

Numero 1 – 2019

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*segretario generale della Scuola superiore della magistratura*) – COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) – BALDOVINO DE SENSI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) – LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – GIANLUCA GRASSO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANTONIO LEPRE (*sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

Indice del fascicolo 1°

(gennaio-aprile 2019)

Gli Autori.....5

MARIO CICALA, *Le rose spezzate*6

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

MASSIMO TERZI, *Tavolo tecnico sulla ragionevole durata del processo penale. Ipotesi di linee guida metodologiche*.....9

LUCA FORTELEONI, *Criteri di priorità degli uffici di procura*20

CIVILE

SALVATORE CASCIARO, *Questioni di diritto intertemporale sul d. l. n. 113 del 2018 (nota a Cass. n. 4890 del 2019)*.....35

GIULIA TRAVAN, *Il difficile contemperamento tra disciplina urbanistica e principi civilistici nella bilateralità del rapporto pubblico-privato (nota a Trib. Treviso, sent. 170/2019)*44

TRIBUTARIO

SILVIA BURELLI, *L'art. 20 dell'imposta di registro tra interpretazione giurisprudenziale e interpretazione autentica: un breve excursus a seguito della c.d. legge di bilancio 2019*56

LAVORO

CARMEN LA MACCHIA, *Dall'autorevolezza all'autoritarismo. La parabola discendente dell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali.*80

PENALE

ALESSANDRO CENTONZE, *Il controllo dei flussi migratori clandestini e il contrasto alla criminalità organizzata transnazionale: gli equivoci dogmatici e le sfide ermeneutiche*105

FRANCESCO ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*122

ADRIANA BLASCO, *L'ordinamento penitenziario all'indomani del d.lgs. n. 123 del 2018 e della legge n. 3 del 2019: quali conseguenze sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale?*142

ANGELA MARIA MOREA, *Detenzione a fine di spaccio di sostanze stupefacenti di differente tipologia: configurabilità dell'ipotesi del reato di lieve entità di cui all'art. 73, co. 5 DPR n. 309/90 e sua qualificabilità come reato unico*.....190

FRANCESCO ALVINO, *L'art. 570-bis c.p.: quale tutela allo stato per i figli di genitori non coniugati a fronte dell'omesso versamento dell'assegno di mantenimento*226

MARIO CICALA, *Caso Diciotti, reati ministeriali ed autorizzazione a procedere*.....235

EUROPA

PAOLO BRUNO, *Brevi dalle Istituzioni dell'UE (n. 1/2019)*239

Gli Autori

Francesco ALVINO, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Vercelli*

Adriana BLASCO, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano*

Paolo BRUNO, *consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*

Silvia BURELLI, *giudice del lavoro presso il Tribunale di Trieste*

Salvatore CASCIARO, *consigliere della sezione lavoro della Corte d'appello di Roma, applicato alla sezione immigrazione del Tribunale di Bari*

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

Mario CICALA, *direttore della rivista Il diritto vivente*

Luca FORTELEONI, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari*

Carmen LA MACCHIA, *professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Messina*

Angela Maria MOREA, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bari*

Massimo TERZI, *presidente del Tribunale di Torino*

Giulia TRAVAN, *tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso la prima sezione civile del Tribunale di Treviso*

MARIO CICALA

Le rose spezzate¹

La riconoscenza verso i 28 colleghi vittime di una violenza criminale si è espressa attraverso il suggestivo manifesto delle “rose spezzate”; questo sentimento ci ha fatto avvertire il dovere di raccogliere dati e ricordi sulla vita di ciascuno di loro.

Riconoscenza perché, come afferma Pericle, la libertà è il coraggio. Non c'è libertà che non richieda un minimo di coraggio. E la libertà dalla violenza organizzata, mafiosa o politica che sia, richiede il coraggio di accettare il pericolo della morte, che tutti sempre avvertiamo come il più grande dei pericoli che ci sovrastano.

Questi caduti hanno affrontato un pericolo mortale, tutti hanno avvertito questo pericolo, tutti avrebbero potuto sottrarsi e non l'hanno fatto; il loro coraggio ha accresciuto la nostra libertà, sono stati “coraggiosi anche per gli altri”.

La loro disponibilità al pericolo della morte non è stata una fuga dalla vita, non era una scelta di morte. È stata una scelta di vita; era la disponibilità a spendere il tempo della vita terrena nella lotta per una superiore "qualità della vita"; ponendo a rischio un'esistenza cui erano legati da affetti e da valori, come ci testimoniano le colleghe Caterina Chinnici e Alessandra Galli che qui prendono la parola in rappresentanza delle loro famiglie e di tutte le famiglie degli altri caduti.

La scelta di affrontare il pericolo può essere ispirata a ideali molto differenti, può esprimere una contrapposizione, un'esposizione al pericolo per meglio colpire un “nemico” (come nel coraggio del soldato). In questi 28 colleghi era invece una scelta d'amore.

Paolo Borsellino, commemorando Giovanni Falcone ha pronunciato parole che descrivono tutti i magistrati caduti, anche lui che pochi giorni dopo sarebbe stato ucciso:

dice testualmente Borsellino:

“Giovanni Falcone lavorava con perfetta coscienza che la forza del male, la mafia, lo avrebbe un giorno ucciso. Francesca Morvillo stava accanto al suo uomo con perfetta coscienza che avrebbe condiviso la sua sorte. Gli uomini della scorta proteggevano Falcone con pari perfetta

¹ Pubblichiamo l'appunto predisposto da Mario Cicala per il suo intervento al convegno per i 110 anni della ANM: "La nostra storia guardando il futuro", Roma 8 febbraio 2019.

coscienza. Perché non è fuggito, perché è stato sempre pronto a rispondere a chiunque della speranza che era in lui? Per amore!”

Voglio affiancare al commosso ricordo di Francesca Morvillo, quello del giovane Salvatore Saetta ucciso mentre accompagnava il padre Antonino magistrato, di ritorno da una festa familiare.

Anche Salvatore ed Antonino sono morti per amore, verso di noi tutti anche verso quella parte di umanità che li ha uccisi.

E la nostra sempre attuale gratitudine rappresenta la chiave per accedere al ricordo dei caduti.

I martiri non diventano mai scudi o protezione ma sono esempi. Costituiscono per i viventi un modello da imitare, e l'imitazione presuppone una riflessione critica su noi stessi.

Imitare che cosa? Non direi tanto le loro opinioni e le loro convinzioni, che non erano sempre convergenti, o da cui è possibile legittimamente dissentire (ricordiamo le polemiche sulla Superprocura voluta da Falcone, su talune iniziative di Francesco Coco procuratore generale di Genova); ma dobbiamo imitare il loro esempio di vita e di impegno, il loro amore per la Giustizia; possiamo essere partecipi di quella forza spirituale che sarà la solida roccia sulla quale poggeranno anche in futuro le nuove frontiere della lotta alla mafia ed al terrorismo, di cui parlano Cafiero de Raho e Lamberto Giannini.

Nella lotta contro il male è stato l'amore attivo la chiave che unisce tutti e li rende fratelli di altri caduti per la Giustizia: avvocati (come Ambrosoli e Croce), uomini e donne delle forze dell'ordine (come Emanuela Loi agente di scorta di Borsellino)

Alcuni erano avvocati, altri erano funzionari ed agenti della Polizia, Carabinieri; altri erano giudici, pubblici ministeri o rivestivano incarichi al Ministero della Giustizia; giovani od anziani; progressisti o tradizionalisti. Tutti erano fedeli servitori dello Stato, amavano l'umanità ed hanno accettato volontariamente i pericoli legati alla loro funzione sociale.

La coscienza di questa verità ci ha guidati quando nel 2000 una folta delegazione dei partecipanti al Congresso della ANM è stata ricevuta dal Santo Padre Giovanni Paolo II².

A Lui abbiamo consegnato il bozzetto del manifesto delle “rose spezzate” volendo sottolineare come l'amore costruttivo di questi martiri nel servizio dello Stato sia assimilabile al martirio cristiano.

² Qualche polemica suscitò il passo della allocuzione pontificia secondo cui "il rispetto dei diritti della persona esclude il ricorso ad una detenzione motivata soltanto dal tentativo di ottenere notizie significative per il processo".

Il ricordo onora tutti caduti, perché il martirio non separa i credenti dai non credenti: l'adesione ai valori della giustizia costituisce un terreno comune per tutti gli uomini di buona volontà. L'Apostolo Paolo riconosce e quasi codifica questa comunione fra chi crede nel valore trascendente dei testi evangelici e tutti gli uomini retti, che sono "circoncisi nel cuore" (Ger. 9, 24, Ez. 44, 7). A fianco di quelli che osservano la legge perchè la conoscono attraverso la Rivelazione si collocano dunque coloro che "sono stati legge a sé stessi; hanno dimostrato che quanto la legge divina esige è scritto nei loro cuori come risulta dalla testimonianza della loro vita" (Rm. 2, 15).

A conclusione del mio breve discorrere mi piace inserire il testo di una lettera inviata anni or sono da una collega, che -all'epoca giovane ragazza- è stata colpita e coinvolta dalla morte di Paolo Borsellino. Scrive la collega:

“Undici anni fa mi trovavo a Santo Stefano e il proprietario di un negozio di alimentari uscì per strada con le mani sul volto dicendo che avevano ucciso il giudice Borsellino.

E io mi sedetti su una panchina e mi venne da piangere. E pensai, per la prima volta, che avrei potuto iscrivermi a giurisprudenza e diventare un magistrato.

Forse una reazione emotiva. Ma negli anni questo pensiero è maturato dentro di me, sino a diventare una ragione di vita”.

Ringrazio la collega che mi scrisse questa lettera rendendo così toccante testimonianza.

MASSIMO TERZI

Tavolo tecnico sulla ragionevole durata del processo penale. Ipotesi di linee guida metodologiche

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il metodo analisi costi benefici. – 3. La categorizzazione delle tipologie di proposte. – 4. La valutazione dei benefici. – 5. L'area tematica ristrutturazione del sistema sanzionatorio delle contravvenzioni. – 6. L'area tematica estensione dell'ambito di applicazione del patteggiamento. – 7. Rafforzamento della funzione di filtro dell'udienza preliminare. Analisi dei benefici. – 8. Rafforzamento della funzione di filtro dell'udienza preliminare. Analisi dei costi. – 9. Conclusione.

1. Introduzione.

Il Ministero di Giustizia, l'ANM e l'UCPI hanno reso note le proposte in discussione al tavolo tecnico convocato per la riforma del c.p.p. Va però subito precisato, come appare evidente dalle dichiarazioni politiche e dai punti della bozza di riforma del Ministero, che non si tratta di una riforma generale del codice di procedura penale, bensì di una riforma funzionale ad affrontare la sola problematica della (ir)ragionevole durata del processo penale. Limitazione, a mio avviso, saggia e tutt'altro che minimalista ove si ponga a mente che oramai tutti hanno coscienza che si tratta di recuperare un valore essenziale del processo in un paese democratico; valore che, non a caso, è stato esplicitamente costituzionalizzato.

Su questo presupposto, con il presente elaborato, avrei ambito a fornire delle linee guida complete su tutte le proposte ufficialmente messe in campo.

I tempi stringenti dei lavori del tavolo tecnico rendono però urgente una valutazione limitata gli ambiti su quali si sta focalizzando il confronto.

Ambiti che in questo momento, sono tre:

- rafforzamento della funzione di filtro dell'udienza preliminare;
- estensione dell'ambito di applicazione del patteggiamento;
- ristrutturazione del sistema sanzionatorio delle contravvenzioni.

Auspicio di poter estendere in successivo elaborato l'analisi sulle molte proposte non affrontate in questa sede.

Al fine di impostare il lavoro di analisi è però necessario definire fin d'ora i principi generali del metodo che s'intende seguire auspicando che i soggetti del tavolo tecnico possano anche provare a sperimentarlo. Va premesso altresì che il perimetro della presente analisi affronta, allo stato, esclusivamente il tema della ragionevole durata del processo inteso come tempo intercorrente dall'esercizio dell'azione penale fino alla definizione del giudizio di primo grado.

2. Il metodo analisi costi benefici.

Unica metodologia coerente allo scopo dichiarato è l'analisi costi benefici delle proposte. Mi rendo conto che il mondo giuridico è poco avvezzo a simile impostazione, ma mi pare indubbio che, se il fulcro del problema da affrontare, è la durata di un processo, cioè una funzione matematica, questo dovrebbe essere l'approccio corretto. E un approccio corretto potrebbe rendere il confronto, e la successiva sintesi, più trasparente e, soprattutto, più razionale.

Beneficio di una proposta è quello che ci detta lo scopo delle modifiche: l'incidenza sulla durata del processo. Ovviamente tale valutazione, in ragione dell'attitudine culturale dei lettori, sarà esplicitata in forma discorsiva al solo fine di fornire una chiave di lettura comparativa in ordine all'effetto atteso dalle singole proposte; inevitabilmente con una mia valutazione soggettiva ma derivante dalla concreta conoscenza dei flussi numerici e ponderali sul primo grado. Ma l'importante, da un punto di vista concettuale, atteso lo scopo della riforma, è che tale valutazione sia reiterata e verificata dai proponenti al tavolo tecnico e, ovviamente, da chi decide le proposte da normare.

Costo di una proposta deve ritenersi l'eventuale diminuzione di diritti delle parti processuali rispetto all'attuale normativa. Assumiamo questo come costo perché è evidente che, in mancanza di tale parametro, la soluzione del problema potrebbe essere elementare; in assenza di tale parametro, infatti, si potrebbe decidere che l'antinomia innocente/colpevole si risolva *illico et immediate* con un lancio di moneta così risolvendo in un batter baleno il problema della ragionevole durata; scelta tutt'altro che paradossale atteso che, non dobbiamo dimenticarlo, nella storia dell'uomo, prima delle conquiste della civiltà giuridica, tale soluzione si è manifestata nelle forme più variegata. Il punto di partenza dei costi, direi il limite, è quello della cornice costituzionale nel senso che alcuna proposta, anche d'incidente effetto sulla durata, può essere presa in considerazione, laddove non si ritenga conforme al dettato costituzionale. Il punto di arrivo dei costi è quello 0 (zero) cioè quelle proposte che non hanno alcuna incidenza "negativa". Le categorie di costo e di

beneficio non sono omogenee: il beneficio è un parametro che involge fattori matematici teoricamente del tutto oggettivi e comunque comparativamente valutabile in modo numerico; il costo è una valutazione anche culturale. L'analisi costi/ benefici è proprio lo strumento di mediazione tra le diverse prospettive culturali che si siedono al tavolo.

Nondimeno il raffronto consente una decisione più razionale e meno ideologica.

3. La categorizzazione delle tipologie di proposte.

è utile, per cominciare a fare chiarezza e semplificare l'analisi, raggruppare le tipologie delle possibili proposte secondo una classificazione. La classificazione si fonda sulla corretta individuazione delle variabili matematiche che incidono sul risultato "durata media dei processi penali".

I fattori che possono mutare la durata media dei processi in un tempo prestabilito sono solo tre. Molto semplicemente: se in un anno sopravvengono 1000 processi (in ipotesi di pari peso) e ho 10 Giudici il cui standard medio di definizione annuale è 50 e voglio arrivare a far definire non la metà ($10 \times 50 = 500$ su 1000) dei processi sopravvenuti, ma tutti (toccando per semplicità di esempio una sola variabile) o diminuisco il flusso da 1000 a 500, o aumento i Giudici a 20, o aumento il loro standard a 100.

Pertanto queste sono le variabili sui cui incidere per diminuire la durata:

A) numero processi che sopravvengono in un anno: lo definiremo "flusso generale".

Il flusso non è la conta numerica dei processi, ma la conta ponderale dei processi in ragione della loro tipologia. Voglio dire, per spiegare in modo semplice, che se diminuisco il flusso numerico totale dell'1% con una diminuzione dei soli processi collegiali ho un effetto migliorativo sulla durata media "x"; se la stessa diminuzione di flusso numerico è ottenuta sui processi che di norma si esauriscono con decreto penale l'effetto, sarà in ipotesi "x/10000";

B) numeri di processi definibili da un Magistrato *full equivalent time*; lo definiremo "standard medio". Anche in questo caso è necessaria una puntualizzazione. Facciamo riferimento a un'unità "1" (uno) di Magistrati /persone cui, per essere chiari, per assegnare lo smaltimento di un processo collegiale deve smaltirne 3 altrimenti imputeremmo 3 volte lo stesso processo nello standard medio;

C) numero Giudici addetti; lo definiremo "numero di Giudici addetti".

è opportuno fin d'ora precisare, onde evitare pericolose confusioni metodologiche, che in un'analisi costi/benefici la variabile c) aumento dei Giudici addetti nulla a che fare con l'aumento

del numero dei Magistrati inteso come aumento di organico; richiesta che concerne il diverso tema degli investimenti. La sovrapposizione del tema “investimenti” è in sé un elemento distorcente atteso che stiamo a un tavolo che vuole ricercare una maggiore funzionalità del sistema in sé. Ove vi siano maggiori investimenti avrò certo un utile effetto moltiplicatore dell’eventuale migliore funzionalità trovata, ma, nondimeno, in una corretta analisi costi/benefici sulla ragionevole durata del processo, il tema è del tutto estraneo. Affatto diverso, e anzi di grande rilevanza, è intendere invece l’aumento di Giudici non come investimento di aumento di Magistrati, ma come rimodulazione della distribuzione dei Giudici nella composizione, nelle fasi e nei gradi. E ovviamente facciamo riferimento, sulla base del perimetro dell’analisi individuato, ai soli Giudici addetti alla cognizione in senso generico e pertanto ai soli GUP e Giudici del dibattimento escludendo i GIP, i Giudici del Riesame e quelli delle Misure di Prevenzione. Il tutto naturalmente sempre in termini di Giudici *full equivalent time*.

Raggruppiamo ora le proposte sulla base del fattore su cui in via diretta vanno a incidere.

A) Tipologie di proposte su “flusso generale”:

a1) sono le proposte che diminuiscono i fatti che l’ordinamento prevede come reati e che diminuiscono pertanto le ipotesi per le quali il PM deve valutare se esercitare l’azione penale ovvero che aumentano i reati per i quali l’esercizio dell’azione penale non sia di ufficio. Le definiremo: proposte che incidono sul “flusso generale sostanziale”;

a2) sono le proposte che incidono sulle regole processuali che legittimano il Pubblico Ministero a esercitare l’azione penale. Le definiremo: proposte che incidono sul “flusso generale processuale”.

B) Tipologie di proposte sullo “standard medio”:

b1) sono le proposte che mirano a spostare flussi su tipologie di riti più economici in termini di durata. Le definiremo: proposte che incidono sui “flussi dei riti”;

b2) sono le proposte che mirano ad accorciare la durata delle singole tipologie di riti. Le definiremo: proposte sulla “durata dei riti”.

C) Tipologie di proposte su “Giudici addetti”:

c1) sono le proposte che mirano a trasformare in monocratico Giudici collegiali. Le definiremo: proposte che incidono sulla “composizione del Giudice”;

c2) sono le proposte che mirano a distribuire l’allocazione dei Giudici diversamente nelle fasi processuali. Le definiremo: proposte che incidono sulla “allocazione dei Giudici”.

4. La valutazione dei benefici.

Non si ha qui la pretesa di dare un valore matematico al beneficio di ciascuna proposta, ma solo di dare un'indicazione in una scala da 1 a 100 che consenta di comparare l'incidenza delle singole proposte sulla durata. Il parametro di valore convenzionale "100" è quello di una proposta che fa tendere allo zero la durata (il succitato lancio di monetina o succedaneo).

Per comprendere i valori che assegno a ciascuna proposta si deve tenere a mente un dato centrale: circa il 50% delle risorse Magistrati sono impegnati come GUP e Giudici del dibattimento sui procedimenti collegiali nonostante che i procedimenti collegiali rappresentano circa il 4% dei procedimenti. Pertanto, per spiegare il meccanismo di valutazione, un'assurda ipotetica proposta che depenalizzasse tutti i reati monocratici meriterebbe un parametro di beneficio "50" perché consentirebbe di raddoppiare il numero dei Giudici addetti sui collegiali e quindi ci aspettiamo che la durata dei processi residuati (i soli collegiali) si dimidi.

5. L'area tematica ristrutturazione del sistema sanzionatorio delle contravvenzioni.

Trattasi di una proposta di per sé afferente la categoria a1) flusso generale sostanziale: di fatto una depenalizzazione nelle forme che saranno determinate e specificate al tavolo. Sulla base dei parametri di valorizzazione sopraindicati la concreta diretta incidenza può al più essere stimata in un valore non superiore a "3". Stima che fa giustizia del mito della "panpenalizzazione" quale origine di tutti i mali. Questo mito però, come tutti i miti, ha un importante fondamento di verità oltre il "racconto". Vero è, infatti, che a fronte della scarsissima incidenza sul versante giudicante - di cui oggi ci occupiamo - corrisponde una incidenza molto più significativa in termini di assorbimento di risorse dell'apparato accusatorio Procura/PG; assorbimento di risorse certamente del tutto sproporzionato rispetto ai flussi ed ai risultati progressivamente sempre più scarsi anche in ragione della sostanziale e crescente impossibilità sul fronte giudicante di pervenire ad una risposta. Riflessione che ci aiuta a comprendere quel che c'è "oltre", se siamo capaci di seguire una corretta metodologia, approfondire in modo non caotico la complessità dei problemi ed evitare, secondo un costume oramai diffuso, di lavorare per slogan e non per categorie critiche. Il mito della "panpenalizzazione" come uno dei principali mali è figlio della percezione - in qualche misura corretta nel loro parziale angolo visuale - delle sole Procure. Esso pone un tema profondo rispetto alla ragionevole durata del processo. È il tema della liberazione di risorse nell'apparato Procure/PG

che mettano l'accusa nelle condizioni di migliorare l'esercizio dell'azione penale sia in termini di tempo sia in termini di qualità del materiale accusatorio; fattore che è, come credo sia chiaro a tutti, importante anche rispetto alla durata dei processi; nessuno sarà mai in grado di matematicizzare con esattezza il rapporto, ma è intuitivo che indagini più complete e più veloci incidono direttamente sulla variabile B) "standard medio" aumentandola e quindi abbassano la durata. Così correttamente intesa mi sentirei di aumentare almeno a "5" il valore convenzionale di incidenza atteso che la depenalizzazione va incidere sia sulla variabile A) flussi generali, ma anche su quella B) standard medio; ovviamente a condizione che le Procure utilizzino le risorse che si liberano in modo positivo. "Costo 0" nei termini sopra definiti.

6. L'area tematica estensione dell'ambito di applicazione del patteggiamento.

È una proposta che incide su b1) flussi dei riti di palese incidenza positiva, ma il cui potenziale per la molteplicità dei fattori che possono condizionarla è di difficile valutazione. In una stima ottimistica, ma non avventata si potrebbe azzardare un "valore 5" ed un costo "0" nei termini sopra definiti.

7. Rafforzamento della funzione di filtro dell'udienza preliminare. Analisi dei benefici.

Si tratta dell'area tematica più complessa da valutare, ma anche, come si vedrà, di quella determinante.

Invero l'udienza preliminare non è un rito autonomo ma una fase che, in una valutazione di durata, deve essere computata quale addendo parziale "x" rispetto all'altro addendo "y" rito ordinario nei procedimenti che provengono da udienza preliminare. Voglio dire, in buona sostanza, che per questa tipologia di processi, la durata "z" è data da "x" tempo di durata della fase dell'udienza preliminare sommato ad "y" tempo di durata dell'eventuale rito ordinario dibattimentale.

Stiamo affrontando quello che è il vero fulcro essenziale della possibile riforma. Come cercherò di illustrare l'area tematica è così sensibile rispetto al tema della ragionevole durata che deve mettersi in conto che una scorretta valutazione possa comportare anche un peggioramento anziché un miglioramento della situazione attuale.

Per affrontare l'argomento in modo "laico" ora ci occupiamo solo dei computi dei benefici a prescindere dai costi che saranno affrontati nel successivo paragrafo. Per ben valutare le ipotesi di

restringimento del filtro dell'udienza preliminare è più semplice illustrare prima l'ipotesi draconiana di totale abolizione; ciò a prescindere dal fatto che sia quella da me fortemente sostenuta, ma solo per rendere più comprensibile l'analisi dei benefici dell'ipotesi – ad oggi maggioritaria – di semplice mantenimento dell'udienza preliminare con restrizione del “filtro”.

a) Ipotesi di abolizione dell'udienza preliminare.

- è un beneficio multiplo rispetto alle categorie delineate:

- beneficio di categoria b2) che incide sulla durata dei riti; è evidente che in tale evenienza avremo in *re ipsa* una diminuzione secca della durata di questi processi; se la durata dei processi che passano per udienza preliminare è $z = x$ (durata della fase) + y (durata del dibattimento) per tali processi la durata diventa $z = y$ che tradotto in termini concreti, su un'ipotesi di ragionevole durata del processo, vuol dire due anni anziché tre anni. Beneficio che valuto pertanto “15”. Infatti, mi riduce *ex abrupto* di 1/3 la durata di tutti quei processi che mi occupano la metà circa delle risorse;

- beneficio di categoria c1) che incide sull'allocazione dei Giudici; si aumentano di circa 1/5 i Giudici addetti al dibattimento con l'azzeramento delle risorse dedicate all'Ufficio GUP (non Gip ovviamente); beneficio stimabile con un coefficiente aggiuntivo di 10 che porta la somma parziale a “25”;

- beneficio b1) che sposta i flussi dei riti su riti più economici. Chiunque comprende, in una visione realistica, che lo spostamento della decisione sul rito abbreviato in sede dibattimentale rispetto a quella del Gip porterebbe un deciso aumento di richieste e ammissioni di abbreviati aumentando la valutazione numerica almeno di ulteriore 10 portando il beneficio totale a “35/40”.

Dall'abolizione dell'udienza preliminare pertanto mi aspetto una riduzione tra il 35% e il 40% della durata media dei processi.

b) Ipotesi di mero rafforzamento della funzione di filtro dell'udienza preliminare.

Per evidenziare la natura ontologicamente diversa rispetto all'ipotesi di abolizione giova preliminarmente rimarcare che rispetto all'ipotesi sub a) il rafforzamento:

- non incide sul beneficio di categoria c1) allocazione dei Giudici;

- può incidere ma tendenzialmente in senso negativo sul beneficio b1) mutamento dei flussi dei riti. Credo sia evidente che, tanto più restringiamo il filtro e aumentiamo le chance di sentenza di non doversi procedere, tanto più sarò indotto a considerare la fase avanti al Gip come un primo parziale grado di giudizio suppletivo ed anticipato rispetto ai gradi di cognizione pieni. In tal modo,

se possibile, diminuirà, a normativa invariata, ulteriormente la tendenza a utilizzare il giudizio abbreviato per questa tipologia di processi.

Passando all'analisi specifica è in primo luogo necessaria una riflessione per quanto ovvia: la condivisione sulla tematica della restrizione del filtro discende dalla constatazione generale che, laddove l'udienza preliminare non svolga, come oggi non svolge, la funzione di filtro sul flusso generale sul dibattimento, evidentemente tale fase, in termini di durata, è un mero rilevante costo; ed è un costo spaventosamente altro perché in tali processi sono presenti anche tutti quelli (collegiali) che da soli, come abbiamo detto, assorbono il 50% delle risorse in sede di cognizione.

Il problema, da un punto di vista di durata, è semplice; più si restringe il filtro più aumenta la durata della fase dell'udienza preliminare di tutti i processi. È evidente che il rafforzamento del filtro implica un maggior impegno; e a maggior impegno corrisponde un maggior tempo di durata della fase. Acchè il maggior tempo da applicare non diventi un maggior tempo di durata media della fase dell'udienza preliminare, la matematica non è un'opinione, si devono aumentare i Giudici addetti sull'udienza preliminare depauperando il settore dibattimentale di Giudici addetti; ma depauperando il settore dibattimentale aumenta il tempo di durata dei dibattimenti a parità di flussi. Questo è il circolo vizioso su cui soffermare l'attenzione.

Ovviamente si parte invece dall'auspicata previsione che diminuiscano i flussi sul dibattimento con la restrizione del "filtro" nella preliminare così compensandosi con una minor durata della fase dibattimentale l'aumento di durata della fase dell'udienza preliminare, ma l'"operazione" non garantisce in sé un miglioramento; anzi ci pone a rischio di un peggioramento ove non vi sia una restrizione di un coefficiente "n" di flussi sul dibattimento idonea a compensare, con la diminuzione di durata in sede dibattimentale, l'aumento di durata della fase avanti al Gup.

Pertanto, chi si assumerà la responsabilità di tale scelta si assume questo rischio; io non mi assumerei mai tale responsabilità non solo perché non ho fiducia che "i numeri tornino", ma anche perché un grande rischio si può ipotizzare di assumere ove vi sia una prospettiva di grande beneficio. Il beneficio atteso, se tutto andasse al meglio, a tutto concedere potrebbe essere "5".

Sarebbe pertanto ragionevole e di buon senso, ove comunque si volesse mantenere l'udienza preliminare ritenendo eccessivi i costi di cui al successivo paragrafo, intervenire in modo più articolato per, da una parte evitare il rischio di peggioramento, dall'altra aumentare il potenziale di beneficio atteso. La prima linea di ulteriore intervento che propongo è di escludere comunque

dall'udienza preliminare i reati attualmente monocratici ed eventualmente escludere anche alcuni reati attualmente collegiale trasformandoli in monocratici; tale intervento potrebbe garantire per i residui processi da preliminare di non aumentare la durata della fase senza destinare ulteriori Giudici e prevenire l'innescò del pericoloso circolo vizioso sopra descritto. Tale intervento se ci garantisce, specie unitamente all'intervento che propongo appresso, da un effetto boomerang di peggioramento non ci dà fondate garanzia di un effettivo significativo beneficio complessivo. Sarebbe pertanto auspicabile un secondo intervento che certamente potrebbe invece influenzare decisamente, concernendo processi di grande importanza sul carico globale dibattimentale, un sostanzioso beneficio b2) sullo spostamento dei flussi dei riti; ipotizzo, infatti, di far celebrare il rito abbreviato esclusivamente in sede dibattimentale. Ritengo anzi che ciò sarebbe quasi doveroso in caso di restrizione del filtro della preliminare; invero l'aumento di *chanche* del filtro è certamente un ulteriore disincentivo all'abbreviato in sede di udienza preliminare. Di converso l'aumentata selezione delle ipotesi accusatorie in sede di preliminare potrebbe incentivare, una volta pervenuti alla fase dibattimentale, in modo deciso la scelta utilitaristica di usufruire del beneficio dell'abbreviato in caso di condanna. Con queste integrazioni stimo il beneficio in modo crescente dal "15 al 25" proporzionalmente al dimagrimento del catalogo dei reati che passano per l'udienza preliminare.

L'ampio spettro di ipotesi formulate evidenzia, credo nella sostanza in modo semplice e comprensibile, l'importanza della scelta che il Governo (*id est in primis* il Ministro di Giustizia) dovrà compiere, tenendo presente i concreti effetti delineati nelle varie opzioni. A tal fine è utile e necessaria un'approfondita riflessione sui "costi" di ciascun intervento.

8. Rafforzamento della funzione di filtro dell'udienza preliminare. Analisi dei costi.

Le sentenze della Corte di Cassazione attribuiscono a tale udienza una funzione di "*filtro*" (cfr. sent. n. 33763 del 30/04/2015, 46145 del 05/11/2015, 6665 del 18/02/2016) ed affermano che "*l'udienza preliminare costituisce "garanzia" e non forma ridondante, perciò è stata esclusa solo nei processi per reati minori (prima individuati sulla scorta della competenza della "Corte bassa" rappresentata dalla Pretura, ora in base fondamentalmente ai limiti edittali); e la funzione primaria di garanzia dell'imputato è proprio quella di prevenirne la sottoposizione all'esercizio dell'azione penale senza condizioni sostanziali a giustificarlo*" (cfr. Corte di cassazione, sent. n. 33763 del 30/04/2015).

Appare evidente, con tutto il rispetto per la Suprema Corte, che, in questi trent'anni, come è inevitabile in ragione del “ruolo” della Corte di Cassazione, la dedotta non ridondanza si è fondata su una valutazione sistematica astratta cui non ha corrisposto una realtà effettuale di filtro. D'altronde il metro indicato dalla stessa Cassazione (ex multis *Sez. 6, Sentenza n. 7748 del 11/11/2015: Il giudice dell'udienza preliminare è chiamato ad una valutazione di effettiva consistenza del materiale probatorio posto a fondamento dell'accusa, eventualmente avvalendosi dei suoi poteri di integrazione delle indagini, e, ove ritenga sussistere tale necessaria condizione minima, deve disporre il rinvio a giudizio dell'imputato, salvo che vi siano concrete ragioni per ritenere che il materiale individuato, o ragionevolmente acquisibile in dibattimento, non consenta in alcun modo di provare la sua colpevolezza.*) non poteva che minimizzare la funzione di filtro. Proprio questa contraddizione ha portato al confronto di questi giorni. Voglio dire che se l'udienza preliminare avesse “funzionato” forse non saremmo neppure oggi a discuterne e forse non saremmo neppure a discutere, quantomeno in modo così pressante, sulla ragionevole durata del processo. È necessario pertanto assumere la decisione con grande ponderazione. Abbiamo due alternative: abolire l'udienza preliminare o mantenerla riformata. Ma queste alternative devono essere valutate in funzione del tema di fondo di cui parliamo: la ragionevole durata del processo. Il presupposto da cui dobbiamo partire è il vecchio sano brocardo “*errare humanum est; perseverare diabolicum*”; specie dopo trent'anni dall'entrata in vigore del codice. Mi pare di aver illustrato in modo chiaro che la mera restrizione dell'udienza preliminare non ci porta alcuna significativa aspettativa positiva e mi aspetto pertanto che tale ipotesi che non esito, rispetto al tema della ragionevole durata, a definire semplicistica, non sia neppure presa in considerazione.

