decisione favorevole alla consegna da parte della corte d’appello.

A pochi giorni dalla sentenza della Consulta, **Sez. F., n. 34816 del 08/08/2023, V., Rv. 285094-01**, si è espressa su un caso analogo, in cui il ricorrente lamentava, fra gli altri motivi di ricorso, anche l’omessa adeguata stima da parte del giudice di merito del carattere ostativo alla consegna rappresentato dalla patologia psichiatrica del destinatario. La Cassazione, dopo avere ripercorso gli approdi interpretativi della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia sul tema come sopra tratteggiati, si è soffermata sul profilo degli oneri di allegazione, rilevando che, nella specie, la difesa non aveva fornito idoneo riscontro della gravità e della durata della compromissione delle condizioni di salute del consegnando, non smentendo così quanto affermato nella sentenza di merito circa la praticabilità di adeguati interventi da parte dei presidi di sorveglianza e di cura indicati dall’autorità della Stato emittente (nella specie, la Romania).

3. La territorialità dell’esecuzione della pena.

Speculare l’itinerario esegetico che, nel 2023, ha riguardato il motivo di rifiuto della consegna fondato sull’interesse all’esecuzione in Italia della pena irrogata dallo Stato di emissione, ancorché diversi, in tal caso, siano i principi in contesa e difforme sia stato altresì l’esito dell’incidente di costituzionalità che ha interessato la relativa disposizione. Nel dare conto delle pronunce della Cassazione sul tema, non si può prescindere dalla rappresentazione di tale recente evoluzione del quadro di riferimento.

Corte cost. n. 178 del 2023, ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 18-*bis*, comma 1, lett. c), legge 22 aprile 2005, n. 69, come introdotto dall’art. 6, comma 5, lett. b), legge 4 ottobre 2019, n. 117, e, in via consequenziale, dell’art. 18-*bis*, comma 2, stessa legge, nella formulazione introdotta dall’art. 15, comma 1, d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10, quest’ultimo nella parte in cui (per come in quel momento formulato) preclude in via assoluta l’opponibilità del motivo facoltativo di rifiuto della consegna alla persona ricercata cittadina di Paesi terzi non appartenenti all’Unione europea che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano da almeno cinque anni e sia sufficientemente integrata nel Paese, sempre che la corte d’appello disponga che la pena o la misura di sicurezza sia eseguita in Italia.

La sentenza ha segnato l'epilogo della tortuosa vicenda interpretativa sui limiti soggettivi di operatività della causa ostativa in disamina, snodatosi attraverso Corte cost. n. 227 del 2010, che, in prima battuta, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione – allora congegnata come motivo di rifiuto obbligatorio ed inserita alla lett. r) dell'art. 18 legge n. 69 del 2005 – nella parte in cui non ne prevedeva l'applicazione al cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea legittimamente ed effettivamente residente o dimorante nel territorio italiano ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno e giunto quindi all'estensione della prerogativa al cittadino extraeuropeo (dopo che, in altra occasione, Corte cost. n. 60 del 2021, investita della medesima questione di legittimità a seguito di un *revirement* giurisprudenziale espresso da Sez. 6, n. 10371 del 04/02/2020, Bregu, aveva restituito gli atti al giudice remittente in ragione della modifica normativa intervenuta *medio tempore*). Trattasi di approdo tanto atteso quanto immediatamente “travolto” dall'intervento del legislatore del 2023, come meglio si dirà.

Anche in questo caso, la sentenza è stata preceduta dall'interlocuzione con la Corte di Giustizia dell'Unione europea, preliminarmente investita da Corte cost. n. 217 del 2021 affinché chiarisse se l'esclusione assoluta dei cittadini di Stati terzi dall'operatività del motivo di rifiuto in oggetto, così come previsto dalla disciplina interna, fosse compatibile con il diritto europeo.

I giudici di Lussemburgo (Corte di Giustizia, 6 giugno 2023, O.G., C-700/21) hanno chiarito che, sebbene gli Stati membri siano liberi di trasporre o meno nel loro diritto interno i motivi di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo elencati nell'art. 4 della decisione quadro 2002/584/GAI (ivi incluso quello di cui al punto 6, che consente appunto di opporre rifiuto “*qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno*”) e di introdurre limitazioni alla loro operatività – così restituendo espansione alla “regola” della consegna – tale discrezionalità non è tuttavia illimitata, trovando argine nell'imprescindibile necessità di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 TUE, conformemente all'art. 1, paragrafo 3, della stessa decisione quadro. Fra gli stessi, il principio di uguaglianza davanti alla legge, garantito dall'art. 20 CDFUE, “*principio generale del diritto dell'Unione, il quale esige che situazioni comparabili non siano trattate in modo diverso e che situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo, a meno che un siffatto trattamento non sia obiettivamente giustificato*” ed applicabile a tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, inclusi, tranne che diversamente previsto, i rapporti tra i cittadini degli Stati membri e quelli dei Paesi terzi. Infatti, queste ultime due categorie di soggetti si trovano in una situazione fra loro comparabile sia al cospetto del presupposto di operatività del motivo di rifiuto contemplato dalla norma investita del quesito pregiudiziale, quale il requisito della “dimora o residenza” nello Stato di esecuzione, sia in ordine alla sua *ratio*, che consiste nell'aumento delle *chances* di risocializzazione della persona ricercata, una volta scontata la pena nel Paese eletto a centro dei suoi interessi familiari, sociali ed

economici. Di qui l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della disciplina di uno Stato membro che tratti in modo diverso i propri cittadini, quelli di altro Stato membro e quelli di Stati terzi, negando in modo assoluto e automatico a questi ultimi il beneficio del motivo facoltativo di non esecuzione del mandato di arresto europeo previsto dall'art. 4, punto 6, della decisione quadro senza tener conto del loro grado di integrazione sociale. Inoltre, la Corte di Giustizia, dando conseguenza a quanto rimarcato in premessa circa la facoltà dello Stato di modulare in senso restrittivo le clausole di rifiuto facoltative previste dalla decisione quadro, ha rilevato che ben può la normativa nazionale subordinare, per i cittadini di Paesi terzi, l'applicazione del motivo di rifiuto in argomento al requisito che tale cittadino dimori o risieda in quel territorio in via continuativa da un periodo di tempo minimo, purché quest'ultimo venga congruamente stimato (testualmente, "*purché tale condizione non ecceda quanto necessario a garantire che la persona ricercata presenti un grado di integrazione certo nello Stato membro di esecuzione*"). D'altro canto, l'autorità giudiziaria competente per l'esecuzione, anche dopo avere accertato la sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 4, par. 6, della decisione quadro, deve sempre e comunque valutare se sussista un legittimo interesse idoneo a giustificare che la pena irrogata nello Stato di emissione venga eseguita nel territorio dello Stato di esecuzione. Ovvero se, in base a tutti gli elementi concreti caratterizzanti la situazione della persona ricercata, il suo grado di integrazione nel territorio dello Stato di esecuzione deponga per la realizzazione dell'auspicato obiettivo del suo futuro reinserimento sociale in quel contesto territoriale.

Di qui la sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale della disciplina interna per contrasto con gli artt. 11 e 117, comma primo, Cost., in relazione all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, così come interpretato dalla Corte di Giustizia, nonché con la finalità rieducativa della pena imposta dall'art. 27, comma terzo, della Costituzione.

Come anticipato, pochi giorni dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale, al fine di adeguare il dato normativo ai *dicta* del Giudice delle leggi, l'art. 18-*bis*, comma 1, lett. a), d.l. 13 giugno 2023, n. 69, introdotto dalla legge di conversione 10 agosto 2023, n. 103, ha modificato l'art. 18-*bis* della legge 22 aprile 2005, n. 69, estendendo il motivo facoltativo di rifiuto in oggetto a chiunque, senza più alcun attributo di cittadinanza, legittimamente ed effettivamente risieda o dimori in via continuativa da almeno cinque anni sul territorio italiano, sempre che sia disposta l'esecuzione in Italia della pena o della misura di sicurezza per cui la consegna viene richiesta conformemente al diritto interno. Il legislatore ha poi introdotto un inedito comma 2 *bis* al medesimo art. 18-*bis* della legge n. 69 del 2005 contenente un catalogo "aperto" (visto il riferimento finale ad "ogni altro elemento rilevante") di parametri indicativi della legittima ed effettiva residenza o dimora sul territorio italiano del consegnando e la sanzione della nullità per la sentenza carente della specifica indicazione di detti elementi e dei relativi criteri di valutazione.

Sulla novella, a pochi mesi dalla sua entrata in vigore, si è pronunciata **Sez. 6, n. 41 del 28/12/2023, dep. 2024, Bettini, Rv. 285601-01**, che, preso atto dell'avvenuta positivizzazione degli "indici rivelatori" della residenza o dimora

come già individuati dalla giurisprudenza di legittimità, ha rimarcato l'importanza del *novum* normativo in relazione, invece, al controllo della loro valutazione in sede di legittimità. Si è affermato così che la riforma ha voluto rendere verificabile il procedimento decisorio posto a base dell'applicazione o del diniego del motivo di rifiuto in oggetto, il quale, essendo divenuto di natura facoltativa per effetto della legge delega n. 117 del 2019, sarebbe altrimenti rimasto affidato ad un'ampia ed incontrollata discrezionalità del giudice di merito, nonostante l'estrema rilevanza degli interessi coinvolti, essendo fuori dubbio che si tratti di decisioni fortemente incidenti sulle condizioni personali, sociali e familiari dell'interessato. La Corte ha evidenziato che l'art. 22 della legge n. 69 del 2005, come modificato dall'art. 18 del d.lgs. n. 10 del 2021, non ammette il ricorso per cassazione per vizi di motivazione avverso la sentenza della corte di appello sulla richiesta di consegna e che, per giurisprudenza consolidata, le censure che involgono l'accertamento del radicamento del consegnando nel territorio dello Stato si riconducono al vizio di motivazione. Pertanto, ad oggi, proprio in virtù della recente riforma, il mancato apprezzamento di uno degli indici che la norma novellata prevede quali parametri del giudizio di merito rileva come violazione di legge, soggetta al sindacato della Corte di cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen. In applicazione di detti principi, visto che, nel caso, il giudice di merito non aveva assolto all'onere di apprezzare tutti gli indici previsti dal nuovo testo normativo per articolare il suo giudizio, la Corte ha annullato la sentenza con rinvio.

Sez. 6, n. 43252 del 19/10/2023, M., Rv. 285297-01 si è occupata della c.d. garanzia del rinvio, già prevista, per l'euromandato processuale, dall'art. 19, comma 1, lett. b), legge n. 69 del 2005 ed anch'essa riformata dal legislatore del 2023, in particolare dall'art. 18-*bis*, comma 1, lett. b), d.l. 13 giugno 2023, introdotto dalla legge di conversione 10 agosto 2023, n. 103, che, al fine, ha riformulato l'art. 19, comma 2, legge n. 69 del 2005. La Sesta sezione, preso atto della non perfetta coincidenza della lettera delle due interpolazioni normative che hanno specularmente riguardato il mandato esecutivo e processuale, laddove l'art. 19, comma 2 legge n. 69 del 2005 non comprende, tra coloro che possono beneficiare del rinvio, anche la persona legittimamente ed effettivamente "dimorante" in via continuativa da almeno cinque anni sul territorio italiano, così come previsto invece per la novellata disposizione dell'art. 18-*bis*, comma 2, stessa legge, ha affermato che la garanzia del rinvio deve comunque essere ricondotta ai medesimi soggetti che, in caso di mandato esecutivo, potrebbero vedere eseguita la pena in Italia. Fra gli stessi, pertanto, anche la persona legittimamente ed effettivamente "dimorante", alle condizioni di legge, sul territorio italiano. Avendo a mente che la consegna in funzione della celebrazione del processo si traduce, in caso di condanna, in una forma posposta di consegna per l'esecuzione, solo tale interpretazione garantisce, infatti, la finalità di semplificazione delle procedure (evitandone la duplicazione imposta, in caso di condanna, dall'attivazione di altra procedura per la sua esecuzione) ed i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. La Sesta sezione è giunta a tale interpretazione estensiva sulla base di una lettura sistematica del quadro normativo orientata dagli insegnamenti di Corte costituzionale n. 178 del 2023 e

Corte di Giustizia C-700/21, sopra citate, senza ritenere necessario sollevare questione di legittimità costituzionale atta a censurare l'evidente ed ingiustificata disparità di trattamento che deriverebbe dalla opposta esegesi.