In tale valutazione negativa deve incidere anche un'ulteriore specifica riflessione: l'importanza della tematica dell'udienza preliminare deriva *in primis* dal fatto che la stessa è prevista per i processi più rilevanti spesso con plurime imputazioni e plurimi imputati. Dal rafforzamento del filtro ineluttabilmente dovrebbe derivare un aumento di sentenze di non doversi procedere parziali su imputazioni e soprattutto su imputati la cui posizione comunque non sarebbe definitivamente stabilizzata e potrebbe essere “riaperta” all'esito della decisione di merito per gli altri imputati. Ciò comporterebbe ovviamente un aumento di rischio di reiterazione di processi anche rilevanti che certamente non è da sottovalutare in un'ottica di economizzazione di risorse; senza tralasciare comunque che la sentenza di non doversi procedere è ontologicamente una

decisione che non comporta un grado di certezza e stabilità; valori che sono una delle componenti essenziali che ci aspetta da un ordinamento giuridico.

9. Conclusione.

In questa sede ho affrontato solo alcuni dei temi in discussione tra cui certamente quello più rilevante e complesso dell'udienza preliminare. Rispetto alla scelta tra l'ipotesi di abolizione o di articolata riforma dell'udienza preliminare non posso che rimettermi alla finale responsabilità politica del Governo prima e del legislatore poi. Auspico che la Magistratura e l'Avvocatura possano fornire un corretto contributo propositivo, ma, acchè ciò accada, è indispensabile che sia salvaguardata complessivamente una coerenza culturale. Qualunque intervento riformista necessita comunque di coerenza per essere funzionale; il nostro processo ha un'originaria matrice liberale nell'ambito dello Stato di diritto; tale matrice non può essere contaminata con pericolose degenerazioni. Allo stato tale coerenza non è visibile come mi appare palese proprio dalla dialettica sull'udienza preliminare. È culturalmente contraddittorio ritenerla indispensabile in ragione della pretesa funzione di garanzia e, nel contempo, solo per fare due di molti esempi, intervenire sulle garanzie in modo generalizzato con palesi restringimenti dei diritti della difesa in sede dibattimentale ovvero con incentivi ulteriori sul rito immediato. Scelte specifiche di riforma sulle quali spero di poter intervenire nel dibattito con un ulteriore elaborato, ma che, come è evidente se si prova ad applicare il metodo che ho cercato di delineare, hanno costi alti e benefici assai limitati.

LUCA FORTELEONI

Criteri di priorità degli uffici di procura

SOMMARIO: 1. Premessa e definizione. – 2. Criteri di priorità e i principi costituzionali. – 3. Criteri di priorità e il diritto positivo. – 4. Criteri di priorità nella normativa secondaria del Csm. – 5. Criteri di priorità e avocazione delle indagini. – 6. Criteri di priorità: conseguenze disciplinari. – 7. Priorità e prospettive di riforma.

1. Premessa e definizione.

I criteri di priorità rappresentano un esempio concreto di *problem solving* giudiziario. Infatti, essi sono stati originariamente ideati e attuati dagli uffici giudiziari quale soluzione concreta all'annoso contrasto tra la mole degli affari penali, da un lato, e le risorse disponibili, intese in termini di capitale umano giudiziario e amministrativo, dall'altro: contrasto che rischiava di lasciare senza una risposta di giustizia fatti criminosi dotati di particolare offensività e caratterizzati da elevata rilevanza sociale, se si fosse seguito pedissequamente il criterio di ordine temporale nella trattazione degli affari penali.

Originati dalla prassi¹, col tempo, sono assurti a tutti gli effetti al rango di istituto giuridico, essendo stati recepiti anche nella normativa primaria e in quella secondaria del Csm, e avendo originato dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, in particolare, sul potere dei capi degli uffici giudiziari di adottare direttive in merito all'ordine di trattazione dei fascicoli penali.

La definizione dei criteri di priorità non può che ricondurre alla loro natura di strumento organizzativo interno degli uffici giudiziari giudicanti e requirenti, quali parametri orientativi nella gestione della tempistica degli affari. Mentre per i criteri applicabili agli uffici giudicanti, però, si è potuto assistere a una sussunzione della prassi in norme primarie, nessuna disciplina legislativa è stata dettata per i criteri di priorità adottabili dagli uffici requirenti, né si è previsto con norma *ad*

¹ Il primo provvedimento, che fissò criteri di priorità, fu la circolare dell'8 marzo 1989 del Presidente della Corte d'Appello e del Procuratore generale di Torino, seguita dalla direttiva del 16 novembre 1990 della Procura della Repubblica presso la Pretura di Torino. Per la disamina di un'ampia casistica l. RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, 2016, www.dirittopenalecontemporaneo.it

hoc il correlativo potere diretto in capo al Procuratore della Repubblica, che si deduce solo indirettamente, per la necessità di un imprescindibile coordinamento tra le attività di indagine e le tipologie di affari penali da trattare in dibattimento.

In ogni caso, l'eterogeneità dei provvedimenti adottati negli uffici giudiziari requirenti sparsi nel territorio nazionale, pur con finalità precipuamente organizzativa, ha spinto il Csm, con apposite risoluzioni e in occasione del vaglio di singoli provvedimenti organizzativi, a intervenire più volte, in quanto, l'obbligo costituzionale di perseguire ogni fatto penalmente rilevante, esclude che, nel definire criteri di priorità, sia consentito omettere in assoluto la trattazione di fatti qualificati dalla legge come reati.

2. Criteri di priorità e i principi costituzionali.

Il dibattito formatosi sui criteri di priorità è stato alimentato dall'evidente impatto che essi possono avere su fondamentali principi costituzionali, sia afferenti l'attività giudiziaria in senso stretto, come il principio della indipendenza della magistratura, del giusto processo e della obbligatorietà dell'azione penale, di cui, rispettivamente, agli articoli 104, 111 e 112 Cost., sia, più in generale, pubblicistici, come il principio di imparzialità e il principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost..

In ordine alla prima categoria di principi, infatti, il nostro ordinamento, diversamente da altri sistemi costituzionali europei, fondati sul principio di discrezionalità o facoltatività dell'azione penale, è governato dal principio di obbligatorietà della stessa, sancito dall'art. 112 della Cost.² Detta disposizione è posta a presidio della indipendenza e dell'autonomia dell'intera magistratura, ivi compresi i pubblici ministeri nell'esercizio delle loro funzioni inquirenti e requirenti³, e a garanzia della uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge.

² Sulla obbligatorietà dell'azione penale, Corte cost. 84/1979 e 88/199, e in dottrina G. DI FEDERICO, Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero, in *Giur. it.*, 2009, 522, e, Uffici requirenti e ruolo del P.M. in prospettiva comparata, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VI agg., 2011, 835-845, che considera il principio dell'obbligatorietà la principale causa della lentezza della giustizia penale; R.E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. Proc.*, 2007, 875; I. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1751; A. PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, www.forumcostituzionale.it, 2.

³ Sul dibattito relativo all'indipendenza dei pubblici ministeri, T. COLETTA, *Il pubblico ministero nella riforma*, in AA.VV., *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2007, 235-295, ove si sottolinea la distinzione tra indipendenza esterna dal potere politico, in totale assimilazione ai colleghi giudicanti, che rende il modello italiano, espresso dall'art. 104 Cost., assolutamente originale rispetto a quelli adottati nelle altre democrazie moderne; e indipendenza interna, nell'ambito della struttura organizzativa, che appare alquanto compressa in considerazione del

Il principio di cui all'art. 112 Cost. vieta, pertanto, all'organo inquirente di operare soggettive selezioni nell'ambito dei procedimenti penali pendenti, che si risolverebbero in un'attività arbitraria in contrasto col nostro sistema costituzionale.

Tuttavia, le difficoltà operative contro le quali si scontrano le Procure nel dare concreta attuazione al principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale e, di conseguenza, anche al principio dell'uguaglianza del cittadino di fronte alla legge, sono alla base della scelta di fare ricorso a moduli gestionali degli affari penali che, per predeterminate categorie di reati di minor allarme sociale, e senza mai consentire l'omessa trattazione delle indagini preliminari e delle determinazioni finali, ammettono una posticipazione dell'istruttoria, a favore di fatti criminosi dotati di particolare gravità e peculiare offensività.

Infine, occorre ricordare che i criteri di precedenza nella trattazione degli affari vanno contemperati con il principio della ragionevole durata dei processi (art. 6 Cedu e art. 111 Cost.), onde garantire un tempestivo accesso alla giustizia ed evitare i rischi di infrazione della legge Pinto (l. 24 marzo 2001 n. 89).

Da questo punto di vista, i criteri di priorità sono valutati in termini positivi e ritenuti compatibili con i principi costituzionali dalla dottrina maggioritaria, che, anzi, ne evidenzia il carattere di strumento necessario per assicurarne la loro effettività, attesa la loro valenza di misura di razionalizzazione del sistema.

Rispetto, poi, ai principi di imparzialità e buon andamento, partendo dal presupposto che essi si estendono anche all'amministrazione della giustizia, e che il buon andamento è sempre declinato in termini di efficienza, efficacia ed economicità, non sarebbe corretto concludere che il loro perseguimento si tradurrebbe in una elusione dei principi costituzionali di matrice penalistica, quale, *in primis*, quello di obbligatorietà dell'azione penale.

modello verticistico e piramidale adottato dal legislatore a contenimento della "debordanza investigativa" o "abuso giudiziario", conseguente alla personalizzazione delle funzioni requirenti, e allo scopo di attribuire, invece, al capo di ciascun ufficio la responsabilità effettiva e unitaria della gestione dell'azione penale. Tale modello verticistico, consentito dall'interpretazione letterale dell'art. 101 Cost. che enuncia solo per i giudici la loro soggezione esclusivamente alla legge, con l'evidente ratio di garantire solo ad essi e non anche ai pubblici ministeri l'indipendenza dagli altri singoli soggetti che compongono complessivamente l'ordine giudiziario (ossia gli altri giudici e i capi dei loro uffici), riverbera i suoi effetti anche rispetto alla tematica affrontata, atteso che i criteri di priorità sono riversati negli atti organizzativi del capo dell'ufficio che si traducono in specifiche direttive ai sostituti su ciò che in concreto possono investigare in base a ciò che il capo vorrà consentire, posto che è il titolare esclusivo dell'azione penale. Esaustivo anche A. NICOLI, *Uffici requirenti*, in *Digesto delle discipline penali*, VI agg., 2011, 794-834; G. DI FEDERICO, *Uffici requirenti*, op. cit. ove si evidenzia in termini assai critici come in nessun altro paese democratico l'indipendenza del pubblico ministero è tanto ampia (p. 837).

Infatti, l'elaborazione di criteri orientativi interni all'ufficio requirente e ad esso applicabili nel suo complesso, limita la disomogeneità, nell'ambito del medesimo ufficio, delle scelte discrezionali deflattive dei propri carichi di lavoro adottate dai singoli sostituti, la cui attività deve essere, invece, razionale, trasparente *ex post* e prevedibile *ex ante*, ed evita scelte basate su valutazioni individuali di opportunità più che sulla loro doverosità.

Si può asserire, in conclusione, che i criteri di priorità assicurano un giusto bilanciamento tra interessi tutti di rango primario tutelati dai principi costituzionali, che talvolta possono, in concreto, rivelarsi contrapposti. Infine, essi possono considerarsi linee guida che si traducono sul piano pratico-applicativo in una attuazione "realistica" del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

L'orientamento dottrinario contrario ai criteri di priorità ritiene che gli stessi siano compatibili soltanto con un sistema costituzionale fondato sulla facoltatività della azione penale ed evidenzia come tali scelte si traducano in concreto in scelte di politica criminale, che dovrebbero essere assunte non già da un corpo burocratico assunto per concorso, ovvero dalla magistratura, ma dal legislatore, che gode della legittimazione democratica⁴. Inoltre, secondo detta impostazione critica, i criteri di priorità, pur essendo idonei a limitare la disomogeneità operativa interna ad un medesimo ufficio requirente, tuttavia non impediscono, anzi sovente si traducono in disomogeneità nelle scelte delle diverse realtà giudiziarie circondariali⁵.

3. Criteri di priorità e il diritto positivo.

Le previsioni normative dei criteri di priorità sono fissate solo per gli uffici giudicanti.

La prima previsione si ritrova nell'art. 227 del d.leg. 19 febbraio 1998 n. 51, istitutivo del giudice unico di primo grado. La norma consentiva, in via transitoria, per garantire la rapida definizione dei processi pendenti alla data di efficacia del decreto legislativo, che, nella trattazione dei procedimenti e nella formazione dei ruoli di udienza, anche indipendentemente dalla data del commesso reato o da quella della iscrizione del procedimento, si sarebbe dovuto tener conto della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che sarebbe potuto derivare dal ritardo

⁴ G. DI FEDERICO, *Uffici requirenti*, op.cit., 839, che elenca le disfunzioni sistemiche generate dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, quali l'ineffettività del relativo principio costituzionale, cui consegue la vanificazione del principio costituzionale dell'uguaglianza del cittadino di fronte alla legge, e ricorda la scelta francese di non introdurre nell'ordinamento il principio di obbligatorietà, ritenuto principio inapplicabile attesa l'impossibilità di perseguire tutti i reati e dal quale consegue inevitabilmente la necessità di compiere scelte di priorità.

⁵ Sul punto T. COLETTA, op.cit., 256, che in occasione dell'analisi sul principio di uniformità nell'esercizio dell'azione penale paventa tante "monadi giudiziarie quante sono le procure esistenti".

per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa. Il 2° comma del citato articolo prevedeva, inoltre, la comunicazione tempestiva al Csm dei criteri di priorità adottati.

Una seconda disposizione di carattere generale è stata successivamente inserita nel codice di procedura penale, tra le disposizioni di attuazione, dall'art. 15, d.l. 24 novembre 2000 n. 341, convertito in l. 19 gennaio 2001 n. 4, e poi successivamente modificata dall'art. 2 bis d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008 n. 125. Si tratta dell'art. 132 bis, disp. att. c.p.p., che disciplina la formazione dei ruoli di udienza e la trattazione dei processi. Il testo originario prevedeva che nella formazione dei ruoli di udienza è assicurata priorità assoluta alla trattazione dei procedimenti per i quali ricorrono ragioni di urgenza con riferimento alla scadenza dei termini di custodia cautelare. Con le successive modifiche lo stretto ambito della scadenza dei termini della custodia cautelare è stato superato e il legislatore definisce ora una scala di priorità dei procedimenti da trattare in ragione della gravità e dell'allarme sociale dei reati contestati, stabilendo sul piano operativo che i dirigenti degli uffici giudicanti adottano i provvedimenti organizzativi necessari per assicurare la rapida definizione dei processi per i quali è prevista la trattazione prioritaria.

Non sono mancati tentativi per introdurre un sistema di priorità anche nell'esercizio dell'azione penale. In senso favorevole alla sua introduzione si era pronunciata anche la commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento giudiziario nominata nel 1993 dal ministro Conso, purché l'intervento avesse riguardato scelte di carattere generale e non singoli reati, in linea con le conclusioni del dibattito formatosi sulla compatibilità dei criteri di priorità con il principio di uniforme esercizio dell'azione penale di cui all'art. 1, comma 2, del decreto 106/2006, inteso come esercizio paritario per classi o tipologie di reati predeterminati in linea generale.

I diversi progetti legislativi non sono però mai stati approvati dal Parlamento, e il legislatore ha cercato di fronteggiare i problemi derivanti dalla previsione dell'obbligo dell'azione penale facendo ricorso ad altre soluzioni: interventi diretti a ridurre l'area dei fatti penalmente rilevanti, misure eccezionali di tipo deflattivo, quali l'amnistia e l'indulto.

Sebbene, dunque, non vi sia alcuna previsione legislativa espressa, da molti anni, i procuratori, per limitare al massimo le inevitabili disfunzioni, provvedono alla fissazione di criteri di priorità per l'esercizio dell'azione penale. Essi sono contenuti in atti formali vincolanti per i singoli sostituti, e si sostanziano talvolta in parametri ormai di fonte normativa, talvolta in parametri ultralegali, individuati dalla prassi. Così, tra i tanti criteri, quelli più diffusi: le misure cautelari in

corso di esecuzione, il potenziale pregiudizio per la formazione della prova, la prescrizione ravvicinata nel tempo, la soggettività del reo, la delinquenza qualificata, il privilegiare la richiesta di archiviazione quando essa sia praticabile, la rilevanza dell'interesse anche civilistico della persona offesa, con prevalenza agli interessi di rilievo costituzionale e agli interessi collettivi, la concreta offensività e la gravità/tenuità del reato.

Con riferimento all'ultimo criterio al quale spesso si è fatto ricorso, deve sottolinearsi come questo trovi oggi un preciso aggancio normativo, atteso che il legislatore ha introdotto nell'ordinamento anche per i reati commessi da maggiori d'età l'istituto della particolare tenuità del fatto col d.leg. 16 marzo 2015, n. 28, in attuazione della delega contemplata dall'art. 1, comma 1, lett. m) della l. 67/2014, allo scopo di perseguire la deflazione del carico giudiziario e l'applicazione dei principi di proporzione e di sussidiarietà del diritto penale, e di addivenire alla così detta depenalizzazione in concreto⁶.

Da ultimo si segnala che, nell'ambito della più recente riforma del processo penale, approvata in via definitiva il 14.6.2017 (DDL n.4368 in attesa di promulgazione), verrà introdotto, sempre per gli uffici giudicanti, in relazione alla predisposizione dei ruoli dibattimentali, la lettera *f) bis* all'art.132 bis disp. att. al c.p.p., che attribuisce carattere di priorità ai processi che trattino i reati contro la P.A. in materia di corruzione. Detta scelta operata dal legislatore si pone in linea con soluzioni di analogo segno già adottate nella prassi dei progetti sui criteri di priorità degli uffici giudicanti e requirenti, che danno specifica valenza alla anticipata trattazione sia in fase di indagini che in quella dibattimentale dei reati corruttivi, espressione di un fenomeno diffuso che determina gravissime conseguenze sul piano socio-economico.

4. Criteri di priorità nella normativa secondaria del Csm.

⁶ A. MARANDOLA, *Particolare tenuità del fatto*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IX agg., 2016, 507-516, che ricorda che l'istituto era da tempo applicato in sede minorile e nel rito onorario. È stato costruito dal legislatore come un meccanismo affidato al giudice per escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni quando risulta la particolare tenuità dell'offesa e il comportamento non è abituale. Pertanto, l'istituto rispetta il principio di obbligatorietà dell'azione penale, poiché, il pm può esercitarla, se anche ritiene sussistente la tenuità, dovendosi inquadrare come causa di non punibilità. Oppure, in alternativa, il pm può chiedere l'archiviazione per assoluta marginalità del fatto con avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa. L'inazione è conseguente alla valutazione sulla sostenibilità in giudizio della notizia di reato. Tuttavia, un orientamento dottrinale ritiene che l'istituto della particolare tenuità attenga al protocollo archiviativo e, quindi, che sia preferibile classificarla come condizione di procedibilità che si sostanzia in un limite all'esercizio dell'azione penale.

Per quanto risultati analoghi a quelli della fissazione di criteri di priorità si conseguano anche attraverso misure organizzative più tradizionali, come l'istituzione di gruppi di lavoro per determinate materie, la distribuzione degli affari secondo criteri di specializzazione professionale, il ricorso a forme di coordinamento delle indagini della più varia natura, le direttive alla polizia giudiziaria, il Csm ha invitato i dirigenti degli uffici di procura ad adottare criteri di priorità, senza suscitare critiche o commenti di disapprovazione né da parte della magistratura, né della dottrina⁷.

Infatti, il Csm ha più volte⁸ affermato la legittimità della prassi dei criteri di priorità nelle procure, riconoscendoli come moduli organizzativi virtuosi, anche se ha precisato che il suo intervento deve considerarsi limitato alla sfera organizzativa dell'attività giudiziaria, e non autorizzatorio – di fatto o di diritto – della mancata trattazione di taluni procedimenti.

L'organo di autogoverno della magistratura, in realtà, espresse, in nuce, il suo favorevole orientamento rispetto ai parametri di priorità, già nel 1977, anche in assenza di alcuna iniziativa organizzativa dei dirigenti degli uffici giudiziari, e anche in assenza di alcuna previsione normativa. Infatti, nel Notiziario Csm del 31 luglio 1977 si auspicò una programmazione nello “*svolgimento del lavoro penale in modo da consentire in primo luogo la trattazione dei processi più gravi*”.

Dall'esame dei pronunciamenti consiliari emergono diversi comportamenti organizzativi ai quali i capi delle procure devono attenersi, a partire dalla doverosità di adottare parametri orientativi della tempistica di definizione dei procedimenti penali, in un'ottica di buona amministrazione e di uniformità di esercizio dell'azione penale, e di comunicazione dei criteri di priorità adottati all'organo di autogoverno, alla stregua di quelli di organizzazione e di assegnazione degli affari.

Nella fase del regime transitorio di cui al menzionato art. 227, d.leg. 51/98, e sino alla completa definizione dei procedimenti contemplati dalla stessa norma (ovvero fino al 2011), il Csm ebbe a chiarire che la determinazione dei criteri di priorità non doveva interferire con i criteri predeterminati dell'assegnazione degli affari, e non poteva, quindi, tradursi in un'autorizzazione ad accantonare i procedimenti meno rilevanti in attesa della loro prescrizione. Stabili, inoltre, che, per dare concreta attuazione ai criteri prioritari, in ogni distretto si organizzasse una conferenza dei capi degli uffici giudicanti e requirenti, preceduta da riunioni aperte ai magistrati assegnati a ciascuno di

⁷ A. NICOLI, *Uffici requirenti*, op. cit., 808, 813.

⁸ Al riguardo, si riportano i più significativi provvedimenti del Csm: la delibera 8 aprile 1999, la delibera 24 dicembre 1999, la decisione 20 giugno 2006, la risoluzione 9 novembre 2006, la delibera 15 maggio 2007, la delibera 12 luglio 2007, la risposta al quesito 10 ottobre 2007, la risoluzione 13 novembre 2008 la risoluzione 21 luglio 2009, la delibera 9 luglio 2014, la delibera 17 giugno 2015, la risposta al quesito 11 maggio 2016, e, da ultimo, la delibera 7 luglio 2016.

essi e convocata dal presidente della corte d'appello, con il compito di individuare soluzioni organizzative finalizzate alla più sollecita definizione dei procedimenti e dei processi pendenti, per armonizzare tra loro i più idonei moduli organizzativi elaborati per la corretta attuazione dell'art. 227 nel contesto di ciascuna realtà territoriale.

La procedura di adozione dei criteri di priorità per il tramite della conferenza distrettuale è stata rivitalizzata dalla delibera 9 luglio 2014, che prevede l'estensione della partecipazione anche ai dirigenti amministrativi e ai presidenti degli ordini forensi territoriali.

Già dalla delibera 13 novembre 2008 emergeva come i lavori della conferenza devono portare a un concerto tra il Presidente del Tribunale e il Procuratore della Repubblica, non risultando, quindi, sufficiente e regolare, la semplice audizione del capo della procura.

La circolare esaustiva e riassuntiva del 9 luglio 2014 si indirizza agli uffici giudicanti, mentre, per gli uffici di procura, in assenza di una tipizzazione legislativa delle priorità da osservare nell'esercizio dell'azione penale, stabilisce che le scelte sono rimesse ai dirigenti degli uffici requirenti, che dovranno, tuttavia, tener conto dei criteri adottati dai corrispondenti uffici giudicanti.

La stessa delibera del 9 luglio 2014, rispetto ai parametri legali e ultralegali, conferma quanto già affermato nella precedente delibera del 13 novembre 2008, in merito al fatto che l'individuazione di ulteriori criteri non può confliggere con quelli indicati dalla fonte primaria e che non è ammissibile autorizzare l'accantonamento di procedimenti in attesa della loro prescrizione, atteso che anche quest'ultima è collocata su un piano paritario e non di preminenza rispetto agli altri criteri.

Con la delibera dell'11 maggio 2016, l'organo di autogoverno ha adottato le linee guida da seguire in materia di criteri di priorità nella fissazione delle udienze per i reati a citazione diretta, contro la prassi dei tribunali di non evadere, con aggravamento del rischio di prescrizione, le richieste di fissazione di udienza avanzate dagli uffici di procura nei citati reati di cui all'art.550 c.p.p, con conseguente impatto negativo sulle pendenze dell'ufficio requirente e sulla laboriosità dei pubblici ministeri, in quanto, nonostante i procedimenti siano di fatto definiti a livello di indagini preliminari, risultano formalmente pendenti finché non sia fissata l'udienza dibattimentale. Il Csm, nel sottolineare che la fissazione dell'udienza è un atto dovuto che non può restare inevaso per un lungo arco temporale, precisa che altrettanto doverosa è la selezione delle priorità da parte degli uffici requirenti e la valutazione delle concrete conseguenze processuali, non potendosi riversare sui tribunali gli affari penali in modo indistinto, pena la vanificazione dell'esercizio dell'azione penale.

Infine, le recenti delibere 17 giugno 2015 e 7 luglio 2016 inseriscono i criteri di priorità tra le buone prassi organizzative⁹.

5. Criteri di priorità e avocazione delle indagini.

L'istituto della avocazione *sub specie* di inerzia del pm, prevista dall'art. 412 c.p.p., viene in rilievo in relazione al tema dei criteri di priorità, al quale appare strettamente collegato¹⁰.

Risulta evidente, infatti, che la efficacia di detti criteri dipende dall'esercizio selettivo del potere di avocazione orientato tendenzialmente sui casi di inerzia nelle indagini relativi ai reati contemplati come prioritari.

Il problema è, però, costituito dal fatto che l'istituto dell'avocazione delle indagini, nella sola ipotesi contemplata dal citato art. 412 c.p.p., è da sempre ritenuto in dottrina come obbligatorio e non già facoltativo, essendo posto dall'ordinamento a presidio dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale, e rappresentando, dunque, una garanzia contro l'inerzia e la stasi procedurale causate da omissioni, ritardi e inefficienze degli uffici requirenti, senza alcuna distinzione tra tipologie di reato prioritarie o meno.

Tuttavia, pur muovendo dalla natura obbligatoria dell'istituto, il ricorso sistematico e indiscriminato al potere di avocazione secondo un criterio automatico fondato sul mero dato cronologico di scadenza del termine delle indagini preliminari, rischia di avere l'effetto di frustrare gli obiettivi di efficienza che si intendono perseguire attraverso i modelli organizzativi fondati su tipologie di reato a trattazione anticipata o prioritaria.

Nella prassi, infatti, la avocazione non ha avuto un diffuso e sistematico riscontro, considerata la ricorrente impossibilità, per le procure generali, di far fronte alla copiosa mole di procedimenti

⁹ G. GRASSO, *Sul rilievo dei criteri di priorità nella trattazione degli affari penali nelle delibere del Csm e nelle pronunce della sezione disciplinare*, in *Foro it.*, 2015, III, p.48, a cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia.

¹⁰ M.M. MONACO, *Avocazione delle indagini*, in *Digesto delle discipline penaliste*, V agg., 2010, 63-70, che evidenzia come l'avocazione è per natura inquadrata sistematicamente nell'ambito dei rapporti gerarchici. Pertanto, la dottrina ha tentato di capire se tale istituto, applicato agli uffici requirenti, sia significativo della sussistenza di un rapporto di subordinazione, concludendo nel senso negativo, e ritenendolo, piuttosto, espressione di un sistema di controlli a tutela dei principi generali e dell'efficacia dell'attività di accertamento dei reati, che porta solo a uno speciale rapporto di sovraordinazione, caratterizzato da un potere di vigilanza sull'attività e non sugli atti delle procure. Infatti, il legislatore limita il potere del procuratore generale a ricorrere all'avocazione, a casi specifici, indicandogli anche l'effettiva funzione che ogni ipotesi ammessa deve perseguire, e lo obbliga a trasmettere il provvedimento al Csm, che verifica che l'avocazione non sia abusivamente utilizzata come strumento di ingerenza gerarchica per condizionare la scelta di esercitare o meno l'azione penale; v. anche A. NICOLI, *Uffici requirenti*, op. cit.; I. RUSSO, *I criteri di priorità*, op. cit..

penali delle procure di primo grado, che, se avvocati senza un criterio fondato sulla ragionevolezza, ne frustrerebbe la natura di strumento di garanzia e funzionalità del sistema.

Proprio per detta ragione, il Csm, con la già citata delibera dell'11 maggio 2016 ha precisato, seppur in relazione al tema della autolimitazione degli uffici requirenti di primo grado nella richiesta di fissazione dell'udienza per i procedimenti a citazione diretta, come ciò abbia naturali ripercussioni sull'avocazione, atteso che il ricorso alla stessa senza distinzioni per procedimenti pendenti ma di fatto già definiti e in attesa della sola data d'udienza, condurrebbe ad esiti contrari alla efficienza ed alla funzionalità del sistema.

Su questa premessa il Csm ha invitato, in linea con l'orientamento già espresso con delibera del 12 settembre 2007, le Procure Generali presso le Corti d'Appello a ricorrere in modo selettivo all'istituto della avocazione, tanto che ha demandato alle stesse il compito di individuare criteri predeterminati per il corretto esercizio del relativo potere.

In sostanza, l'autogoverno ha operato una precisa opzione, che costituisce un punto di equilibrio tra obbligatorietà della avocazione e principio costituzionale del buon andamento della amministrazione giudiziaria, individuando come criterio direttivo, anche se non avente carattere cogente in termini assoluti, il principio per cui, ai fini della avocazione, si dovrà preventivamente verificare se l'inerzia sia conseguente all'applicazione di disposizioni organizzative interne contenenti criteri di priorità e frutto di protocolli adottati con gli uffici giudicanti "dirimpettai".

Sarebbe, infatti, irragionevole un'avocazione disposta per la temporanea inerzia derivata dal rispetto delle scelte organizzative di un Procuratore, in quanto se ne vanificherebbe il progetto organizzativo, peraltro espressione di concerto con il Presidente del Tribunale, con conseguente vanificazione della funzionalità del sistema.

Nulla quaestio, al contrario, in ordine all'esercizio del potere di avocazione per quei procedimenti che rientrano tra quelli contemplati come prioritari e in relazione ai quali fossero scaduti i termini di indagine senza il compimento o il completamento della attività istruttoria.

Da ultimo si deve sottolineare come il tema dei rapporti tra avocazione e criteri di priorità sia destinato a rinfocolarsi a motivo della modifica del primo comma dell'art. 412 c.p.p. nell'ambito della riforma del processo penale del giugno 2017, atteso che il legislatore ha previsto che il Procuratore Generale dispone la avocazione quando siano decorsi tre mesi (o dodici per le fattispecie più gravi) dalla scadenza del termine massimo o prorogato delle indagini preliminari, senza operare alcun distinguo tra fattispecie prioritarie e postergate.

A ben vedere, pur senza accedere necessariamente alla tesi della natura facoltativa della avocazione al fine di renderla compatibile col sistema, non pare che il nuovo art. 412 c.p.p., come modificato, renda impraticabile la soluzione sopra indicata dal Csm di sollecitare le procure di secondo grado ad un ricorso selettivo della avocazione, anche se nel rispetto dei nuovi termini previsti, specie in presenza di modelli organizzativi orientati dai criteri di priorità.

Con la nuova Circolare sull'organizzazione degli uffici di Procura (delibera n. 664/VV/2011 del 16 novembre 2017) si stabilisce che (art. 18, comma 1) : *“Il Procuratore generale presso la Corte d'appello redige, con cadenza triennale corrispondente al triennio di vigenza delle tabelle degli uffici giudicanti, un progetto organizzativo, nel quale indica i criteri di organizzazione dell'ufficio, di assegnazione degli affari, nonché i criteri cui intende attenersi nell'esercizio delle funzioni proprie di avocazione di cui all'art. 412, comma 1, c.p.p., da compiersi anche tenendo conto dei criteri di priorità elaborati dal Procuratore della Repubblica”*.

Detta disposizione mira positivamente a definire e a razionalizzare, anche e proprio alla luce della recente riforma, le modalità di esercizio del potere di avocazione del Procuratore Generale alla stregua dei criteri di priorità eventualmente fissati dal Procuratore della Repubblica nel progetto organizzativo, così ulteriormente valorizzando la rilevanza di questi ultimi, che finiscono con l'orientare *in subiecta materia* l'esercizio stesso del citato potere.

Ai medesimi fini è ispirato, inoltre, il disposto del successivo art. 21, comma 2, della citata circolare, che prevede che, nella trasmissione al Procuratore Generale presso la corte di Appello, a norma dell'art. 127 disp. att. c.p.p., dell'elenco delle notizie di reato contro persone note per le quali non sia stata esercitata l'azione penale o richiesta l'archiviazione entro il termine previsto dalla legge o prorogato dal giudice, *“andranno distinti i procedimenti scaduti con indagini effettuate e quelli senza indagini o con ulteriori indagini da compiere, nonché quelli a trattazione prioritaria che non è stato possibile concludere”*.

6. Criteri di priorità: conseguenze disciplinari.

La scelta organizzativa del Procuratore della Repubblica di adottare criteri di priorità può produrre conseguenze per i pubblici ministeri addetti all'ufficio sia di natura disciplinare che sotto il profilo della periodica valutazione della loro professionalità¹¹. Sovente, infatti, il Csm ha dovuto affrontare il tema della valenza scriminante o giustificativa della vigenza, in un ufficio giudiziario,

¹¹ G. GRASSO, *Sul rilievo dei criteri di priorità*, op. cit.

di modelli organizzativi fondati sui criteri di priorità, rispetto alle inadempienze funzionali o, in particolare, alla tardiva definizione di un procedimento penale assegnato.

In senso favorevole alle scelte selettive del singolo pm, fondate sul presupposto della oggettiva impossibilità di far fronte al soverchio carico di lavoro, una prima sentenza della sez. disciplinare del Csm, risalente al 1997, dichiara non configurabile l'illecito disciplinare contestato in capo al magistrato, perché non addebitabile a suo comportamento negligente l'aver lasciato formare, per sua scelta, un arretrato conseguente alla trattazione dei fatti di maggiore gravità e/o allarme sociale e l'aver curato la presenza in dibattimento, in assenza di indicazioni di priorità da parte del Procuratore, e nell'impossibilità materiale di esaurire con scrupolo tutti i procedimenti assegnatigli. Mentre la Procura Generale della Cassazione, contitolare della azione disciplinare, aveva attivato il relativo procedimento sul presupposto di una sorta di indebita trasformazione dell'azione penale da obbligatoria in discrezionale, la sezione disciplinare del Csm aveva, al contrario, rimarcato l'opportunità che i criteri di priorità venissero dettati dal titolare dell'ufficio direttivo, la cui inerzia legittimava ogni singolo sostituto a elaborare propri criteri di priorità.

Con altra sentenza dell'anno 2012 l'organo di autogoverno dei magistrati ha ritenuto che non costituisce illecito disciplinare la condotta del sostituto assegnatario di un ruolo particolarmente gravoso che, pur omettendo lo svolgimento di qualsivoglia attività di indagine in ordine ad un determinato reato sino alla sua prescrizione, abbia commesso tale omissione per la puntuale applicazione dei criteri indicati dalla legge per l'individuazione dei procedimenti cui dare la priorità nella trattazione.

Per converso, la sez. disciplinare del Csm ha, in diverse occasioni, escluso che, in assenza di criteri di priorità dettati dal capo dell'ufficio, possa ritenersi giustificata la selezione soggettiva dei procedimenti da trattare a scapito di altri operata dal singolo pm. Il giudice disciplinare, infatti, ha ritenuto sussistente l'illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, per reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni (art. 2, lett. q) del d.leg. 109/06), nella condotta del pm, il quale ometta di definire con una richiesta di archiviazione un numero elevato di procedimenti penali, assegnando priorità ad altri procedimenti in deroga al criterio cronologico, senza che nessuna norma di legge o disposizione organizzativa gli conferisca tale potere, trattandosi di una scelta della trattazione degli affari non improntata a criteri oggettivi e predeterminati.

Detto principio era stato già indicato nella sentenza Csm, sez. disciplinare, 20 novembre 2009, ove era stata sanzionata la condotta del pm il quale, reiteratamente negli anni, aveva omesso di definire un numero elevatissimo di procedimenti penali dopo la scadenza dei termini per le indagini preliminari, dando, invece, priorità ad altri procedimenti, pur oggettivamente più complessi. Anche in detto caso la scelta era stata improntata non a criteri obiettivi e predeterminati, bensì assunta in violazione del criterio cronologico.

7. Priorità e nuova Circolare sulle Procure.

A riprova della attualità del tema delle “priorità”, specie per il costante ricorso che vi fanno i dirigenti degli uffici giudiziari nei loro provvedimenti organizzativi, il Csm, con la nuova Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura, con stretto riferimento ai moduli organizzativi fondati su criteri predefiniti di priorità nella trattazione dei procedimenti, conferma le linee di tendenza sopra delineate, favorevoli all’adozione ed estensione omogenea dei suddetti strumenti di organizzazione nelle Procure, ritenuti espressione di una prassi virtuosa, in quanto funzionali a dare, tra l’altro, attuazione ai principi costituzionali.

In particolare il Csm, mira a far diffondere in modo uniforme ed omogeneo dette prassi, puntando alla definizione di protocolli congiunti tra Procure e rispettivi Uffici Giudicanti, col coinvolgimento delle Procure Generali, al fine di garantire continuità tra le scelte di priorità investigative e dibattimentali, e anticipando a monte, grazie appunto al concerto dei protocolli con le Procure Generali, la soluzione di eventuali distonie legate al potenziale esercizio diffuso del potere di avocazione.

La Circolare (delibera n. 664/VV/2011 del 16 Novembre 2017) contiene un’innovativa regolamentazione in tema di priorità, sia pure in linea di continuità con le previsioni contenute nelle precedenti delibere consiliari del 9 luglio 2014 e dell’11 maggio 2016.

Diverse, infatti, sono le disposizioni che si occupano dello specifico tema dei criteri di priorità.

Tra queste, meritano particolare menzione: l’art. 3, comma 2, in cui si stabilisce che *“Il Procuratore della Repubblica, nel rispetto del principio di obbligatorietà dell’azione penale e dei parametri fissati dall’art. 132 bis disp. att. c.p.p. e delle altre disposizioni in materia, può elaborare criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti”*, nonché l’art. 3, comma 3, ove si prevede che *“Nella elaborazione dei criteri di priorità il Procuratore della Repubblica cura*

l'interlocuzione con il Presidente del tribunale ai fini della massima condivisione, ed opera sia tenendo conto delle indicazioni condivise nella conferenza distrettuale dei dirigenti degli uffici requirenti e giudicanti, sia osservando i principi enunciati nelle delibere consiliari del 9 luglio 2014 e dell'11 maggio 2016 in tema, rispettivamente, di "criteri di priorità nella trattazione degli affari penali" e di "linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari – rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti".

Il combinato disposto delle norme testé richiamate, in piena linea di continuità con i deliberati consiliari richiamati, mira a dare concreta ed effettiva attuazione al fondamentale principio della ragionevole durata del processo, cristallizzando ed esaltando la regola dell'interlocuzione ovvero di leale e fattiva collaborazione tra i dirigenti degli uffici giudicanti e requirenti e, quindi, in ultima analisi, attraverso un rafforzamento della condivisione organizzativa in materia di priorità nel settore penale.

Inoltre, l'art. 7, comma 2 della citata Circolare, in materia di contenuto del progetto organizzativo dell'ufficio di Procura, stabilisce che: *"I criteri di organizzazione dell'ufficio sono stabiliti sulla base di una valutazione dei flussi di lavoro e dello stato delle pendenze, nonché di una analisi dettagliata ed esplicita della realtà criminale nel territorio di competenza individuando – ove le dimensioni dell'ufficio lo consentano ed in ogni caso negli uffici dotati della funzione semidirettiva – le articolazioni interne in gruppi di lavoro, con l'indicazione dei magistrati designati, secondo i criteri all'uopo stabiliti, a comporli e a coordinarli, nonché gli eventuali criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti e gli obiettivi di smaltimento dell'arretrato".*

Anche tale disposizione è finalizzata a esaltare la rilevanza dei criteri di priorità, rendendone effettiva l'incidenza una volta che il Procuratore della Repubblica, nell'esercizio del suo potere organizzativo, li abbia fissati nel progetto di gestione dell'ufficio.

Si introduce, inoltre, il principio secondo cui il Procuratore della Repubblica, nello stabilire i criteri di organizzazione dell'ufficio, deve tener conto, tra l'altro, anche dei criteri di priorità eventualmente stabiliti. Al riguardo si richiama, infatti, l'art. 7, comma 5, lett. 1), a termini del quale *"Il progetto organizzativo contiene eventualmente: i criteri di priorità nella trattazione degli affari".*

Tale ultima disposizione costituisce mera e coerente esplicazione della previsione generale introdotta dal citato art. 3, comma 2.

Significativo appare, quindi, il disposto dell'art. 17, comma 1, lett. a, in cui si stabilisce che: *“Nelle determinazioni sull'impiego del personale amministrativo e sull'utilizzo delle risorse tecnologiche e finanziarie, il Procuratore della Repubblica: a) provvede a programmare l'impiego del personale amministrativo e la gestione delle risorse finanziarie e tecnologiche dell'ufficio coerentemente con l'analisi dei carichi di lavoro e con i criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti eventualmente fissati, collaborando, nel rispetto dei ruoli e delle competenze stabilite dalla legge, con la dirigenza amministrativa”*.

Appare evidente la *ratio* della disposizione: attribuire rilevanza ai criteri di priorità eventualmente fissati non solo sul piano dell'organizzazione dell'ufficio, ma anche su quello più strettamente operativo della distribuzione delle risorse e dell'utilizzo del personale.

SALVATORE CASCIARO

Questioni di diritto intertemporale sul d. l. n. 113 del 2018 (nota a Cass. n. 4890 del 2019)

Cass. civ., Sez. I, 19 febbraio 2019, n. 4890

Immigrazione – Protezione umanitaria – Raffronto tra la situazione raggiunta dal richiedente asilo nel paese d'accoglienza e quella del paese d'origine – Riconoscimento della protezione – Disciplina introdotta dal "Decreto Sicurezza"- Tipizzazione delle ipotesi- Regime intertemporale della nuova disciplina-

La normativa introdotta con il d.l. n. 113 del 2018, convertito nella l. n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina del permesso di soggiorno per motivi umanitari dettata dall'art. 5, co. 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dalle altre disposizioni consequenziali, sostituendola con la previsione di casi speciali di permessi di soggiorno, non trova applicazione in relazione alle domande di riconoscimento di un permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5/10/2018) della nuova legge, le quali saranno pertanto scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione.

1. Nel confermare il decreto camerale del tribunale di Napoli che aveva respinto le richieste di protezione (rifugio politico, protezione complementare e protezione umanitaria) di un cittadino guineano, la S. C. individua preliminarmente, nella sentenza in rassegna, <<il paradigma legislativo applicabile alla domanda relativa all'accertamento delle condizioni per il riconoscimento di un titolo di soggiorno sostenuto da ragioni umanitarie>>.

Nel corso del giudizio, e precisamente in pendenza del procedimento dinanzi alla corte di cassazione, era infatti intervenuto il d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., nella l. n. 132 del 2018, che aveva immutato radicalmente il quadro normativo, sostituendo al sistema imperniato sull'art. 5 co. 6 d. lgs. n. 286 del 1998 (il quale prevedeva un <<catalogo aperto>>¹ di situazioni

¹ L'espressione è utilizzata da Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, pubblicata, con nota di FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in http://questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-per-motivi-di-integrazion_14-03-2018.php,

potenzialmente valorizzabili in termini di vulnerabilità soggettiva ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria²) una predeterminazione e tipizzazione di <<casi speciali>> meritevoli di rilascio del titolo di soggiorno, racchiusi nelle specifiche ipotesi delle <<cure mediche>>, delle <<situazioni di contingente ed eccezionale calamità>> e degli <<atti di particolare valore civile>>, ferme (beninteso) le fattispecie già delineate dall'art. 18 d. lgs. n. 286 del 1998, e collegate alle esigenze di protezione sociale o di protezione per le vittime di violenza domestica o dello sfruttamento lavorativo (rispettivamente, articoli 18-bis e 22 co. 12-quater stesso decreto).

Si tratta di una sentenza molto attesa, essendo insorti non pochi dubbi tra gli operatori del diritto in ordine al regime intertemporale della nuova disciplina³.

2. In difetto di norme transitorie, si erano fronteggiate, invero, due diverse opzioni ermeneutiche.

Da un lato, v'era chi riteneva occorresse guardare, ai fini dell'applicazione delle nuove disposizioni, non a quando il diritto è sorto in astratto, con l'arrivo dello straniero sul suolo nazionale e con la formalizzazione della domanda di protezione mediante compilazione del modulo C 3⁴, ma a quando esso si è costituito in concreto; e questo perché un diritto in realtà sorge solo a partire da un certo momento, ossia allorquando la fattispecie da cui la norma di legge fa scaturire la produzione di effetti giuridici si è totalmente integrata nei suoi vari co-elementi costitutivi.

e, con nota di NOCI, *Spetta allo straniero la prova presunta dello stato di pericolo*, in *Guida dir.*, 2018, 17, 22; nonché in *Foro it.*, 2018, 5, 1656, con nota di SIMONE. Sempre di <<catalogo aperto>> parla Cass. 27 novembre 2013, n. 26566.

² Per un inquadramento generale dell'istituto, cfr. in dottrina ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in <http://www.questionegiustizia.it/rivista/2018-2.php>, 106; ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, *Dir. imm. e citt.*, 2018, 1, 8 e ss.; GALLO, *La protezione umanitaria nell'interpretazione delle corti territoriali calabresi e delle giurisdizioni superiori*, in *Rass. avv. Stato*, 2013, 2, 90; MARENGONI, *Il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie*, *ibidem*, 2012, 4, 59; LENZERINI, <<Status>> di rifugiato, protezione umanitaria e prove atipiche- *Un'interessante sentenza della Corte d'Appello di Bari*, *ibidem*, 2012, 3, 99; BENVENUTO, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, *ibidem*, 2010, 2, 36.

³ Cfr. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in <http://questionegiustizia.it/articolo/quale-sorta-per-il-permesso-di-soggiorno-umanitario-dopo-il-dl-1132018-21-11-2018.php>, pag. 7; ASGI, *Il regime intertemporale nell'ambito della protezione umanitaria ai tempi del d.l. 113/2018*. Brevi osservazioni sull'art. 1, co. 8 e 9, d.l. 113/18, in https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/Osservazioni-art.-1-c-8-e-9_def.pdf; Osservatori sulla giustizia civile, *L'efficacia intertemporale dell'articolo 1 d.l. 113/2018 convertito con l. 132/2018*, in <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MIWbDp3J7UJ:milanosservatorio.it/wp-content/uploads/2019/01/OSSERVATORI-PROT-INTERN-efficacia-intertemporale-art.1-dl-n.113-2018.odt+%&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it>.

⁴ Il modello C 3 o modulo C 3 consiste in un modulo che viene dato dalla questura al richiedente asilo e per mezzo del quale si formula ufficialmente la domanda di protezione internazionale, cfr. <https://portaleimmigrazione.eu/modulo-c3-protezione-internazionale/>.

Nel solco di tale impostazione, fatta verosimilmente propria dalle commissioni territoriali⁵, le diverse componenti della fattispecie (ragioni dell'espatrio, arrivo sul suolo nazionale, presentazione della domanda di asilo) sarebbero, se isolatamente considerate, irrilevanti, mentre acquisirebbero valore, ai fini dell'insorgenza del diritto alla protezione umanitaria, solo allorché si sono realizzate tutte (ad esempio con la conseguita integrazione socio-economica e/o con l'insorgenza, e successivo aggravamento, della patologia integrante una condizione di vulnerabilità soggettiva).

L'apprezzamento in ordine alla configurabilità dei presupposti andrebbe allora condotto dalla commissione territoriale, ed eventualmente dal giudice in sede di impugnazione del provvedimento di diniego, all'attualità e con riferimento al momento della decisione. Si pensava corroborasse tale opzione ermeneutica il disposto dell'art. 1 co. 9 d.l. cit., il quale prevede: *<<Nei procedimenti in corso, alla data di entrata in vigore del presente decreto, per i quali la commissione territoriale non ha accolto la domanda di protezione internazionale e ha ritenuto sussistenti gravi motivi di carattere umanitario allo straniero è rilasciato un permesso di soggiorno recante la dicitura «casi speciali» ai sensi del presente comma, della durata di due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato. Alla scadenza del permesso di soggiorno di cui al presente comma, si applicano le disposizioni di cui al comma 8. »*.

Ebbene, tale disposizione disegnerebbe una disciplina transitoria ad hoc per *<<i>procedimenti in corso>>*, e deporrebbe (per i sostenitori di questa tesi) nel senso che, solo qualora la commissione territoriale abbia già riconosciuto i presupposti della protezione umanitaria con la previgente disciplina ex art. 5 co. 6 d. lgs. n. 286 del 1998, tale protezione sarebbe intangibile e dotata di *<<ultrattività>>*. In tale evenienza, il questore sarebbe tenuto allora a rilasciare il permesso recante dicitura *<<casi speciali>>* di durata biennale, salvo (beninteso) riesame della situazione dello straniero alla scadenza del periodo con applicazione dell'art. 32 co. 3 d. lgs. n. 25/08, come modificato da d.l. n. 113 cit..

Nelle restanti ipotesi, in cui l'accertamento non è stato ancora ultimato al momento dell'entrata in vigore del d.l. n. 113 cit., o qualora l'accertamento abbia avuto esito negativo per il richiedente asilo, si applicherebbe viceversa *tout court* la nuova disciplina.

⁵ Cfr. <http://www.redattoresociale.it/Notiziario/Articolo/620188/Migranti-crolla-la-protezione-umanitaria-2-da-giugno-40-mila-irregolari-in-piu>, contenente gli ultimi dati sulle pronunce in ordine alle domande di protezione internazionale, elaborati da Matteo Villa, ricercatore dell'ISPI, da cui emerge che le commissioni territoriali, applicando immediatamente la l. 132/2018, non avrebbero più riconosciuto la protezione umanitaria in molti dei casi prima rientranti nella previsione dell'art. 5 co. 6 d. lgs. n. 286 del 1998.

In definitiva, la *dictio legis* lascerebbe intendere che sono fatti salvi i <<diritti quesiti>>, per tali dovendo ritenersi quelli frutto dell'accertamento già consacrato in sede amministrativa con i criteri previgenti; dove l'accertamento non v'è stato per le ragioni più varie (lungaggini burocratiche che hanno portato allo slittamento dell'audizione, rigetto della domanda di protezione in commissione territoriale, pendenza del giudizio contro il provvedimento di diniego della commissione territoriale), si applicherà la nuova disciplina.

Per contro, la prevalente giurisprudenza di merito⁶ affermava, in radicale dissenso rispetto all'impostazione dianzi esposta, che le domande proposte precedentemente al 5.10.2018 (data di entrata in vigore del d.l. n. 113/18) sarebbero dovute restare insensibili alle innovazioni introdotte dal <<decreto sicurezza>>, e ciò non solo per la natura sostanziale delle innovazioni apportate all'istituto della protezione umanitaria (v. l'art. 11 prel. c.c. in base al quale "...la legge non dispone che per l'avvenire") ma anche per la natura intrinseca della protezione umanitaria, da configurarsi quale diritto soggettivo che "preesiste" al suo riconoscimento, trovando origine nella peculiare condizione di deprivazione dei diritti umani patita dall'individuo nel Paese di origine nel quale non può fare più rientro⁷.

In tale contesto, in cui la protezione umanitaria accerterebbe l'esistenza di un diritto soggettivo preesistente, si affermava altresì (quanto meno implicitamente) che tutti i provvedimenti, assunti dagli organi competenti in materia, avrebbero natura meramente dichiarativa e non costitutiva⁸. E si argomentava anche dall'art. 1, co. 9, del "decreto sicurezza" in senso favorevole al richiedente asilo. Questo perché tale disposizione consentirebbe alla questura, nei procedimenti amministrativi pendenti, e laddove sia stato accertato dalla commissione territoriale il diritto alla protezione umanitaria in forza delle previgenti disposizioni, di dare ulteriore impulso al procedimento con il rilascio del relativo permesso recante la dizione <<casi speciali>> a conclusione dell'iter amministrativo. Sicché, stante la natura di impugnativa giurisdizionale dell'eventuale ricorso ex art. 35 d. lgs. n. 25/08 contro il *dictum* di diniego della commissione

⁶ Per una rassegna di giurisprudenza di merito sul tema, cfr. http://questionegiustizia.it/articolo/quale-sorta-per-il-permesso-di-soggiorno-umanitario-dopo-il-dl-1132018-_21-11-2018.php cit.

⁷ Cfr. Cass., S.U., 10 giugno 2009, n. 19393, in *Guida dir.*, 2009, 41, 88, con nota di PISELLI, e Cass. n. 4455/2018, cit., dove si afferma la natura dichiarativa e non già costitutiva della pronuncia giudiziaria resa sulla domanda di protezione umanitaria.

⁸ Cass., S.U., 17 dicembre 1999, n. 907, in *Riv. amm.*, 2000, 3, 3, 229, con nota di DE ANGELIS, *Si chiude il cerchio in materia di giurisdizione sugli stranieri: anche lo status di rifugiato politico è riconosciuto dal G.O.*; Cass. S.U., 26 maggio 1997, n. 4674, in *Guida dir.*, 1997, 33, 41, con nota di GIACALONE, *L'assenza di democrazia nel paese d'origine non qualifica lo straniero come rifugiato*, e in *Riv. amm.*, 1997, 9, 3, 927, con nota di DE ANGELIS, *In attesa di una legge organica in materia di diritto di asilo*.

territoriale in punto di protezione umanitaria -e, correlativamente, l'esigenza di evitare che i tempi del giudizio vadano a detrimento della parte che ha ragione-, si opinava fosse consequenziale ritenere non preclusa, alla stregua della nuova disciplina, la valutazione giudiziale di quelle che erano le condizioni sostanziali (pregresse) legittimanti la concessione della protezione umanitaria, quantunque esse fossero state erroneamente disattese o indebitamente ignorate dalla commissione territoriale nel provvedimento di diniego, poi impugnato in sede giurisdizionale.

3. Aderendo (con dovizia di argomentazioni) alla seconda delle due opzioni ermeneutiche, come dianzi tratteggiate, la Cassazione premette nella sentenza in commento che *<<il diritto di asilo costituzionale è integralmente compiuto attraverso il nostro sistema pluralistico della protezione internazionale, non limitato alle protezioni maggiori ma esteso alle ragioni di carattere umanitario, aventi carattere residuale e non predeterminato>>*⁹. A riguardo, la qualificazione della protezione umanitaria come diritto soggettivo perfetto appartenente al catalogo dei diritti umani, di diretta derivazione costituzionale e convenzionale, renderebbe evidente, sempre secondo la Corte, la natura *<<meramente ricognitiva dell'accertamento da svolgere in sede di verifica delle condizioni previste dalla legge>>*¹⁰.

Detto questo, la sentenza in rassegna, pur ribadendo che il principio di irretroattività fissato nell'art. 11 delle preleggi non gode di copertura costituzionale, e può bensì essere derogato, argomenta tuttavia come, in difetto di deroghe espresse qui non previste dal legislatore -il quale non ha adottato una disciplina transitoria-, la norma sopravvenuta non può incidere, intaccandone la portata, sui *<<rapporti giuridici esauriti>>*; laddove invece, se fosse da applicare integralmente la nuova disciplina, gli effetti già prodotti ad opera del pregresso fatto generatore del rapporto sarebbero disconosciuti.

Si richiama così un indirizzo giurisprudenziale consolidato¹¹, e poi ulteriormente rafforzato da pronunce successive¹² nel senso di ritenere che *<<...la legge nuova può essere applicata a fatti, status, situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti a un fatto passato, quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge,*

⁹ Così al § 8.3, ult. cpv., della sentenza in commento.

¹⁰ La natura dichiarativa delle statuizioni in materia di diritto di asilo è stata affermata già in epoca risalente da Cass. S.U. n. 907/1999, cit..

¹¹ V. Cass. 14 febbraio 2017, n. 3845.

¹² Cass. S.U. 12 dicembre 1967, n. 2926, in *Foro it.*, 1968, I, 1254, e in *Foro pad.*, 1968, I, 764; Cass. 3 marzo 2000, n. 2433; Cass. 28 settembre 2002, n. 14073, in *Rass. dir. farm.*, 2003, 4, 691; Cass. 3 luglio 2013, n. 16620. Per la giurisprudenza costituzionale in materia di retroattività della legge, cfr. GIULIANI, *Retroattività e diritti quesiti nel diritto civile*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, 2018, p. 101.

debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati>>.

Ebbene, per lo straniero che ha chiesto l'accertamento della protezione umanitaria sotto la vigenza della disposizione di cui all'art. 5 co. 6 del d. lgs. n. 286 cit., e non ha conseguito un accertamento definitivo sino al momento dell'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, sarebbe allora ovvio (afferma la S.C. nella sentenza in rassegna) che la nuova disciplina, ove incongruamente applicata, inciderebbe inammissibilmente sul fatto generatore del diritto e sui suoi effetti, posto che il diritto soggettivo sarebbe qui preesistente alla verifica procedimentale ed (eventualmente) giudiziale, e sorgerebbe, soggiunge la S.C., *<<contestualmente al verificarsi delle condizioni di vulnerabilità, delle quali lo straniero ha richiesto l'accertamento con la domanda>>*¹³. L'applicazione retroattiva della nuova disciplina sarebbe peraltro in contrasto con interessi costituzionalmente protetti e con *<<valori di civiltà giuridica tra i quali sono ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti, la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico, il rispetto delle funzioni riservate all'ordinamento giudiziario>>*¹⁴.

4. Così facendo, la sentenza in rassegna adotta un iter logico in grado di mitigare, per lo meno con riferimento al periodo pregresso (ossia alle domande di protezione presentate *ante* 5.10.2018), l'asprezza dei contenuti della riforma, la quale ultima è diretta, nelle dichiarate intenzioni del legislatore, ad attuare un radicale restringimento del perimetro della c.d. protezione umanitaria.

Ma l'approccio esegetico prescelto dalla S.C. non è poi così agevole e non apparirebbe neppure necessitato; se solo ci si pone nell'ottica del doveroso rispetto degli obblighi costituzionali e convenzionali, più volte evocati nella sentenza in commento, e di una lettura costituzionalmente orientata delle nuove disposizioni¹⁵ -le quali non escludono, una volta venuto meno il permesso di

¹³ Cfr. la sentenza in commento al § 14, penultimo cpv..

¹⁴ Corte cost. 14 febbraio 2012 n. 78, in *Foro it.*, 2012, 10, I, 2585, con nota di PALMIERI, *Incostituzionalità dell'interpretazione autentica in materia di decorrenza della prescrizione nei rapporti bancari regolati in conto corrente*, e 25 maggio 2010, n. 209, in *Giur cost.*, 2010, 3, 2417, con nota di ESPOSITO, *Azione amministrativa, provvedimento, consecuzione di leggi*.

¹⁵ Cfr., a riguardo, *BENVENUTI*, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione la (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica, in*

soggiorno <<generico>> per ragioni umanitarie¹⁶, un possibile recupero della forza espansiva dell'art. 10 Cost.¹⁷, in guisa da ritenere comunque immanente nel nostro ordinamento quel sistema di protezione per il cittadino straniero prima largamente affermatosi in giurisprudenza-, possono svilupparsi alcune brevi riflessioni.

Già prima del d.l. n. 113 del 2018, era principio acquisito che la protezione umanitaria fosse istituito diverso dalla protezione maggiore, e collocata in posizione di alternatività rispetto alle due misure tipiche di protezione internazionale (rifugio politico e protezione sussidiaria), potendo l'autorità amministrativa prima, e quella giurisdizionale poi, procedere alla valutazione della ricorrenza dei presupposti per la protezione umanitaria soltanto subordinatamente all'accertamento negativo della sussistenza dei presupposti della protezione internazionale.

Si trattava, dunque, di una forma di protezione residuale e atipica, richiamata dalla direttiva comunitaria n. 115/2008, la quale, all'art. 6, par. 4, consentiva agli Stati di rilasciare, in qualsiasi momento, un permesso di soggiorno “*per motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura*”. La peculiarità di tale forma di protezione era specialmente ravvisabile nel fatto che, pur nell'unicità della domanda in materia di protezione internazionale, era necessario operare, per il riconoscimento della protezione umanitaria, e secondo l'insegnamento da ultimo autorevolmente espresso da Cass. n. 4455 del 2018, un doveroso raffronto tra la situazione personale vissuta dal richiedente asilo nel paese di origine, ivi compresa la disamina delle ragioni dell'espatrio, e le condizioni di vita dello stesso nel paese d'accoglienza. Questo *modus procedendi* porta però a trasporre (inevitabilmente) l'indagine in sede amministrativa e giurisdizionale sulle condizioni attuali (di integrazione socio-economica e lavorativa, di salute, relazionali e familiari) vissute dallo straniero nel paese d'accoglienza, i cui esiti dovrebbero pur sempre rapportarsi con la precedente analisi delle

<https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/marco-benvenuti/audizione-resa-il-16-ottobre-2018-innanzi-all-ufficio-di-presidenza-della-commissione-1a-affari-costituzionali-del-senato-della-repubblica>, p. 166; cfr. altresì il comunicato del presidente MATTARELLA in <https://www.quirinale.it/elementi/18099>.

¹⁶ L'espressione è utilizzata da PADULA, Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario, op. cit., 18.

¹⁷ Non è invero da escludere che si affermi una rinnovata diretta applicazione del diritto di asilo costituzionale secondo un modello interpretativo già adottato in passato dalla Cassazione n. 4674/1997 cit., a tenore della quale l'art. 10 co. 3 Cost. <<attribuisce direttamente allo straniero il quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento. Come è stato osservato in dottrina, il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata>>.

motivazioni dell'espatrio, e ciò in guisa da consentire l'emersione di quelle condizioni di vulnerabilità soggettiva, costituenti l'*ubi consistam* della protezione umanitaria.

Proprio il procedimento logico delineato dalla giurisprudenza per l'accertamento delle condizioni di vulnerabilità soggettiva, sovente integrate per effetto di patologie diagnosticate e insorte nel corso del giudizio o per effetto di un'integrazione socio-economica che al momento dell'approdo in Italia non poteva evidentemente esserci, e sorta grazie al rapporto di lavoro stipulato *lite pendente* dal cittadino straniero, lascia chiaramente intendere come il diritto soggettivo in parola non possa maturare ed essere, per sua natura, configurabile fin dal momento dell'arrivo nel paese d'accoglienza o addirittura con la compilazione del modulo C 3, ma sia, per così dire, *in progress* e quasi in divenire, integrandosi nei suoi vari co-elementi costitutivi solo in un contesto diacronico¹⁸. Se così è, allora il diritto in questione è in grado di maturare effettivamente solo se "persiste" (o è sopraggiunto) al momento della decisione.

Ed allora, sulla scorta di tali riflessioni generali, ben possono darsi in concreto situazioni in cui la nuova disciplina non incide affatto sul "fatto generatore" del diritto e sui suoi effetti, posto che il diritto soggettivo potrebbe non essere affatto preesistente alla verifica procedimentale ed (eventualmente) giudiziale e potrebbe essere piuttosto maturato <<*contestualmente al verificarsi delle condizioni di vulnerabilità, delle quali il cittadino straniero ha richiesto l'accertamento con la domanda*>>, domanda che, magari, ha poi anche integrato e modificato in corso di causa.

Esemplificando, se il richiedente asilo, prima esente da problemi di salute, avesse contratto una patologia in epoca successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 113 cit. (*id est*, 5.10.2018), o se, ancora, quel cittadino straniero, dapprima sprovvisto di un'occupazione lavorativa, fosse riuscito a reperirne una stabile e congruamente retribuita ma ciò solo dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina e il giudizio si fosse protratto a lungo nel tempo, sarebbe quanto meno dubbio opinare nel senso che, per il solo fatto di essere giunti sul suolo nazionale in epoca pregressa al 5.10.2018 e/o per avere compilato il modulo C 3 prima di tale data, si possa invocare una tutela alla stregua del quadro normativo anteriore.

Proprio l'esigenza di trattare in termini uniformi situazioni equiparabili (come ad esempio nel caso di soggetti che, provenendo da condizioni personali di grave deprivazione dei diritti umani, conseguono simultaneamente nel paese d'accoglienza un'occupazione stabile o contraggono

¹⁸ Si pretende infatti (e a ragione) che il rapporto di lavoro abbia una sua continuità attestata dalla produzione delle buste paga e che sia in corso al momento della decisione (chi ha lavorato prima ma è diventato disoccupato nel corso del giudizio non vede solitamente accogliere la sua domanda di protezione per stabile integrazione sociale).

specificata patologia) dovrebbe indurre, quale che sia la data dell'approdo sulle coste nazionali, o la data di compilazione del modulo C 3, a considerare (per la eventuale maturazione, o meno, del diritto in questione) il perfezionamento della fattispecie, che si compone di plurimi elementi fra loro strettamente intrecciati, l'ultimo dei quali determina soltanto, quale anello finale di una catena prima incompleta, l'insorgenza del diritto alla protezione.

Né può affermarsi che supporti la tesi contraria, secondo cui andrebbe applicata la precedente disciplina laddove fosse intervenuta la compilazione del modello C 3 prima del 5.10.2018, il fatto che l'accertamento giudiziale avrebbe di per sé natura dichiarativa e non già costitutiva del diritto.

Se è vero che l'accertamento ha natura dichiarativa¹⁹, ciò non vuol dire che il giudice non dichiari esistente un diritto che si è integrato in tutti i suoi elementi non già al momento dell'approdo sulle coste nazionali o della presentazione della domanda di protezione, ma solo ex post, ovvero al momento della decisione sul ricorso ex art. 35 d. lgs. n. 25/08.

¹⁹ Cass., S.U. n. 19393/2009 e Cass. n. 4455/2018, citate.

GIULIA TRAVAN

Il difficile contemperamento tra disciplina urbanistica e principi civilistici nella bilateralità del rapporto pubblico-privato (nota a Trib. Treviso, sent. 170/2019)

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. Dalla relazione unilaterale al rapporto amministrativo – 3. Modelli consensuali e diritto urbanistico: cessione volontaria, convenzioni di lottizzazione, cessione di cubatura, stralcio. Una breve ricognizione – 4. Un’analisi della questione alla luce della sottile differenza tra obbligazioni alternative, facoltative e false alternative – 5. La buona fede quale principio centrale nella risoluzione delle controversie.