Sullo stesso motivo di rifiuto si segnala altresì **Sez. 6, n. 5233 del 02/02/2023, De Siato, Rv. 284110-01**, che, ponendosi in consapevole contrasto con Sez. 6, n. 26021 del 04/07/2022, Sambito, Rv. 283459-01, ha affermato che, nel caso di cittadino italiano, non è necessario accertare l'effettivo "radicamento" nel territorio nazionale ai fini della opponibilità del motivo di rifiuto, essendo sufficiente il formale possesso della cittadinanza. Infatti, già Corte cost. n. 227 del 2010, che aveva "integrato" l'operatività del motivo di rifiuto in disamina con riferimento alla posizione del cittadino dell'Unione europea, aveva riferito solo al predetto la condizione di "legittima ed effettiva" dimora o residenza nel territorio nazionale. Né le successive modifiche normative hanno mai contraddetto siffatto impianto. Si è poi rimarcato che la corte d'appello deve sempre valutare, anche nel caso della condizione ostativa legata al possesso della cittadinanza italiana del consegnando, la possibilità o meno di opporre il rifiuto, a tal fine considerando una serie di parametri quali la gravità del reato e delle sue conseguenze sanzionatorie, la sua rilevanza ed incidenza nell'ambito dei rapporti di cooperazione a livello europeo, l'eventuale carattere transnazionale della condotta, il coinvolgimento delle vittime, la natura e consistenza delle relazioni affettive, familiari, di lavoro o di altro tipo che ne caratterizzano la richiesta di esecuzione della pena in Italia e comunque ogni altro elemento utile a valorizzare l'obiettivo dell'effettivo reinserimento sociale della persona condannata all'estero. Infatti, l'interesse correlato al perseguimento della finalità rieducativa della pena, che sottende la formulazione della richiesta di esecuzione in Italia, deve pur sempre essere concretamente bilanciato con l'interesse punitivo dello Stato sul cui territorio il reato è stato commesso (conf. **Sez. 6, n. 38172 del 15/09/2023, Puissa, non mass.;** **Sez. 6, n. 10368 del 09/03/2023, Vitobello, non mass.**).

4. Tutela della maternità e dell'infanzia.

Sez. 6, n. 51798 del 28/12/2023, Harjan, Rv. 285600-01 ha dato immediata applicazione ai principi dettati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sulle questioni pregiudiziali sollevate dalla stessa Sezione della Corte di cassazione in punto di esatta interpretazione della Decisione quadro 2002/584/GAI per la consegna di madre di prole minorenni convivente. Visto che, a seguito dell'integrale sostituzione dell'art. 18 legge n. 69 del 2005 ad opera dell'art. 14 d.lgs. n. 10 del 2021, l'attuale assetto normativo interno, adeguandosi alle previsioni della Decisione quadro, non contempla più tale condizione quale motivo di rifiuto e nel contempo avendo a mente l'insegnamento di Corte cost. n. 216 del 2021, che, in materia di euromandato, ha sottratto al giudice interno il potere di autonomo intervento interpretativo a tutela delle garanzie non previste dalla fonte di diritto eurounitario, la Sesta sezione, con ord. n. 15143 del 14/01/2022, P., Rv. 283145-01, ha attivato il meccanismo del rinvio pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 1, paragrafi 2 e 3, 3 e 4 della Decisione quadro 2002/584/GAI e 7, 24, par. 3, della

CDFUE, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 8 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono la consegna della madre recidendo i legami con i figli minori conviventi senza considerare il *best interest of the child*. In seguito, Sez. 6, n. 12079 del 07/12/2022, dep. 2023, M., Rv. 285117-01, ha nuovamente sottoposto alla Corte di Giustizia quesito pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, in relazione sia alla consegna della madre di figli minori conviventi sia della donna incinta.

La Corte di Giustizia, pronunciandosi con sentenza 21 dicembre 2023, G.N., C-261/22, sulla prima delle due questioni sottoposte dalla Corte suprema italiana, ha affermato che la consegna non può essere rifiutata sol perché si tratti di madre di figli minori conviventi, nuovamente richiamando la presunzione, fondata sul principio di reciproca fiducia, che negli Stati dell'Unione i diritti dell'infanzia, fra i quali il diritto del minore di non separarsi dal proprio genitore, sono adeguatamente tutelati. Pertanto, l'art. 1, par. 2 e 3, della Decisione quadro 2002/584/GAI, letto alla luce dell'articolo 7 e dell'art. 24, paragrafi 2 e 3, della CDFUE, dev'essere interpretato nel senso che *“esso osta a che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione rifiuti la consegna della persona oggetto di un mandato d'arresto europeo per il motivo che tale persona è la madre di minori in tenera età con lei conviventi, a meno che, in primo luogo, tale autorità disponga di elementi atti a dimostrare la sussistenza di un rischio concreto di violazione del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare di tale persona, garantito dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali, e dell'interesse superiore di detti minori, quale tutelato dall'articolo 24, paragrafi 2 e 3, di tale Carta, a causa di carenze sistemiche o generalizzate in ordine alle condizioni di detenzione delle madri di minori in tenera età e di cura di tali minori nello Stato membro emittente e che, in secondo luogo, sussistano motivi seri e comprovati di ritenere che, tenuto conto della loro situazione personale, gli interessati corrano detto rischio a causa di tali condizioni”*. I giudici di Lussemburgo hanno precisato che, anche in questo caso, il giudizio demandato all'autorità dell'esecuzione si snoda attraverso due passaggi, la cui rigida scansione logica e cronologica non può essere pretermessa: detta autorità deve, in primo luogo, determinare se, in base a fonti internazionali riconosciute ed attendibili, emergano nello Stato emittente carenze strutturali e di sistema sotto il profilo della tutela dei diritti dell'infanzia e, solo nel caso in cui tale verifica abbia esito positivo, procedere all'accertamento in concreto delle condizioni detentive della persona consegnanda; nell'ambito di questo secondo passaggio decisivo, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può chiedere informazioni suppletive allo Stato emittente atte a verificare in quale misura le riscontrate carenze sistemiche possano concretamente incidere sulle condizioni di detenzione della persona o di cura dei suoi figli minori, esponendola a rischio di violazione dei diritti fondamentali; solo in quest'ultima ipotesi può astenersi dal dar seguito al mandato di arresto.

Pertanto, la Sesta sezione, con la sentenza Harjan, esprimendosi sulla questione a pochi giorni dalla pronuncia della Corte di Giustizia, ha argomentato richiamando il prescritto incedere decisivo bifasico e ribadendo che, a fronte della presunzione del rispetto dei diritti dei minori da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione, è onere della parte allegare circostanze che dimostrino che, invece, nello Stato

richiedente, sussiste il rischio di violazione. La Cassazione ha evidenziato che gli elementi adottati al fine devono essere concreti e non risolversi, invece, in mere supposizioni, rammentandosi che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, elementi utili alla prima fase di giudizio possono evincersi da decisioni giudiziarie internazionali, da decisioni, relazioni e altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite nonché da informazioni recensite nella banca dati dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali riguardo alle condizioni di detenzione penale nell'Unione. Nella specie, relativa ad un mandato d'arresto europeo svedese, la Sesta sezione ha rigettato il ricorso della difesa, ritenendo generiche le prospettazioni dei *pericula* e, pertanto, correttamente affermata l'insussistenza di un valido motivo di rifiuto della consegna correlato alla violazione dei diritti dell'infanzia.

5. Diritto di difesa.

In tema di mandato d'arresto esecutivo emesso all'esito di provvedimenti di condanna pronunciati *in absentia*, **Sez. 6, n. 50684 del 29/09/2023, Lazaj, Rv. 285563-01** rappresenta una significativa rimodulazione del precedente indirizzo (espresso, fra le altre, da Sez. 6, n. 5400 del 30/01/2008, Salkanovic, Rv. 238332-01), che riteneva conforme ai principi sul “giusto processo” (richiamato dalla precedente formulazione dell'art. 2, comma 1, legge n. 69 del 2005), il mandato di arresto europeo emesso dalle autorità giudiziarie francesi sulla base di una sentenza di condanna pronunciata in contumacia, senza alcuna garanzia di contraddittorio e di difesa, poiché l'ordinamento francese garantisce al condannato la possibilità di chiedere, mediante opposizione, un nuovo giudizio nel rispetto del contraddittorio e dei diritti della difesa. La sentenza *Lazaj*, dopo avere offerto dettagliata rassegna del complessivo quadro normativo di riferimento e del carattere inviolabile ed irrinunciabile del diritto di difesa nel processo penale, da includersi nel novero dei diritti fondamentali sanciti, oltre che dall'art. 24 della Costituzione italiana, dall'art. 6 TUE e garantiti dalla CEDU, quindi raccogliendo la sollecitazione della Giudice delle leggi al “dialogo tra Corti” nella definizione dello standard di tutela dei diritti fondamentali posti ad argine all'euromandato, si è nuovamente avvalsa dell'istituto del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TUE*. La Sesta Sezione ha osservato che la garanzia dell'impugnazione della sentenza di condanna a seguito della consegna del ricercato non sana il *vulnus* già inferto dal processo esitato nella decisione posta a base del mandato d'arresto europeo, svolto non solo in assenza dell'imputato, ma anche senza alcuna assistenza difensiva. Infatti, l'imputato rimane comunque esposto agli effetti delle regole processuali vigenti nello Stato di emissione, relative, in particolare, all'utilizzabilità nel nuovo processo partecipato ed assistito delle prove in precedenza acquisite, quanto meno in relazione alle prove non ripetibili (quali, ad esempio, le dichiarazioni del teste successivamente deceduto ovvero gli esiti di indagini scientifiche su materiale nel frattempo degradatosi), così da menomare gravemente il diritto di difesa. D'altro canto, l'art. 4-*bis* della Decisione quadro 2002/584/GAI, inserito con la Decisione quadro 2009/299/GAI a regolare i rapporti fra euromandato e decisioni pronunciate senza la partecipazione

dell'interessato, non contiene alcuna previsione espressa per il caso in parola. La Sesta Sezione ha quindi chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di chiarire se il diritto alla difesa tecnica dell'imputato in un processo criminale rientri tra i diritti sanciti dalla CDFUE e i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione europea che il Trattato riconosce come principi generali del diritto dell'Unione e che la decisione quadro si obbliga a rispettare; in caso affermativo, se tale diritto possa ritenersi rispettato qualora la sentenza di condanna sia stata pronunciata nei confronti di un imputato assente e privo della assistenza di un difensore, sebbene soggetta al diritto potestativo dell'imputato stesso, una volta consegnato, di ottenere la ripetizione del giudizio con le garanzie difensive; se, in quest'ultimo caso, possa essere rifiutata la consegna dell'imputato in esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una sentenza di condanna e della pena con essa irrogata.

6. Trattamenti inumani o degradanti.

In tema di motivo di rifiuto per il rischio di trattamenti inumani o degradanti, nell'anno oggetto della rassegna, la giurisprudenza di legittimità non ha fatto registrare scostamenti rispetto al quadro consolidato. Ci si limita a segnalare **Sez. 6, n. 31001 del 14/07/2023, Tabite, Rv. 285081-01**, che ha dichiarato inammissibile il ricorso che lamentava la mancata richiesta di informazioni suppletive da parte della corte d'appello nonostante l'addotto pericolo di trattamenti inumani e degradanti in ragione delle condizioni di sovraffollamento carcerario e complessiva inadeguatezza degli istituti di detenzione nella Repubblica francese. La Sesta Sezione, rilevato che le censure erano generiche e basate su dati non aggiornati, ha osservato che la Francia ha posto rimedio al rischio di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti con provvedimenti legislativi strutturali, disciplinanti un meccanismo impugnatorio che affida a un giudice la verifica delle condizioni restrittive individuali ai fini dell'adozione di misure di effettiva "protezione", così garantendo le ragioni del detenuto in relazione al trattamento carcerario individualizzato e rendendo ingiustificata la richiesta di ulteriori informazioni all'autorità giudiziaria dello Stato emittente da parte della corte d'appello italiana.

In punto di procedura, **Sez. 6, n. 45291 del 08/11/2023, Marina, Rv. 285387-01**, chiamata a decidere il ricorso del procuratore generale avverso la sentenza della corte d'appello di rigetto della richiesta di consegna in ragione della mancata risposta dello Stato emittente (nel caso, la Grecia) alle richieste di informazioni supplementari avanzate a fronte delle riscontrate condizioni di sovraffollamento degli istituti penitenziari di quello Stato, ha chiarito che, in base all'attuale formulazione dell'art. 16 legge n. 69 del 2005, in tali casi, la procedura non può esitare *sic et simpliciter* nel rifiuto. Infatti, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, in siffatte evenienze, l'esecuzione del mandato non deve essere abbandonata, ma rinviata al fine di non impedire la consegna qualora, in un successivo momento, pervengano informazioni che facciano escludere l'esistenza del paventato rischio di trattamenti inumani o degradanti, purché ciò

avvenga in un tempo ragionevole. Pertanto, in questi casi, l'eventuale rifiuto alla consegna deve essere inteso reso "allo stato degli atti". D'altro canto, al fine di contenere la procedura in un tempo ragionevole, l'autorità giudiziaria di esecuzione, a fronte della perdurante inerzia dello Stato di emissione, può assegnare un termine ultimo, sollecitandone nel contempo l'evasione attraverso l'intervento di Eurojust (così come previsto dall'art. 15, par. 2, Decisione quadro 2002/584/GAI). La Corte ha quindi annullato con rinvio la sentenza impugnata, rilevando la necessità di rinnovare la richiesta di informazioni complementari, con la fissazione al fine di un termine ultimativo, puntuale e congruo in relazione alle specificità del caso concreto.

7. Principio di proporzione.

Nell'anno 2023 la giurisprudenza della Corte di cassazione si è soffermata anche sui rapporti fra mandato d'arresto europeo processuale e principio di proporzione.

Sez. 6, n. 7861 del 21/02/2023, Arciszewski, Rv. 284251-01, chiamata a decidere il ricorso avverso la sentenza della corte di merito che aveva disposto l'esecuzione di un mandato d'arresto richiesto dall'autorità giudiziaria della Polonia per esigenze investigative non chiaramente precisate, ha ribadito i principi affermati da Sez. 6, n. 14937 del 14/04/2022, Mendelka, non mass., offrendo continuità a tale indirizzo. In particolare, la Sesta sezione ha preso le mosse dalla definizione di mandato d'arresto europeo espressa dall'art. 1, par. 1, della Decisione quadro 2002/584/GAI, che circoscrive lo strumento all'arresto o consegna della persona ricercata "*ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà*", senza contemplare le mere esigenze investigative o istruttorie. Il tema dell'ammissibilità del mandato d'arresto per sottoporre la persona ricercata ad atti di istruzione che richiedono la sua presenza (quali interrogatori, confronti, ricognizioni) è già stato affrontato nella giurisprudenza di legittimità, ma – osserva la Corte – lo stesso deve essere ad oggi attualizzato alla luce della Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, che rappresenta lo strumento di cooperazione internazionale funzionale ad assecondare le esigenze investigative nello spazio giuridico comune. Del resto, la citata direttiva non tralascia di considerare i rapporti fra ordine di indagine e mandato d'arresto europeo, regolandoli in ossequio al principio di proporzione, sicché "*l'autorità di emissione dovrebbe esaminare, in particolare, se l'emissione di un OEI ai fini dell'audizione di una persona sottoposta a indagini o di un imputato mediante videoconferenza possa costituire una valida alternativa*" rispetto allo strumento del mandato d'arresto (Considerando n. 26). In applicazione di tali principi, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, invitando il giudice di merito a chiarire, mediante richiesta di informazioni integrative *ex art. 16 legge n. 69 del 2005*, la tipologia di atto da compiere e la stessa indispensabilità al fine della presenza della persona richiesta in consegna.

Nel caso affrontato da **Sez. 6, n. 37474 del 12/09/2023, T., Rv. 285776-01** il ricorrente lamentava invece la violazione del principio di proporzione con riferimento alla mancata adozione dello strumento della videoconferenza quale modalità di partecipazione a distanza al procedimento a suo carico in corso a Malta, essendo stata disposta la consegna in esecuzione di mandato di arresto europeo richiesto dalla autorità giudiziaria di quello Stato. La Corte, pur richiamando i principi enunciati dalla sentenza *Arciszewski*, nella specie, non ha ravvisato alcuna tensione con il principio di proporzione, valorizzando la circostanza che, nella fattispecie (in cui il mandato era peraltro strumentale alla contestazione delle accuse e non ad assecondare mere esigenze istruttorie), era già stato esperito un tentativo di partecipazione con richiesta di assistenza giudiziaria inoltrata da Malta al fine di ottenere la convocazione dell'imputato, ma questi, ritualmente citato a comparire all'udienza fissata in Italia, non si era presentato. Pertanto, la previa più mite opzione procedurale, resa infruttuosa dallo stesso comportamento dell'imputato, aveva reso pretestuosa la sua successiva doglianza.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. 6, n. 5400 del 30/01/2008, Salkanovic, Rv. 238332-01;
Sez. 6, n. 10371 del 04/02/2020, Bregu, non mass.;
Sez. 6, n. 22124 del 03/06/2021, Tonuzi, Rv. 281349-01;
Sez. 6, n. 25333 del 25/06/2021, Eminovic, Rv. 281533-01;
Sez. 6, n. 15143 del 14/01/2022, P., Rv. 283145-01;
Sez. 6, n. 14937 del 14/04/2022, Mendelka, non mass.;
Sez. 6, n. 26021 del 04/07/2022, Sambito, Rv. 283459-01;
Sez. 6, n. 12079 del 07/12/2022, dep. 2023, M., Rv. 285117-01;
Sez. 6, n. 5233 del 02/02/2023, De Siato, Rv. 284110-01;
Sez. 6, n. 7861 del 21/02/2023, Arciszewski, Rv. 284251-01;
Sez. 6, n. 10368 del 09/03/2023, Vitobello, n.m;
Sez. 6, n. 31001 del 14/07/2023, Tabite, Rv. 285081-01;
Sez. F., n. 34816 del 08/08/2023, V., Rv. 285094-01;
Sez. 6, n. 37474 del 12/09/2023, T., Rv. 285776-01;
Sez. 6, n. 38172 del 15/09/2023, Puissa, non mass.;
Sez. 6, n. 50684 del 29/09/2023, Lazaj, Rv. 285563-01;
Sez. 6, n. 43252 del 19/10/2023, M., Rv. 285297-01;
Sez. 6, n. 44596 del 19/10/2023, Gjeta, Rv. 285433-02;
Sez. 6, n. 45291 del 08/11/2023, Marina, Rv. 285387-01;
Sez. 6, n. 41 del 28/12/2023, dep. 2024, Bettini, Rv. 285601-01;
Sez. 6, n. 51798 del 28/12/2023, Harjan, Rv. 285600-01.

Sentenze della Corte costituzionale:

- Corte cost., sent. n. 227 del 2010;
Corte cost., sent. n. 60 del 2021;
Corte cost., sent. n. 216 del 2021;
Corte cost., sent. n. 217 del 2021;

Corte cost., sent. n. 177 del 2023;

Corte cost., sent. n. 178 del 2023.

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea:

CGE, Grande Sezione, 05/04/2016, Aranyosi e Caldaru, C-404/15 e C-659/15;

CGE, Grande Sezione, 18/04/2023, E.D.L., C-699/21;

CGE, Grande Sezione, 06/06/2023, O.G., C-700/21;

CGE, Grande Sezione, 21/12/2023, G.N., C-261/22.

SEZIONE VI

ESECUZIONE

CAPITOLO I

I RINNOVATI POTERI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE SUL GIUDICATO TRA DOGMA DI INTANGIBILITÀ ED ESIGENZE DI FLESSIBILITÀ

(di Antonio Gatto)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Procedimento. - 3. Pena illegale. - 4. Rideterminazione della pena e “adattamento” del giudicato. - 5. Computo della pena da espiare. - 6. Prescrizione della pena. - 7. Concessione della sospensione condizionale. - 8. Revoca della sospensione condizionale. - 9. Continuazione. - 10. Rapporto tra incidente di esecuzione e restituzione nel termine. - 11. Conflitto tra giudicati. - 12. Cause di estinzione del reato. - 13. Prestazioni assistenziali. - 14. Restituzione di cose sequestrate. - 15. Pene accessorie. - 16. Sanzioni amministrative accessorie. - 17. Spese processuali.

1. Premessa.

Nel corso dell'anno 2023 si sono registrate numerose pronunce della Suprema Corte che, nel solco degli orientamenti giurisprudenziali negli ultimi anni, sia in ragione delle recenti modifiche normative, sia in considerazione delle pronunce della Corte costituzionale e delle corti sovranazionali, contribuiscono a riperimetrare il dinamico protagonismo del giudice dell'esecuzione, nell'ottica di una sempre più erosiva “flessibilizzazione” del giudicato volta a garantire diritti ed esigenze talvolta collidenti col dogma dell'intangibilità.

Appare, dunque, opportuno illustrare sinteticamente tali pronunce, con una panoramica che tenga conto, in maniera ripartita, delle varie tematiche affrontate (non verrà trattato il tema dei poteri del giudice dell'esecuzione in materia di pene sostitutive, cui è dedicato altro specifico contributo della presente rassegna).

2. Procedimento.

Un primo gruppo di importanti pronunce ha riguardato il procedimento di esecuzione, disciplinato dall'art. 666 cod. proc. pen.

In particolare, **Sez. 1, n. 22719 del 08/03/2023, Turci, Rv. 284550-01** ha affermato che l'omessa acquisizione del parere del pubblico ministero nel caso di dichiarazione di inammissibilità della richiesta adottata *de plano, ex art. 666, comma 2, cod. proc. pen.*, dà luogo a una nullità deducibile a iniziativa sia del medesimo pubblico ministero che della parte privata.

In motivazione, la Corte ha precisato che l'acquisizione del parere dell'organo requirente è prevista anche nell'interesse del condannato, che è, pertanto, legittimato a dolersi dell'adozione del provvedimento emesso in assenza dell'instaurazione del contraddittorio.

L'arresto si pone in linea con altra precedente pronuncia della Suprema Corte (Sez. 1, n. 42540 del 25/06/2018, C., Rv. 274025-01), con la quale è stato sostenuto il medesimo principio, osservando che l'acquisizione del parere del pubblico ministero, oltre a garantire il contraddittorio cartolare con l'organo titolare della potestà esecutiva, consente il confronto e il reciproco controllo ed è l'unico meccanismo attraverso il quale la parte privata può conoscere la posizione della controparte sul tema dedotto *in executivis* attraverso l'incidente proposto.

Sul punto si registra, tuttavia, un contrasto in seno alla Corte, atteso che, secondo altro orientamento, nel procedimento di esecuzione, qualora il decreto di inammissibilità della richiesta previsto dall'art. 666, comma 2, cod. proc. pen. non sia stato preceduto dall'acquisizione del prescritto parere del pubblico ministero, si configura una nullità a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., non deducibile dalla parte privata ma soltanto dallo stesso pubblico ministero, essendo, questi, il solo ad avere un interesse concreto all'instaurazione del contraddittorio cartolare alla cui realizzazione è finalizzata la sua audizione (Sez. 3, n. 9167 del 19/11/2020, dep. 2021, Talla, Rv. 281595-01; nello stesso senso Sez. 1, n. 2420 del 03/04/2000, Pischedda, Rv. 216032-01).

Sempre in relazione al principio del contraddittorio, è stato precisato che, in tema di confisca, l'opposizione avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di revoca emessa dal giudice dell'esecuzione all'esito di udienza camerale, anziché *de plano*, deve essere decisa, a pena di nullità assoluta del provvedimento, previa instaurazione del contraddittorio tra le parti, ai sensi dell'art. 666, commi 3 e 4, cod. proc. pen. (**Sez. 1, n. 15636 del 24/01/2023, Autostrada del Brennero S.p.A., Rv. 284512-01**).

Sez. 1, n. 363 del 27/10/2023, dep. 2024, Citro, Rv. 285551-01 ha poi stabilito che l'interessato che sia detenuto in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice che procede non ha diritto di essere tradotto in udienza, ma soltanto, su sua richiesta, di essere sentito mediante collegamento a distanza, ovvero, qualora non vi consenta, di essere sentito, prima del giorno fissato per l'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo in cui si trova, con la conseguenza che la sua omessa audizione non è causa di nullità assoluta, ma integra una nullità del procedimento di ordine generale e a regime intermedio, *ex art.* 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. (negli stessi termini, in passato: Sez. 1, n. 12786 del 19/03/2021, Di Costanzo, Rv. 280860-01; Sez. 1, n. 40835 del 05/06/2014, Padovan, Rv. 260721-01; Sez. 1, n. 28557 del 18/06/2008, Ribisi, Rv. 240784-01).