La sentenza che si annota risulta di particolare interesse per il rilievo di istituti attinenti sia al diritto urbanistico sia al diritto civile. Anche in tal caso emerge il sempre maggior utilizzo da parte della pubblica amministrazione di modelli consensuali, prediletti per la maggiore duttilità e per il vantaggio di evitare successivi contenziosi con i privati, in un’ottica di leale collaborazione. Differente è invece l’attività posta in essere *iure privatorum*, come nella presente ipotesi, che è stata risolta in base ai generali principi civilistici, quali quello della buona fede, che assurge oggi a canone centrale nella risoluzione delle controversie.

1. Il caso.

La controversia sorge in seguito alla transazione stipulata tra un privato e un Comune, poi riprodotta in atto pubblico di compravendita, a definizione di un contenzioso avente ad oggetto l’indennizzo per l’espropriazione di alcuni fondi. Le parti stabilivano l’obbligo di concludere una convenzione di lottizzazione per l’area in cui era ricompresa la proprietà del privato o, in assenza, di attuare quanto necessario alla formazione di uno stralcio funzionale del Piano Urbanistico di Attuazione. In caso di impossibilità sopravvenuta per cause oggettivamente non imputabili al Comune, si stabiliva che quest’ultimo avrebbe dovuto versare una somma di denaro.

Non essendo raggiunto un accordo tra i proprietari dei fondi e stante la successiva inerzia del privato, non si addiveniva né alla stipulazione della convenzione di lottizzazione né allo stralcio

funzionale al P.U.A. Egli sosteneva dunque che l'amministrazione fosse obbligata al pagamento in denaro, rientrando tra le ipotesi di impossibilità sopravvenuta anche la propria scelta di non attivarsi per la predisposizione dello stralcio.

Otteneva poi provvedimento d'ingiunzione, con cui si ordinava il pagamento dell'importo al Comune, che proponeva opposizione, chiedendo la revoca del decreto ingiuntivo e l'accertamento dell'assenza di un suo inadempimento agli accordi stipulati.

2. Dalla relazione unilaterale al rapporto amministrativo.

La pubblica amministrazione ha una personalità giuridica complessa, essendo riscontrabile in capo alla stessa sia una capacità di diritto pubblico, regolata dalle norme del diritto amministrativo, sia una di diritto privato.

Alla luce dei principi di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, sono mutate le relazioni con il cittadino, prima caratterizzate dal binomio potestà-soggezione¹ e di recente ripensate in chiave di reciprocità. In tale prospettiva, si è registrato un aumento nell'utilizzo di modelli consensuali², secondo alcuni sintomo del tramonto del dogma dell'imperatività e dell'unilateralità del potere amministrativo, che ormai costituirebbe solo modalità eccezionale di intervento³.

Se certo è indubbia l'evoluzione verso un rapporto bilaterale, che trova i suoi corollari nel contraddittorio e nell'ampia partecipazione procedimentale, deve considerarsi che l'amministrazione, nella stipulazione di accordi, esercita pur sempre un potere autoritativo, sottoposto a regole pubblicistiche. Diversamente, quando agisce *iure privatorum*, si trova in una posizione paritaria ed equiordinata rispetto al cittadino, ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990⁴. La fattispecie oggetto della pronuncia che si annota rientra in tale ipotesi, trovando quindi applicazione la disciplina e i principi del codice civile.

¹ Cfr. Giannini, *Atto amministrativo*, in Enc. Dir., IV, 1959.

² Si pensi, ad esempio, agli accordi tra pubblica amministrazione e privati, di cui all'art. 11 l. n. 241 del 1990, o a quelli tra pubbliche amministrazioni, disciplinati all' art. 15 l. 241 del 1990, o ancora alla conferenza di servizi o agli accordi di programma, previsti all'art. 34 T.U.E.I.

³ L'esercizio consensuale del potere amministrativo configurerebbe una terza modalità di attività dell'amministrazione, oltre a quella unilaterale che sfocia nel provvedimento amministrativo e a quella puramente privatistica (Garofoli, Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, ed. XI, 2017/2018, p. 967).

⁴ Da un punto di vista comparatistico, si riscontra dunque una differenza rispetto al diritto tedesco, in cui vige il principio della contrattualità dell'azione amministrativa, in base a cui un rapporto giuridico di diritto pubblico può essere stabilito, modificato o abrogato per contratto, anziché mediante un atto amministrativo, ex art. 54 *Verwaltungsverfahrensgesetz* (legge federale sul procedimento amministrativo, 25 maggio 1976).

3. Modelli consensuali e diritto urbanistico: cessione volontaria, convenzioni di lottizzazione, cessione di cubatura, stralcio. Una breve ricognizione.

La controversia in esame è di particolare interesse, in quanto consente di approfondire i rapporti tra diritto civile e alcuni istituti del diritto urbanistico, nei quali emerge la sempre maggior rilevanza della consensualità.

3.1 Il caso aveva origine in un'espropriazione, in relazione alla quale si pone il centrale problema del contemperamento tra esigenze pubblicistiche, volte alla realizzazione dell'opera, e libertà del privato nella tutela del suo diritto di proprietà⁵. Il procedimento espropriativo si può concludere o con provvedimento autoritativo o con cessione volontaria del bene. La natura di quest'ultima è controversa in dottrina e giurisprudenza: superata la tesi che la riconduce a un negozio di diritto comune⁶, viene qualificata come un contratto di diritto pubblico, certamente dalla struttura privatistica, ma stipulato esercitando un potere pubblicistico e avente la stessa efficacia di un decreto di esproprio⁷. La cessione volontaria va pertanto distinta dal contratto di compravendita, essendo uno strumento alternativo all'ablazione che si inserisce in un procedimento espropriativo

⁵ In tale ambito è sempre maggiore la rilevanza del diritto sovranazionale. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in base all'art. 1, Protocollo addizionale n. 1 CEDU, ha affermato che la proprietà è un diritto fondamentale dell'uomo, in relazione al quale vige un principio di legalità sostanziale forte. Qualora lo si voglia limitare, non solo è necessaria la presenza di una legge che lo consenta, ma questa deve anche avere i requisiti della chiarezza, della precisione e della prevedibilità, stabilendo i presupposti e le procedure da seguire, oltre a garantire una riparazione del pregiudizio adeguata e completa, che ricomprenda anche il profilo del *prix d'affection*. In tema di indennità di espropriazione e necessità di norme accessibili, precise e prevedibili, si vedano le sentenze *Scordino c. Italia* del 29 marzo 2006, 29 luglio 2004 e 15 luglio 2004.

Sulla contrarietà dell'occupazione acquisitiva al principio di legalità previsto all'art. 1, Protocollo n. 1 CEDU, cfr. *Carbonara e Ventura c. Italia* e *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, del 30 maggio 2000.

In relazione ai criteri che applicabili all'equa soddisfazione in caso di espropriazione indiretta cfr. *Carbonara e Ventura c. Italia*, 11 dicembre 2003; *Belvedere Alberghiera c. Italia*, 30 ottobre 2003.

⁶ Cass. civ., sez. I, 29 gennaio 1997, n. 922; Cass. civ., sez. I, 07 dicembre 1996, n. 10925; Cass. civ., sez. I, 12 ottobre 1989, n. 11435. In dottrina Landi, *Espropriazione per pubblica utilità (principi)*, in Enc. Dir., XV, Milano, 1966, p. 830; Alessi, *Alcuni rilievi tra accordi amichevoli tra espropriante ed espropriato*, Giur. it., 1961, I, 1, p. 20.

Si è sostenuto, in senso contrario, che la determinazione del prezzo e la qualificazione giuridica del bene sono previsti da norme imperative e, pertanto, non possono essere stabiliti autonomamente dalle parti (Marzano, *Non spetta il conguaglio sul prezzo in caso di cessione volontaria dei suoli agricoli*, Urb. e app., 2005, 6, p. 668). In questa direzione si porrebbe anche l'art. 45, comma terzo, d.p.r. 327 del 2001, dove stabilisce che l'accordo non perde efficacia in caso di mancata corresponsione della somma da parte dell'acquirente (Garofoli, Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, ed. XI, 2017/2018, p. 1232. Da ciò conseguirebbe l'impossibilità di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento).

⁷ *Ex multis* Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 874, che afferma: "la cessione volontaria costituisce un contratto ad oggetto pubblico che, inserito nell'ambito di un procedimento espropriativo, lo conclude eliminando la necessità di un provvedimento amministrativo di acquisizione coatta della proprietà privata, ma non esclude che un bene immobile possa essere trasferito all'ente pubblico a mezzo di un contratto di compravendita, del tutto assoggettato alla disciplina privatistica"; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2018, n. 1534; Cass. civ., sez. I, 9 maggio 2000, n. 5848; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 1998, n. 4759.

già iniziato. Deve quindi preesistere una dichiarazione di pubblica utilità ancora efficace e un subprocedimento di determinazione dell'indennità provvisoria e delle relative offerta e accettazione. Ulteriore presupposto è che il prezzo di trasferimento sia legato ai parametri legali inderogabili stabiliti per la determinazione dell'indennità spettante per l'espropriazione⁸.

3.2 Agli accordi sostitutivi del provvedimento vanno ricondotte anche le convenzioni di lottizzazione⁹, stipulate in seguito alla predisposizione da parte dei privati di un piano di assetto urbanistico, di cui la pubblica amministrazione valuta la conformità al piano regolatore generale e l'ammissibilità tecnica. Anche in tale ambito emerge la necessità di bilanciare gli interessi dei singoli con quelli legati alla pianificazione del territorio: da un lato la p.a. esercita il proprio potere autoritativo, dall'altro l'accordo non può essere né concluso né modificato se non con il consenso di tutti i soggetti, indipendentemente dalle dimensioni dei loro lotti.

3.3 La sempre maggior predilezione di strumenti consensuali emerge anche dalla cessione di cubatura, contratto tra proprietari di aree contigue, con cui si trasferiscono diritti edificatori. Il fine è il raggiungimento della volumetria minima richiesta per il rilascio del permesso di costruire e, per tale ragione, è necessario anche il coinvolgimento della pubblica amministrazione, che deve rilasciare il suo assenso nell'accordo procedimentale. Si delinea, pertanto, uno schema trilatero riconducibile, secondo la tesi maggioritaria, all'art. 11 l. n. 241 del 1990, stante l'interesse legittimo pretensivo del privato all'ottenimento del provvedimento¹⁰. Sul tema va evidenziato che, con l'introduzione nell'art. 2643 c.c. del comma 2 *bis*¹¹, che ha sancito la trascrivibilità anche dei contratti che trasferiscono i diritti edificatori, è cedibile anche la sola capacità edificatoria, slegata dunque rispetto al diritto di proprietà¹².

3.4 Maggiore approfondimento merita la nozione di stralcio, stante la qualificazione fornita nella pronuncia che si annota. Deve infatti distinguersi lo stralcio in senso stretto, che può intervenire nella fase di approvazione del Piano Regolatore Generale da parte della Regione, da

⁸ Sui presupposti della cessione volontaria, cfr. la recente Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2018, n. 1534.

⁹ Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2008, n. 3255. Le convenzioni di lottizzazione sono disciplinate all'art. 28, l. 17 agosto 1942, n. 1150.

¹⁰ Sul tema, si veda Cirillo, *La trascrizione dei "diritti edificatori" e la circolazione degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

¹¹ Comma inserito con il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106

¹² Ciò può avvenire mediante gli strumenti di perequazione, compensazione e incentivazione da parte della pubblica amministrazione. Nel caso di perequazione, la qualità edificatoria è un carattere proprio del terreno dal punto di vista genetico, mentre per compensazione e incentivazione il diritto edificatorio viene attribuito come corrispettivo in seguito alla cessione o alla riqualificazione di un'area (Garofoli, Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, ed. XI, 2017/2018, p. 1220).

quello oggetto della presente controversia, riconducibile all'istituto di recente introduzione del permesso edilizio convenzionato.

Quanto al primo, in seguito all'adozione del P.R.G. da parte del Comune, la Regione può decidere di approvarlo nel suo complesso oppure con stralcio, ossia solo parzialmente e con esclusione di alcune zone, per le quali devono essere formulate nuove proposte. Essendo alternativo a un diniego per problemi circoscritti¹³ e trovando la sua *ratio* in esigenze di economia e di attribuzione di una disciplina almeno a una parte del territorio¹⁴, è stato ritenuto legittimo da parte della giurisprudenza, a condizione che non alteri in modo sostanziale la funzione delle parti del piano già approvate¹⁵ e che non vi sia un'inscindibile connessione con queste¹⁶.

La nozione di stralcio richiamata dalla sentenza va invece ricondotta all'art. 28 *bis* d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 sul permesso di costruire convenzionato, rilasciato se le esigenze di urbanizzazione possono essere soddisfatte con modalità semplificata. Aspetto centrale per la risoluzione del caso di specie è il richiamo delle norme sul procedimento di formazione del permesso di costruire ordinario¹⁷, con conseguente necessità della presentazione di un progetto da parte del privato.

La convenzione, a cui si applica la disciplina degli accordi di cui all'art. 11 l. n. 241 del 1990, viene approvata con delibera del consiglio comunale¹⁸ e stabilisce gli obblighi assunti dal singolo al

¹³ Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2010, n. 7034.

¹⁴ Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 1997, n. 937; Cons. Stato, sez. IV, 20 giugno 1994, n. 524; Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 1991, n. 167.

¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 1990, n. 851.

¹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 1997, n. 937. Il Consiglio di Stato ha inoltre chiarito che l'approvazione con stralcio va distinta dalla mera modifica d'ufficio (art. 3, l. 6 agosto 1967, n. 765), possibile solo nei casi tassativamente previsti dalla legge. È infatti necessario temperare l'autonomia comunale, garantita non solo dall'art. 5 Cost., ma anche dal principio di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118 Cost., con la tutela di interessi superiori, quali l'osservanza degli standard, la tutela del paesaggio e di complessi storici e ambientali o la razionale e coordinata sistemazione delle opere di interesse dello Stato. Tali ipotesi identificano alcune delle cosiddette modifiche d'ufficio qualificate, da distinguersi rispetto a quelle generiche, che consistono in una codeterminazione del contenuto del piano, con il limite del rispetto delle previsioni essenziali (Urbani, Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti*, Giappichelli, ed. V, 2013, pp. 135, 136). La modifica d'ufficio non configura un'approvazione parziale, ma una sovrapposizione definitiva della volontà della Regione a quella del Comune (Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4614), che non può più riproporre una nuova disciplina urbanistica diretta a completare la pianificazione per le aree sottratte dallo stralcio stesso (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5912, che ritiene ammissibile l'approvazione con stralcio anche quando la Regione effettui delle raccomandazioni al Comune per le successive determinazioni).

¹⁷ L'art. 28 *bis*, comma sesto, T.U. edilizia richiama infatti il Capo II del Titolo II della Parte I del Testo Unico stesso.

¹⁸ Salvo che le previsioni regionali stabiliscano diversamente. La disposizione stabilisce che sono soggetti alla stipula di convenzione la cessione di aree anche al fine dell'utilizzo di diritti edificatori; la realizzazione di opere di urbanizzazione; le caratteristiche morfologiche degli interventi e la realizzazione di interventi di edilizia residenziale sociale.

fine di conseguire il rilascio del titolo. Inoltre, si possono prevedere modalità di attuazione per stralci funzionali, cui si collegano gli oneri e le opere di urbanizzazione da eseguire e le relative garanzie¹⁹.

L'istituto ha dunque la principale finalità di superare lo strumento attuativo convenzionato, favorendo delle soluzioni individuali semplificate²⁰.

4. Un'analisi della questione alla luce della sottile differenza tra obbligazioni alternative, facoltative e false alternative.

La pronuncia che si annota ha il pregio di aver delineato in modo chiaro l'applicazione dei principi e degli istituti civilistici agli strumenti urbanistici rilevanti nel caso di specie. Il Giudice ha revocato il decreto ingiuntivo opposto, accertando che non sussiste alcun inadempimento del Comune, qualificando la conclusione della convenzione di lottizzazione, la formazione dello stralcio funzionale e il versamento della somma di denaro come *“tre obbligazioni semplici dedotte in via subordinata l'una all'altra”*. In modo condivisibile, ha dunque ritenuto che non fossero riconducibili alle specie né delle obbligazioni cumulative, né di quelle alternative o con facoltà alternativa. Se certamente non si pongono dubbi sull'esclusione della prima categoria, avendo il vincolo in tal caso ad oggetto più prestazioni, che vanno tutte eseguite ai fini della liberazione del debitore, maggiori incertezze potrebbero porsi per le altre richiamate.

Le obbligazioni alternative sono caratterizzate da un oggetto plurimo e dall'unicità dell'adempimento. La concentrazione si verifica soltanto in seguito alla scelta, spettante di regola al debitore²¹, o all'estinzione per impossibilità sopravvenuta delle prestazioni diverse. Si applicherà poi il regime giuridico delle obbligazioni semplici, con la conseguente liberazione del soggetto passivo che esegua l'unico comportamento residuo.

Anche le obbligazioni a facoltà alternativa sono uniche e perfette, ma difettano della complessità: non vi è un concorso originario di più prestazioni, che non possono essere adempiute prima della concentrazione, ma nel vincolo ne è dedotta una soltanto e il debitore può liberarsi con

¹⁹ La norma stabilisce, inoltre, che il termine di validità del permesso di costruire convenzionato può essere modulato in relazione agli stralci funzionali previsti.

²⁰ Urbani, *Le novità del decreto sblocca Italia - le modifiche al tu n. 380/2001 dopo la l. n. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica*, in *Giur. It.*, 2015, 1, p. 237. Ciò, però, potrebbe comportare il rischio di elusione delle previsioni urbanistiche di piano per mezzo di una nuova valutazione dell'interesse pubblico, frammentando una pianificazione che dovrebbe essere unitaria (Police, Spasiano, *Manuale di governo del territorio*, Giappichelli, 2016, p. 137).

²¹ Ai sensi dell'art. 1286 c.c., la scelta spetta al debitore se non è stata attribuita al creditore o a un terzo.

una condotta facoltativa diversa²². Sono dunque riconducibili sin dalla loro nascita alle obbligazioni semplici, connotate, però, dall'elemento specializzante della *facultas solutionis* con una prestazione esterna al contenuto del rapporto obbligatorio²³.

Come evidenziato nella sentenza, l'adozione del piano di lottizzazione va qualificata come obbligazione principale, stante l'utilizzo della locuzione "*in assenza di iniziativa lottizzatoria*". Essendo richiesto il consenso di tutti i proprietari dei fondi coinvolti per concludere l'accordo, non è configurabile un'impossibilità sopravvenuta per causa imputabile specificamente al Comune o al privato.

Dal testo contrattuale si ricava una consapevolezza della possibilità di assenza della lottizzazione e deve dunque ritenersi che, una volta divenuta impossibile l'obbligazione principale, le parti fossero tenute alla prima delle due obbligazioni dedotte in via subordinata, ossia allo stralcio funzionale del P.U.A. Anche in tal caso è condivisibile la motivazione del Giudice, che ha escluso l'inadempimento del Comune, stante il comportamento inerte del privato. Infatti, riconducendo la nozione di stralcio funzionale a quella di cui all'art. 28 *bis* d.P.R. n. 380 del 2001, deve farsi riferimento alla disciplina sul permesso di costruire ordinario, che richiede l'iniziativa della presentazione del progetto. Come ben chiarito, "*non essendo stato presentato alcun progetto da parte del convenuto opposto, va accertato che non vi è stato alcun inadempimento da parte del Comune, non potendo questo procedere autonomamente allo stralcio del P.U.A., stante l'inerzia del ■ (...). È ravvisabile, viceversa, un'impossibilità dell'obbligazione a causa del comportamento inerte del ■, il quale non si è attivato per presentare il progetto necessario all'approvazione dello stralcio*".

Analizzando il contratto stipulato, si potrebbe qualificare la fattispecie come un'ipotesi di falsa alternatività, essendo le prestazioni ulteriori dovute solo nel caso di inadempimento di quella principale, in via subordinata l'una all'altra. Tale categoria viene in rilievo quando la concentrazione si sia già verificata al sorgere del vincolo, quando non sia certa la doverosità di una

²² Cass. civ., sez. lavoro, 17 novembre 1995, n. 11899; Cass. civ., sez. lavoro, 21 aprile 1987, n. 3901; Cass. civ. sez. II, 17 novembre 1977, n. 5030.

Anche qualora il debitore dichiari di voler adempiere a una delle due prestazioni facoltative, non trova una preclusione all'adempimento a quella diversa, in quanto non si pone un problema di scelta e di concentrazione, essendo una soltanto la prestazione dedotta in obbligazione. Viceversa, nel caso di obbligazioni alternative, in seguito alla scelta si verifica la concentrazione in modo definitivo. Altra differenza consiste nel fatto che, per le obbligazioni facoltative, il creditore può richiedere l'adempimento coattivo della sola prestazione oggetto dell'obbligazione principale.

²³ Esempi di obbligazioni con facoltà alternativa si riscontrano negli artt. 651 c.c., 746 c.c., 2420 *bis* c.c., art. 2858 c.c., mentre è discusso il caso del contratto estimatorio di cui all'art. 1556 c.c.

delle prestazioni o ancora se una di queste divenga obbligatoria solo in seguito all'inadempimento dell'altra, unico oggetto del rapporto.

La giurisprudenza ha evidenziato che l'elemento peculiare consiste proprio nella subordinazione, che manca nelle obbligazioni alternative, in cui le prestazioni sono in una posizione di parità e la concentrazione si realizza di regola con la scelta di una delle parti²⁴. Nelle false alternative sussistono invece un'obbligazione primaria e un'obbligazione secondaria, che viene in essere soltanto in via subordinata in caso di impossibilità sopravvenuta di quella principale²⁵, di regola quale sanzione per l'inadempimento di quest'ultima²⁶. Si distinguono quindi anche dalle obbligazioni facoltative, in cui il debitore può liberarsi mediante un comportamento diverso in seguito alla sua scelta, pur essendo dedotta nell'obbligazione un'unica prestazione.

La soluzione del Giudice secondo cui il Comune non era tenuto ad adempiere in denaro, non essendo sorta l'obbligazione ulteriormente dedotta in via subordinata, pare dunque del tutto coerente con la qualificazione delle tre obbligazioni come false alternative.

5. La buona fede quale principio centrale nella risoluzione delle controversie.

La pronuncia è degna di nota per l'impegno, nell'*iter* motivazionale, nella ricerca di fini ragioni di diritto ulteriori poste alla base della decisione, senza limitarsi al mero utilizzo delle categorie delle differenti specie di obbligazioni. In tal senso, di particolare pregio risulta il richiamo alla clausola generale della buona fede che, a parere di chi scrive, costituisce in realtà la chiave di volta nella risoluzione della specifica controversia.

La correttezza ha una rilevanza ormai centrale e sempre maggiore nel nostro ordinamento, tanto da essere qualificata dagli orientamenti più recenti non solo come regola di comportamento, ma come vera e propria regola di validità²⁷. Seppur quest'ultima tesi non sia ancora condivisa da tutti gli interpreti, è pacifico che, in base al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., la buona fede permea il rapporto obbligatorio nel suo complesso, imponendo a entrambe le parti

²⁴ Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6984; Cass. civ., sez. II, 2 dicembre 2013, n. 26988; Cass. civ., sez. III, 24 maggio 1969, n. 1848.

²⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 2 dicembre 2013, n. 26988, che chiarisce che in caso di nullità dell'obbligazione principale per indeterminabilità dell'oggetto non può ritenersi integrato il presupposto per l'adempimento dell'obbligazione subordinata.

²⁶ Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6984.

²⁷ Cfr. Cass. Civ., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140; C. cost., 2 aprile 2014, n. 77; C. cost., 21 ottobre 2013, n. 248. Tra le varie difformi, Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

ulteriori obblighi di cooperazione, protezione e informazione, pur non risultanti dal titolo²⁸. Assurge quindi a canone di lealtà, che prescrive anche condotte attive volte a salvaguardare gli interessi altrui, entro i limiti dell'apprezzabile sacrificio.

Nel caso di specie, ha rilevanza centrale non tanto la sola inerzia del privato nella presentazione del progetto necessario allo stralcio del P.U.A. e la conseguente mancata insorgenza dell'obbligo al pagamento del prezzo, quanto il sommarsi ad essa di un elemento ulteriore, ossia l'identificazione del comportamento omissivo quale impossibilità sopravvenuta, al fine di ottenere il pagamento in denaro. Tale condotta è certamente contrastante con il principio generale di correttezza, che deve essere rispettato da entrambe le parti del rapporto. Nonostante il Giudice non approfondisca *funditus* tale profilo, egli non si limita a un mero richiamo alla buona fede *in executivis*, ma la lega a doppio filo con l'aspetto dell'interesse delle parti in tema di impossibilità sopravvenuta. La pronuncia cerca infatti di contemperare l'importanza riconosciuta all'interesse creditorio, ormai "*requisito non solo genetico, ma anche funzionale del rapporto*", con la correttezza, al fine di evitare esiti iniqui e contrari al principio di solidarietà sociale.

Volendo approfondire il ragionamento presente nella pronuncia, è necessario che l'interesse del creditore sussista non solo al momento genetico dell'obbligazione, ma anche durante tutta la vita del rapporto. Nelle recenti pronunce della Corte di Cassazione, ciò è evidente soprattutto in relazione alla tematica della causa in concreto del contratto, laddove si prevede l'estinzione dell'obbligazione e la risoluzione del negozio non tanto per impossibilità della prestazione da parte del debitore, ma della soddisfazione attraverso di essa dell'interesse del creditore²⁹. L'importanza riconosciuta al requisito teleologico, però, non può portare a un riconoscimento di tutela ingiustificata nei confronti di uno dei soggetti del vincolo, in particolare quando, come nel caso di specie, vi sia un'inerzia colpevole al fine di ottenere un vantaggio.

Anche in tale pronuncia, pertanto, emerge la rilevanza fondamentale del canone della buona fede, che deve orientare l'interprete nella lettura del dettato codicistico e nella risoluzione del caso concreto, consentendo così di evitare ingiusti benefici a nocimento della propria controparte³⁰.

Tribunale di Treviso, sez. Prima Civile, sent. 170/2019, emessa il 27 gennaio 2019, depositata il 29 gennaio 2019; Giudice dott. Alberto Barbazza

²⁸ *Ex multis* Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2007 n. 3462.

²⁹ Cfr. Cass. civ., sez. III, sent. 24 luglio 2007, n. 16315 sul contratto di viaggio c.d. di pacchetto turistico.

³⁰ Sul tema, si pensi anche all'elaborazione relativa al divieto di abuso del diritto (in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106).

[Omissis] 2.1 Nello specifico, infatti, sosteneva il ██████ che il Comune non aveva né stipulato la convenzione di lottizzazione, né attuato quanto necessario alla formazione di uno stralcio funzionale del P.U.A. (...) Di conseguenza, secondo l'attore opponente, si sarebbe concretizzato l'obbligo per il Comune di versare la somma di € 156.298, 92 oltre interessi, non essendo intercorso diverso accordo tra le parti. (...)

2.2 Per contro, il Comune sostiene che il ██████ sarebbe rimasto inerte per lungo tempo, disinteressandosi sia della lottizzazione che dello stralcio, attendendo di richiedere il corrispettivo in denaro.

2.4.1 Quanto alla mancata adozione del piano di lottizzazione, lo stesso ██████ specifica che non è stato possibile presentare il progetto al Comune in quanto "complice la crisi del mercato immobiliare, l'iniziativa lottizzatoria si è arenata per problematiche economiche che hanno spaccato il fronte dei lottizzanti" (cfr. pag. 11 comparsa di costituzione).

Di conseguenza, poiché il piano di lottizzazione, come si è evidenziato, necessita del consenso di tutti i proprietari coinvolti e non costituisce un modello unilaterale con il quale la pubblica amministrazione può raggiungere in via autonoma il risultato, non può ravvisarsi alcun inadempimento né alcuna inerzia del Comune per la mancata adozione del piano di lottizzazione stesso.

2.4.2 Quanto allo stralcio, in base all'art. 28 bis, comma sesto, T.U. edilizia, spettava al privato (nella fattispecie, il ██████) attivarsi, essendo richiamata dal comma citato la disciplina sul permesso di costruire. (...)

Di conseguenza, non essendo stato presentato alcun progetto da parte del convenuto opposto, va accertato che non vi è stato alcun inadempimento da parte del Comune, non potendo questo procedere autonomamente allo stralcio del P.U.A., stante l'inerzia del ██████.

2.4.3 (...) Nel caso di specie, infatti, sia dalla convenzione sia dall'atto pubblico stipulati tra le parti la volontà delle stesse va intesa come diretta a qualificare gli obblighi dedotti di stipulazione della convenzione di lottizzazione o di approvazione dello stralcio funzionale del P.U.A. o ancora di pagamento in denaro, non come obbligazioni alternative (come ritiene implicitamente il ██████, il quale partendo da tale natura giuridica giunge a qualificare la sua scelta di non attivarsi per la lottizzazione come impossibilità sopravvenuta), bensì come tre obbligazioni semplici dedotte in via subordinata l'una all'altra. (...)

La presente fattispecie non è nemmeno riconducibile né alla categoria delle obbligazioni cumulative, non essendovi un obbligo per il debitore di adempiere a tutte le obbligazioni, né a quella delle obbligazioni facoltative, per le quali il soggetto passivo ha la facoltà di liberarsi eseguendo una prestazione diversa rispetto a quella dedotta in obbligazione.

Nel caso in esame, infatti, l'art. 6 dell'atto pubblico prevede che: "in assenza di iniziativa lottizzatoria riguardante la predetta area il Comune si impegna sin d'ora secondo quanto stabilito nella convenzione transattiva allegata alla delibera di Giunta Comunale in data 29 marzo 2011 n.59, ad attuare quanto necessario alla formazione di uno stralcio funzionale del P.U.A. al fine di concretizzare l'effettivo utilizzo della volumetria sopra descritta, volendo in caso contrario rispondere come esposto al successivo art. 7 ai sensi di legge"; l'art. 7, inoltre, prevede il pagamento in denaro o in altra modalità "nel caso in cui l'adempimento delle obbligazioni per dazioni in pagamento assunte dal Comune di ██████████ in forza del precedente art.6, lett. b) e c) si riveli totalmente o parzialmente impossibile per cause sopravvenute oggettivamente non imputabili al Comune di ██████████".

Di conseguenza, il testo della compravendita va interpretato nel senso per cui:

- primariamente il Comune era obbligato all'adozione del piano di lottizzazione (stante la formula "in assenza di iniziativa lottizzatoria");*
- in caso di impossibilità di tale iniziativa (come avvenuto nel presente caso, in cui non vi era accordo tra tutti i proprietari), il Comune era obbligato allo stralcio del P.U.A.;*
- solo in via ulteriormente subordinata, in caso di impossibilità non imputabile al Comune, al pagamento in denaro o in altra modalità della somma pattuita.*

2.4.4 Come già in precedenza evidenziato, relativamente allo stralcio del P.U.A. a cui il Comune era obbligato in seguito all'impossibilità della lottizzazione, non sussiste inadempimento dell'odierno attore opponente.

È ravvisabile, viceversa, un'impossibilità dell'obbligazione a causa del comportamento inerte del ██████████, il quale non si è attivato per presentare il progetto necessario all'approvazione dello stralcio. (...) Pertanto, anche l'impossibilità legata al venir meno dell'interesse del creditore deve essere letta alla luce della buona fede in executivis.

Nel caso di specie il comportamento del ██████████, seppur promotore in un momento iniziale della convenzione di lottizzazione, è stato contrario a correttezza in relazione alla possibilità di

addivenire allo stralcio del P.U.A., stante l'inerzia nella presentazione di un progetto al Comune, necessario alla luce della disciplina dell'art. 28 bis T.U. edilizia.

Pertanto, stante l'impossibilità della prestazione della seconda obbligazione causata dal comportamento inerte del convenuto opposto e non essendo riscontrabile un'obbligazione alternativa, va accertato che il Comune non è obbligato al pagamento in denaro della somma di € 156.298, 92. (...)

Di conseguenza, l'opposizione va accolta e il decreto ingiuntivo opposto revocato. [Omissis]

SILVIA BURELLI

L'art. 20 dell'imposta di registro tra interpretazione giurisprudenziale e interpretazione autentica: un breve excursus a seguito della c.d. legge di bilancio 2019

SOMMARIO: 1. I termini della questione – 2. L'art. 20 tra funzione interpretativa e funzione antielusiva – 3. L'art. 20 in una prospettiva evolutiva ... – 4. (segue) ... e gli evidenziati profili di criticità – 5. I recenti interventi legislativi e il “nuovo” art. 20.

1. I termini della questione.

Tra le numerose disposizioni della recente legge n. 145 del 30 dicembre 2018, in materia di *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*, c.d. legge di bilancio 2019, un indubbio interesse suscita il comma 1084 dell'art. 1 che qualifica l'art. 1, comma 87, lettera a), della legge 27 dicembre 2017, n. 205 ⁽¹⁾ – recante modifiche all'originaria disposizione dell'art. 20 del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro di cui al DPR 131/1986 – come avente natura di interpretazione autentica del predetto articolo 20, con conseguente portata retrospettiva delle predette modifiche ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Recante disposizioni in materia di *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*, c.d. legge di bilancio 2018.

⁽²⁾ In particolare, l'art. 1, comma 1084, della c.d. legge di bilancio 2019 statuisce: “L'articolo 1, comma 87, lettera a), della legge 27 dicembre 2017, n. 205, costituisce interpretazione autentica dell'art. 20, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131”.