In tema di inammissibilità dell'atto introduttivo, è stato affermato che la competenza funzionale a dichiarare, con ordinanza *de plano*, l'inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione *ex art.* 667, comma 4, cod. proc. pen., depositata telematicamente in conformità al disposto dell'art. 111-*bis* cod. proc. pen., appartiene al giudice dell'esecuzione che ha emesso il provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 87-*bis* d.lgs. n. 150 del 2022 (**Sez. 3, n. 44669 del 12/09/2023, Moscarella, Rv. 285322-01**).

È stato altresì precisato che, nel procedimento di esecuzione, non è consentito estendere, con le memorie di parte di cui all'art. 666, comma 3, cod. proc. pen.,

l'ambito valutativo del giudizio oltre il perimetro delineato dall'atto introduttivo della procedura (**Sez. 3, n. 2785 del 12/10/2023, dep. 2024, De Simone, Rv. 285743-01**).

Altre pronunce riguardano, invece, altrettante declinazioni del principio del *favor impugnationis* in fase esecutiva.

Sotto tale profilo, in tema di confisca, è stato statuito che, avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione che abbia provveduto irritualmente nelle forme dell'udienza camerale *ex art. 666 cod. proc. pen.*, è prevista solo la facoltà di proporre opposizione, sicché come tale deve essere riqualificato il ricorso per cassazione proposto avverso il suddetto provvedimento, nel rispetto del principio generale della conservazione degli atti giuridici e del *favor impugnationis*, con conseguente trasmissione degli atti al giudice competente (**Sez. 2, n. 8645 del 09/11/2022, dep. 2023, Cedric, Rv. 284403-01**).

Alla stessa stregua, **Sez. 1, n. 3063 del 15/09/2023, dep. 2024, Quarto, Rv. 285720-01** ha affermato che il ricorso per cassazione proposto avverso l'ordinanza emessa *de plano* dal giudice dell'esecuzione in materia di confisca non è inammissibile, ma deve essere qualificato come opposizione e, per l'effetto, trasmesso al giudice dell'esecuzione, in applicazione dei principi generali di conservazione degli atti giuridici e del *favor impugnationis*.

Altra sentenza ha riguardato i caratteri del provvedimento conclusivo del procedimento di esecuzione.

Proprio in relazione a detta procedura, infatti, **Sez. 1, n. 425 del 23/11/2023, dep. 2024, P.M.T. c/ Musacco, Rv. 285554-01** ha stabilito che il provvedimento, emesso in forma di ordinanza, che decide su situazioni giuridiche con carattere di definitività e che è soggetto a impugnazione è suscettibile di divenire irrevocabile, al pari delle sentenze, sicché non può essere revocato o modificato dallo stesso giudice che lo ha emesso, salva l'emersione di elementi di novità.

Il principio è stato affermato in una fattispecie relativa a un provvedimento, emesso in sede di esecuzione, con cui era stata revocata la precedente ordinanza di riconoscimento della continuazione tra diverse sentenze.

3. Pena illegale.

Secondo **Sez. 1, n. 45193 del 11/07/2023, Cumino, Rv. 285507-01**, non integra un'ipotesi di pena illegale, deducibile dinanzi al giudice dell'esecuzione in caso di sentenza divenuta irrevocabile, la determinazione della pena in misura superiore alla media edittale in assenza di adeguata motivazione, costituendo tale *deficit* motivazionale un vizio deducibile esclusivamente in sede di impugnazione.

In sentenza, il Collegio ha chiarito che la pena può definirsi "*illegale*", legittimando pertanto l'intervento del giudice dell'esecuzione, quando, per specie ovvero per quantità, non corrisponde a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale, ovvero qualora, comunque, è stata determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato su una cornice edittale inapplicabile, perché dichiarata costituzionalmente illegittima o

perché individuata in violazione del principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole (Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264207-01; Sez. U, n. 40986 del 19/07/2018, P., Rv. 273934-01).

Certamente diversa è, pertanto, l'ipotesi in cui, la pena concretamente comminata si collochi all'interno dei limiti edittali normativamente previsti, pur attestandosi al di sopra della media senza una congrua motivazione: vizio che può essere fatto valere con gli ordinari mezzi di impugnazione nel giudizio di cognizione, ma non dopo il passaggio in giudicato della sentenza davanti al giudice dell'esecuzione.

È stato, invece, stabilito che, in materia edilizia, costituisce pena illegale, la cui applicazione è deducibile dinanzi al giudice dell'esecuzione, la confisca dell'immobile abusivo disposta in relazione alla contravvenzione di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), d.P.R. n. 380 del 2001, trattandosi di sanzione non prevista per tale reato, inflitta al di fuori dei casi di cui all'art. 44, comma 2, del citato decreto (Sez. 3, n. 44461 del 19/10/2022, Palma, Rv. 283774-01).

La sentenza in questione, dopo aver richiamato l'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte, secondo cui l'illegalità della pena, derivante da palese errore giuridico o materiale da parte del giudice della cognizione, privo di argomentata valutazione, ove non sia rilevabile d'ufficio in sede di legittimità per tardività del ricorso, è deducibile davanti al giudice dell'esecuzione, adito ai sensi dell'art. 666 cod. proc. pen. (Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera e altro, Rv. 265108-01), ed aver rilevato che esso riguarda sia le pene detentive sia le pene pecuniarie, nonché le pene accessorie (Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., Rv. 262327-01), ha affermato che il predetto principio deve essere esteso anche ad una «sanzione afflittiva come la confisca», per la sua incidenza sul patrimonio.

4. Rideterminazione della pena e “adattamento” del giudicato.

Sempre in tema di pena, Sez. 1, n. 12675 del 13/12/2022, dep. 2023, Huyer, Rv. 284284-01 ha statuito che è ammissibile l'istanza di rideterminazione *in executivis* della pena pecuniaria, applicata con decreto penale di condanna in sostituzione di pena detentiva, secondo i nuovi valori minimi giornalieri di conversione conseguenti alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 53, comma 2, legge n. 689 del 1981, resa dalla sentenza della Corte cost. n. 28 del 12/01/2022, nel caso in cui il trattamento sanzionatorio non sia stato ancora interamente eseguito.

In motivazione i giudici di legittimità hanno richiamato il principio affermato dalle Sezioni Unite, secondo cui, quando, successivamente alla pronuncia di una sentenza irrevocabile di condanna, interviene la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, e quest'ultimo non è stato interamente eseguito, il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena in favore del condannato pur se il provvedimento “*correttivo*” da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo egli avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali, o comunque

derivanti dai principi in materia di successione di leggi penali nel tempo, che inibiscono l'applicazione di norme più favorevoli eventualmente *medio tempore* approvate dal legislatore (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, P.M. in proc. Gatto, Rv. 260697-01).

Nel caso in esame, quindi, la Corte ha censurato l'operato del giudice dell'esecuzione che, rigettando l'istanza avanzata dalla difesa del condannato, non aveva provveduto alla rideterminazione della pena.

Nella fattispecie, nel decreto penale di condanna divenuto esecutivo, era stato utilizzato, quale parametro di commutazione della pena detentiva in pena pecuniaria, quello previsto dal testo allora vigente dell'art. 58 della legge n. 689 del 1981, che, al secondo comma, prevedeva, tra l'altro, che la sostituzione della pena detentiva con la corrispondente pena pecuniaria dovesse essere compiuta sulla base di un valore giornaliero non inferiore alla somma indicata dall'art. 135 cod. pen., cioè a 250 euro, e non superiore al decuplo di tale importo.

Si è osservato come la Corte costituzionale, con la sentenza n. 28 del 2022, abbia, tuttavia, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, secondo comma, nella parte in cui prevedeva che il valore giornaliero di conversione della pena detentiva in quella pecuniaria non potesse essere inferiore a 250 euro anziché a 75 euro, restando, nondimeno, invariato l'importo massimo, stabilito nel decuplo della somma indicata dall'art. 135 cod. pen., vale a dire in 2.500 euro al giorno.

La Cassazione ha, dunque, annullato l'ordinanza reiettiva, con rinvio per un nuovo giudizio sulla rideterminazione della pena pecuniaria.

Sempre in relazione agli interventi del giudice dell'esecuzione sulla pena, i giudici di legittimità, in tema di riconoscimento per l'esecuzione in Italia della sentenza di condanna emessa da altro Stato membro dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 10, comma 5, d.lgs. n. 161 del 2010, hanno stabilito che la corte d'appello, in funzione di giudice dell'esecuzione, nel verificare la compatibilità della pena inflitta all'estero con quella prevista dall'ordinamento interno per reati simili, dispone di un potere di adattamento che le consente di porre rimedio al riconoscimento della pena, principale e accessoria, mal operato perché basato su un'errata qualificazione giuridica, provvedendo alla rideterminazione di tale pena, se superiore a quella massima prevista dalla normativa interna (Sez. 6, n. 3324 del 12/12/2022, dep. 2023, P., Rv. 284335-01).

Già in precedenza, la medesima Sezione della Corte aveva affermato che, in tema di riconoscimento per l'esecuzione in Italia della sentenza di condanna emessa in altro Stato membro dell'Unione europea, la corte d'appello deve preliminarmente verificare a quale fattispecie astratta di reato, prevista dall'ordinamento interno, sia riconducibile il fatto giudicato dalla sentenza da eseguire, per poi accertare che la durata e la natura della pena o della misura di sicurezza inflitta siano compatibili con quelle previste in Italia per reati simili (Sez. 6, n. 3075 del 22/11/2017, dep. 2018, Casiroli, Rv. 272125-01), con il possibile esercizio di un potere di adattamento che consente di provvedere alla riduzione della pena detentiva inflitta al cittadino italiano, se superiore a quella massima edittale prevista dalla normativa interna (Sez. 6, n. 27359 del 14/06/2019, Carruggio, Rv. 276230-02).

Sempre in materia di riconoscimento di sentenze penali straniere, **Sez. 1, n. 359 del 26/10/2023, dep. 2024, PG c Sema, Rv. 285784-01** ha chiarito che il giudice dell'esecuzione al quale sia richiesto di determinare con esattezza il trattamento sanzionatorio per ciascun reato onde accertare la pena ancora da espiare, in ragione del presofferto e per la presenza di reati ostativi, non può procedere all'integrazione o alla modificazione del titolo esecutivo mediante una diversa qualificazione giuridica dei reati.

Nel caso di specie, il giudice, in fase esecutiva, aveva qualificato i reati in termini difformi dalla sentenza che aveva riconosciuto il provvedimento estero, violando, pertanto, il principio di intangibilità del giudicato.

5. Computo della pena da espiare.

In tema di determinazione, da parte del giudice dell'esecuzione, della pena da espiare in concreto, **Sez. F., n. 33363 del 27/07/2023, Muca, Rv. 285215-01** ha stabilito che, nel caso di condanna per un reato associativo che sia stato contestato senza l'indicazione della data di ritenuta cessazione della condotta criminosa ("*contestazione aperta*"), l'esclusione del computo del periodo di pena espiata inutilmente per altro reato non deve prescindere, ove la sentenza di condanna per il reato associativo sia successiva al periodo di detenzione subito in relazione all'altro reato, dalla verifica in ordine alla sussistenza della prova della effettiva permanenza della condotta sino alla data di pronuncia della sentenza, non potendosi presumere, in forza della regola giurisprudenziale secondo cui, in ipotesi di contestazione in modo "*aperta*" del fatto associativo, è possibile affermare la penale responsabilità anche con riferimento al periodo successivo alla data di accertamento, che il momento consumativo coincida con la pronuncia della sentenza di condanna.

La Corte ha affermato il predetto principio in una fattispecie relativa ad una richiesta di riconoscimento della continuazione in sede esecutiva, con applicazione del criterio di fungibilità delle pene previsto dall'art. 657, comma 4, cod. proc. pen., tra i delitti di cui agli artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309 del 1990, giudicati rispettivamente da due sentenze irrevocabili, di cui quella per reato associativo successiva alla prima.

La pronuncia si pone in linea di continuità con quanto chiarito in precedenza dalla Corte, che aveva già avuto modo di affermare il medesimo principio (Sez. 1, n. 20238 del 22/03/2007, Lounici, Rv. 236664-01).

Peraltro, nel 2022, la Cassazione ha ribadito l'insegnamento in termini ancor più ampi, stabilendo che, in tema di reato permanente contestato nella forma cosiddetta "*aperta*", qualora in sede esecutiva debba farsi dipendere un qualsiasi effetto giuridico dalla data di cessazione della condotta e questa non sia stata precisata nella sentenza di condanna, spetta al giudice dell'esecuzione l'accertamento mediante l'analisi accurata degli elementi a sua disposizione (Sez. 1, n. 21928 del 17/03/2022, Ierardi, Rv. 283121-01).