L'art. 1, comma 87, lettera a), della legge 27 dicembre 2017, n. 205, a sua volta, ha introdotto delle modifiche all'art. 20, comma 1, della legge di registro, nei termini che seguono: “87. Al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 20, comma 1: 1) le parole: « degli atti presentati » sono sostituite dalle seguenti: « dell'atto presentato »; 2) dopo la parola: « apparente » sono aggiunte le seguenti: « , sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extratestuali e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi »”.

Sicché, mentre il testo dell'antevigente art. 20, comma 1, era il seguente: “L'imposta e' applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente”, l'attuale testo, a seguito delle predette modifiche, risulta così formulato: “1. L'imposta e' applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici dell'atto presentato alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extratestuali e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi”.

L'interesse nasce dal fatto che la novella del 2017, nell'imporre – attraverso l'espressa irrilevanza degli elementi extratestuali e del collegamento negoziale – una interpretazione isolata dell'atto soggetto a registrazione, fondata sui soli elementi desumibili dall'atto medesimo, supera il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità formatosi nella vigenza del precedente testo e favorevole ad un apprezzamento unitario della complessiva operazione posta in essere dalle parti ⁽³⁾.

2. L'art. 20 tra funzione interpretativa e funzione antielusiva.

L'originario testo dell'articolo 20 del d.p.r. 131 del 1986, collocato nel titolo sull'applicazione dell'imposta di registro e dedicato alla "*interpretazione degli atti*" da assoggettare all'imposta, prevedeva: "*l'imposta è applicata secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente*".

Si trattava di un testo invariato sin dalla emanazione del d.p.r. 131 del 1986 ⁽⁴⁾ e riproduttivo dell'art. 19 del d.p.r. 634 del 1973 che, a sua volta, aveva introdotto la qualificazione "*giuridici*"

⁽³⁾ Sulla rilevanza del collegamento negoziale in sede di applicazione dell'art. 20 in ambito giurisprudenziale si veda la ricostruzione di Stalla, sub *L'imposta di registro*, in *Rassegna semestrale delle pronunce della Corte di Cassazione in materia tributaria*, a cura dell'Ufficio del Massimario e Ruolo, Primo semestre 2018, 277. In particolare si veda, di recente, Cass. 13610/2018, in relazione ad una fattispecie in cui si è configurato, avuto riguardo alla vicinanza temporale dei contratti, un collegamento negoziale tra un conferimento societario di un'azienda e la successiva cessione da parte del conferente a soggetti terzi delle quote della società medesima; si veda, altresì, Cass. 4590/2018, in relazione ad una fattispecie in cui, in stretta consecuzione temporale, due soggetti hanno costituito una società conferendo un immobile di loro proprietà, gravato da un mutuo, oggetto di accollo da parte della società medesima e, successivamente, hanno ceduto la loro quota sociale ad un terzo soggetto per un importo corrispondente al capitale sociale della società medesima, sostanzialmente corrispondente al valore dell'immobile al netto del debito residuo relativo al mutuo; si segnala anche Cass. 4407/2018, relativa ad una fattispecie analoga alla precedente. La rilevanza del collegamento negoziale nell'applicazione dell'imposta di registro costituiva, prima dei recenti interventi legislativi, diritto vivente: si vedano, altresì, Cass. 11873/2017; Cass. 6578/2017; Cass. 3562/2017; Cass. 10216/2016; Cass.1955/2015; Cass.14150/2013; Cass. 6835/2013; Cass. 2713/2002.

⁽⁴⁾ Sui profili generali del tributo e sulla sua natura poliedrica, in relazione alla sua evoluzione storica da tassa, dovuta per il servizio pubblico della registrazione, ad imposta, parametrata alla capacità contributiva espressa dall'atto soggetto a registrazione ed il cui presupposto sorge, secondo alcuni, sin dal verificarsi del fatto o dell'atto imponibile, a prescindere dalla richiesta di registrazione, si vedano Ferrari, voce *Registro (imposta di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XXVI, 1991; Santamaria, voce *Registro (imposta di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXXI, 1988; Uckmar-Dominici, voce *Registro (imposta di)*, in *Dig. Disc. Priv.- Sez. comm.*, Torino, XXII, 1996; Franson, *Il presupposto dell'imposta di registro tra tradizione ed evoluzione*, in *Rass. trib.*, 2013, 955 ss.; Tabet, *L'applicazione dell'art. 20 T.U. Registro come norma di interpretazione e/o antielusiva*, in *Rass. trib.*, 2016, 913 ss. Di recente, sui profili generali del tributo, si segnala il contributo di Delli Priscoli, sub *L'imposta di registro*, in *Rassegna semestrale delle pronunce della Corte di Cassazione in materia tributaria*, a cura dell'Ufficio del Massimario e Ruolo, Primo semestre 2018, 267 ss.

Seguendo tale linea di sviluppo, parte della dottrina ha sostenuto che il tributo di registro conserva la natura di tassa nelle ipotesi di imposizione fissa e assume la natura di imposta nell'ipotesi di imposizione proporzionale, mentre altra parte della dottrina riconosce al tributo di registro la natura di imposta nei casi in cui è prevista l'obbligatorietà della registrazione e di tassa in relazione alle ipotesi di registrazione volontaria, v. in particolare la ricostruzione di

degli effetti dell'atto, a fronte del previgente articolo 8 del r.d. n. 3269/1923 che, non contenendo alcuna specificazione sulla tipologia degli effetti da prendere in considerazione ai fini dell'imposizione, aveva contribuito allo sviluppo della teorica della cosiddetta interpretazione funzionale dell'atto, la quale valorizzava, per l'appunto, gli effetti economici dell'atto sottoposto a registrazione ai fini dell'individuazione del presupposto dell'imposta di registro, ravvisato *tout court* nel fatto economico sotteso all'atto medesimo ⁽⁵⁾. In tale prospettiva funzionale, si è sostenuto che, laddove il risultato economico raggiunto dalle parti, ancorché attraverso una tipologia di atto non contemplato dal sistema del tributo di registro, sia equivalente a quello ottenibile attraverso l'impiego di altro strumento giuridico espressamente contemplato, l'imposta debba essere applicata secondo quanto previsto dal legislatore in relazione a quest'ultimo.

Tale impostazione, criticata da altro orientamento in quanto ritenuta non coerente con un approccio schiettamente giuridico alla materia ed in quanto potenzialmente in contrasto con il principio di riserva di legge *ex art. 23 Cost.* ⁽⁶⁾, è stata, dunque, abbandonata in dottrina proprio a seguito della specificazione normativa che gli effetti rilevanti sono quelli "giuridici".

Tale specificazione normativa – poiché è pacifico che l'art. 20 in commento, ancorché contenuto nel titolo dedicato all'applicazione dell'imposta, è una norma cardine nel sistema dell'imposta di registro ⁽⁷⁾, in quanto fondamentale nella individuazione del suo presupposto

Uckmar-Dominici, voce *Registro (imposta di)*, cit., 259; Ferrari, voce *Registro (imposta di)*, 2 la quale, quanto a tale ultima impostazione, richiama Jammarino, *Commento alla legge sulle imposte di registro*, Torino, 1962, 5.

⁽⁵⁾ In particolare, l'interpretazione economica o funzionale sostenuta dalla cosiddetta scuola di Pavia (gli Autori citati alla precedente nota ricordano Griziotti, *Il principio della realtà economica sugli art. 8 e 68 della legge di registro*, in *Riv. dir. fin.*, 1939, II, 202; Jarach, *Principi per l'applicazione delle tasse di Registro*, Padova, 1937; Giannini A.D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Bari, 1938; Vanoni, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932) riteneva che l'imposta colpisce direttamente il fatto economico sottostante l'attività giuridica, sicché all'interprete è consentito indagare la sostanza economica dell'atto a prescindere dalla sua veste giuridica.

Peraltro, già sotto la vigenza della formulazione normativa che non specificava la natura degli effetti rilevanti, un contrapposto orientamento (si ricordano, in particolare, Uckmar A., Berliri, Rastello, Batistoni Ferrara) privilegiava un criterio di imposizione fondato sugli oggettivi effetti giuridici del tipo negoziale utilizzato dalle parti, ancorché solo potenziali. La giurisprudenza aveva sin da subito accolto questa seconda impostazione, sostenendo che l'imposta colpiva la potenzialità economica in quanto espressa dagli effetti giuridici dell'atto: Cass. 1491/1943; Cass. 2183/1952; Cass. 3046/1959, si veda, per tale ricostruzione, Tabet, *L'applicazione dell'art. 20 T.U. Registro*, cit., 915.

⁽⁶⁾ Ai fautori della teoria economica si obiettava che il trattamento impositivo sarebbe arbitrariamente determinato dall'interprete in modo incompatibile con la certezza del diritto e il principio di riserva di legge *ex art. 23 Cost.*, in quanto sarebbe l'interprete a stabilire l'idoneità degli atti a manifestare una certa capacità contributiva, v. Santamaria, voce *Registro (imposta di)*, cit., 544 ss. il quale evidenzia che, del resto, gli stessi sostenitori della teoria economica ritenevano che tale impostazione dovesse essere impiegata con estrema attenzione e riporta testualmente un passaggio di Giannini A.D., *Istituzioni*, 155 che invitava ad utilizzare la predetta teoria "con la massima circospezione, per evitare di sostituire il proprio apprezzamento soggettivo alla norma posta dal legislatore".

⁽⁷⁾ In particolare, Uckmar – Dominici, voce *Registro (imposta di)*, cit. 263; Ghinassi, *Imposte di registro e di successione*, Milano, 1996, 2 ss.

impositivo, stante il mero rinvio che l'art. 1, dedicato all' "oggetto dell'imposta", si limita a fare ad altre disposizioni che individuano gli atti da sottoporre a registrazione ed in particolare alla tariffa allegata – ha avuto, giocoforza, delle ripercussioni in ordine all'individuazione del presupposto medesimo.

Nella prospettiva di una lettura combinata tra i due articoli, allora, e chiarito che gli effetti a cui attribuire rilievo in sede interpretativa sono solo quelli giuridici, il presupposto del tributo di registro è stato generalmente individuato nel compimento di un atto tra quelli soggetti a registrazione che assume, tuttavia, rilievo non sotto il profilo documentale ⁽⁸⁾, bensì, per l'appunto, in relazione ai suoi (potenziali) effetti giuridici, apprezzati dal legislatore come espressivi, sia pure indirettamente, di manifestazione di ricchezza, di forza economica e, dunque, di capacità contributiva in relazione alla loro incidenza sul patrimonio dei soggetti passivi ⁽⁹⁾.

In definitiva, a fronte di tale evoluzione, si è ritenuto che l'interpretazione dell'atto sottoposto a registrazione deve basarsi esclusivamente sugli effetti giuridici del medesimo, proprio in quanto la capacità contributiva colpita dal tributo in esame è quella espressa da determinati atti individuati dal legislatore in ragione dei loro (potenziali) effetti giuridici.

L'affermata natura dell'imposta di registro quale "imposta d'atto", in quanto colpisce la capacità contributiva espressa dall'atto da registrare, ha inizialmente portato parte della dottrina a ritenere che la sua interpretazione dovesse essere condotta attraverso una considerazione isolata dell'atto medesimo ⁽¹⁰⁾, senza far ricorso ad elementi esegetici c.d. extratestuali, ovvero non

⁽⁸⁾ A differenza dell'imposta di bollo che colpisce l'atto in quanto documento, Ferrari, voce *Registro (imposta di)*, cit., 2. In particolare, per la configurazione del presupposto del tributo che valorizza gli effetti giuridici: Ghinassi, *Imposte di registro e di successione*, cit., 2 ss.; Frasoni, *Il presupposto dell'imposta di registro*, cit., 969. In giurisprudenza, Cass. 7637/2018; Cass. 3481/2014.

⁽⁹⁾ Anche l'atto nullo, invero, soggiace ad imposizione, ancorché improduttivo di effetti giuridici, salvo, a determinate condizioni, il diritto al rimborso, per la parte eccedente la misura fissa, ove la nullità sia stata definitivamente accertata (art. 38 del T.U. registro); con specifico riferimento all'atto nullo, tale assetto viene ritenuto sistematicamente coerente, anche sul piano della giustificazione costituzionale, in relazione all'esigenza di evitare che attraverso l'esecuzione dell'atto viziato si determini la stessa situazione espressiva di capacità contributiva derivante dall'esecuzione dell'omologo atto privo del vizio. Su tali profili, Uckmar – Dominici, voce *Registro (imposta di)* cit., 261, ove, quanto all'identificazione del presupposto del tributo, si rileva "l'esistenza di un sostrato economico costituisce parametro di legittimità costituzionale di ciò che il legislatore assume essere l'effetto giuridico imponibile". In giurisprudenza, si veda, di recente, Cass. 6832/2018 che, in applicazione del principio di cui al citato art. 38, ha affermato che l'obbligo di chiedere la registrazione e di pagare la relativa imposta sussiste anche in ipotesi di nullità o annullabilità dell'atto, salvo il diritto alla restituzione (per la parte eccedente l'imposta fissa) a seguito di accertamento dell'invalidità dell'atto con sentenza passata in giudicato in ragione di un vizio non imputabile alle parti, laddove l'atto sia insuscettibile di ratifica, convalida o conferma.

⁽¹⁰⁾ Si vedano, anche per le argomentazioni in chiave sistematica, Frasoni, *Il presupposto dell'imposta di registro*, cit., 962; Zizzo, *Imposta di registro e atti collegati*, in *Rass. trib.*, 2013, 876, il quale rileva che la presenza, nel sistema dell'imposta, di disposizioni quali l'art. 21 e 22, che danno rilievo alla connessione tra diversi atti in presenza di

contemplati dall'atto medesimo ma desunti *aliunde*, in quanto ciò che rileva non è tanto o solo la comune intenzione delle parti (art. 1362 c.c.), bensì sono gli effetti giuridici che l'atto è obiettivamente potenzialmente in grado di determinare in relazione allo schema negoziale posto in essere.

In particolare, la considerazione isolata dell'atto è stata sostenuta sulla base di una interpretazione sistematica volta a valorizzare la disciplina delle disposizioni plurime contenuta nell'articolo 21 dell'imposta di registro, rubricato "*Atti che contengono più disposizioni*", secondo il quale "*1. Se un atto contiene più disposizioni che non derivano necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre, ciascuna di esse è soggetta ad imposta come se fosse un atto distinto. 2. Se le disposizioni contenute nell'atto derivano necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre, l'imposta si applica come se l'atto contenesse la sola disposizione che dà luogo alla imposizione più onerosa.*". Tale articolo legittimerebbe la considerazione unitaria di più disposizioni – lemma da intendersi non già come riferito alle singole obbligazioni ma come riferito all'intero contratto o atto giuridico previsto dalla tariffa ⁽¹¹⁾ – se contenute nel medesimo contesto documentale e se derivanti necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre, ovvero, come comunemente si interpreta tale locuzione, in ipotesi di negozio complesso, contrassegnato da causa unica ⁽¹²⁾.

Nella prospettiva della considerazione isolata dell'atto, ulteriori indicazioni sono state ricavate dal successivo articolo 22, rubricato "*enunciazione di atti non registrati*", a mente del quale: "*1. Se in un atto sono enunciate disposizioni contenute in atti scritti o contratti verbali non registrati e posti in essere fra le stesse parti intervenute nell'atto che contiene la enunciazione, l'imposta si applica anche alle disposizioni enunciate.*", in quanto letto nel senso che la rilevanza autonoma, ai

determinati presupposti, significherebbe che tale rilevanza non potrebbe essere fatta discendere, in generale, dall'art. 20. Nella prospettiva del superamento delle obiezioni fondate sugli artt. 21 e 22, di recente, Cannizzaro, *Autonomia e pluralità di disposizioni nell'imposta di registro: contributo ad una riflessione in chiave evolutiva*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 278 ss., v. anche *infra*, nel testo.

⁽¹¹⁾ Per l'evoluzione dell'interpretazione del concetto di "disposizione", quale unità minima impositiva, dall'originario riferimento alla singola attribuzione contrattuale al successivo riferimento al negozio giuridico si veda, di recente, la ricognizione svolta da Cannizzaro, *Autonomia e pluralità di disposizioni*, cit., 278 ss.; l'Autrice, indagando la possibile rilevanza del collegamento negoziale, prospetta anche una lettura in chiave evolutiva di tale lemma come convenzione negoziale a struttura tanto semplice quanto complessa, a prescindere dall'*instrumentum*, ovvero dall'unicità documentale, irrilevante, nella prospettiva seguita, nell'applicazione del tributo, v. anche *infra*, nel testo.

Si tratta di un approdo coerente con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che, sul presupposto che il concetto di "atto" non identifica il mero contesto documentale, ha interpretato la locuzione "atti presentati alla registrazione", di cui al previgente testo dell'art. 20, come riferibile anche all'insieme dei negozi collegati, v. Stalla, sub *L'imposta di registro*, cit., 278, che richiama in particolare Cass. 10743/2013; Cass. 6405/2014; Cass. 25001/2015.

⁽¹²⁾ Cass. 15774/2017; Cass. 22899/2014.

fini impositivi, dei singoli atti o negozi, sussiste anche in ipotesi in cui l'uno enunci l'altro, a prescindere da un collegamento funzionale tra loro.

Tuttavia, già un orientamento risalente, in particolare in giurisprudenza, aveva prospettato che fosse possibile attribuire rilevanza al collegamento negoziale, in presenza di una pluralità di negozi funzionalmente collegati al fine di produrre un unico effetto giuridico finale ⁽¹³⁾, orientamento, come si vedrà nel prosieguo, coltivato dalla giurisprudenza sino a divenire diritto vivente ⁽¹⁴⁾ e che, di recente, ha fatto breccia anche in parte della dottrina.

Sin qui, a ben vedere, l'art. 20 è stato riguardato quale norma di interpretazione e, dunque, di qualificazione degli "atti presentati alla registrazione", secondo l'antevigente locuzione impiegata nel testo della disposizione. Ma la valenza sistematica dell'art. 20, per un'ampia parentesi temporale, si è arricchita, sul piano dell'applicazione dell'imposta, assumendo anche una spiccata funzione antielusiva ⁽¹⁵⁾.

Ed invero, affermatosi anche nell'ordinamento tributario il divieto dell'abuso del diritto – fenomeno che in ambito fiscale si sostanzia, nella sintesi imposta da queste brevi note, nel conseguimento di benefici fiscali attraverso un impiego di strumenti giuridici che, seppur non contrastante con alcuna specifica disposizione, risulta privo di ragioni economicamente apprezzabili che lo giustificano e strumentale al solo perseguimento di quei benefici e che legittima, da parte dell'amministrazione finanziaria, il disconoscimento di tali benefici fiscali indebiti con ripresa a tassazione in relazione alla fattispecie elusa – ⁽¹⁶⁾, la disposizione in commento, che impone di

⁽¹³⁾ Sul punto, Uckmar – Dominici, voce *Registro (imposta di)*, cit., che richiama Cass. 4994/1991. Si vedano, del resto, per la rilevanza del collegamento negoziale, tra le sentenze più risalenti, anche Cass. 5563/1980 e Cass. 5693/1978. Nella dottrina più recente, si vedano Frasoni, *Il presupposto dell'imposta*, cit., 973; Canizzaro, *Autonomia e pluralità di disposizioni*, cit., 286; Padovani, *Imposta di registro e collegamento negoziale nel pensiero della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2014, 237. In senso contrario alla predetta rilevanza, si vedano: Marongiu, *L'elusione nell'imposta di registro tra abuso del "diritto" e abuso di potere*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, I, 1077; Tesauo, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Torino, 2012, 273; Boria, *Il sistema tributario*, Torino, 758; Girelli, *Abuso del diritto e imposta di registro*, Torino, 2012, 61.

⁽¹⁴⁾ Si veda l'ampia ricognizione di Stalla, sub *L'imposta di registro*, cit. 277.

⁽¹⁵⁾ Applicazione in termini antielusivi che si fa risalire a Cass. 14900/2001. A partire da Cass. 15319/2013 la Cassazione ha sostenuto costantemente la natura non antielusiva della disposizione in commento. Anche tale arresto, ormai, può considerarsi diritto vivente, si vedano Cass. 13610/2018; Cass. 8619/2018; Cass. 21676/2017; Cass. 6758/2017; Cass. 2054/2017; Cass. 18454/2016; Cass. 24594/2015; Cass. 1955/2015; Cass. 6835/2013. Si sottolinea, altresì, che l'art. 20 opera su un piano diverso anche dall'istituto della simulazione, posto che la riqualificazione ex art. 20 apprezza gli effetti oggettivamente prodotti dal negozio o dal collegamento negoziale, a prescindere dall'effettiva volontà delle parti di porre in essere quel negozio o quel collegamento negoziale v. Cass. 5748/2018 che richiama Cass. 2050/2017; Cass. 9585/2016; Cass. 19211/2016; Cass. 9573/2016; Cass. 18454/2016.

⁽¹⁶⁾ Il percorso che ha portato all'affermazione del principio, oggi sancito in via generale dall'art. 10 bis della l. 212/2000, c.d. Statuto dei diritti del contribuente, introdotto dal d.lgs. 128/15, è stato complesso, v. le considerazioni di Stalla, sub *Imposta di registro*, cit. 287; l'Autore richiama, per i tributi non armonizzati, l'orientamento espresso da

valutare non solo gli effetti giuridici ma anche, in particolare, l'intrinseca natura degli atti soggetti a registrazione, è stata utilizzata per individuare ipotesi in cui le parti evitano l'applicazione dell'imposta o di una maggiore imposta di registro attraverso il ricorso a costruzioni negoziali complesse, non contemplate nella loro unitaria strutturazione dal sistema dell'imposta di registro, comportanti effetti ritenuti equivalenti a quelli di atti ivi espressamente contemplati.

In altri termini, la formulazione dell'art. 20, che attribuisce chiara preminenza alla sostanza sulla forma giuridica adottata, è stata ritenuta idonea a superare il tipo negoziale, quand'anche correttamente qualificato alla luce degli ordinari criteri ermeneutici, per individuare ipotesi in cui lo scopo pratico perseguito dalle parti consiste nella realizzazione di un assetto di interessi sostanzialmente equivalente a quello realizzabile attraverso una fattispecie assoggettata ad imposizione o a maggior imposizione.

In via esemplificativa, si consideri una delle ipotesi che più frequentemente ricorre nella casistica giurisprudenziale ⁽¹⁷⁾: il conferimento d'azienda in una società seguito dalla cessione di partecipazioni sociali dei conferenti (ipotesi entrambe assoggettate ad imposta fissa di registro). Tale operazione, sussistendo il collegamento negoziale tra l'atto di conferimento e l'atto di cessione, è stata complessivamente (ri)qualificata ai fini dell'imposta di registro come cessione dell'azienda (assoggettata ad imposizione proporzionale).

Si è rilevato che, in tal modo, si opera una sorta di sostituzione di fattispecie, in quanto l'imposizione viene determinata non in relazione alla fattispecie effettivamente posta in essere in concreto, ma in relazione ad altra più gravosa ritenuta equivalente *quoad effectum*. Peraltro, questa

Cass. SS.UU. 30055/2008, che ha ritenuto la sussistenza di un principio generale antiabuso quale estrinsecazione dei principi costituzionali di capacità contributiva e progressività dell'imposizione e che ha specificato e integrato l'orientamento della Suprema Corte che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 37 *bis* d.p.r. 600/73 – disposizione antielusiva collocata nell'ambito dell'accertamento delle imposte sui redditi e abrogata dal citato art. 10 *bis* –, aveva riconosciuto l'esistenza nell'ordinamento interno di un principio tendenziale antielusivo derivante dai principi dell'ordinamento comunitario e dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, v. Cass. 20398/2005.

⁽¹⁷⁾ Per la ricognizione della casistica giurisprudenziale in ordine alle più significative ipotesi di riqualificazione *ex art. 20*, in particolare in considerazione del collegamento negoziale, v. Stalla, *op. cit.*, 279, il quale annovera, in particolare, le seguenti ipotesi: il collegamento negoziale tra mutuo ipotecario e conferimento alla società dell'immobile su cui grava l'ipoteca, anche senza successiva cessione di quote societarie, riqualificato come vendita (Cass. 4589/2018; Cass. 7637/2018); le vendite separate, ma collegate, di beni funzionalmente suscettibili di destinazione ed organizzazione produttiva unitaria, riqualificate come cessione di azienda (Cass. 1955/2015; Cass. 17965/2013; Cass. 31069/2017); la cessione totalitaria delle quote di una società operativa, riqualificata come cessione di azienda (Cass. 24594/2015); l'operazione che si articola nel finanziamento della società contribuente, nell'apporto del patrimonio immobiliare di questa ad un fondo comune di investimento immobiliare verso accollo liberatorio del finanziamento da parte della società di gestione del fondo, nell'attribuzione alla società apportante di quote di partecipazione al fondo per un ammontare molto inferiore al valore finanziato, nella cessione delle quote ad altri partecipanti o investitori, operazione riqualificata come cessione onerosa (Cass. 15319/2013).

è l'essenza della speciale tipologia di accertamento antielusivo, che, tuttavia, deve ritenersi legittimo in quanto ne ricorrano tutti i presupposti ⁽¹⁸⁾.

Ed invero, la progressiva elaborazione giurisprudenziale ha successivamente chiarito che l'art. 20, ancorché ispirato anche a generiche finalità antielusive, non ha, nell'ambito dell'imposta di registro, natura di disposizione antielusiva in senso stretto, posto che prescinde dalla sussistenza di un intento elusivo o dalla constatazione di un uso "distorto" delle forme negoziali in assenza di valide ragioni economiche, funzionale al solo perseguimento di un risparmio di imposta. Tali profili, tipicamente connessi all'accertamento dell'elusione, non trovano riscontri nella formulazione normativa dell'art. 20 che, quindi, secondo l'orientamento di legittimità ormai consolidato, deve più propriamente ritenersi destinata ad operare esclusivamente sul piano dell'interpretazione e della qualificazione degli atti ⁽¹⁹⁾.

Ne discende, altresì, la non obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale, come generalmente previsto dalle disposizioni antielusive e come invero attualmente previsto, a pena di nullità dell'atto impositivo, dall'art. 10 *bis* l. 212/2000, c.d. Statuto dei diritti del contribuente, introdotto dal d.lgs. 128/2015, che impone, altresì, in capo all'amministrazione finanziaria, precisi oneri di motivazione dell'atto impositivo, a pena di nullità del medesimo, e di prova della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio.

3. L'art. 20 in una prospettiva evolutiva ...

L'art. 20, ancorché confinato nell'ambito della mera interpretazione e qualificazione degli atti, ha costituito lo strumento per un tentativo di superamento della rilevata inadeguatezza delle

⁽¹⁸⁾ Mastroiacovo, *Abuso del diritto o elusione nell'imposta di registro e negli altri tributi indiretti*, in AA.VV., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Torino, 2016, 243 ss.; Gallo, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, 2015, 1322, nt.7, ove si rileva che l'utilizzo dell'art. 20 per rendere inopponibile al Fisco lo schema negoziale formalmente adottato in relazione agli effetti economici equivale ad un utilizzo del predetto art. 20 per raggiungere l'effetto che costituisce il *quid proprium* delle norme antielusive: sicché l'attribuzione di rilevanza agli effetti economici degli atti da registrare presupporrebbe, coerentemente, l'attribuzione all'art. 20 di una funzione antielusiva.

⁽¹⁹⁾ Come ricordato alla nota 15, a partire da Cass.15319/2013 si è formato un diritto vivente secondo cui l'art. 20 è norma che opera sul piano dell'interpretazione e non propriamente su quello antielusivo, si vedano, *ex multis*, le già citate Cass. 13610/2018; Cass. 8619/2018; Cass. 21676/2017; Cass. 6758/2017; Cass. 2054/2017; Cass. 18454/2016; Cass. 24594/2015; Cass. 1955/2015; Cass. 6835/2013. Secondo questo orientamento, ancorché norma priva di funzione antielusiva, l'art. 20 consente di riqualificare l'operazione posta in essere in base al dato giuridico reale.

previsioni del tributo in esame, rimaste sostanzialmente inalterate nel tempo, a fronte della sempre maggiore complessità dei traffici commerciali ⁽²⁰⁾.

In tale contesto, la perpetuazione della ricostruzione dell'imposta di registro quale "imposta d'atto" che non consente di colpire la capacità contributiva espressa da assetti negoziali complessi, unificati sul piano funzionale, è stata avvertita come non più rispondente alla moderna realtà socio-economica, in cui le parti, con operazioni negoziali anche molto sofisticate, ma non espressamente regolamentate dal tributo in esame, realizzano assetti di interessi suscettibili di risultare in concreto equivalenti a quelli corrispondenti agli effetti giuridici espressamente assoggettati ad imposizione.

La giurisprudenza di legittimità ha, dunque, continuato ad esplorare le potenzialità dell'art. 20, pur, come detto, dichiaratamente riguardato in chiave di norma meramente interpretativa, a fungere da, come è stato efficacemente osservato anche in dottrina ⁽²¹⁾, "*clausola di autoadattamento*" del sistema dell'imposta di registro al mutato contesto socio-economico ed è, negli ultimi anni, rimasta costante – dando luogo, come già emerso, alla formazione di un vero e proprio diritto vivente – nel ribadire che – nella prospettiva di una interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto dei principi di uguaglianza e di capacità contributiva (art. 3 e art. 53 Cost.) e in considerazione dell'evoluzione del tributo da tassa dovuta a fronte del servizio pubblico di archiviazione, conservazione e attribuzione di data certa all'atto, ad imposta dovuta in relazione alla forza economica di cui l'atto è espressione – la ricostruzione dell'obiettivo portata dall'attività negoziale posta in essere dalle parti non può prescindere, innanzitutto, dall'attribuzione di rilevanza al collegamento negoziale.

La giurisprudenza di legittimità ha, invero, evidenziato che, posto che l'atto soggetto a registrazione non si identifica con il documento bensì con l'assetto negoziale, il principio interpretativo di prevalenza della sostanza sulla forma ricavabile dall'art. 20 in commento impone, laddove l'assetto negoziale si articola in una pluralità di negozi collegati, il suo apprezzamento unitario (del resto, il testo originario dell'articolo 20 conteneva la locuzione, significativamente al plurale, "*atti presentati alla registrazione*"). In tale prospettiva, si è ritenuto di superare le obiezioni fondate sugli artt. 23 e 41 Cost., posto che la considerazione unitaria della pluralità degli atti di autonomia negoziale tra loro collegati risulterebbe avere, in tale prospettiva, base legale e non interferirebbe con l'autonomia negoziale delle parti, poiché i contratti restano validi ed efficaci *inter*

⁽²⁰⁾ Rilevano tale inadeguatezza, in particolare, Frasoni, *Il presupposto dell'imposta*, cit., 956; Cannizzaro, *Autonomia e pluralità di disposizioni*, cit., 278 ss.; Tabet, *L'applicazione dell'art. 20 T.U.*, cit., 920.

⁽²¹⁾ Cannizzaro, *Autonomia e pluralità di disposizioni*, cit., 286.

partes, ma vengono riqualificati ai soli fini fiscali, profilo non demandabile alla discrezionalità delle parti anche in relazione al principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria ⁽²²⁾.

In particolare, proprio in relazione al principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, corollario anch'esso del principio di capacità contributiva *ex art. 53 Cost.*, si osserva che le regole civilistiche di interpretazione del contratto *ex art. 1362 ss. c.c.*, incentrate sulla ricerca della comune intenzione delle parti, non risultano, di per sé sole, dirimenti in ambito fiscale, come fatto palese proprio dalla formulazione dell'art. 20 in esame, da cui si ricava la preminenza degli oggettivi effetti che la regolamentazione negoziale produce, a prescindere dalla volontà delle parti di produrli ovvero dal loro accordo per produrre un determinato risultato fiscale ⁽²³⁾. In sede di qualificazione negoziale a fini impositivi, invero, “*gli stessi concetti privatistici sull'autonomia negoziale regrediscono a semplici elementi della fattispecie tributaria*” ⁽²⁴⁾.

In tale prospettiva di indagine dell'oggettiva portata dell'assetto di interessi delle parti, la giurisprudenza di legittimità ha fatto applicazione anche in ambito tributario della teorica della causa in concreto, il cui impiego giurisprudenziale in ambito civilistico si è andato via via sempre più affermando ⁽²⁵⁾ e che, superando la tradizionale concezione della causa come funzione economico – sociale, attribuisce rilievo, nella brevità imposta dalle presenti note, agli interessi di

⁽²²⁾ Si veda l'ampia ricognizione di Stalla, sub *L'imposta di registro*, cit., 278, il quale osserva che, viceversa, non sussiste la necessità di far riferimento ad elementi esterni e collegati all'atto sottoposto registrazione nell'ipotesi di atti di natura non negoziale ed in particolare con riferimento alle sentenze o ai lodi arbitrali, ipotesi in cui è necessario limitarsi ai soli effetti e contenuti che emergono dal provvedimento, v. Cass. 15918/2011.

La configurazione di un collegamento negoziale - il cui accertamento in concreto integra una questione di fatto demandata al giudice di merito con apprezzamento non sindacabile in sede di legittimità se correttamente e congruamente motivato, v. Cass. 7637/2018; Cass. 11974/2010 – comporta delle ricadute innanzitutto sul piano dell'identificazione dei soggetti passivi: se, *ex art. 57*, comma 1, d.p.r. 131/1986, tenute all'adempimento dell'obbligazione di pagamento dell'imposta di registro sono le parti in solido tra loro (c.d. solidarietà paritetica, in quanto il presupposto del tributo è riferibile a tutti i condebitori), nell'ipotesi in cui si ravvisi un collegamento negoziale in forza di riqualificazione *ex art. 20*, devono ritenersi obbligate in solido tutte le parti che abbiano partecipato ai distinti negozi avvinti da collegamento, v. Delli Priscoli, sub *L'imposta di registro*, cit., 269, che richiama Cass. 12909/2018. Sul piano procedimentale, il collegamento rileva ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del termine di decadenza dal potere impositivo che, in tale prospettiva, dovrebbe individuarsi avuto riguardo all'ultimo atto della sequenza negoziale, v. Cass. 11474/2018 e Cass. 25001/2015, nonché dell'individuazione della competenza territoriale che, viceversa, viene radicata dal primo degli atti della sequenza, v. Cass. 8792/2017, richiamate da Stalla, sub *L'imposta di registro*, cit., 282.

⁽²³⁾ Stalla, sub *Imposta di registro*, cit., 291 che richiama Cass. 23584/2012; di recente, v. Cass. 2009/2018; Cass. 4407/18.

⁽²⁴⁾ Cass. 7637/2018; Cass. 2007/2018; Cass. 19752/2013; Cass. 10660/2003, Cass. 14900/2001.

⁽²⁵⁾ La letteratura sull'argomento è ampia. Nella sintesi del presente scritto si richiama Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss. e la giurisprudenza civilistica ivi richiamata.

In ambito tributario, ai fini dell'applicazione dell'art. 20 hanno richiamato il concetto di causa concreta, di recente, Cass. 7649/2018; Cass. 4590/2018; Cass. 4407/2018; Cass. 2007/2018; Cass. 6758/2017; Cass. 11692/2016.

cui le parti sono portatrici nella singola e concreta vicenda contrattuale, per giungere ad una nozione di causa come funzione economico-individuale della negoziazione medesima, ovvero come funzione pratica che le parti hanno effettivamente e concretamente attribuito al loro accordo e, dunque, in definitiva, come la sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato.

Ebbene, nella prospettiva della causa concreta, laddove emerga che lo scopo pratico perseguito dalle parti di un determinato assetto contrattuale (nell'esempio tratto dalla casistica giurisprudenziale sopra enunciato, il conferimento d'azienda funzionalmente collegato alla cessione di partecipazioni della società conferitaria) sia quello di realizzare effetti corrispondenti a quelli di una diversa fattispecie assoggettata a maggior imposizione (nell'esempio, una cessione d'azienda), è stato dalla giurisprudenza ritenuto corretto applicare la tassazione corrispondente a tale diversa fattispecie, per l'appunto individuata come lo scopo pratico, la ragione concreta che le parti hanno perseguito con la loro negoziazione.

In tale prospettiva, dunque, la teorica della causa concreta viene impiegata sul piano della qualificazione e dell'interpretazione degli atti da sottoporre a registrazione, alla ricerca della sintesi degli interessi ivi oggettivati: ecco che, allora, in presenza di più atti funzionalmente collegati per la realizzazione di un'operazione economica complessiva, la qualificazione giuridica ai fini impositivi deve, giocoforza rispondere alla causa concreta dell'operazione negoziale complessiva: *“La qualificazione interpretativa prescritta dal citato art. 20 ha ad oggetto la causa dell'atto, nella sua dimensione reale, concreta e oggettiva”* ⁽²⁶⁾.

Un tanto, inoltre, secondo tale orientamento, giustifica – con acuto parallelismo all'assoggettabilità a sanzione penale, ex art. 110 c.p., del concorrente che abbia posto in essere anche solo un frammento della complessiva condotta criminosa, purché causalmente rilevante – l'assoggettamento all'imposizione relativa alla complessiva operazione negoziale posta in essere anche di quelle parti che abbiano stipulato solo uno degli atti della sequenza avvinta da

⁽²⁶⁾ v. Cass. 4407/2018 e Cass. 4590/2018 che aggiungono: *“...quando gli atti sono plurimi e funzionalmente collegati, quando cioè la causa tipica di ciascuno è in funzione di un programma negoziale che la trascende, non può rilevare che la causa concreta dell'operazione complessiva, ossia la sintesi degli interessi oggettivati nell'operazione economica ... e la regolamentazione degli interessi effettivamente perseguita dai contraenti così come emerge obiettivamente dai negozi posti in essere, anche se mediante una pluralità di pattuizioni non contestuali”* e richiamano Cass. 1955/2015; Cass. 14611/2005; Cass. 14900/2001.

collegamento negoziale, laddove, dall'operazione complessiva posta in essere anche da altre parti, esse abbiano ritratto un beneficio oggettivamente apprezzabile ⁽²⁷⁾.

In definitiva, la rilevanza sul piano della qualificazione negoziale della teorica della causa in concreto giustifica sia la considerazione unitaria della pluralità degli atti collegati ai fini dell'individuazione della fattispecie imponibile, sia l'imputazione soggettiva dei relativi effetti, unitariamente considerati, a tutte le parti (anche non coincidenti) degli atti medesimi.

Anche nell'ambito della dottrina tributaria si registrano, di recente, tentativi di sostenere la rilevanza ai fini impositivi del collegamento negoziale alla luce della teorica della causa in concreto, considerata quale elemento unificante della complessiva operazione economica realizzata dalle parti attraverso il collegamento negoziale, richiamando, in tale ottica, anche la dottrina civilistica che prospetta l'"operazione economica" quale categoria concettuale e giuridica, funzionale a coglierne gli effetti in termini di risultato complessivo.

In tale prospettiva, e ribadito che l'imposta non colpisce l'atto in quanto documento, la dottrina in esame prospetta una lettura in senso evolutivo del lemma "disposizione", unità minima a cui applicare l'imposta, che si ritiene potrebbe indicare una convenzione negoziale non solo a struttura semplice, ma, altresì, "a struttura complessa", a prescindere dalla veste documentale ⁽²⁸⁾. Nell'ambito del medesimo ragionamento, si superano in via interpretativa le sopra richiamate asserite preclusioni sistematiche alla rilevanza del collegamento negoziale derivanti dai citati artt. 21 e 22 del d.p.r. 131/1986, a cui si attribuisce la funzione di sancire, nelle ipotesi ivi considerate, l'irrilevanza dell'unicità documentale ai fini dell'applicazione del tributo, ma non, altresì, quella di escludere, in generale, a prescindere dall'unicità o pluralità documentale, la considerazione unitaria, ai fini impositivi, dell'espressione dell'autonomia negoziale che si articola in una pluralità di negozi diretti a realizzare un unitario assetto di interessi.

In particolare, l'art. 21, comma 1, contiene la regola dell'autonoma tassazione di una pluralità di "disposizioni", non avvinte da collegamento necessario, contenute nel medesimo documento, da

⁽²⁷⁾ v. le citate Cass. 4407/2018 e Cass. 4590/2018.

⁽²⁸⁾ In tali termini, v. Cannizzaro, *Autonomia e pluralità di disposizioni*, cit. 292 che richiama Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 93 ss., il quale prospetta la rilevanza dell' "operazione economica" non già sul piano meramente descrittivo, ma altresì sul piano sistematico ed applicativo; in particolare, l'Autore rileva che l'operazione economica, quale "*schema unificante l'intero assetto di interessi disegnato dall'autonomia privata, penetra all'interno delle singole cause che compongono il collegamento negoziale, qualificandole in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli schemi negoziali*": operazione economica, dunque, quale categoria giuridica che esprime, nell'ambito della teorica della causa in concreto, l'unità formale dell'operazione.

cui emerge unicamente l'irrelevanza della loro contestualità documentale, ma da cui non sarebbe dato ricavare, *a contrario*, l'irrelevanza ai fini impositivi del collegamento volontario: in altri termini, più convenzioni negoziali – ancorché contenute nel medesimo documento – restano plurime anche ai fini impositivi se esse, secondo la prospettiva ermeneutica che caratterizza il settore e di cui sopra si è detto, possono ritenersi effettivamente distinte, ma, in base all'articolo medesimo, non sarebbe dato escludere che, laddove le parti abbiano istituito un collegamento funzionale tra le convenzioni medesime, esse non possano essere apprezzate unitariamente ai fini impositivi. Quanto all'art. 22, si rileva che la finalità della disposizione è quella di sancire l'irrelevanza ai fini impositivi della contestualità documentale nel caso in cui un negozio ne enunci un altro, ma esso non detta un criterio interpretativo per il loro apprezzamento atomistico o in termini unitari laddove sussista un collegamento negoziale volontario ⁽²⁹⁾.

4. (segue) ... e gli evidenziati profili di criticità.

Ragionando nella prospettiva della causa concreta – che implica l'accertamento degli interessi presenti nel caso singolo ed in vista dei quali le parti concludono quella specifica operazione, come in concreto congegnata -, è innegabile che la funzione pratica complessiva perseguita dalle parti possa risultare, alla luce di tutte le circostanze, in primo luogo, per rimanere nell'esempio, quella di trasferire l'azienda percependo il relativo corrispettivo. Tuttavia, laddove emerga che le parti perseguono, nel contempo, anche lo scopo pratico di realizzare un risparmio fiscale attraverso l'impiego di un assetto negoziale anziché di un altro, ebbene, nella prospettiva della causa concreta, dovrebbe ritenersi che anche tale interesse permea, in virtù della specifica nozione adottata, l'elemento causale ⁽³⁰⁾.

Ma, allora, se nella individuazione della causa concreta deve tenersi conto anche dell'interesse a realizzare un risparmio fiscale, il terreno di indagine potrebbe spostarsi nuovamente verso la liceità o meno di tale risparmio di imposta e, dunque, in definitiva, sul terreno del contrasto all'elusione: secondo i principi generali, il risparmio sarà lecito in presenza di valide ragioni

⁽²⁹⁾ In ordine a tali argomentazioni, v. Cannizzaro, *op.cit.*, 295 ss. Del resto, l'Autrice rileva che il sistema dell'imposta conosce ipotesi volte a disciplinare una pluralità di atti relativi ad una medesima vicenda giuridica, come avviene in relazione all'ipotesi della sequenza contratto preliminare – contratto definitivo, all'ipotesi del contratto condizionato e all'ipotesi degli atti solutori relativi ad un rapporto già sorto che avvengano attraverso atti di trasferimento immobiliare non contestuali. In ordine all'apprezzamento dell'unitarietà logico – giuridica della sequenza preliminare – definitivo anche agli effetti fiscali, v. Cass. 30192/2017.

⁽³⁰⁾ Come rileva Roppo, *Causa concreta*, cit., 977.

economiche extrafiscali, mentre dovrà, per l'appunto, qualificarsi come indebitato nel caso contrario, con conseguente applicazione della tassazione in base alla fattispecie elusa ⁽³¹⁾.

In altri termini, se l'adesione alla teorica della causa in concreto implica attribuire rilievo causale anche all'interesse delle parti al risparmio di imposta che consegue all'adozione di un determinato schema negoziale, potrebbe obiettarsi che il superamento, ai fini impositivi, del predetto schema negoziale debba, allora, passare attraverso la contestazione dell'elusione, che, come sopra già emerso, implica in capo all'amministrazione finanziaria ben precisi oneri di allegazione, di prova e procedimentali.

Ma, come si è visto, costituisce approdo interpretativo attualmente condiviso, sia in giurisprudenza che in dottrina, quello per cui l'art. 20 non ha natura antielusiva.

Viceversa, lo sforzo giurisprudenziale di perseguire obiettivi di coerenza sistematica sul piano del principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost. assoggettando alla medesima imposizione fattispecie ritenute equiparabili *quoad effectum*, non è stato, in genere, condiviso in dottrina con riferimento alle ipotesi in cui l'equiparazione tra fattispecie ai fini impositivi travalichi l'equivalenza degli effetti giuridici per apprezzare anche quelli esclusivamente economici ⁽³²⁾.

In particolare, nella prospettiva (anche questa non unanimemente accolta in dottrina nella vigenza del precedente testo dell'art. 20) di rilevanza del collegamento negoziale ai fini dell'imposta di registro ⁽³³⁾, si è evidenziato che la tassazione unitaria dell'operazione negoziale posta in essere dalle parti non può che considerare, laddove ravvisabile, l'unitario effetto giuridico eventualmente riconducibile ad uno degli effetti giuridici espressamente presi in considerazione dal legislatore, ma il collegamento negoziale non potrà rilevare in sede fiscale laddove determini solo dal punto di vista economico effetti ritenuti equivalenti a quelli di una fattispecie impositiva

⁽³¹⁾ Dopo un iniziale periodo in cui il tema dell'elusione fiscale è stato affrontato in termini civilistici *sub specie* di nullità del negozio per mancanza o illiceità della causa – si vedano, in via esemplificativa, Cass. 22932/2005 e Cass. 30057/2008 –, da ultimo si sostiene che l'elusione fiscale non comporta la nullità del negozio in sede civilistica per difetto/illiceità della causa, anche in relazione alla previsione di cui all'art. 10, comma 3, dello Statuto dei diritti del contribuente, a mente del quale “*le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto*”, si veda Roppo, *Causa concreta*, cit., 978; in giurisprudenza si veda Cass. 5612/2017.

⁽³²⁾ Tabet, *L'applicazione dell'art. 20 T.U.*, cit. 921; Zizzo, *Imposta di registro e atti collegati*, in *Rass trib.*, 2013, 874 ss.; Mastroiacovo, *Abuso del diritto e interpretazione degli atti*, consultabile sul sito www.treccani.it.

⁽³³⁾ In dottrina si colgono, invero, aperture all'apprezzamento del collegamento negoziale, nell'ambito della sola considerazione degli effetti giuridici e non senza prospettare criticità sul piano dell'applicazione dell'imposta, ancora congegnata con riferimento al singolo atto, v. Franson, *Il presupposto dell'imposta*, cit., 973; Cannizzaro, *Autonomia e pluralità di disposizioni*, cit., 286; Padovani, *Imposta di registro e collegamento negoziale nel pensiero della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2014, 237. Come già in precedenza ricordato, in senso contrario, v. Marongiu, *L'elusione nell'imposta*, cit., 1077; Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, cit., 273; Boria, *Il sistema tributario*, cit., 758; Girelli, *Abuso del diritto*, cit., 61.

prevista, pervenendosi altrimenti ad una equiparazione/sostituzione di fattispecie non consentita *ex art. 23 Cost.* ⁽³⁴⁾.

Invero, secondo questo orientamento dottrinale in alcune delle ipotesi che ricorrono nella prassi non vi sarebbe identità di effetti giuridici tra fattispecie formalmente posta in essere e quella rispetto alla quale si opera l'equiparazione a fini impositivi ma, tutt'al più, solo possibile identità di effetti economici.

Nell'esempio di cui sopra – conferimento di azienda in società collegato al trasferimento delle partecipazioni nella predetta società – la dottrina in esame rileva una disomogeneità di effetti giuridici rispetto alla cessione onerosa dell'azienda, osservando, in particolare, che nella sequenza negoziale posta in essere dalle parti non si ravvisa *tout court* una cessione dell'azienda verso il corrispettivo di una somma di denaro, ma si ha, nel primo negozio, il trasferimento dell'azienda verso una partecipazione nella società conferitaria, e, nel secondo negozio, il trasferimento della partecipazione societaria verso il corrispettivo di una somma di denaro. È ben vero, osserva questo orientamento, che, dal punto di vista economico, l'acquisizione di una partecipazione totalitaria o di controllo in una società che detiene determinati beni è suscettibile di essere considerata fungibile rispetto all'acquisto diretto dei beni medesimi; tuttavia, da un punto di vista giuridico, gli effetti della circolazione diretta o indiretta dell'azienda rimangono non equiparabili e si apprezzano, in particolare, sul piano della responsabilità dell'acquirente per le passività connesse all'azienda, delle regole di imputazione del reddito prodotto e della relativa disciplina impositiva, del concorso dei creditori sui beni aziendali.

In tale prospettiva, questa dottrina ritiene che la tassazione dell'intera operazione come se le parti avessero realizzato una compravendita del compendio conferito rischia di riproporre, nel momento in cui si equiparano fattispecie che solo sul piano economico presentano effetti fungibili,

⁽³⁴⁾ Si vedano, in particolare, sul punto, Zizzo, *Imposta di registro e atti collegati*, cit., 878 ss.; Fanni, *L'art. 20 del T.U.R. tra natura antielusiva e valutazione degli effetti giuridici degli atti nella circolazione indiretta delle aziende*, in *GT- giur.trib.*, 2014, 502 ss; Id., *La Cassazione rivede i suoi precedenti sull'art. 20 T.U.R. e sulla circolazione indiretta dell'azienda: c'è luce in fondo al tunnel?* in *GT-giur. trib.*, 2017, 227 ss. In giurisprudenza non ha avuto seguito l'orientamento espresso da Cass. 2054/2017 che, sul rilievo che l'attività di interpretazione e qualificazione consentita dall'art. 20 non può travalicare lo schema negoziale tipico nel quale l'atto risulta inquadrabile, ha negato la riqualicabilità dei negozi collegati che realizzano una circolazione indiretta dell'azienda in cessione (diretta) dell'azienda medesima, rilevando che, ancorché gli effetti economici siano suscettibili di essere ritenuti equivalenti, le due operazioni divergono quanto ad effetti giuridici. Invero, la giurisprudenza successiva ha ribadito l'orientamento dominante, rilevando che tale isolato precedente che mal si concilia con il principio costituzionale di capacità contributiva, con l'evoluzione del tributo in questione della natura di tassa a quella di imposta, con l'evoluzione giurisprudenziale in materia della configurabilità della causa come causa concreta, v. in particolare Cass. 7637/2018; Cass. 8619/2018.

la teorica dell'interpretazione funzionale dell'atto, abbandonata a seguito della scelta legislativa di attribuire rilevanza ai soli effetti giuridici dell'atto da registrare, e di non armonizzarsi, proprio nel momento in cui si ricerca una coerenza sistematica alla luce del parametro della capacità contributiva *ex art. 53 Cost.*, con il diverso parametro costituzionale della riserva di legge *ex art. 23 Cost.* in quanto l'interprete, valutando caso per caso e dando rilievo anche ad effetti meramente economici, opera una equiparazione a fini impositivi non prevista dal legislatore, al di fuori dell'ambito dell'accertamento antielusivo, come detto, attualmente previsto dall'art. 10 *bis* l. 212/2000, c.d. Statuto dei diritti del contribuente, introdotto dal d.lgs. 128/15.

5. I recenti interventi legislativi e il “nuovo” art. 20

A fronte di questo panorama, come detto, nel 2017 il legislatore è intervenuto sulla disposizione dell'art. 20 sostituendo, quale oggetto a cui applicare l'imposta e, quindi, da interpretare secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici, l'espressione “*atti presentati alla registrazione*” con l'espressione “*atto presentato alla registrazione*” ed ha aggiunto che la predetta interpretazione deve avvenire “*sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extratestuali e dagli atti ad esso collegati*”.

Non v'è dubbio che, così interpolata, l'attuale disposizione dell'art. 20 sia chiara nell'imporre la considerazione isolata dell'atto presentato alla registrazione⁽³⁵⁾ e nell'escludere, in particolare, la rilevanza del collegamento negoziale, vanificando gli sforzi giurisprudenziali (ma, come si è visto, di recente emersi anche in parte della dottrina) di pervenire, per via interpretativa, ad una applicazione del tributo di registro adeguata alla complessità dei traffici moderni.

In altri termini, il legislatore, anziché intervenire sulle disposizioni, in particolare sostanziali, del tributo di registro per tener conto della forza economica, espressiva di capacità contributiva, sottesa in particolare alle fattispecie di collegamento negoziale che realizzano vicende di circolazione indiretta di beni (anche) attraverso lo strumento societario, ha scelto di ricondurre l'imposta di registro alla concezione di “imposta d'atto” da applicarsi – salve le ipotesi espressamente previste – in relazione al solo contenuto e agli effetti giuridici del singolo atto.

Ne deriva, certamente, una più netta perimetrazione dell'ambito di applicazione dell'art. 20 rispetto alle riprese a tassazione fondate sul divieto di abuso del diritto e di elusione fiscale *ex art. 10 bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, che, viceversa, contempla espressamente il

⁽³⁵⁾ Stalla, sub *L'imposta di registro*, cit., 277.

collegamento negoziale e che, anche in relazione alla sua collocazione, è disposizione generale dell'ordinamento tributario, applicabile, salve deroghe espresse (che non sussistono per l'imposta di registro), a tutti i tributi ⁽³⁶⁾.

Il collegamento negoziale volontario, quindi, alla luce della novella in esame, risulta rilevante ai fini dell'imposta di registro, salve le ipotesi espressamente previste, solo nell'ambito dell'accertamento antielusivo e, dunque, se impiegato senza valide ragioni economiche e per conseguire un risparmio d'imposta indebito, profili che dovranno essere contestati dall'amministrazione finanziaria e dovranno essere oggetto di contraddittorio endoprocedimentale, a pena di nullità dell'atto impositivo.

La novella del 2017 non si autoqualifica come legge di interpretazione autentica, al contrario di quanto previsto dall'art. 1, comma 2, dello Statuto dei diritti del contribuente – che, tuttavia, come noto, non ha natura di norma interposta ma di criterio ermeneutico ⁽³⁷⁾ -, ed ha posto l'interrogativo sulla sua natura interpretativa, con conseguente efficacia retroattiva, generalmente riconnessa alle leggi di interpretazione autentica e attualmente sancita anche dall'art. 3, comma 1, dello Statuto dei diritti del contribuente ⁽³⁸⁾, o innovativa e, dunque, in difetto di espresse previsioni di segno contrario, con efficacia solo per il futuro.

Trattasi di distinzione non sempre agevole e comunque delicata, in specie in ambito fiscale, anche in relazione ai possibili fenomeni di abuso dello strumento della legge di interpretazione autentica che veicoli, in realtà, disposizioni innovative che, per tal via, vengono surrettiziamente

⁽³⁶⁾ Sul punto, in particolare, Mastroiacovo, *Abuso del diritto o elusione nell'imposta di registro e negli altri tributi indiretti*, cit., 249 ss. che rileva che, a seguito dell'introduzione dell'art. 10 bis, tra le possibili norme/interpretazioni dell'art. 20 dovrebbero essere espunte quelle che legittimano contestazioni in termini di elusione o abuso o che si fondano sull' "effetto economico finale", dovendo queste condotte essere sussunte nell'ambito dell'art. 10 bis, sia sul piano sostanziale che procedimentale.

⁽³⁷⁾ L'art. 1, comma 2, dello Statuto dei diritti del contribuente, rubricato "Principi generali" prevede: "L'adozione di norme interpretative in materia tributaria può essere disposta soltanto in casi eccezionali e con legge ordinaria, qualificando come tali le disposizioni di interpretazione autentica.". La legge di bilancio 2018 non prevedeva tale autoqualificazione ma, come chiarito anche da Corte Cost. 216/2004, i principi dello Statuto ed in particolare le c.d. norme sulla normazione non hanno natura di norme interposte e sono inidonee a fondare un giudizio di legittimità costituzionale della legge ordinaria successiva che le violi. Nondimeno, esse sono "criteri di interpretazione adeguatrice". Anche recentemente la Cassazione ha ribadito che le norme dello Statuto non hanno, nella gerarchia delle fonti, un rango superiore a quello della legge ordinaria e, dunque, non possono fungere da norme parametro di costituzionalità, ma hanno la funzione di risolvere, sul piano dell'interpretazione, eventuali dubbi ermeneutici, v. Cass. 16227/2018; Cass. 20812/2017; Cass. 4815/2014.

⁽³⁸⁾ La naturale retroattività della legge interpretativa è oggi sancita anche dall'articolo 3, comma 1, dello Statuto dei diritti del contribuente che prevede che, in generale, le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo, salvo quanto previsto dall'art.1, comma 2, in materia, per l'appunto, di leggi di interpretazione autentica.

applicate con efficacia retroattiva⁽³⁹⁾. Ancorché, nel caso di specie, l'intervento legislativo appaia, a differenza di altri casi, risolversi in sfavore del Fisco – poiché in genere, nella casistica giurisprudenziale, la tassazione isolata degli atti che compongono la complessiva operazione economica comporta un carico fiscale inferiore rispetto alla loro tassazione unitaria -, nondimeno esso ha suscitato diverse perplessità che permangono anche a seguito della sua qualificazione come legge di interpretazione autentica operata dalla legge di bilancio 2019.

I criteri discretivi tra legge interpretativa e legge innovativa sono stati oggetto di una copiosa elaborazione, sia in dottrina che in giurisprudenza, in particolare da parte della Corte Costituzionale⁽⁴⁰⁾, che in questa sede deve essere necessariamente sintetizzata. Come noto, la peculiarità della norma di interpretazione autentica si ravvisa, a prescindere dalla sua autoqualificazione, nel rapporto con la norma interpretata, poiché la norma interpretante non ha una valenza autonoma, ma si fonde con la norma interpretata in un precetto unitario compatibile con il tenore letterale della disposizione interpretata, in quanto già ricompreso tra le possibili varianti di senso di quest'ultima. Si ritiene che l'esercizio della funzione di interpretazione autentica presupponga la necessità di chiarire la volontà del legislatore in presenza di una situazione di incertezza sulla portata normativa di una disposizione già vigente, incertezza che deriva non solo dall'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, ma anche dalla necessità, avvertita dal legislatore, di imporre una possibile variante di senso compatibile con il tenore letterale della disposizione⁽⁴¹⁾ e, quindi, di porre fine ad interpretazioni giurisprudenziali difformi da quella che intende essere la linea politica del legislatore medesimo⁽⁴²⁾.

Peraltro, la Corte Costituzionale ha anche chiarito che non è decisivo verificare se la norma abbia carattere interpretativo o abbia piuttosto carattere innovativo con efficacia retroattiva, in

⁽³⁹⁾ Sul fenomeno dell'abuso della legge di interpretazione autentica al fine di introdurre, in realtà, disposizioni innovative con efficacia retroattiva, ravvisato in particolare laddove, per tal via, si determini l'esito del contenzioso in favore del Fisco, v. Mastroiacovo, *Esiste davvero la legge di interpretazione autentica?*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, I, 538.

⁽⁴⁰⁾ La Corte Costituzionale ha da tempo chiarito che la legge interpretativa deve ritenersi senz'altro ammissibile, v. Corte Cost. 118/1957 e Corte Cost. 123 e 233/1988, salvo che risultino vulnerate le funzioni giurisdizionali, ipotesi che si è ritenuta integrata da un intervento volto ad annullare gli effetti del giudicato, v. Corte Cost. 155/1990, o quando la legge incida intenzionalmente su concrete fattispecie *sub iudice*, v. Corte Cost. 6/1994. Ed invero, l'efficacia retroattiva, sotto il profilo della ragionevolezza, viene giustificata proprio in relazione alla necessità di sciogliere un obiettivo dubbio ermeneutico in relazione ad una disposizione già vigente (Corte Cost. 229/99), anche a prescindere dalla sussistenza di un contrasto giurisprudenziale (Corte Cost. 374/2002; Corte Cost. 525/2000). Sulla legge di interpretazione autentica in ambito tributario, Mastroiacovo, *La legge di interpretazione autentica: la particolare prospettiva dello Statuto dei diritti del contribuente rispetto alle posizioni della dottrina e della giurisprudenza*, in AA.VV., *Statuto dei diritti del contribuente*, Milano, 2005, 29 ss.

⁽⁴¹⁾ v. Corte Cost. 400/2007; 234/2007; 374/2002; 397/1994; 155/90; 233/88; 413/88; 178/87.

⁽⁴²⁾ v. in particolare, Corte Cost. 397/1994.

quanto il divieto di retroattività, ancorché principio generale dell'ordinamento e fondamentale valore di civiltà giuridica, è costituzionalizzato solo in materia penale (art. 25 Cost.): al di fuori di tale ambito, il legislatore può emanare norme retroattive (sia di carattere interpretativo che innovativo) purchè la retroattività risponda al criterio della ragionevolezza e non contrasti con altri interessi costituzionalmente protetti, quali il principio di uguaglianza e la tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico ⁽⁴³⁾.

Le pronunce della Corte di Cassazione anteriori alla legge di bilancio 2019 si sono espresse nel senso della efficacia non retroattiva della novella del 2017 ⁽⁴⁴⁾, richiamando, in primo luogo, il principio di tendenziale irretroattività della legge – desumibile dagli artt. 10 e 11 delle disposizioni sulla legge in generale, ribadito in ambito tributario dall'art. 3, comma 1, dello Statuto dei diritti del contribuente e valorizzato anche dalla giurisprudenza sovranazionale ed in particolare dalla Corte EDU che ritiene che la retroattività è giustificata solo in presenza di ragioni imperative di interesse generale ⁽⁴⁵⁾.

Emerge, dunque, nell'argomentazione della Suprema Corte, il richiamo al dialogo che, in materia di disposizioni interpretative o comunque retroattive, si è svolto tra Corti interne e Corte EDU ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ v. Corte Cost. 374/2002; Corte Cost. 525/2000. Con specifico riferimento alle disposizioni tributarie sostanziali, limiti alla retroattività desumibili dagli artt. 3 e 53 Cost. sono stati individuati sotto il profilo della perdurante attualità della capacità contributiva e della prevedibilità della modificazione della norma impositrice. Del resto, il divieto di retroattività della legge tributaria contenuto nello Statuto dei diritti del contribuente ha, come tutte le c.d. norme sulla normazione ivi contenute, efficacia meramente interpretativa.

⁽⁴⁴⁾ Cass. 2007/2018; Cass. 4407/2018; Cass. 7637/2018; Cass. 8619/2018; in senso adesivo, Stalla, sub *L'imposta di registro*, cit., 283 ss.; Tabet, *Il collegamento negoziale tra riqualificazione e abuso*, in *Rass. trib.*, 2018, 227.

⁽⁴⁵⁾ Per una attenta disamina della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulle norme di interpretazione autentica o comunque retroattive e del dialogo, sul punto, tra Corti nazionali e Corti sovranazionali, si veda Varrone, *Norme interpretative o retroattive*, in AA.VV., *Corte di Cassazione e Corti Europee*, a cura dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, Roma, 2014, 35 ss., da cui emerge che la Corte EDU ha assunto sul punto un atteggiamento molto rigoroso, ritenendo che le leggi retroattive, di norma, contrastano con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, salvi casi eccezionali in cui si ravvisino “imperative ragioni di interesse generale” o “impellenti ragioni di interesse pubblico”.

L'Autore evidenzia, quanto all'identificazione delle “imperative ragioni di interesse generale” o delle “impellenti ragioni di interesse pubblico”, che la Corte EDU, con orientamento ripreso dalla Corte Costituzionale, ne ha demandato, quantomeno in parte, la competenza ai singoli Stati, trattandosi di interessi che sono alla base del potere legislativo; peraltro, mentre per la Corte EDU tali ragioni non possono in ogni caso risiedere nell'interesse finanziario dello Stato, il punto di vista del nostro giudice delle leggi è più articolato, in quanto la tutela dell'interesse finanziario è funzionale alla tutela dei diritti fondamentali.

⁽⁴⁶⁾ Si veda l'ampia analisi, con riferimento ai più significativi recenti casi, svolta da Varrone, *Norme interpretative o retroattive*, cit., 38 ss.

La Corte EDU, invero, in più occasioni ha affermato che le leggi retroattive – non è dirimente, nella sua prospettiva, se retroattive o innovative – in genere confliggono con il fisiologico esercizio della giurisdizione, e dunque contrastano con l’art. 6 della Convenzione, in quanto il diritto ad un equo processo è suscettibile di essere violato da un intervento normativo che, avendo carattere retroattivo, condiziona l’esito delle controversie già pendenti in favore di una parte (in genere, nelle fattispecie portate alla sua attenzione, lo Stato – pubblica amministrazione che sia parte processuale) piuttosto che dell’altra, salvo casi eccezionali in cui si ravvisino, per l’appunto, “imperative ragioni di interesse generale” o “impellenti ragioni di interesse pubblico”⁽⁴⁷⁾.

Peraltro, mentre avanti alla Corte EDU si è vagliato il rispetto del diritto fondamentale ad un equo processo, isolatamente considerato, il sindacato che in ordine alle disposizioni di interpretazione autentica si svolge avanti alla Corte Costituzionale, come rimarcato dallo stesso giudice delle leggi – che, come detto, mostra di condividere il rilievo del carattere non dirimente della natura interpretativa o innovativa con effetti retroattivi della norma scrutinata –, ha ad oggetto la ragionevolezza dell’effetto retroattivo alla luce di tutti gli interessi costituzionalmente protetti, in una prospettiva sistemica di bilanciamento che coinvolge anche il citato art. 6, norma interposta nella prospettiva interna⁽⁴⁸⁾, sì che gli esiti dei rispettivi sindacati sono suscettibili di non collimare⁽⁴⁹⁾.

In tale prospettiva, la Corte Costituzionale ha affermato che, sul piano interno, la ragionevolezza sussiste allorché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell’esigenza di tutelare beni e diritti di rilievo costituzionale “*che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale*” secondo la giurisprudenza della Corte EDU⁽⁵⁰⁾.

La Corte Costituzionale ha anche ritenuto non irragionevole la portata retroattiva della legge scrutinata che svolga una effettiva funzione di interpretazione autentica, limitandosi ad assegnare alla norma censurata un significato compatibile con il suo tenore letterale e dunque già in essa

⁽⁴⁷⁾ Si veda, tra le tante, la sentenza 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia, in cui la Corte EDU ha ritenuto che “*se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall’articolo 6 ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all’ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia al fine di influenzare l’esito giudiziario di una controversia (sentenze Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis succitata, § 49, serie A n. 301-B; Zielinski e Pradal & Gonzalez ed altri succitata, § 57).*”; si vedano, altresì, le sentenze 31 maggio 2011, Maggio c. Italia e 14 febbraio 2012, Arras c. Italia, ove il riferimento è a “impellenti ragioni di interesse pubblico”.