La fattispecie in questione era relativa ad una richiesta di fungibilità della pena inflitta per reato associativo, in cui la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza di

rigetto che aveva ritenuto cessata la permanenza con la pronuncia di primo grado, senza verificare in concreto quanto emerso nel giudizio di merito.

6. Prescrizione della pena.

In materia di prescrizione, **Sez. 1, n. 26336 del 11/04/2023, PMT c Vitale, Rv. 284891-01** ha statuito che esula dalla competenza del magistrato di sorveglianza l'accertamento dell'eventuale prescrizione della pena, trattandosi di questione che rientra nelle attribuzioni esclusive del giudice dell'esecuzione.

La sentenza ribadisce un risalente principio già affermato dalla Suprema Corte, secondo cui l'intervenuta prescrizione della pena pecuniaria non è denunciabile davanti al magistrato di sorveglianza, in sede di procedimento di conversione di detta pena per insolvibilità del condannato, trattandosi di questione che, in base al disposto di cui all'art. 676 cod. proc. pen., deve ritenersi rientrante nell'esclusiva competenza del giudice dell'esecuzione (Sez. 1, n. 15038 del 30/01/2001, Papa, Rv. 218375-01).

7. Concessione della sospensione condizionale.

In ordine all'applicazione della sospensione condizionale della pena, **Sez. 1, n. 29877 del 24/03/2023, Susino, Rv. 284972-01** ha rilevato che il disposto di cui all'art. 671, comma 3, cod. proc. pen., il quale statuisce che il giudice dell'esecuzione può concedere la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò consegue al riconoscimento *in executivis* del concorso formale o della continuazione, non è suscettibile di applicazione analogica al caso in cui le pene ostative alla concessione della sospensione condizionale siano state dichiarate estinte per indulto, posto che la concessione di tale beneficio, pur estinguendo la pena e facendone cessare l'espiazione, non elimina gli altri effetti penali scaturenti *ope legis* dalla condanna.

In motivazione, la Corte ha preso le mosse dal principio di carattere generale dell'intangibilità del giudicato, superabile solo nelle ipotesi specificamente previste dalla legge, con la conseguente impossibilità di dare applicazione analogica al disposto di cui all'art. 671, comma 3, cod. proc. pen., da considerarsi "*eccezionale*" ai sensi dell'art. 14 prel.

I giudici di legittimità, inoltre, hanno evidenziato che, a differenza dell'ipotesi di *abolitio criminis* e di declaratoria di illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice, eventi che determinano, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 2, comma secondo, cod. pen. e 673 cod. proc. pen., la revoca della sentenza di condanna e la cessazione di tutti i relativi effetti penali, con la conseguenza che essa non potrà più essere considerata ostativa al riconoscimento della sospensione condizionale, l'indulto invece, ai sensi dell'art. 174, comma primo, cod. pen., condona, in tutto o in parte, la pena inflitta o la commuta in un'altra specie di pena prevista dalla legge, ma non estingue gli altri effetti penali della condanna, tra cui l'eventuale ostatività della stessa alla concessione della sospensione condizionale o la sua rilevanza ai fini della configurabilità della recidiva.

La pronuncia in esame si pone in coerente continuità con diversi precedenti attinenti alla medesima questione, che hanno chiarito come la sospensione condizionale della pena possa essere riconosciuta esclusivamente dal giudice della cognizione, che deve valutare la sussistenza delle condizioni oggettive e soggettive richieste dall'art. 163 cod. pen., mentre, in sede esecutiva, fatta salva l'ipotesi di cui all'art. 673 cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 11345 del 06/11/2002, dep. 2003, Dell'Utri, Rv. 224112-01; Sez. 3, n. 13651 del 20/02/2002, P.G. in proc. De Filippo, Rv. 221368-01; Sez. 3, n. 20693 del 30/03/2000, dep. 2001, Micelli, Rv. 219516-01), il beneficio può essere concesso solo in applicazione della disciplina del concorso formale o della continuazione (Sez. 7, n. 31091 del 15/10/2020, Cavataio, Rv. 279875-01; Sez. 3, n. 29162 del 27/06/2012, P.M.T. in proc. Palermo e altri, Rv. 253164-01; Sez. 1, n. 48512 del 18/11/2004, P.G. in proc. Zerbetto, Rv. 230171-01; Sez. 6, n. 4316 del 03/12/2003, dep. 2004, Pirrottina, Rv. 228374-01; Sez. 1, n. 38296 del 21/09/2001, Nicolao, Rv. 220736-01; Sez. 1, n. 2007 del 12/03/1997, P.G. in proc. Clemente, Rv. 208131-01).

Già in precedenza, peraltro, era stato affermato il principio in virtù del quale è legittima la revoca della sospensione condizionale della pena per successiva condanna a pena interamente condonata per intervenuta concessione dell'indulto, che, se estingue la pena e ne fa cessare l'espiazione non ha, però efficacia ablativa ed eliminativa dal mondo giuridico degli altri effetti penali scaturenti *ope legis* dalla condanna (Sez. 1, n. 5689 del 10/06/2014, dep. 2015, Mercurio, Rv. 262464-01).

In applicazione del medesimo principio (assoluta tassatività delle ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione può disporre la sospensione condizionale della pena), nel corso del 2023, si è registrata la prima pronuncia della Suprema Corte (**Sez. 1, n. 8106 del 06/12/2023, dep. 2024, Canova**) in ordine alla possibilità di riconoscere il beneficio in questione a seguito della riduzione di pena prevista dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 442 cod. proc. pen., aggiunto dall'art. 24 d.lgs. n. 150 del 2022, a decorrere dal 30 dicembre 2022.

Com'è noto, la disposizione codicistica recentemente introdotta in materia di giudizio abbreviato, statuisce che, quando, né l'imputato, né il suo difensore, hanno proposto impugnazione contro la sentenza di condanna, la pena inflitta (già ridotta in sentenza di un terzo, se si procede per un delitto, e della metà, se si procede per una contravvenzione) «è *ulteriormente ridotta di un sesto dal giudice dell'esecuzione*».

Correlativamente, l'art. 39 d.lgs. n. 150 del 2022, ha provveduto ad integrare le «*altre competenze*» del giudice dell'esecuzione previste dall'art. 676, comma 1, cod. proc. pen., aggiungendo la «*applicazione della riduzione della pena prevista dall'art. 442, comma 2-bis*».

Si è posto, dunque, il problema di verificare se il giudice dell'esecuzione, chiamato ad applicare la riduzione di pena di un sesto suindicata, possa o meno concedere anche il beneficio della sospensione condizionale.

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte lo ha escluso.

I giudici di legittimità, in motivazione, hanno rilevato preliminarmente che, in via ordinaria, la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena forma oggetto di valutazione da parte del giudice della cognizione, che la concede o la nega

formulando la relativa prognosi, pur quando non sussistano precedenti ostativi, secondo la disciplina fissata dagli artt. 163 e ss. cod. pen.

La Corte, inoltre, come più volte già affermato in precedenza, ha ribadito che il giudice dell'esecuzione non può disporre la sospensione condizionale al di fuori dei casi espressamente previsti, rappresentati dall'art. 671, comma 3, cod. proc. pen., per l'ipotesi di applicazione in fase esecutiva del concorso formale e della continuazione («*il giudice dell'esecuzione può concedere altresì la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziario*»), e dall'art. 673 cod. proc. pen., per l'ipotesi di *abolitio criminis* di un reato per il quale era stata pronunciata condanna, poi revocata per l'intervenuta depenalizzazione, ostativa al riconoscimento della sospensione condizionale della pena («*il giudice dell'esecuzione (...) adotta i provvedimenti conseguenti*»).

Sempre in tema di sospensione condizionale, **Sez. 6, n. 30147 del 03/05/2023, P., Rv. 285046-01** ha stabilito che, qualora il beneficio sia subordinato alla partecipazione dell'imputato agli specifici percorsi di recupero di cui all'art. 165, comma quinto, cod. pen., può essere demandata al giudice della esecuzione, ove non sia contenuta in sentenza, la definizione dei termini e delle modalità attuative di detti percorsi.

Il medesimo principio era già stato affermato in passato in relazione alla mancata definizione in sentenza delle modalità di svolgimento dei lavori di pubblica utilità, rilevando che una tale omissione non investe l'ambito decisionale ma riguarda le modalità attuative della statuizione e, come tale, può trovare risoluzione nel procedimento di esecuzione (Sez. 5, n. 39770 del 29/05/2017, A., Rv. 271072-01; Sez. 4, n. 34774 del 29/01/2014, P.G. in proc. Salzarulo, Rv. 260118-01).

8. Revoca della sospensione condizionale.

Passando alla revoca della sospensione condizionale, in particolare ai sensi dell'art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., **Sez. 5, n. 2144 del 20/12/2023, dep. 2024, V., Rv. 285781-01** ha statuito che è illegittima la revoca *in executivis* della sospensione condizionale della pena riconosciuta in violazione dell'art. 164, quarto comma, cod. pen., in presenza di una causa ostativa nota al giudice d'appello, anche se non sia stato investito dell'impugnazione o da formale sollecitazione del pubblico ministero in ordine all'illegittimità del beneficio, non essendo precluso al giudice dell'impugnazione il potere di revoca, esercitabile anche d'ufficio (negli stessi termini, in precedenza: Sez. 5, n. 23133 del 09/07/2020, Bordonaro, Rv. 279906-01; Sez. 1, n. 19457 del 16/01/2018, Signoretto, Rv. 272832-01).

Sul punto, si registrano ormai da anni due orientamenti contrastanti in seno alla Corte.

La sentenza in questione si schiera con l'indirizzo interpretativo secondo il quale, nell'ipotesi in cui la causa ostativa alla concessione della sospensione condizionale fosse documentalmente nota al giudice d'appello del giudizio di cognizione, sebbene questi non fosse stato investito espressamente della questione con atto di appello del pubblico ministero o comunque sollecitato in tal senso, il giudice dell'impugnazione ha comunque il potere di disporre d'ufficio la revoca del

beneficio, con conseguente “*neutralizzazione*” dell’esercizio della medesima potestà da parte del giudice dell’esecuzione.

Il contrapposto orientamento esegetico, invece, sostiene che è sempre consentito al giudice dell’esecuzione l’esercizio del potere di revoca della sospensione condizionale della pena qualora il beneficio sia stato concesso in violazione dell’art. 164, comma quarto, cod. pen., anche nel caso in cui il giudice d’appello disponesse di un certificato del casellario giudiziale aggiornato, da cui emergevano le precedenti condanne a pena sospesa ostantive ad una nuova concessione del beneficio.

La pronuncia in commento prende le mosse dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2015, con la quale è stato affermato che il giudice dell’esecuzione può revocare il beneficio della sospensione condizionale della pena concesso in violazione dell’art. 164, quarto comma, cod. pen. in presenza di cause ostantive, a meno che tali cause non fossero documentalmente note al giudice della cognizione; a tal fine il giudice dell’esecuzione acquisisce, per la doverosa verifica al riguardo, il fascicolo del giudizio (Sez. U, n. 37345 del 23/04/2015, P.M. in proc. Longo, Rv. 264381-01).

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, quindi, laddove il giudice d’appello abbia avuto in atti un certificato penale aggiornato, dal quale risultava la circostanza ostantiva alla concessione del beneficio, è da ritenersi che, pur in assenza di appello o sollecitazioni delle parti sul punto, il giudice dell’impugnazione abbia compiuto una «*valutazione implicita*» in tema di revocabilità della sospensione condizionale, «*oggettivamente ricompresa nel perimetro del giudizio d’appello*», proprio alla luce del documento in atti, con conseguente illegittimità di un nuovo intervento sul punto da parte del giudice dell’esecuzione.

Secondo la sentenza in esame, tale approccio interpretativo è quello che più di ogni altro assicura un ponderato punto di equilibrio tra intangibilità del giudicato e intervento postumo del giudice dell’esecuzione, anche alla luce dei principi costituzionali della funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), del giusto processo (art. 111, primo comma, Cost.) e di ragionevole durata del procedimento (art. 111, secondo comma, Cost.), nonché del principio sovranazionale di rispetto del giudicato, più volte affermato dalla Corte EDU.

Opinando diversamente - secondo tale indirizzo interpretativo - si finirebbe col trasformare il potere di revoca riconosciuto al giudice dell’esecuzione in un mezzo ulteriore di impugnazione, non previsto dal legislatore.