⁽⁴⁸⁾ v. Corte Cost. 264/2012.

⁽⁴⁹⁾ Varrone, *Norme interpretative o retroattive*, cit., 36 nonché 46.

⁽⁵⁰⁾ Corte Cost. 264/2012; v. anche Corte Cost. 150/2015; Corte Cost. 156/2014; Corte Cost. 69/2014.

ricompreso al fine di ristabilire l'originaria volontà del legislatore, in quanto, anche nella prospettiva della giurisprudenza della Corte EDU, la sua ragionevolezza deve ravvisarsi proprio nel perseguimento di un interesse di carattere generale qual è la certezza del diritto, anch'esso rilevante sul piano del rispetto del principio dell'uguaglianza⁽⁵¹⁾, sicché la norma interpretativa, operando sul piano delle fonti, non lede le attribuzioni del potere giudiziario.

⁽⁵¹⁾ Come sembrerebbe emergere, *ex multis*, da Corte Cost. 257/2011: “con riferimento ad altre leggi d'interpretazione autentica, questa Corte ha già affermato che non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva), ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva. Infatti, il divieto di retroattività della legge, pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica, non è stato elevato a dignità costituzionale, salva, per la materia penale, la previsione dell'art. 25 Cost. Pertanto, il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare sia disposizioni di interpretazione autentica, che determinano la portata precettiva della norma interpretata, fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. Sotto l'aspetto del controllo di ragionevolezza, dunque, rilevano la funzione di “interpretazione autentica”, che una disposizione sia in ipotesi chiamata a svolgere, ovvero l'idoneità di una disposizione innovativa a disciplinare con efficacia retroattiva anche situazioni pregresse in deroga al principio per cui la legge dispone soltanto per l'avvenire. In particolare, la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica non può dirsi irragionevole qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (ex plurimis: sentenze n. 162 e n. 74 del 2008)... Non è sostenibile, dunque, che la disposizione de qua abbia inteso realizzare una illecita ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia, allo scopo d'influenzare la risoluzione di controversie. Essa, in realtà, ha fatto propria una soluzione già individuata dalla più recente giurisprudenza di legittimità, nell'esercizio di un potere discrezionale in via di principio spettante al legislatore e nel quale non è dato ravvisare profili di irragionevolezza. La finalità di superare un conclamato contrasto di giurisprudenza, essendo diretta a perseguire un obiettivo d'indubbio interesse generale qual è la certezza del diritto, è configurabile come ragione idonea a giustificare l'intervento interpretativo del legislatore.

Pertanto, il denunciato contrasto tra la norma censurata e l'art. 6 CEDU, con violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., deve essere escluso”. Si vedano, altresì, sotto il profilo per cui non è irragionevole il ricorso alla legge di interpretazione autentica per assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario, Corte Cost. 150/2015; Corte Cost. 274/2006; Corte Cost. 374/2002.

Del resto, come rileva la Corte Costituzionale, la stessa Corte EDU ha ritenuto in alcune fattispecie non in contrasto con l'art. 6 della Convenzione l'impiego di una disposizione interpretativa retroattiva per ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore: “nel definire e verificare la sussistenza o meno dei motivi imperativi d'interesse generale, la Corte di Strasburgo ha ritenuto legittimo l'intervento del legislatore che, per porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata, aveva inteso con la legge retroattiva ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore.

Si tratta, in primo luogo, della sentenza 23 ottobre 1997, nel caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* (utilizzata *mutatis mutandis* anche nella citata pronuncia *Forrer-Niederthal c. Germania*), nella quale è stato ritenuto che l'adozione di una disposizione interpretativa può essere considerata giustificata allorché lo Stato, nella logica di interesse generale di garantire il pagamento delle imposte, abbia inteso porre rimedio al rischio che l'intenzione originaria del legislatore fosse, in quel caso, sovvertita da disposizioni fissate in circolari.

Nello stesso solco si pone la sentenza del 27 maggio 2004, *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia*, in cui le circostanze del caso di specie non erano identiche a quelle del caso *Zielinski* del 1999. La pronuncia ha affermato che l'intervento del legislatore non aveva inteso sostenere la posizione assunta dall'amministrazione dinanzi ai giudici, ma porre rimedio ad un errore tecnico di diritto, al fine di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore, nel rispetto di un principio di perequazione.

Il caso viene, quindi, assimilato a quello *National & Provincial Building Society* del 1997, dove l'intervento del legislatore era giustificato dall'obiettivo finale di «riaffermare l'intento originale del Parlamento». La Corte ha ritenuto che la finalità dell'intervento legislativo fosse quindi quella di garantire la conformità all'intenzione originaria

Alla luce di tale dialogo, con riferimento al caso di specie, la richiamata giurisprudenza della Suprema Corte ritiene difetti proprio il predetto presupposto relativo alla sussistenza di adeguati motivi di interesse generale, con riferimento alla circostanza che l'interpretazione legislativamente imposta, nell'impedire, attraverso l'irrelevanza degli elementi esterni al singolo atto e del collegamento negoziale, una imposizione fiscale coerente con l'effettiva manifestazione di capacità contributiva sottesa alla complessiva operazione posta in essere dalle parti, va in senso contrario all'interesse della collettività, da identificarsi nel corretto riparto dei carichi pubblici in ragione degli indici di capacità contributiva posti in essere *ex art. 53 Cost.*, estrinsecazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità mette in luce vari profili ostativi al riconoscimento alla novella del 2017 della funzione di interpretazione autentica.

Invero, a dispetto di quanto si legge nella relazione illustrativa alla legge di bilancio 2018, ove si enuncia un mero intento chiarificatore sulla portata applicativa dell'art. 20 ⁽⁵²⁾, di fatto l'intervento si è concretamente tradotto in una profonda modifica strutturale e contenutistica del predetto articolo.

In particolare, l'orientamento giurisprudenziale in esame ha evidenziato che l'art. 1, comma 87, lettera a), della legge 27 dicembre 2017, n. 205, oltre a non autoqualificarsi come legge di

del legislatore a sostegno di un principio di perequazione, aggiungendo che gli attori non avrebbero potuto validamente invocare un "diritto" tecnicamente errato o carente, e dolersi quindi dell'intervento del legislatore teso a chiarire i requisiti ed i limiti che la legge interpretata contemplava." v. Corte Cost. 309/2011.

⁽⁵²⁾ Nella relazione illustrativa alla legge di bilancio 2018 si legge: "La modifica è volta a dirimere alcuni dubbi interpretativi sorti in merito alla portata applicativa dell'articolo 20 del DPR 26 aprile 1986, n. 131 (TUR), rubricato 'interpretazione degli atti'.

Tali incertezze interpretative sono rese evidenti anche dall'esame delle pronunce della giurisprudenza di legittimità che, in alcune sentenze, ha riconosciuto una valenza antielusiva all'articolo 20 del TUR, mentre in altri arresti, soprattutto in quelli più recenti, ha ritenuto di dover procedere alla riqualificazione delle operazioni poste in essere dai contribuenti, attraverso il perfezionamento di un atto o di una serie di atti, facendo ricorso ai principi sanciti dall'articolo 20 del TUR; secondo tale tesi interpretativa, la riqualificazione può essere operata, dunque, senza dover valutare il carattere elusivo dell'operazione posta in essere dai contribuenti.

La norma introdotta è volta, dunque, a definire la portata della previsione di cui all'articolo 20 del TUR, al fine di stabilire che detta disposizione deve essere applicata per individuare la tassazione da riservare al singolo atto presentato per la registrazione, prescindendo da elementi interpretativi esterni all'atto stesso (ad esempio, i comportamenti assunti dalle parti), totalitaria di quote).

E' evidente che ove si configuri un vantaggio fiscale che non può essere rilevato mediante l'attività interpretativa di cui all'articolo 20 del TUR, tale vantaggio potrà essere valutato sulla base della sussistenza dei presupposti costitutivi dell'abuso del diritto di cui all'articolo 10-bis della Legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente). In tale sede andrà quindi valutata, anche in materia di imposta di registro, la complessiva operazione posta in essere dal contribuente, considerando, dunque, anche gli elementi estranei al singolo atto prodotto per la registrazione, quali i fatti, gli atti e i contratti ad esso collegati. Con le modalità previste dall'articolo 10-bis della Legge 27 luglio 2000, n. 212, potrà essere, quindi, ad esempio, contestato l'abusivo ricorso ad una pluralità di contratti di trasferimento di singoli assets al fine di realizzare una cessione d'azienda."

interpretazione autentica – secondo le previsioni dello Statuto, valorizzabili in chiave ermeneutica – , sul piano strutturale ha inciso direttamente sul testo dell'originaria disposizione dell'art. 20, modificandola in senso innovativo, come fatto palese dal tenore letterale dell'art. 1, comma 87, medesimo, che enuncia che all'art. 20 sono apportate “*le seguenti modificazioni ...*”.

Sul piano contenutistico, alla locuzione “*atti presentati*” si sostituisce la locuzione, al singolare, “*atto presentato*” e si introduce un limite all'estrinsecarsi dell'attività interpretativa – “*sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extratestuali e dagli atti ad esso collegati*” – in precedenza non previsto secondo il consolidato orientamento, in particolare, della giurisprudenza di legittimità.

Nella medesima prospettiva, la giurisprudenza di legittimità evidenzia l'insussistenza di contrasti giurisprudenziali in ordine alla latitudine dell'attività interpretativa *ex art. 20* e alla rilevanza del collegamento negoziale, sussistendo anzi, come già ampiamente emerso, un diritto vivente sul punto; infine, rileva che non sussiste nemmeno l'esigenza di chiarire i termini del coordinamento tra l'art. 20 e l'art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, atteso che l'orientamento giurisprudenziale prevalente da tempo esclude la natura antielusiva dell'art. 20 in relazione al diverso ambito applicativo dei due articoli, il primo operante sul piano dell'interpretazione e qualificazione degli atti, il secondo, per l'appunto, operante nell'ambito del contrasto all'abuso del diritto.

Resta, peraltro, il dubbio che, pur in assenza di significativi contrasti giurisprudenziali e, anzi, in presenza di un diritto vivente in materia, il precetto normativo risultante dalla disposizione dell'art. 20, come interpolata dal legislatore del 2017, risulti suscettibile di essere letto, alla luce dei percorsi interpretativi tratteggiati nei precedenti paragrafi, quale una delle possibili varianti di senso compatibile con il precedente testo dell'art. 20 (come si è visto, nella vigenza del precedente testo l'irrilevanza del collegamento negoziale è stata sostenuta, in particolare in dottrina). In altri termini, ancorché la novella modifichi il testo della disposizione dell'art. 20, il senso espresso dalle modifiche testuali e, dunque, la portata normativa delle medesime, potrebbe essere ritenuto compatibile con uno dei possibili precetti ricavabili dalla precedente disposizione, quello più “antico” della rilevanza isolata dell'atto.

Alla novella del 2017 potrebbe, per tal via, riconoscersi effettivamente natura di legge di interpretazione autentica, secondo la qualificazione operata dalla legge di bilancio 2019, con conseguente portata retrospettiva – che, peraltro, come si è detto, pare risolversi in favore del

contribuente -, risultando conseguentemente applicabile anche agli accertamenti ancora non definitivi. Pare, invero, che potrebbe sostenersi, in tale prospettiva, che con i predetti interventi il legislatore ha inteso chiarire la propria scelta politica in materia di imposta di registro in modo divergente dal diritto vivente, secondo un impiego della legge di interpretazione autentica già in passato riconosciuto astrattamente legittimo dalla Corte Costituzionale ⁽⁵³⁾.

Nondimeno, anche in tale prospettiva ed anche laddove si ritenga che l'effettiva funzione di interpretazione autentica integri una autonoma e autosufficiente giustificazione dell'effetto retroattivo, resta, in ogni caso, l'ulteriore dubbio che, avuto riguardo alla moderna realtà dei traffici commerciali, l'esito dell'intervento legislativo in esame non sia del tutto rispondente ai parametri di cui agli art. 3 e 53 Cost. riguardati sul piano della coerenza interna del tributo – intesa quale coerenza tra costruzione della fattispecie imponibile e *ratio* ispiratrice del tributo (il presupposto impositivo, espressivo della capacità contributiva colpita) ⁽⁵⁴⁾ –, quantomeno ove sia possibile configurare in concreto fattispecie in cui il collegamento negoziale determini effetti giuridici (non solo economici) contemplati dal sistema del tributo.

Laddove si condividano le rilevate criticità in ordine alla retroattività della novella e/o alla sua coerenza interna rispetto alla struttura del tributo e non si rinvengano margini per una sua interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata – margini che parrebbero, ad una prima lettura, di non agevole identificazione a fronte, da un lato, del chiaro tenore letterale relativo all'esclusione degli elementi extratestuali e del collegamento negoziale e, dall'altro lato, della espressa qualificazione da parte della sopravvenuta legge di bilancio 2019 della novella in esame come legge di interpretazione autentica -, resta aperta la prospettiva, ricorrendone in concreto i relativi presupposti, della proposizione dell'incidente di costituzionalità.

⁽⁵³⁾ v. in particolare, Corte Cost. 397/1994.

⁽⁵⁴⁾ La Corte Costituzionale ha, invero, più volte affermato l'ammissibilità, in base agli artt. 3 e 53 Cost., del sindacato sull'uso ragionevole o meno che il legislatore abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, in particolare al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell'imposta con il suo presupposto economico, v. Corte Cost. 142/2014; Corte Cost. 10/2015; Corte Cost. 223/2012; Corte Cost. 111/97.

CARMEN LA MACCHIA

Dall'autorevolezza all'autoritarismo. La parabola discendente dell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

SOMMARIO: 1. Per aprire una discussione. – 2. L'evidenza dei numeri. – 3. Il filo d'Arianna per ritrovare il contemperamento nel labirinto della funzione di controllo preventivo sulla proclamazione. – 4. I principi di ragionevolezza e di necessità nell'ambito di applicazione della l.n.146/90. – 5. L'autoritarismo nella definizione delle prestazioni indispensabili. La provvisoria regolamentazione per il trasporto pubblico locale. – 6. La funzione degli strumenti di prevenzione del conflitto. Il caso Ryanair. – 7. Conclusioni.

1. Per aprire una discussione.

La legge n.146/90 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (spe) e sue successive modificazioni (da qui in poi legge) ha deluso le attese. L'esperienza attuativa, che avrebbe dovuto costituire il luogo della solidarietà tra lavoratori in sciopero e utenti dei servizi pubblici essenziali, ha rivelato, nella produzione delle due ultime composizioni della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge (da qui in poi Commissione), inaspettati scenari di mortificazione del diritto di sciopero e dell'autonomia collettiva.

D'altro canto, la cospicua letteratura scientifica sulla legge ha, nella gran parte, preferito la narrazione di una prospettiva *de iure condendo*¹ ed ha trascurato lo studio dell'esperienza concreta

¹ Gli studi più recenti, in particolare, si sono impegnati sul tema della titolarità del diritto di sciopero. Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Interesse collettivo e conflitto*, in *Lavoro e dir*, 2018, p.411; V.BAVARO, *Contro la titolarità maggioritaria del diritto di sciopero (una critica a proposito dei servizi pubblici essenziali)*, in *Giornale dir-lav. e relazioni ind.*, 2018, p. 621; F. CARINCI, *Ancora una parola sulla titolarità individuale dello sciopero "de iure condito"*, in *Lavoro e giur.*, 2018, p.20; P.TOSI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in *Arg.dir.lav.*, 2018, p.365; G.PINO, *Rilettura della nozione di contemperamento/bilanciamento tra esercizio del diritto di sciopero e diritti dei cittadini nella complessità sociale*, in *Dir.lav.mer.*, 2017, 495; A.ZOPPOLI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale: Il paradosso dei servizi essenziali tra sistema "di fatto", istanze di moderna democrazia e bilanciamento dei diritti*, in *Dir.rel.ind.*, 2017, p.1145; R.SANTUCCI, *Efficacia o inadeguatezza della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (in margine allo sciopero dei docenti universitari)*, in *Arg.dir.lav*, 2017, p.662; P.LAMBERTUCCI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero e clausole di tregua sindacale: brevi note*, in *Arg.dir.lav*, 2015, p.72; C.DE FIORES, *La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero. Bilancio e prospettive a venticinque anni dalla sua istituzione*, in *Rass.dir.pubbl.eur.*, 2015, p. 67.

di attuazione della legge, la riflessione sulle problematiche e le disfunzioni emerse nell'ormai lungo periodo di vigenza della legge.

Senza nessuna pretesa ricostruttiva il saggio si propone come contributo di riflessione sulla produzione della Commissione, nella sua attuale composizione, dalla data del suo insediamento: il 15 giugno 2016, al 31 ottobre 2018.

Per meglio rappresentare l'esperienza attuativa, è opportuno procedere per esemplificazione delle vicende dalle quali sono emerse le problematiche di maggiore interesse. Il punto di partenza è la ricognizione dei dati relativi alla conflittualità e all'attività della Commissione. Si procederà, poi, all'esame della responsabilità della Commissione nella gestione dei suoi compiti. L'esigenza che sottende a questo approfondimento è evidente. L'Amministrazione indipendente, sovraesposta nelle funzione di garanzia di diritti di rango costituzionale, è investita di una responsabilità peculiare e di compiti complessi, tutti orientati ad individuare la misura del contemperamento.

Il secondo aspetto problematico attiene all'ambito di competenza della Commissione delimitato dalla riserva di legge ex art.40 Cost, che costituisce una sorta di premessa logica, ed obbliga la Commissione ad osservare criteri di conformità e razionalità dell'intervento "espansivo".

Un terzo aspetto, riguarda il rapporto tra autonomia collettiva ed intervento autoritativo della Commissione nella definizione delle prestazioni indispensabili e delle altre misure attuative della legge.

Infine, una riflessione sulla funzione della Commissione nella prevenzione dei conflitti. La legge prevede che, a questo scopo, siano impiegati determinati strumenti, anche se demanda alla discrezionalità del Garante l'*an* ed il *quantum* dell'iniziativa.

2. L'evidenza dei numeri.

Partire dall'analisi dei dati della conflittualità nei servizi pubblici essenziali è un omaggio al buon senso.

Nel periodo considerato, la banca dati della Commissione² conta 2914 scioperi effettuati, dei quali il 16% a dimensione nazionale, il 62% a dimensione aziendale. Un solo sciopero generale di tutte le categorie del pubblico e del privato. I settori più interessati dagli scioperi sono in ordine decrescente: Trasporto pubblico locale (15, 95%), Igiene ambientale (15, 76%), Trasporto aereo (11, 58%), Pulizie e multiservizi (9, 13%).

² I dati indicati sono estratti dal sito della Commissione <https://www.cgsse.it>

I dati sopra indicati si riferiscono alle giornate e non alle ore di effettiva durata dell'astensione e sono comprensivi di tutti gli scioperi effettuati, di qualsiasi dimensione, settore o categoria di lavoratori, compresi, dunque, i lavoratori autonomi, i professionisti ed i piccoli imprenditori, tenuti al rispetto della legge. Per una quota molto consistente si tratta di scioperi effettuati da soggetti collettivi di scarsa rappresentatività e incidenza sulla continuità del servizio. Non esiste, quindi, alcuna conflittualità esasperata, tantomeno rispetto alla media degli scioperi effettuati negli altri paesi membri dell'Unione Europea³.

Nella valutazione dell'impatto delle proclamazioni sull'utenza, deve essere considerato anche l'intervento, ex art.13, c.1.lett.d), che consente alla Commissione di selezionare le proclamazioni che presentino, ad un primo esame, modalità di esercizio dello sciopero in violazioni di legge o di contratto. A seguito dell'indicazione della Commissione, sono, revocate circa il 90% delle azioni di sciopero proclamate. Come risulta dalle Relazioni annuali della Commissione per gli anni 2016 e 2017, le organizzazioni sindacali si adeguano alle indicazioni della Commissione nella quasi totalità delle proclamazioni.

Per valutare l'effettiva incidenza degli scioperi sulla erogazione dei servizi pubblici, sarebbero necessarie indagini rivolte ad accertare il numero delle ore scioperate, i servizi rallentati o soppressi, le motivazioni degli scioperi. Anche le modalità dello sciopero sono rilevanti ai fini dell'impatto sull'utenza. Lo sciopero dello straordinario, ad esempio, ha una incidenza, sull'utenza certo di gran lunga inferiore all'astensione che interessa l'intera prestazione di lavoro. Tutti dati questi che sarebbero utili, anzi, necessari ad una valutazione seria sull'attuazione della legge e, che, tuttavia, non sono registrati nell'archivio della Commissione. Ricordare, a questo proposito, il compianto prof. Aris Accornero è d'obbligo. Durante il suo mandato, come componente della Commissione elaborò uno studio, di grande interesse, sulla conflittualità nei servizi essenziali, esteso alla ricognizione ed alla classificazione anche delle motivazioni degli scioperi e delle sigle sindacali proclamanti. Purtroppo, i componenti delle Commissioni che si sono succedute, non hanno ritenuto di proseguire negli studi avviati dall'illustre Maestro.

³ Le fonti sulla conflittualità in Europa sono molto approssimative, tuttavia, una lettura dei dati disponibili sul sito <http://www.ilo.org>, è sufficiente a smentire la falsa notizia dell'Italia come paese con tassi di conflittualità superiori alla media dei paesi UE, con pari numero di lavoratori e di livello di industrializzazione. Vero è che la legge italiana di disciplina sull'esercizio di sciopero sia tra le più restrittive in ambito europeo. Cfr. C.LA MACCHIA in AA.VV. *La tutela multilivello dell'azione collettiva. Comparazione tra nove paesi europei. Lo sciopero in Europa. Complessità delle fonti ed effettività della tutela*. Ediesse, Roma, 2011 p.33 ss.

L'attività della Commissione, nel periodo considerato in questo scritto, ha prodotto 97 atti deliberativi in 22 mesi; 66 sono le delibere che hanno richiesto l'intero iter previsto per la definizione delle regolamentazioni attuative e l'attività di valutazione del comportamento delle organizzazioni sindacali, tutto il resto dell'attività è il risultato delle indicazioni preventive della Commissione.

Insomma, l'attività della Commissione è stata quasi completamente assorbita nell'esercizio del potere di indicazione preventiva. Si tratta di un fenomeno inaspettato e deviante rispetto alla funzione che la legge assegna alla Commissione, così come emerge dal complesso dei compiti elencati nell'art.13 (*infra*, § 5).

3. Il filo d'Arianna per ritrovare il contemperamento nel labirinto della funzione di controllo preventivo sulla proclamazione.

I principi di trasparenza, partecipazione, contraddittorio che, in particolare nelle Autorità indipendenti, sono i presupposti di legittimità dell'azione amministrativa, nell'esperienza applicativa della legge presentano elementi di forte criticità e di irragionevolezza nella fase propedeutica allo sciopero. Mentre la valutazione sullo sciopero effettuato si svolge seguendo le regole del contraddittorio, al quale partecipano attivamente le parti sociali e le associazioni dei consumatori; di contro, la valutazione sulla proclamazione dello sciopero da effettuare, avviene in assenza di contraddittorio e di partecipazione dei destinatari e nella opacità di valutazioni autoritative, che disattendono l'imperativo della garanzia del contenuto di effettività dei diritti costituzionali, in cui si esprime il principio ermeneutico fondamentale : il contemperamento, cardine dell'intero insieme normativo della legge sullo sciopero.

Per inquadrare il tema conviene richiamare brevemente la fattispecie.

L'art.13, c.1, lett.d) consente di esercitare una funzione di controllo preventivo sulla proclamazione di sciopero. La Commissione, difatti, << *indica immediatamente ai soggetti interessati eventuali violazioni delle disposizioni* >>.

L'indicazione riguarda la "presunta" violazione delle disposizioni legali e contrattuali. L'art.13 assegna alla Commissione anche un corredo di strumenti normativi di grande significato, funzionali alla migliore comprensione del contesto in cui la controversia collettiva insorge. La Commissione può <<*assumere informazioni o convocare le parti in apposite audizioni, per verificare se sono stati esperiti i tentativi di conciliazione e se vi sono le condizioni per una*

composizione della controversia>> (art.13 c.1 lett. c), assumere informazioni dalle amministrazioni e dalle imprese erogatrici di servizi circa l'applicazione delle delibere sulle sanzioni, circa gli scioperi proclamati ed effettuati, le revoche, le sospensioni e i rinvii di scioperi proclamati e le relative motivazioni, nonché le cause di insorgenza dei conflitti (art.2 c.6 e art.13 c.1 lett. g); può se rileva comportamenti delle amministrazioni o imprese che erogano i servizi pubblici essenziali in evidente violazione della norme di legge o di contratto o <<*comportamenti illegittimi che comunque possano determinare l'insorgenza o l'aggravamento di conflitti*“, invitare , *le amministrazioni o le impresea desistere dal comportamento e ad osservare gli obblighi derivanti dalla legge o da accordi o contratti collettivi* >>(art.13 c.1 lett. h)⁴.

Gli strumenti sopra elencati costituiscono tutti il risultato di una valutazione tecnico-discrezionale e, tuttavia, se il mancato esercizio delle funzioni “strumentali” si riflette sull'istruttoria e preclude una corretta valutazione del comportamento delle parti sociali, il provvedimento finale potrebbe essere considerato illegittimo.

L'indicazione preventiva (art.13, c.1, lett.d) ha effetti molto negativi sull'esercizio dell'azione collettiva, in particolare allorché si tratti di scioperi nazionali, indetti dalle organizzazioni più rappresentative, la cui articolazione sul territorio è diffusa e complessa.

Riguardate con più attenzione, molte di quelle proclamazioni, che richiedono ai sindacalisti un notevole dispendio di tempo, lunghe e complesse mediazioni, risulterebbero legittime, laddove l'applicazione “acritica” della procedura di indicazione preventiva, finisce per inibire l'esercizio del diritto di sciopero. Nel periodo di attività della Commissione preso in considerazione in questo scritto, il 27% dei procedimenti di valutazione, ai fini della irrogazione della sanzione, è stato archiviato; in altre parole, la violazione, indicata prima dell'effettuazione dello sciopero, è stata poi ritenuta, all'esito dell'istruttoria, inesistente. Il Garante ha, da tempo⁵, piena consapevolezza dei contenuti vulneranti sul diritto di sciopero di un uso, poco meditato del procedimento di cui all'art.13 c.1 lett.d) e, tuttavia, sembra ritenere che l'effetto di differimento nel tempo, ovvero di neutralizzazione dell'azione di sciopero, sia naturale conseguenza dell'applicazione della norma.

⁴ Sulle diverse funzioni della Commissione cfr. M.V.BALLESTRERO, *Sub artt. 12-14*, in ROMAGNOLI, U.-BALLESTRERO, M.V., *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1999, p. 955 ss; C.LA MACCHIA *Articoli 12 e 13 L'organizzazione e i compiti della Commissione di garanzia*. in AA.VV. *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*. IPSOA, Milano, 2000, p. 200 ss.

⁵ Da molti anni le relazioni annuali segnalano, con compiacimento, l'effetto “inibente” delle indicazioni preventive.

La problematica si apprezza meglio in relazione all'indicazione preventiva che fa riferimento alla regola dell'intervallo tra le azioni di sciopero.

La norma che obbliga le parti sociali a prevedere misure di rarefazione delle azioni di sciopero, cioè un periodo di giorni tra uno sciopero e l'altro, contiene quasi una *condicio iuris* dell'adempimento: i soggetti collettivi proclamanti devono rispettare l'obbligo di rarefazione, quando la successione di scioperi sia "oggettivamente" idonea a pregiudicare la "continuità dei servizi pubblici" (art.2, c.2). Se non si verifica la condizione, il soggetto proclamante non è più tenuto all'obbligo dell'intervallo.

Il problema sorge in ordine ai soggetti tenuti alla verifica della condizione. Gli accordi, difatti, si limitano ad indicare la misura dell'intervallo, ma non le procedure e gli strumenti per registrare i dati di incidenza degli scioperi sul servizio. Per vero, le amministrazioni e le imprese possono assolvere all'attività di ricognizione degli scioperi e di acquisizione dei dati sulla riduzione/soppressione dei servizi con elevati margini di certezza e quantificare la compromissione del servizio dalle stesse gestito⁶. La ricognizione dei dati sugli effetti delle astensioni sul funzionamento del servizio pubblico, è più problematica quando, come prevede la legge, essa deve necessariamente estendersi ben oltre il ristretto ambito della amministrazione o dell'impresa, fino alla valutazione dei detti effetti <<sul servizio finale>> o <<sul bacino di utenza>>⁷.

Per dare, ai soggetti collettivi ed all'utenza, informazione sulle proclamazioni, la Commissione pubblica un calendario degli scioperi, sulla base del quale esercita l'intervento di indicazione preventiva, ai soggetti proclamanti, delle "eventuali violazioni delle disposizioni" legali e negoziali contenute nelle proclamazioni (art.13, c.1, lett.d). Dalla ricezione della delibera di indicazione preventiva, le organizzazioni sindacali, considerato che l'obbligo di preavviso consta di dieci giorni, hanno molto poco tempo per decidere se confermare o revocare lo sciopero, tenuto conto, anche, che non sussiste, per la Commissione, un termine da osservare per trasmettere la delibera di indicazione preventiva ai soggetti collettivi interessati.

Il Garante sembra indifferente al precetto legale e indica la violazione dell'intervallo in qualsiasi contesto, a prescindere dalla effettiva compromissione dei diritti degli utenti. Verifica il

⁶ Sulla valutazione prognostica della amministrazioni e delle imprese come obbligo di correttezza nella comunicazione all'utenza cfr. M.V.BALLESTRERO, *Interesse collettivo e conflitto*, in *Lavoro e dir.*, 2018, p.411.

⁷ Sulla definizione di <<servizio finale>> e <<bacino di utenza>> cfr. C.PISANI, *Prestazioni indispensabili e misure di contemperamento*, in *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, p.27 ss.; E.GRAGNOLI, *Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero*, in AA.VV., *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, Milano 2000, p.18 ss.

solo dato numerico dei giorni previsti di intervallo, in relazione alla successione cronologica degli scioperi ed ignora il vincolo legale che richiede la oggettiva “compromissione della continuità dei servizi pubblici”, alla quale il dato numerico è indefettibilmente collegato.

La violazione dell’intervallo rende, dunque, più evidente la criticità di un potere di intervento della Commissione “alienato” dal contesto⁸. Senza una istruttoria che verifichi l’oggettivo pregiudizio, l’indicazione preventiva è, in tutta evidenza, illegittima.

È vero che la legge chiede immediatezza nell’indicazione preventiva, e, che, quindi, i tempi per una istruttoria sono ristretti (il preavviso è quasi sempre di 10 giorni ed è opportuno non comunicare la revoca troppo a ridosso della data di effettuazione dello sciopero); ma è altresì vero che il monitoraggio degli scioperi, da parte della Commissione, è previsto, nella legge, come un compito permanente (art.2 c.6). L’iniziativa di sciopero, insomma, dovrebbe trovare la Commissione già preparata ad esporre i dati storici, distinti per sigle sindacali, circa le adesioni agli scioperi già effettuati e gli effetti sul servizio pubblico. In ogni caso, la mancata indicazione immediata prima dello sciopero, non preclude al Garante di aprire il procedimento di valutazione per lo sciopero effettuato e di irrogare la sanzione.

La struttura giuridica sulla quale si sostiene l’art.13, c.1, lett.d , se osservata applicando il principio del contemperamento, mostra i soggetti della fattispecie in una posizione di enorme disparità: il soggetto proclamante ha strumenti “incerti” (così afferma la stessa Commissione v. *infra* § 3) di valutazione dell’impatto dello sciopero sull’utenza; al contrario il Garante sarebbe tenuto a mettere a disposizione gli elementi utili a definire la misura dell’impatto; tuttavia, ha scelto di non raccogliere i dati e, dunque, non è in grado renderli disponibili. A complicare la decisione delle organizzazioni sindacali è anche la previsione di cui all’art.4, c.4-ter che dispone sanzioni, “raddoppiate nel massimo”, nel caso in cui il soggetto proclamante non abbia aderito all’indicazione preventiva della Commissione. Ora, non è chi non veda a quali conseguenze, in ordine alla tenuta del principio del contemperamento, conduca l’esercizio “acritico” di una indicazione, non supportata dai dati che la legge impone di acquisire. Insomma, una indicazione immediata ma non coerente con i vincoli dettati dal contemperamento, non sembra possa superare l’esame di congruità tra la legge e il suo fine.

⁸ <<In ogni occasione nella quale la Commissione sia chiamata ad intervenire dovrà tenere contemporaneamente in conto le ragioni dello sciopero e quelle degli utenti>>. v. P.PASCUCCI, *Il rilievo delle cause di insorgenza del conflitto nei servizi pubblici*, in *Giornale.dir.amm.*, 2005, p. 86

Lo sciopero, difatti, è soggetto alla revoca o al differimento sulla base di una indicazione i cui presupposti risiedono nell'automatismo "kafkiano" delle regole negoziali e legali. Ciò evidenzia il rischio di pregiudicare eccessivamente il diritto di sciopero, il cui esercizio è indissolubilmente legato ad una circostanza contingente che, deve essere rappresentata, in un momento ben determinato. In proposito gli esempi che la quotidianità manifesta sono significativi: gli scioperi per mancata corresponsione delle retribuzioni, per il mancato rispetto delle clausole sociali nella successione dell'appalto, nell'imminenza di una procedura di licenziamento collettivo. Ebbene, lo slittamento della data dello sciopero può pregiudicare, irrimediabilmente, l'efficacia dell'azione collettiva, attribuendo un grande vantaggio alle amministrazioni ed alle imprese.