Ad avviso del contrapposto orientamento (Sez. 1, n. 39190 del 09/07/2021, Stambazzi, Rv. 282076-01; nei medesimi termini, in precedenza: Sez. 1, n. 24103 del 08/04/2021, Fosco, Rv. 281432-01; Sez. 1, n. 30709 del 10/05/2019, Coccia, Rv. 276504-01; Sez. 1, n. 30710 del 10/05/2019, Dinar, Rv. 276408-01), è legittima la revoca *in executivis* della sospensione condizionale della pena riconosciuta in violazione dell’art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di una causa ostantiva ignota al giudice di primo grado e nota a quello d’appello, che non sia stato investito dell’impugnazione del pubblico ministero né, comunque, di formale sollecitazione di questi in ordine all’illegittimità del beneficio, atteso che il potere di

revoca che, in tal caso, il giudice d'appello può esercitare anche d'ufficio, ha natura meramente facoltativa e surrogatoria rispetto a quello del giudice dell'esecuzione.

In motivazione la Corte ha osservato che, in tal caso, ove il giudice d'appello non si sia pronunciato, a seguito di impugnazione o richiesta del pubblico ministero ovvero d'ufficio, sulla questione relativa alla sussistenza della causa ostativa al riconoscimento del beneficio, non si forma giudicato preclusivo del potere di revoca in fase esecutiva.

Alla luce di tale orientamento, dunque, il giudice dell'impugnazione ha certamente il potere di disporre la revoca d'ufficio del beneficio erroneamente concesso dal giudice di prime cure (dunque, anche in assenza di appello del pubblico ministero sul punto e a prescindere da qualsiasi sollecitazione a decidere), tuttavia, si tratterebbe di un potere meramente “*facoltativo*” ed esercitabile in via “*surrogatoria*” rispetto a quello espressamente riconosciuto, invece, al giudice dell'esecuzione dall'art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen.

Da ciò deriverebbe la mancata formazione di un giudicato sul punto e la conseguente possibilità di intervento del giudice dell'esecuzione, che può essere chiamato, in ogni tempo, a revocare la sospensione condizionale erroneamente concessa anche qualora la causa ostativa fosse documentalmente nota (ma evidentemente obliterata) dal giudice d'appello del procedimento di cognizione.

Invero, in ipotesi di tal genere, non sussisterebbe alcuna valutazione, neppure “*implicita*”, nel giudizio di cognizione, con conseguente apertura al *decisum* del giudice dell'esecuzione.

L'esistenza di un conclamato contrasto interno alla Corte sul punto è stata rilevata da Sez. 1, n. 10390 del 22/02/2024, Zangari, che ha rimesso la questione al vaglio delle Sezioni Unite.

Finora è stato trattato il tema della revoca della sospensione condizionale della pena *ex art.* 168, comma terzo, cod. pen. per violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen.

Un altro arresto riguarda, invece, la revoca del beneficio disposta ai sensi dell'art. 168, comma primo, n. 2, cod. pen.

Sul punto, **Sez. 1, n. 36378 del 07/07/2023, Verdura, Rv. 285246-01** ha stabilito che la revoca di diritto della sospensione condizionale della pena postula che la condanna, per il delitto anteriormente commesso, sia divenuta irrevocabile dopo il passaggio in giudicato della sentenza che ha concesso il beneficio e prima della scadenza dei termini di durata dello stesso.

Nella fattispecie la Corte ha ritenuto irrilevante che la seconda sentenza fosse stata pronunciata a seguito di annullamento con rinvio, rideterminando il solo trattamento sanzionatorio e che l'accertamento della responsabilità fosse stato effettuato con sentenza di data antecedente a quella revocanda.

La decisione si pone in continuità con quanto già precedentemente statuito in materia (**Sez. 5, n. 25529 del 17/03/2023, Zanetti, Rv. 284930-02**; Sez. 1, n. 47050 del 29/11/2017, dep. 2018, Szal, Rv. 274333-01; Sez. 1, n. 39867 del 24/09/2012, Mazzilli, Rv. 253368-01; Sez. 4, n. 45716 del 11/11/2008, Peruzzini, Rv. 242036-01).

9. Continuazione.

Con riferimento all'applicazione *in executivis* della disciplina del reato continuato, **Sez. 1, n. 28762 del 28/04/2023, El Ayari, Rv. 284970-01** ha stabilito che è onere del condannato indicare i reati di cui richiede l'unificazione e, quanto meno, gli elementi specifici sintomatici della riconducibilità a una preventiva programmazione unitaria anche dei reati successivi, spettando al giudice dell'esecuzione l'individuazione degli elementi sostanziali dai quali sia desumibile il medesimo disegno criminoso.

In passato era stato chiarito che, ai fini del riconoscimento della continuazione in fase esecutiva, l'onere di provare i fatti dai quali dipende l'applicazione dell'istituto è da ritenersi soddisfatto non solo con la produzione della copia della sentenza rilevante ai fini del richiesto riconoscimento, ma anche con la semplice indicazione degli estremi di essa, ben potendo, in tale ipotesi, l'acquisizione del documento essere disposta dal giudice, come si ricava, tra l'altro, dalla esplicita previsione dell'art. 186 disp. att. cod. proc. pen., che riguarda espressamente l'applicazione della continuazione in sede di esecuzione (Sez. 1, n. 36289 del 08/05/2015, Malich, Rv. 265011-01; Sez. 5, n. 9180 del 29/01/2007, Aloisio e altri, Rv. 236261-01).

Sempre in tema di continuazione, va osservato che il giudice dell'esecuzione non può escludere l'unicità del disegno criminoso già ritenuta dal giudice della cognizione, né può fondare il proprio giudizio su circostanze di fatto contrarie agli accertamenti contenuti in sentenze irrevocabili (**Sez. 5, n. 12788 del 24/01/2023, Bifone, Rv. 284264-01**; così anche Sez. 1, n. 13158 del 10/02/2010, Fimiani, Rv. 246664-01).

Correlativamente, l'applicazione *in executivis* della disciplina del reato continuato tra un reato e taluno dei reati oggetto di diversa sentenza implica l'estensione del riconoscimento dell'identità del disegno criminoso anche agli altri reati già con esso posti in continuazione (Sez. 1, n. 43880 del 09/09/2022, Piscopo, Rv. 283745-01).

In ordine alla decisione assunta in fase esecutiva, inoltre, è stato affermato che il rigetto della richiesta di applicazione della continuazione da parte del giudice dell'esecuzione ne preclude la riproposizione anche rispetto ad alcuni soltanto dei delitti per i quali è stato escluso il riconoscimento del vincolo (Sez. 1, n. 10320 del 06/10/2022, dep. 2023, Valerio, Rv. 284242-01), secondo un principio ormai consolidato (Sez. 1, n. 36337 del 16/03/2016, P.M. in proc. Morteo, Rv. 268562-01; Sez. 1, n. 12823 del 03/03/2011, De Martino, Rv. 249913-01).

Le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 7029 del 28/09/2023, dep. 2024, Giampà, Rv. 285865-01**) hanno infine chiarito che, ai fini dell'individuazione della violazione più grave nel reato continuato in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 187 disp. att. cod. proc. pen., deve essere considerata come «*pena più grave inflitta*», che identifica la «*violazione più grave*», quella concretamente irrogata dal giudice della cognizione, siccome indicata nel dispositivo di sentenza.

10. Rapporto tra incidente di esecuzione e restituzione nel termine.

Alcune pronunce attengono alla definizione dei confini tra incidente di esecuzione e restituzione nel termine.

In particolare, si è affermato che le disposizioni in tema di incidente di esecuzione che disciplinano la competenza del giudice dell'esecuzione in ordine all'esistenza e alla corretta formazione del titolo esecutivo, si distinguono da quelle in tema di restituzione nel termine che presuppongono, invece, la rituale formazione del titolo esecutivo e la sua mancata conoscenza da parte dell'interessato (**Sez. 5, n. 25556 del 26/04/2023, Kolaj, Rv. 284678-01**; negli stessi termini, in passato, Sez. 4, n. 39766 del 26/10/2011, Franzè, Rv. 251927-01).

Nella specie - relativa ad istanza presentata al giudice dell'esecuzione che, pur essendo formalmente intestata come *«richiesta di restituzione nel termine»*, lamentava la mancata notifica al condannato dell'estratto contumaciale della sentenza - la Corte ha ritenuto che il giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto dichiarare l'omessa formazione del titolo esecutivo e assumere i provvedimenti conseguenti, disponendo contestualmente, *ex art. 670, comma 1, seconda parte, cod. proc. pen.*, l'esecuzione della notificazione non eseguita, per consentire la decorrenza del termine per l'impugnazione.

La pronuncia in questione ha, dunque, dato attuazione al principio già statuito in precedenza, secondo cui la nullità o inesistenza della notificazione dell'avviso di deposito della sentenza di cui all'art. 548, comma 2, cod. proc. pen., impedendo la regolare formazione del titolo esecutivo, può essere fatta valere in sede di incidente di esecuzione, affinché il giudice, previa sospensione dell'esecuzione ed eventuale scarcerazione del condannato, disponga la rinnovazione della notifica, con conseguente decorrenza dei termini per proporre impugnazione solo da tale rinnovazione (**Sez. 1, n. 25237 del 04/06/2021, C., Rv. 281547-01**).

Nella medesima prospettiva, **Sez. 1, n. 42683 del 28/09/2023, Ceesay, Rv. 285395-01** ha affermato che la richiesta di rimessione in termini per l'impugnazione della sentenza di primo grado ritualmente impugnata con atto non pervenuto per caso fortuito non imputabile all'imputato o al suo difensore, deve essere riqualficata come richiesta di accertamento della non esecutività della sentenza, di competenza del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen.

11. Conflitto tra giudicati.

Sez. 1, n. 24964 del 05/05/2023, Maisto, Rv. 284830-01 ha rilevato che il conflitto di giudicati determinato dalla coesistenza, nei confronti dello stesso soggetto e per il medesimo fatto, di una sentenza di condanna e di una sentenza di proscioglimento che abbia dichiarato la prescrizione del reato verificatasi dopo l'irrevocabilità della prima decisione, deve essere risolto con la prevalenza della sentenza di condanna, la cui irrevocabilità preclude la formazione della causa estintiva per il principio di consumazione del potere di esercizio dell'azione penale.

In motivazione, la Corte ha precisato che deve trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 669, comma 8, cod. proc. pen. e non quella diversa di cui

all'art. 649 cod. proc. pen., avente la finalità di prevenire il contrasto di giudicati nella fase di cognizione.

12. Cause di estinzione del reato.

In relazione alle cause di estinzione del reato, **Sez. 1, n. 46476 del 17/10/2023, Raimo, Rv. 285406-01** ha stabilito che non rientra nei poteri del giudice dell'esecuzione la dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione, nel caso in cui essa sia maturata nel corso del procedimento di cognizione, potendo essere dichiarate in sede esecutiva le sole cause di estinzione del reato intervenute dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

La sentenza, che si colloca nel solco già tracciato dalla precedente giurisprudenza di legittimità (Sez. 1, n. 7164 del 21/12/2015, dep. 2016, Fioravanti, Rv. 266612-01; Sez. 3, n. 20567 del 28/04/2010, Ventroni, Rv. 247188-01; Sez. 3, n. 448 del 04/02/1999, P.M. in proc. Vitiello G., Rv. 213553-01), rileva come tale statuizione sia imposta, oltre che dalla formulazione letterale dell'art. 676 cod. proc. pen., che fa esplicitamente riferimento all'estinzione del reato dopo la condanna, anche dalla necessità logica di non trasformare il procedimento di revoca nella fase esecutiva in un'ulteriore fase di impugnazione, stante il principio di intangibilità del giudicato.

13. Prestazioni assistenziali.

Altre importanti pronunce hanno riguardato gli effetti del giudicato penale sulle prestazioni previdenziali e assistenziali di cui beneficia il condannato.

In *subiecta materia*, è stato affermato che non rientrano nella cognizione del giudice dell'esecuzione, ma in quella del giudice civile, le questioni concernenti la revoca di prestazioni previdenziali e assistenziali (nella specie, la riattivazione dell'assegno sociale) disposta direttamente dall'ente erogatore, ai sensi dell'art. 2, comma 61, della legge n. 92 del 2012, in caso di condanna divenuta definitiva prima dell'entrata in vigore di detta legge per taluno dei reati di particolare allarme sociale previsti dall'art. 2, comma 58, della legge suindicata, costituendo essa un mero effetto extrapenale della condanna e non un aspetto del trattamento sanzionatorio del reato (Sez. 1, n. 11581 del 07/12/2018, dep. 2019, Marceca, Rv. 275008-01).

La Corte ha puntualizzato che, per le condanne già divenute definitive alla data di introduzione delle disposizioni suindicate, è previsto un regime transitorio che prescrive la revoca, senza efficacia per i ratei già maturati, della prestazione assistenziale, che viene disposta direttamente dall'ente erogatore, dietro trasmissione dei relativi elenchi da parte del Ministero della giustizia.

La misura di rigore opera, dunque, direttamente in via amministrativa, senza l'intermediazione del provvedimento giurisdizionale penale, che ne funge solo da presupposto storico. Si è in presenza, quindi, di un mero effetto extra-penale della condanna, e non di una pena (o di una sanzione) accessoria.

La cessazione della prestazione assistenziale qui non costituisce un aspetto del trattamento sanzionatorio del reato, bensì consegue al sopravvenuto difetto di un requisito soggettivo per il mantenimento dell'attribuzione patrimoniale di durata.

Se, pertanto, non vi è irrogazione di alcuna pena (o sanzione) accessoria, non vi è neppure materia per l'esercizio della giurisdizione esecutiva penale.

Il condannato non resta, comunque, privo di tutela giurisdizionale, essendogli consentito adire il giudice ordinariamente competente a conoscere del rapporto sostanziale in contestazione, che nella specie è il giudice del lavoro, cui spetta (artt. 442 ss. cod. proc. civ.) la cognizione delle controversie in tema di previdenza e assistenza obbligatorie.

Sempre in materia di prestazioni assistenziali, **Sez. 1, n. 41364 del 25/05/2023, Giovane, Rv. 285392-01** ha stabilito che l'applicazione della sanzione accessoria della revoca di queste ultime, *ex art. 2, comma 58, legge n. 92 del 2012*, nei confronti dei condannati (per determinati reati) ammessi alle misure alternative alla detenzione non è consentita, per effetto della sentenza n. 137 del 25/05/2021 della Corte costituzionale, nel caso in cui vengano a mancare i mezzi necessari per vivere.

La pronuncia in questione prende le mosse dalla richiamata sentenza della Consulta, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 3 e 38 Cost., l'art. 2, comma 61, della legge n. 92 del 2012, nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni, comunque denominate in base alla legislazione vigente, quali l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili, nei confronti di coloro che scontino la pena in regime alternativo alla detenzione in carcere.

Secondo il Giudice delle leggi, l'intervento del legislatore crea uno «*statuto d'indegnità*» per la percezione di determinate provvidenze pubbliche da parte di chi sia risultato colpevole di peculiari delitti di particolare allarme sociale, di cui al precedente comma 58; la possibilità di modulare la disciplina delle misure assistenziali, tuttavia, non può pregiudicare quelle prestazioni che si configurano come misure di sostegno indispensabili per una vita dignitosa, così come anche per le provvidenze destinate al soddisfacimento di bisogni primari e volte alla garanzia per la stessa sopravvivenza, la cui attribuzione comporta il coinvolgimento di una serie di principi, tutti di rilievo costituzionale (tra cui l'art. 2 Cost.). La revoca dei trattamenti assistenziali, infatti, può concretamente comportare il rischio che il condannato ammesso a scontare la pena in regime di detenzione domiciliare o in altro regime alternativo alla detenzione in carcere, poiché non a carico dell'istituto carcerario, non disponga di sufficienti mezzi per la propria sussistenza. In tal modo è posta in pericolo la stessa sopravvivenza dignitosa del condannato, privandolo del minimo vitale su cui si fonda il diritto all'assistenza.

Risulta così violato il principio di ragionevolezza, perché l'ordinamento valuta un soggetto meritevole di accedere a forme alternative di detenzione, ma lo priva poi dei mezzi per vivere, ottenibili, a causa dello stato di bisogno, solo dalle prestazioni assistenziali.

In virtù di tali presupposti, la Cassazione ha censurato il provvedimento del giudice dell'esecuzione con il quale, in sede di correzione di errore materiale, era stata disposta, su domanda del pubblico ministero, la revoca della prestazione assistenziale senza verificare (e, dunque, motivare) se il condannato stesse

eseguendo la pena detentiva presso un istituto penitenziario oppure in regime alternativo alla detenzione in carcere.

14. Restituzione di cose sequestrate.

Secondo quanto chiarito da **Sez. 3, n. 6562 del 26/09/2023, dep. 2024, Lo Rillo, Rv. 285949-01**, il giudice dell'esecuzione, adito per la restituzione di cose sequestrate, è tenuto, ove accerti l'esistenza di una contestazione ovvero di una controversia sulla proprietà delle stesse, a rimettere gli atti al giudice civile, mantenendo il sequestro, ai sensi del combinato disposto degli artt. 263, comma 3, e 676, comma 2, cod. proc. pen., anche in mancanza della formale pendenza della lite, purché, in tal caso, dia adeguata motivazione della serietà della potenziale controversia.

Nella fattispecie, inerente all'istanza di restituzione del bene in sequestro formulata da taluni comproprietari, la Corte ha escluso che la nozione di "*potenziale controversia*" potesse ricomprendere la prospettiva ipotetica di abuso del diritto da parte di chi si era visto accogliere la richiesta di restituzione non sottoscritta dagli altri, ottenendo così la disponibilità del bene.

La pronuncia aderisce ad un orientamento giurisprudenziale da ritenersi ormai consolidato (Sez. 1, n. 23333 del 16/04/2014, Pedotti, Rv. 259917-01; Sez. 2, n. 29751 del 08/07/2003, Cotelli, Rv. 226510-01; Sez. 2, n. 26682 del 05/05/2003, Lenzi, Rv. 225169-01; Sez. 2, n. 11788 del 08/01/2003, Tiezzi, Rv. 224819-01; Sez. 5, n. 5056 del 21/10/1999, Meoni, Rv. 215630-01).

Nella medesima materia è stato affermato che è inoppugnabile il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione, investito dell'opposizione avverso il provvedimento di rigetto della richiesta di restituzione di beni sequestrati, rimette le parti dinanzi al giudice civile per la risoluzione della questione sulla proprietà, in quanto esso non ha contenuto decisorio, ma natura interlocutoria e non pregiudica i diritti delle parti, che possono essere fatti valere nel giudizio civile (**Sez. 2, n. 51692 del 02/11/2023, Columella, Rv. 285677-01**), ribadendo un assunto già cristallizzato (Sez. 1, n. 6769 del 03/12/2018, dep. 2019, Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, Rv. 274805-01; Sez. 1, n. 31088 del 25/06/2018, Baratta, Rv. 273487-01; Sez. 2, n. 35665 del 16/05/2014, Lissandrello, Rv. 259981-01; Sez. 5, n. 9108 del 19/11/2013, dep. 2014, Tomasini, Rv. 259994-01; Sez. 2, n. 23662 del 20/05/2010, Cremonesi, Rv. 247412-01; Sez. 2, n. 19704 del 23/04/2008, Lusito, Rv. 239790-01; Sez. 2, n. 38776 del 20/09/2006, Confidati, Rv. 235380-01).

Sempre in materia di restituzione, **Sez. 2, n. 22078 del 18/04/2023, Iovino, Rv. 284765-01** ha chiarito che la competenza a provvedere sull'istanza di restituzione di cose in sequestro, presentata dopo la definizione del procedimento con decreto di archiviazione, spetta al giudice per le indagini preliminari in funzione di giudice dell'esecuzione (negli stessi termini, in precedenza: Sez. 1, n. 15997 del 28/02/2014, Villa, Rv. 259912-01; Sez. 1, n. 12880 del 19/02/2009, Maniago, Rv. 243046-01; Sez. 3, n. 3170 del 11/10/2000, P.M. in proc. Maggio, Rv. 217812-01).

In motivazione, la Corte ha precisato che i provvedimenti in materia di confisca e di restituzione delle cose sequestrate sono adottati senza formalità e, quindi, senza la fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, chiarendo altresì che contro di essi gli interessati possono proporre opposizione dinanzi allo stesso giudice, che dovrà procedere con le forme dell'incidente di esecuzione *ex art. 666 cod. proc. pen.*, previa fissazione dell'udienza.

15. Pene accessorie.

La Cassazione, in composizione allargata, ha statuito che, nel caso di sentenza di condanna passata in giudicato, spetta al giudice dell'esecuzione, su iniziativa del pubblico ministero, porre rimedio, a norma degli artt. 662 cod. proc. pen. e 183 disp. att. cod. proc. pen., alla omessa applicazione di una pena accessoria predeterminata nella durata, con procedimento da tenersi nelle forme dell'art. 676 cod. proc. pen., non potendo trovare applicazione l'art. 130 cod. proc. pen. (Sez. U, n. 47502 del 29/09/2022, PG c.Galdini, Rv. 283754-03).

Sempre le Sezioni Unite, in precedenza avevano affermato che l'applicazione di una pena accessoria *extra o contra legem* da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione purché essa sia determinata per legge ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata, e non derivi da errore valutativo del giudice della cognizione (Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., Rv. 262327-01).

16. Sanzioni amministrative accessorie.

Circoscrivendone "*in negativo*" la competenza, **Sez. 1, n. 12689 del 22/02/2023, Elia, Rv. 284353-01** ha statuito che non rientrano nelle attribuzioni del giudice dell'esecuzione le questioni concernenti l'applicazione o la disapplicazione di sanzioni amministrative accessorie, non essendo esse equiparabili alle pene accessorie, per le quali sussiste la competenza residuale di cui all'art. 676, comma 1, cod. proc. pen.

Il principio è stato ribadito in una fattispecie in tema di richiesta di un permesso di guida *ex art. 218, comma 2, d.lgs. n. 285 del 1992*, avanzata dal condannato al quale era stata sospesa la patente, mentre in precedenza era già stato affermato in un caso attinente alla revoca della patente di guida per il reato di guida in stato di ebbrezza (Sez. 1, n. 43208 del 16/10/2012, Scialpi, Rv. 253792-01), così come in relazione alla sospensione della patente di guida che il giudice del patteggiamento aveva erroneamente ommesso di applicare con la sentenza, sempre per il reato di guida in stato di ebbrezza (Sez. 1, n. 43003 del 07/11/2007, Leone, Rv. 238123-01).

Ancora in tema di sanzioni amministrative accessorie, **Sez. 3, n. 872 del 14/12/2023, dep. 2024, Migliaccio, Rv. 285734-01** ha stabilito che l'omessa statuizione, nel decreto penale di condanna, dell'ordine di demolizione costituisce un *error in iudicando*, emendabile solo attraverso l'impugnazione della decisione,

sicché, ove risultino decorsi i termini entro cui può essere proposto, dalla parte interessata, il ricorso per cassazione, non può disporre tale ordine il giudice che ha emesso il decreto penale con la procedura di correzione di errore materiale di cui all'art. 130 cod. proc. pen., in quanto non ne ricorrono i presupposti, né può procedere in tal senso il giudice dell'esecuzione, esulando l'emissione di tale ordine dalle «*altre competenze*» tassativamente indicate dall'art. 676 cod. proc. pen.

L'insussistenza di competenza in materia da parte del giudice dell'esecuzione era già stata affermata in passato da Sez. 3, n. 35200 del 26/04/2016, Prestifilippo, Rv. 268106-01.

Spetta, invece, al giudice dell'esecuzione la valutazione della possibilità di non eseguire l'ordine di demolizione ove non sia possibile il ripristino dello stato dei luoghi per il pregiudizio derivante alla porzione di immobile legittimamente edificata, secondo la procedura cosiddetta di “*fiscalizzazione*” di cui all'art. 33, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, tale decisione potendo inoltre essere sindacata in sede di legittimità solo nei limiti del vizio di motivazione (Sez. 3, n. 43250 del 02/11/2022, Siano, Rv. 283736-01; così anche Sez. 3, n. 19090 del 13/02/2013, Buia e altro, Rv. 255891-01).

Il principio è stato affermato in una fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la valutazione del giudice dell'esecuzione che, in un caso di interconnessione delle opere abusive con quelle regolarmente assentite, aveva rigettato la richiesta di revoca dell'ordine di demolizione sul rilievo che, con essa, non si sarebbe pregiudicata la staticità dell'edificio.

17. Spese processuali.

Da ultimo, in ordine all'esecuzione della condanna alle spese processuali, la Cassazione ha avuto modo di chiarire che la competenza a decidere sulla domanda avente ad oggetto la prescrizione del credito non spetta al giudice dell'esecuzione penale ma al giudice civile competente per l'opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ. (**Sez. 1, n. 30550 del 04/05/2023, Giromini, Rv. 284977-01**).

In precedenza, la Corte (Sez. 1, n. 50974 del 29/10/2019, Costanzo, Rv. 277866-01) aveva già stabilito che, in materia di spese processuali, spetta al giudice dell'esecuzione penale la competenza a decidere sulle questioni relative alla esistenza e validità del titolo per l'esercizio dell'azione di recupero, comprese quelle attinenti alla portata e al significato delle relative disposizioni, mentre per tutte le questioni concernenti l'ammontare delle spese incluse nella notula redatta dall'ufficio del campione penale, l'interessato deve adire il giudice civile con le forme dell'opposizione all'esecuzione.

In composizione allargata, la Cassazione aveva affermato che la domanda del condannato che, senza contestazione della condanna al pagamento delle spese del procedimento penale, deduca (sia quanto al calcolo del concreto ammontare delle voci di spesa, sia quanto alla loro pertinenza ai reati cui si riferisce la condanna) l'errata quantificazione, va proposta al giudice civile nelle forme dell'opposizione *ex* art. 615 cod. proc. civ.; non rilevando a tal fine l'attribuibilità alla statuizione di

detta condanna della natura di sanzione economica accessoria alla pena (Sez. U, n. 491 del 29/09/2011, dep. 2012, Pislòr, Rv. 251265-01).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

- Sez. 2, n. 3731 del 14/11/1984, Melato, Rv. 166971-01;
Sez. 1, n. 2007 del 12/03/1997, PG in proc. Clemente, Rv. 208131-01;
Sez. 3, n. 448 del 04/02/1999, PM in proc. Vitiello, Rv. 213553-01;
Sez. 5, n. 5056 del 21/10/1999, Meoni, Rv. 215630-01;
Sez. 3, n. 20693 del 30/03/2000, Micelli, Rv. 219516-01;
Sez. 1, n. 2420 del 03/04/2000, Pischedda, Rv. 216032-01;
Sez. 3, n. 3170 del 11/10/2000, PM in proc. Maggio, Rv. 217812-01;
Sez. 1, n. 15038 del 30/01/2001, Papa, Rv. 218375-01;
Sez. 1, n. 38296 del 21/09/2001, Nicolao, Rv. 220736-01;
Sez. 3, n. 13651 del 20/02/2002, PG in proc. De Filippo, Rv. 221368-01;
Sez. 5, n. 11345 del 06/11/2002, dep. 2003, Dell'Utri, Rv. 224112-01;
Sez. 2, n. 11788 del 08/01/2003, Tiezzi, Rv. 224819-01;
Sez. 2, n. 26682 del 05/05/2003, Lenzi, Rv. 225169-01;
Sez. 2, n. 29751 del 08/07/2003, Cotelli, Rv. 226510-01;
Sez. 6, n. 4316 del 03/12/2003, dep. 2004, Pirrottina, Rv. 228374-01;
Sez. 1, n. 48512 del 18/11/2004, PG in proc. Zerbetto, Rv. 230171-01;
Sez. 2, n. 38776 del 20/09/2006, Confidati, Rv. 235380-01;
Sez. 5, n. 9180 del 29/01/2007, Aloisio e altri, Rv. 236261-01;
Sez. 1, n. 20238 del 22/03/2007, Lounici, Rv. 236664-01;
Sez. 1, n. 43003 del 07/11/2007, Leone, Rv. 238123-01;
Sez. 2, n. 19704 del 23/04/2008, Lusito, Rv. 239790-01;
Sez. 1, n. 28557 del 18/06/2008, Ribisi, Rv. 240784-01;
Sez. 4, n. 45716 del 11/11/2008, Peruzzini, Rv. 242036-01;
Sez. 1, n. 12880 del 19/02/2009, Maniago, Rv. 243046-01;
Sez. 1, n. 13158 del 10/02/2010, Fimiani, Rv. 246664-01;
Sez. 3, n. 20567 del 28/04/2010, Ventroni, Rv. 247188-01;
Sez. 2, n. 23662 del 20/05/2010, Cremonesi, Rv. 247412-01;

- Sez. 1, n. 12823 del 03/03/2011, De Martino, Rv. 249913-01;
- Sez. U, n. 491 del 29/09/2011, dep. 2012, Pislör, Rv. 251265-01;
- Sez. 4, n. 39766 del 26/10/2011, Franzè, Rv. 251927-01;
- Sez. 3, n. 29162 del 27/06/2012, PMT in proc. Palermo e altri, Rv. 253164-01;
- Sez. 1, n. 39867 del 24/09/2012, Mazzilli, Rv. 253368-01;
- Sez. 1, n. 43208 del 16/10/2012, Scialpi, Rv. 253792-01;
- Sez. 3, n. 19090 del 13/02/2013, Buia e altro, Rv. 255891-01;
- Sez. 5, n. 9108 del 19/11/2013, dep. 2014, Tomasini, Rv. 259994-01;
- Sez. 4, n. 34774 del 29/01/2014, PG in proc. Salzarulo, Rv. 260118-01;
- Sez. 1, n. 15997 del 28/02/2014, Villa, Rv. 259912-01;
- Sez. 1, n. 23333 del 16/04/2014, Pedotti, Rv. 259917-01;
- Sez. 2, n. 35665 del 16/05/2014, Lissandrello, Rv. 259981-01;
- Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, PM in proc. Gatto, Rv. 260697-01;
- Sez. 1, n. 40835 del 05/06/2014, Padovan, Rv. 260721-01;
- Sez. 1, n. 5689 del 10/06/2014, dep. 2015, Mercurio, Rv. 262464-01;
- Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., Rv. 262327-01;
- Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264207-01;
- Sez. U, n. 37345 del 23/04/2015, PM in proc. Longo, Rv. 264381-01;
- Sez. 1, n. 36289 del 08/05/2015, Malich, Rv. 265011-01;
- Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera e altro, Rv. 265108-01;
- Sez. 1, n. 7164 del 21/12/2015, dep. 2016, Fioravanti, Rv. 266612-01;
- Sez. 1, n. 36337 del 16/03/2016, PM in proc. Morteo, Rv. 268562-01;
- Sez. 3, n. 35200 del 26/04/2016, Prestifilippo, Rv. 268106-01;
- Sez. 5, n. 39770 del 29/05/2017, A., Rv. 271072-01;
- Sez. 6, n. 3075 del 22/11/2017, dep. 2018, Casiroli, Rv. 272125-01;
- Sez. 1, n. 47050 del 29/11/2017, dep. 2018, Szal, Rv. 274333-01;
- Sez. 1, n. 19457 del 16/01/2018, Signoretto, Rv. 272832-01;
- Sez. 1, n. 31088 del 25/06/2018, Baratta, Rv. 273487-01;
- Sez. 1, n. 42540 del 25/06/2018, C., Rv. 274025-01;

- Sez. U, n. 40986 del 19/07/2018, P., Rv. 273934-01;
- Sez. 1, n. 6769 del 03/12/2018, dep. 2019, Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, Rv. 274805-01;
- Sez. 1, n. 11581 del 07/12/2018, dep. 2019, Marceca, Rv. 275008-01;
- Sez. 1, n. 30709 del 10/05/2019, Coccia, Rv. 276504-01;
- Sez. 1, n. 30710 del 10/05/2019, Dinar, Rv. 276408-01;
- Sez. 6, n. 27359 del 14/06/2019, Carruggio, Rv. 276230-02;
- Sez. 1, n. 50974 del 29/10/2019, Costanzo, Rv. 277866-01;
- Sez. 5, n. 23133 del 09/07/2020, Bordonaro, Rv. 279906-01;
- Sez. 7, ord. n. 31091 del 15/10/2020, Cavataio, Rv. 279875-01;
- Sez. 3, n. 9167 del 19/11/2020, dep. 2021, Talla, Rv. 281595-01;
- Sez. 1, n. 12786 del 19/03/2021, Di Costanzo, Rv. 280860-01;
- Sez. 1, n. 24103 del 08/04/2021, Fosco, Rv. 281432-01;
- Sez. 1, n. 25237 del 04/06/2021, C., Rv. 281547-01;
- Sez. 1, n. 39190 del 09/07/2021, Stambazzi, Rv. 282076-01;
- Sez. 1, n. 21928 del 17/03/2022, Ierardi, Rv. 283121-01;
- Sez. 1, n. 43880 del 09/09/2022, Piscopo, Rv. 283745-01;
- Sez. U, n. 47502 del 29/09/2022, P.G. c Galdini, Rv. 283754-03;
- Sez. 1, n. 10320 del 06/10/2022, dep. 2023, Valerio, Rv. 284242-01;
- Sez. 3, n. 44461 del 19/10/2022, Palma, Rv. 283774-01;
- Sez. 3, n. 43250 del 02/11/2022, Siano, Rv. 283736-01;
- Sez. 2, ord. n. 8645 del 09/11/2022, dep. 2023, Cedric, Rv. 284403-01;
- Sez. 6, n. 3324 del 12/12/2022, dep. 2023, P., Rv. 284335-01;
- Sez. 1, n. 12675 del 13/12/2022, dep. 2023, Huyer, Rv. 284284-01;
- Sez. 5, n. 12788 del 24/01/2023, Bifone, Rv. 284264-01;
- Sez. 1, n. 15636 del 24/01/2023, Autostrada del Brennero S.p.A., Rv. 284512-01;
- Sez. 1, n. 12689 del 22/02/2023, Elia, Rv. 284353-01;
- Sez. 1, n. 22719 del 08/03/2023, Turci, Rv. 284550-01;
- Sez. 5, n. 25529 del 17/03/2023, Zanetti, Rv. 284930-02;
- Sez. 1, n. 29877 del 24/03/2023, Susino, Rv. 284972-01;

Sez. 1, n. 26336 del 11/04/2023, PMT c. Vitale, Rv. 284891-01;
Sez. 2, n. 22078 del 18/04/2023, Iovino, Rv. 284765-01;
Sez. 5, n. 25556 del 26/04/2023, Kolaj, Rv. 284678-01;
Sez. 1, n. 28762 del 28/04/2023, El Ayari, Rv. 284970-01;
Sez. 6, n. 30147 del 03/05/2023, P., Rv. 285046-01;
Sez. 1, n. 30550 del 04/05/2023, Giromini, Rv. 284977-01;
Sez. 1, n. 24964 del 05/05/2023, Maisto, Rv. 284830-01;
Sez. 1, n. 41364 del 25/05/2023, Giovane, Rv. 285392-01;
Sez. 1, n. 36378 del 07/07/2023, Verdura, Rv. 285246-01;
Sez. 1, n. 45193 del 11/07/2023, Cumino, Rv. 285507-01;
Sez. F, n. 33363 del 27/07/2023, Muca, Rv. 285215-01;
Sez. 3, n. 44669 del 12/09/2023, Moscarella, Rv. 285322-01;
Sez. 1, ord. n. 3063 del 15/09/2023, dep. 2024, Quarto, Rv. 285720-01;
Sez. 3, n. 6562 del 26/09/2023, dep. 2024, Lo Rillo, Rv. 285949-01;
Sez. U, n. 7029 del 28/09/2023, dep. 2024, Giampà, Rv. 285865-01;
Sez. 1, n. 42683 del 28/09/2023, Ceesay, Rv. 285395-01;
Sez. 3, n. 2785 del 12/10/2023, dep. 2024, De Simone, Rv. 285743-01;
Sez. 1, n. 46476 del 17/10/2023, Raimo, Rv. 285406-01;
Sez. 1, n. 359 del 26/10/2023, dep. 2024, PG c. Sema, Rv. 285784-01;
Sez. 1, n. 363 del 27/10/2023, dep. 2024, Citro, Rv. 285551-01;
Sez. 2, n. 51692 del 02/11/2023, Columella, Rv. 285677-01;
Sez. 1, n. 425 del 23/11/2023, dep. 2024, PMT c. Musacco, Rv. 285554-01;
Sez. 1, n. 8106 del 06/12/2023, dep. 2024, Canova;
Sez. 3, n. 872 del 14/12/2023, dep. 2024, Migliaccio, Rv. 285734-01;
Sez. 5, n. 2144 del 20/12/2023, dep. 2024, V., Rv. 285781-01;
Sez. 1, ord. n. 10390 del 22/02/2024, Zangari.

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 137 del 25/05/2021;

Corte cost., sent. n. 28 del 12/01/2022.