A proposito della regola della rarefazione una recente delibera (n.17/90) afferma che *"ragioni logiche, ancor prima che giuridiche, impongono di ritenere che non spetti alle Organizzazioni né valutare, ex ante, la possibile incidenza dell'astensione precedentemente proclamata sui servizi essenziali né, conseguentemente, decidere in via unilaterale di derogare al principio della rarefazione oggettiva sulla base del proprio giudizio prognostico; che tale prerogativa risulta essere semmai di stretta competenza della Commissione anche al fine di garantire certezza in ordine ai provvedimenti di indicazione immediata dalla stessa adottati in base all'art. 13, lett. d) della Legge: certezza che sarebbe inevitabilmente compromessa se l'osservanza o meno di questi ultimi fosse rimessa alla valutazione discrezionale dei soggetti collettivi destinatari"*.

Le considerazioni della Commissione sembrano del tutto illogiche per i motivi più sopra esposti. Se l'indicazione preventiva è un invito e, quindi lascia libere le organizzazioni sindacali di valutare se confermare o revocare lo sciopero, come fanno le stesse a scegliere il comportamento da adottare, se non assumendosi il rischio di una valutazione prognostica? D'altra parte se questa valutazione è una prerogativa di "stretta competenza della Commissione", perché detta valutazione non è espressa mai nell'indicazione preventiva?. Insomma, la logica suggerisce che, se la valutazione prognostica non è condotta dal soggetto che, per esigenze di "certezza", ne ha la prerogativa allora l'indicazione, priva della detta valutazione, è illegittima. In mancanza di una giustificazione certa, *id est*, la valutazione prognostica, l'indicazione preventiva trasforma l'invito in un obbligo, a cui, evidentemente, i soggetti collettivi, devono solo adempimento; una sorta di anticipazione della valutazione negativa senza contraddittorio, a cui consegue uno snaturamento del dettato legislativo del tutto illegittimo.

Quale che sia il significato del principio del contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, iscritto all'art.1, c.2 della legge, è certo che l'esigenza concreta da soddisfare, a cui la legge mira, sia la garanzia dell'effettività, nel loro contenuto essenziale, dei diritti costituzionali, nella contingenza dello sciopero⁹. Pertanto, il diritto di sciopero, esercitato con modalità inidonee a compromettere la garanzia minima offerta dalla legge all'esercizio del diritto costituzionale dell'utente, non può essere limitato.

4. I principi di ragionevolezza e di necessità nell'ambito di applicazione della l.n.146/90.

Le materie di cui all'art.1 che delimitano l'ambito di applicazione della legge sono state ripartite dalla dottrina in due elenchi. Il primo elenco composto dai diritti costituzionali oggetto del contemperamento (art.1 c.1) è dotato di tassatività; il secondo elenco (art.1 c.2) composto dai servizi essenziali, è qualificato come meramente esemplificativo. Spetta alla Commissione o alle parti sociali l'eventuale incremento di quest'ultimo. Nulla la legge dice in ordine all'estensione dell'ambito di applicazione a strumenti dell'azione sindacale diversi dallo sciopero.

L'occasione di riflessione, su quest'ultimo aspetto, è data da una recente delibera di orientamento della Commissione, adottata il 6 aprile 2017 (n.17/108), in materia di assemblea in orario di lavoro, nella quale si afferma che all'assemblea legittima, tenutasi nel rispetto delle norme legali e contrattuali, e quindi, anche con la garanzia delle prestazioni indispensabili, può essere estesa la disciplina limitativa del diritto di sciopero, nelle ipotesi in cui l'assemblea "*appare consentire un utilizzo a mo' di equivalente funzionale dello sciopero*" e "*realizzare elusioni e aggiramenti della disciplina in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*". Tali forme sono "*in violazione del divieto di frode alla legge (art. 1344 c.c.)*".

L'indagine sulla presunta condotta elusiva è condotta dalla Commissione mediante l'"*apprezzamento globale delle circostanze di fatto*". Una formulazione inquietante, giacché non declina affatto la specifica modalità di esercizio dell'assemblea che sarebbe di pregiudizio per i

⁹ "Altro è *bilanciare* due principi, "soppesarli", per decidere quale dei due – avendo maggior "peso" o valore – debba essere applicato....., altro è *contemperare* due principi, ossia "mescolarli" nelle giuste proporzioni, così da trovare una sorta di macro-principio che, conciliandoli, li contenga entrambi". Cfr. R.GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 2011, p. 209

diritti degli utenti, bensì lascia alla Commissione un potere di intervento senza limiti sull' esercizio del diritto di cui all'art.20 St¹⁰.

Vale la pena di ribadire subito che l'assemblea costituisce esercizio della libertà garantita dall'art.39, c.1 Cost. e che il diritto dei lavoratori di riunirsi in assemblea, nell'unità produttiva in cui prestano la loro opera, è iscritto nell'art.20 St¹¹. Affermare, dunque, che <<il diritto di assemblea..... possa costituire una violazione del divieto di frode alla legge (art. 1344 c.c.)>>, non sembra sostenibile. Diritto di assemblea e diritti costituzionali sono valori normativi concorrenti a cui si applicano le tecniche ermeneutiche del bilanciamento tra diritti di rilievo costituzionale¹². L'esercizio di un diritto tutt'al più può configurarsi come abuso del diritto; non può, certo, prestarsi ad essere inquadrato nella categoria dei vizi della causa del contratto o dell'atto unilaterale (1324 c.c.)¹³. L'art. 1344 c.c., difatti, reputa illecita la causa qualora gli atti di autonomia privata costituiscano il mezzo per eludere la norma imperativa.

Vero è che il contratto collettivo può disciplinare le modalità dell'esercizio del diritto di assemblea, e, relativamente alla garanzia dei servizi minimi essenziali, può introdurre <<limiti, esterni, imposti dalla tutela di interessi prioritari o paritari confliggenti con il diritto (di assemblea), attraverso la delega (alla contrattazione collettiva) contenuta nell'ultimo comma del medesimo art. 20>> (Cass. civ. Sez. lavoro, 15-06-1994, n. 5799). A questo proposito, infatti, la delibera citata precisa che <<alla Commissione viene talvolta necessariamente richiesto di pronunciarsi sulla corretta interpretazione e applicazione>> del contratto collettivo. Solo la definizione di "limiti esterni", contenuti, negli atti negoziali di esercizio del diritto di assemblea, potrebbe, dunque, giustificare, la sanzione di cui all'art.1344 c.c. E, tuttavia, il ricorso all'art.1344 cc, anche in relazione ai predetti atti di autonomia privata, sembra del tutto infondato.

La più recente dottrina in materia, descrive la condotta elusiva di cui all'art.1344 c.c. come il risultato di un complesso di operazioni giuridicamente rilevanti finalizzate al raggiungimento di un risultato vietato da una norma e sottolinea la necessità di individuare nell'esperienza concreta le manifestazioni tangibili che indicano, con evidenza, l'intento elusivo di una norma imperativa <<al

¹⁰ L'autorevolezza della Commissione si fonda anche su <<canoni obiettivi di giudizio volti a delimitarne la discrezionalità>> v. G GHEZZI, *Sul ruolo istituzionale della Commissione*, in *Riv. Giur.Lav.*, 2002, p. 365

¹¹ Cfr.M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2018, p.178

¹² Cfr.LUIGI CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Cedam , Padova 1943, ristampa Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014 p.75; E.SCODITTI, *Interpretazione e clausole generali*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso* a cura di D. Dalfino, Roma, 2016, p. 557 ss. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 409 ss

¹³ E.NAVARRETTA, *art.1344 – Contratto in frode alla legge*. in *Commentario del Codice civile* a cura di ENRICO GABRIELLI, col.I *artt.1321 -1349 c.c.* Utet, Torino, 2011 p.679 e ss

fine di raggiungere un risultato praticamente equivalente a quello vietato>>¹⁴. Ciò esclude che la condotta elusiva degli atti negoziali di esercizio dell'assemblea possa essere dedotta dall'apprezzamento discrezionale della Commissione di circostanze solo di fatto. In sostanza, il ricorso all'art.1344 c.c. presupporrebbe una precisa indicazione, da parte della Commissione, delle disposizioni della legge sull'esercizio del diritto di sciopero, ritenute estensibili anche all'esercizio del diritto di assemblea. Peraltro, si fa fatica a comprendere quali dovrebbero essere dette disposizioni. È sufficiente leggere, le clausole, di disciplina dell'assemblea, di un qualsiasi contratto collettivo, per comprendere che l'assemblea impegna un arco temporale assai modesto di astensione dal servizio pubblico, ed è già ampiamente disciplinata nei contratti collettivi, i quali dispongono limiti di durata, preavviso, modalità e persino i periodi temporali di intervallo tra le assemblee.

Si deve anche sottolineare che gli atti di autonomia privata sono solo attuativi di modalità di esercizio del diritto di assemblea ulteriori rispetto a quelle già riconosciute dall'art.20 St. Pertanto ogni sindacato di merito sui motivi o sulle modalità di esercizio del diritto incontra i limiti rigorosamente dettati dall'art.20 St. che non consente interpretazioni restrittive del diritto di assemblea. <<Onde, se anche l'atto in questione ...fosse pure compiuto con l'intenzione di sottrarsi al divieto legale, ciò non basterebbe a ricondurlo sotto di questo e a giustificarne la nullità>>¹⁵.

La delibera appare discutibile anche nella parte in cui attribuisce alla Commissione la competenza a valutare la legittimità delle clausole contrattuali, liberamente concordate tra le parti, in attuazione dell'art.20 Statuto, che appaiono <<consentire un utilizzo>> del diritto di assemblea <<a mo' di equivalente funzionale dello sciopero>>. Si tratta di una estensione dell'ambito di applicazione della legge, realizzata mediante un atto amministrativo, per una materia, l'assemblea, che ha fonte in norme costituzionali diverse dalla norma costituzionale dedicata al diritto di sciopero e, sulla quale, per effetto della legge attuativa, si radica la competenza della Commissione.

¹⁴ V. A.TORRENTE, P.SCHLESINGER, a cura di F.ANELLI, C.GRANELLI, *Manuale di Diritto privato*, 2017, Giuffrè p.622).La frode alla legge è generalmente definita dalla dottrina come vizio della causa, <<che si concreta in un abuso della funzione tipica del contratto: questo viene impiegato per un fine che contrasta con la funzione sociale (causa) che gli è propria>> Id, p.622. La nozione, che ha avuto largo impiego in funzione di protezione del lavoratore contro gli atti illeciti del datore di lavoro, è oggetto, tuttavia, di aspre dispute dottrinali che non possono essere richiamate, nemmeno approssimativamente, nell'ambito di questo scritto. Per una breve sintesi v. F.LONGBUCCO, *Sulla frode alla legge. L'attualità del pensiero di Luigi Carraro in occasione della ristampa de Il negozio in frode alla legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p.313 ss; V. anche C. CAMARDI, *Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contratti*, 2011, p.1044; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 258; E.NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 2006, p.71 ss;

¹⁵ E.BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1994, p.379 ss

Vi sono, dunque, sufficienti argomenti per affermare che ricorso all'art.1344 c.c., sia solo una operazione suggestiva per mascherare operazioni di estensione dell'ambito dei poteri della Commissione anche al diritto di assemblea. Anche, difatti, volendo accedere ad interpretazioni più "elastiche", fondate sull'esigenza di un ragionevole bilanciamento tra diritti all'occasione contrapposti, la tesi della Commissione non convince.

Invero, la delibera in esame sembra sostenere che la *ratio* della legge autorizzi la Commissione ad estendere il proprio intervento anche a diritti ed interessi che, comunque, si riflettano negativamente sugli utenti. Una estensione dell'ambito di applicazione della legge legittimata dagli effetti dell'assemblea sull'utenza. Così argomentando, molte altre fattispecie potrebbero rientrare nell'ambito del raggio d'azione del Garante: i disservizi, la sicurezza nei trasporti e persino le relazioni sindacali tra organizzazioni sindacali e impresa; una estensione dell'ambito di applicazione della legge illimitata, che metterebbe in seria tensione l'intero impianto della disciplina sullo sciopero.

Una più ragionevole interpretazione dei poteri di intervento della Commissione sul diritto di assemblea, era stata raggiunta negli orientamenti precedenti la delibera in questione, i quali prevedevano l'intervento del Garante (delibera n.04/212; n.06/192; n.10/2003; verbale n.888 del 17/01/2011; verbale n.915 del 05/09/2011) solo nelle ipotesi di violazione delle fasce orarie di garanzia dei servizi minimi (verbale n.720 del 19/04/2007); dunque, un intervento "indiretto" ed oggettivo, assolutamente disinteressato all'accertamento delle motivazioni recondite dell'esercizio del diritto di assemblea e volto, solo, a sostenere, in modo coerente con la funzione della Commissione, l'osservanza delle clausole contrattuali a garanzia dei diritti degli utenti.

Da ultimo, una brevissima considerazione in ordine alla possibilità di inquadrare il presunto illecito esercizio del diritto di assemblea nella formula "abuso del diritto" (*v.infra § 4*), definito, dalla dottrina¹⁶, come una deviazione finalistica del diritto che, nel suo esercizio, viola i criteri generali di buona fede e correttezza e contraddice lo scopo per il quale è stato riconosciuto dall'ordinamento. La delibera in esame ipotizza circostanze in cui sia possibile rilevare la condotta abusiva delle rappresentanza sindacali, sia pure in un esercizio del diritto di assemblea del tutto legittimo e rispettoso delle forme e delle procedure stabilite dal contratto collettivo. Tale indagine, concretamente, può solo risolversi nell'azione di "controllo" della Commissione sui motivi, ad esempio, di indizione dell'assemblea. Ma i motivi – riconducibili alla materia di interesse sindacale

¹⁶ Cfr. P.RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, p.11 ss

o del lavoro (art.20 St.)- che determinano le rappresentanze sindacali alla convocazione dell'assemblea sono insindacabili, in quanto espressione della libertà sindacale garantita dall'art.39 c.1 cost. e, non sembra ammissibile che, il nostro sistema giuridico possa consentire ad una amministrazione di limitare la garanzia di un diritto di libertà, di così elevato rango¹⁷.

5. L'autoritarismo nella definizione delle prestazioni indispensabili. La provvisoria regolamentazione per il trasporto pubblico locale.

Il significato dell'istituzione della Commissione di garanzia si riassume nella sua funzione più significativa: la valutazione del risultato del contemperamento tra il diritto di sciopero e i diritti costituzionali della persona, raggiunto negli accordi di attuazione della legge.

Assicurare l'effettività del contenuto essenziale dei diritti costituzionali è un vincolo molto severo alla discrezionalità della Commissione, gli atti della quale, se impongono una misura delle prestazioni indispensabili, tale da alterare i rapporti di forza fra le parti contendenti, sino a rendere l'astensione dal lavoro potenzialmente improduttiva degli effetti desiderati dagli scioperanti, si pongono in contrasto con il principio di contemperamento.

A questo riguardo, i vincoli posti dalla legge al potere suppletivo della Commissione sono stati vieppiù superati nella regolamentazione provvisoria dettata, di recente, nel settore del trasporto locale.

Il 23 aprile 2018 (delibera n.18/138) la Commissione ha adottato la Regolamentazione provvisoria del trasporto pubblico locale, con la quale ha sostituito esclusivamente la clausola relativa alla rarefazione (art.11, lett.b), prevista nell'Accordo nazionale del 28 febbraio 2018, faticosamente raggiunto dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro (dopo sedici anni di vigenza della Provvisoria regolamentazione del 2002).

¹⁷ La dottrina ha trattato il tema della configurabilità di un abuso del diritto da parte dei lavoratori ma in relazione a fattispecie in cui il diritto trova riconoscimento sociale nella definizione di caratteri tipici: la fruizione impropria di permessi e/o congedi (parentali, sindacali o di assistenza a parenti con handicap), l'uso strumentale della malattia per differire l'efficacia del licenziamento o sospendere le ferie, lo svolgimento di altra attività lavorativa nel periodo di malattia, la falsità della stessa malattia; tutte ipotesi che la dottrina configura come inadempimento della prestazione lavorativa per inesistenza del diritto alla sospensione del rapporto o per violazione dei canoni di buona fede e correttezza. Cfr. Cass sez.lav. 25/01/2016, n.1248, con nota di E.PUCETTI, *Il dipendente molesto: licenziamento per abuso del diritto*, in *Giur.it*, 2016, p. 2209

La sostituzione che estende l'intervallo tra l'effettuazione di due azioni di sciopero fino a 20 giorni (nell'accordo del 28 febbraio 2018, i giorni sono 10), ha compromesso pesantemente, a favore della parte datoriale, l'equilibrio tra le parti raggiunto con l'accordo citato.

Una estensione abnorme, considerato, anche, che i 20 giorni si aggiungono all'intervallo previsto dalla norma di rarefazione "interna" dettata nell'accordo del 28 febbraio 2018 (art.8), secondo la quale <<lo stesso soggetto....può procedere ad una nuova proclamazione solo dopo tre giorni dall'effettuazione dello sciopero precedentemente indetto>>.

La Commissione, al fine di giustificare l'imposizione di un intervallo così esagerato, fa riferimento all'incremento della conflittualità dovuto alla frammentazione sindacale. È un argomento "bizzarro", giacché l'incremento è dichiarato ma non è corroborato da dati verificati, in ordine all'impatto di detto incremento sul servizio di trasporto pubblico locale. Dunque, il rischio è che si eserciti una compressione esagerata del diritto di sciopero non per salvaguardare la libertà di circolazione, bensì, per "mortificare" il pluralismo sindacale: invero, la frammentazione sindacale senza dubbio incide sulla dinamica delle relazioni industriali, occorrerebbe poi dimostrare concretamente come essa possa giustificare una compressione del diritto di sciopero. La frammentazione è il risultato della libertà sindacale, onde pretendere di ridurla, utilizzando la regolamentazione dello sciopero, significa inevitabilmente limitare la libertà di cui al comma 1 dell'art.39 Cost.

L'estensione abnorme dell'intervallo è stata imposta dalla Commissione in violazione delle regole di correttezza e trasparenza che dovrebbero ispirare, sempre, l'azione di organo garante di diritti costituzionali. Sono cadute, difatti, nel vuoto tutte le richieste sindacali alla Commissione di produrre i dati relativi alle ore di sciopero, distinte per ambito territoriale dell'utenza interessata, i dati sulla soppressione delle corse, sull'impatto sulla continuità del servizio. Tutti dati che sarebbero stati necessari alla dimostrazione della insufficienza della misura dell'intervallo, prevista dall'accordo del 28 febbraio 2018, ai fini del contemperamento.

Nel settore dei trasporti pubblici locali (TPL) gli scioperi effettuati in relazione a tutte le dimensioni (nazionali, locali, aziendali) sono stati 199 nel 2018 (fino al 31 ottobre 2018), 318 nel 2017; 368 nel 2016; 377 nel 2015; 331 nel 2014. Nel TPL, dunque, l'andamento delle azioni di sciopero non registra alcun incremento, anzi semmai una sensibile riduzione.

D'altra parte, la continuità del servizio è già garantita dalle prestazioni indispensabili.

Ebbene, in forza dell'accordo in questione, il primo sciopero nel TPL deve avere una durata di 4 ore e deve osservare le fasce orarie di servizio completo, previste dalla provvisoria regolamentazione, in genere dall'inizio del servizio fino alle 8, 30 e dalle 17 alle 20. Il secondo sciopero è quasi impossibile per effetto della regola della rarefazione, così come applicata dalla Commissione (*supra*, § 3), che obbliga, i soggetti collettivi, alla ricerca di una data libera nel calendario degli scioperi pubblicato sulla pagina web del Garante¹⁸. L'accordo del 28 febbraio 2018 ha, inoltre, incrementato i tempi delle operazioni per la riattivazione del servizio (cosiddetti tempi cuscinetto), tra la fine dello sciopero e l'operatività del servizio, per consentire la sicura ed immediata fruizione del trasporto pubblico.

L'apodittico dichiarato incremento della conflittualità non supportato da riscontri statistici, impedisce ogni accertamento sulla corretta applicazione del principio del contemperamento, cardine della disciplina limitativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. In assenza di riscontri è, infatti, impossibile individuare la misura del contemperamento tra il diritto di libertà di circolazione e il diritto di sciopero. Vale la pena di sottolineare, peraltro, che l'aumento di conflittualità, nel senso di un aumento delle proclamazioni di sciopero, non si risolve in una automatica maggiore compressione dei diritti degli utenti, fenomeno questo che richiede riscontri certi, calcolati sui dati dell'impatto dello sciopero sulla libertà di circolazione.

Inedita, infine, è la modalità deliberativa della disciplina attuativa della legge nel settore del trasporto locale oggi vigente, la quale si compone della valutazione di idoneità dell'accordo del 28 febbraio 2018 concluso tra Asstra, ANAV, Agens e le organizzazioni sindacali FILT-CGIL, FIT-CISL, UILtrasporti e UGL e della Regolamentazione provvisoria adottata dalla Commissione il 23 aprile 2018. Si tratta di un provvedimento atipico, adottato in violazione della forma prescritta dall'art.13 c.1 lett.a), che attribuisce alla Commissione solo il potere di una <<proposta sull'insieme delle prestazioni, procedure e misure da considerare indispensabili>>, da trasformare in provvisoria regolamentazione, una volta esperita la procedura di consultazione con le parti sociali. Come ha sottolineato la Corte costituzionale (n.344/1996) la Commissione <<non ha poteri correttivi o modificativi degli accordi stipulati>>. Può, con <<specifica motivazione>>, dichiarare

¹⁸ V. <https://www.cgsse.it/>

l'accordo inidoneo e sottoporre alle parti una sua proposta <<sull'insieme delle prestazioni, procedure e misure da considerare indispensabili">>¹⁹.

La sostituzione di una clausola dell'accordo il cui contenuto è requisito essenziale, ai fini del consenso prestato dalle parti, costituisce una violazione della libertà sindacale di cui all'art.39, c.1, Cost e dei principi generali dell'ordinamento, che vietano una selezione *à la carte* delle clausole di un contratto collettivo. Il rilievo è da mettere in stretto collegamento con la speciale finalità voluta dal legislatore, nell'art.1, c.2 della legge, di assicurare l'effettività, del contenuto essenziale del diritto di sciopero nell'equilibrio contrattuale tra le parti sociali che, di contro, la clausola imposta dalla provvisoria regolamentazione, altera significativamente. La Commissione può solo dimostrare l'incongruenza della clausola concordata dalle parti, rispetto alle finalità di effettività del diritto alla libertà di circolazione degli utenti. Evidenza, questa, che dalla delibera non risulta.

Il semplice "disagio" degli utenti, dovuto alla successione, anche a cadenze ravvicinate, delle proclamazioni per effetto della frammentazione sindacale, non legittima l'adozione di una disciplina eccessivamente limitativa dell'esercizio del diritto di sciopero e non è consentita nemmeno al legislatore²⁰. Attraverso l'interpretazione sistematica non si può rilevare alcun vantaggio, difatti, nel confronto, del diritto dell'utenza rispetto al diritto di sciopero, <<*perché diritto della persona è innegabilmente anche il diritto di sciopero*>>. Vero è che l'art.40 della Cost. prevede che il diritto di sciopero si eserciti nell'ambito delle leggi che lo regolano, ma ciò non può condurre ad "un'incondizionata delega" al legislatore del compito di regolare il diritto di sciopero, che significherebbe "una decostituzionalizzazione del diritto di sciopero". Compito del legislatore non può che essere semplicemente compositivo delle diverse esigenze dei lavoratori e degli utenti <<*ma pur sempre rispettoso del valore sociale a cui il legislatore costituzionale ha inteso elevare lo sciopero*>>²¹.

¹⁹ La problematica degli accordi che presentino elementi di inidoneità era già stata affrontata e risolta dalla Commissione nell'indicazione "di evitare valutazioni di idoneità parziale e di procedere alla formulazione di una proposta, ai sensi dell'art. 13, lett. a), della legge citata, salvi i casi risolvibili in via interpretativa". Verbale della Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, n. 410 del 1.02.2001

²⁰ "L'obbligo di assicurare le prestazioni minime costituisce la sola restrizione legittima al diritto di scioperare" V.BAVARO, *Contro la titolarità maggioritaria....cit*, 2018, p. 621

²¹ A.FALZEA, Relazione al Convegno su *Responsabilità delle istituzioni ed autonomia collettiva* tenutosi al CNEL il 27 novembre 2007, in *Rassegna sindacale* supplemento al n.24/2009

6. – La funzione degli strumenti di prevenzione del conflitto. Il caso Ryanair. La vicenda Ryanair è emblematica di un certa inspiegabile resistenza della Commissione ad agire con gli strumenti previsti dalla legge nella fase di prevenzione del conflitto. Per una migliore comprensione della vicenda è utile una breve sintesi dei fatti.

Il 13 dicembre 2017 la Ryanair reagiva allo sciopero proclamato dall'organizzazione sindacale ANPAC per il 15 dicembre 2017, intimando ai piloti e agli assistenti di volo di non aderire allo sciopero, e minacciando i lavoratori "disobbedienti", di pesanti riduzioni dei trattamenti retributivi e normativi, già previsti nei contratti individuali dei dipendenti. Il 14 dicembre 2017 il Presidente della Commissione, sulla stampa, minacciava di sanzionare il comportamento della Ryanair giacché suscettibile di determinare "l'insorgenza o l'aggravamento del conflitto" (in sostanza minacciava l'applicazione dell'art.13, c.1, lett.h della legge). Contestualmente le organizzazioni sindacali FILT-CGIL e FIT-CISL chiedevano, con una istanza, l'intervento del Garante per obbligare la compagnia al rispetto della legge, e, quindi, a concordare con le organizzazioni sindacali una disciplina attuativa della legge.

Con successiva nota del 12 /01/2018 la Commissione, mediante il mero invio alle organizzazioni sindacali di una delibera risalente al 16 febbraio 2017, affermava che le proclamazioni di sciopero indette non necessitavano di interventi da parte della Commissione, così lapidariamente dando risposta alle richieste delle organizzazioni sindacali. In realtà, la predetta delibera (n.17/31) riportava in dettaglio le informazioni rese dalla Ryanair, secondo la quale il rapporto di lavoro dei dipendenti della compagnia è regolato dalla leggi irlandesi e le astensioni proclamate dalle organizzazioni sindacali italiani non possono aver alcun riflesso sull'utenza. La Commissione si è accontentava della risposta della compagnia, e deduceva "*per facta concludentia*" (*sic !*), l'acquiescenza da parte della Ryanair alla disciplina di settore. In altre parole, per il Garante, le informazioni, ricevute dalla compagnia irlandese, soddisfacevano l'intero apparato di norme a garanzia dei diritti costituzionali degli utenti e dei lavoratori, previsto dalla legge. Non solo, la Commissione consentiva alla compagnia di sottrarsi alle procedure di raffreddamento e di conciliazione, e sosteneva l'inutilità dell'intervento, previsto dalla legge, dell'Autorità amministrativa in sede conciliativa²², non essendo la Ryanair, soggetta alla legislazione italiana.

²² Di parere opposto è l'Amministrazione interessata che, il 27 novembre 2017, esperisce la procedura di conciliazione presso il Ministero del lavoro come previsto dalla legge

Il Garante consentiva, anche, alla compagnia irlandese di sottrarsi agli obblighi di comunicazione all'utenza, e di trattativa con le organizzazioni sindacali sui contingenti di personale a presidio della garanzia delle prestazioni indispensabili e faceva proprio il giudizio prognostico, circa il grado di adesione allo sciopero, unilateralmente fornito dall'azienda. Inoltre, la Commissione qualificava le astensioni collettive, riguardanti il servizio svolto nel territorio nazionale dal vettore irlandese, "forme alternative di azione sindacale" (art.33), dalle quali, dunque, non derivano conseguenze alla tutela dei diritti. Disponeva, infine, per la Ryanair una disciplina "*ad hoc*" ed una applicazione solo parziale, precisamente gli articoli 4 (preavviso), 6 (revoca tempestiva) e 7 (durata massima delle azioni di sciopero), delle norme della Regolamentazione provvisoria del trasporto aereo (v.Delibera n. 14/387 del 13 ottobre 2014).

La Commissione veniva sconfessata immediatamente. Revocato lo sciopero indetto per il 15 dicembre 2017, difatti, la Ryanair, riconosceva la rappresentanza dall'ANPAC e iniziava con la medesima una trattativa, giunta a conclusione il 28 agosto 2018, con la sottoscrizione del primo contratto collettivo di lavoro per i dipendenti della società Ryanair. Il 20 luglio 2018, inoltre, la Ryanair firmava un accordo di riconoscimento dell'organizzazione sindacale FIT CISL e apriva le trattative per la negoziazione del contratto collettivo per gli assistenti di volo insieme alla FIT CISL e all'ANPAV. Il 5 febbraio il Tribunale di Busto Arsizio e, nel marzo 2018, il Tribunale di Bergamo, infine, riconoscevano, su ricorso della FILT-CGIL, il comportamento discriminatorio della Ryanair (art.28 d.lgs n.150/2011).

Insomma, sul comportamento della Ryanair la Commissione ha tenuto un comportamento inspiegabile, rinunciando ad esercitare i suoi poteri di intervento in funzione di prevenzione e di controllo sul comportamento datoriale.

L'inerzia della Commissione sulla condotta della Ryanair è emersa, con particolare evidenza, a seguito anche del riconoscimento, da parte Tribunale di Bergamo, del danno punitivo in favore della FILT-CGIL e, quindi, del risarcimento del danno per violazione del diritto a non subire discriminazioni. Il risarcimento aggiuntivo, derivante da illecito civile, con il quale il Tribunale ha inflitto alla Ryanair il pagamento di una somma superiore a quella strettamente necessaria a reintegrare il danno, assolve ad una funzione preventiva-deterrente e punitiva sanzionatoria e risponde al fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti costituzionali.

Di contro il Garante, a cui la legge ha affidato l'attuazione di una disciplina limitativa del diritto di sciopero a protezione del contemperamento tra diritti costituzionali, ha omesso di

contestare alla Ryanair la violazione dell'obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali le misure attuative della disciplina sull'esercizio di sciopero nel trasporto aereo, per astensioni proclamate da soggetti collettivi italiani e ha adottato, con un provvedimento "fantasioso", a beneficio della compagnia, una disciplina meno rigorosa, rispetto alla disciplina imposta agli altri vettori. Una decisione incomprensibile a cui è seguito il dovuto ravvedimento il 6 dicembre 2018 (delibera n.18/352). La Commissione, difatti, ha revocato la delibera n.17/31, ed ha deciso anche per la Ryanair la integrale applicazione della provvisoria regolamentazione per il trasporto aereo (delibera n.14/387).

7. Conclusioni.

Dalla produzione della Commissione, sommariamente esposta per esemplificazioni, sembra possibile ricavare alcune osservazioni conclusive.

Le esperienze sopra raccontate, denunciano un'applicazione del principio del temperamento irragionevole e piuttosto orientata a proteggere gli utenti, a discapito dell'esercizio del diritto di sciopero.

In particolare, le deliberazioni della Commissione in ordine al caso Ryanair rivelano un certa resistenza del Garante all'esercizio delle funzioni, contenute nell'art.13, c.1 lett. c), g), h). Si tratta di norme definibili come strumentali alla corretta applicazione del principio di temperamento²³. Esse, difatti, sono orientate a raccogliere le informazioni utili alla rappresentazione del contesto nel quale il conflitto insorge, e le cause di insorgenza delle controversie collettive, ma non solo. Tali funzioni, svolte nel rispetto dell'autonomia delle parti sociali, potrebbero condurre a forme di reale raffreddamento dei conflitti e ad un maggiore grado di socializzazione delle ragioni delle astensioni.

Il mancato esercizio delle funzioni sopra descritte può, come insegna il caso Ryanair, tradursi in inerzia e costituire una violazione dei doveri di correttezza e buona amministrazione (art. 97 della Costituzione). In determinate circostanze i contenuti delle norme "strumentali", difatti, possono

²³ L'indipendenza della Commissione «sta soprattutto in una peculiare caratteristicaquella di non esercitare poteri amministrativi in senso proprio», nei compiti che non hanno effetti provvedimenti, «direttamente modificativi, costitutivi o estintivi di situazioni soggettive di diritto o di interesse legittimo» v. M.D'ANTONA, *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 417 ss..

costituire un criterio di valutazione della legittimità delle manifestazioni della potestà discrezionale della Commissione²⁴.

Assumendo come punto di partenza le distinte posizioni soggettive, emerge che i diritti e gli interessi considerati dalla legge sono disciplinati da una struttura a competenza trilaterale: il soggetto collettivo, espressione del diritto di sciopero dei singoli lavoratori; le amministrazioni e le imprese, interessate a mantenere l'efficienza della propria organizzazione in occasione di sciopero; la Commissione che è il garante del contemperamento tra il diritto di sciopero ed i diritti costituzionali.

Gli utenti sono attori non protagonisti²⁵. Sono le parti sociali e la Commissione che, rispettivamente, negli accordi attuativi e nelle provvisorie regolamentazioni decidono le regole nell'interesse degli utenti.

È evidente che ogni limite al diritto di sciopero si traduca in un vantaggio per l'amministrazione o l'impresa. In taluni casi, addirittura, anche lo sciopero può tradursi in un vantaggio per i datori di lavoro. Si pensi agli scioperi per mancata corresponsione della retribuzione, che hanno origine nelle difficoltà finanziarie, sofferte dalle aziende del settore dell'igiene urbana, a causa dei crediti non esigibili dovuti da comuni in dissesto. Lo sciopero può esercitare una pressione sull'opinione pubblica tale da indurre i comuni a sbloccare gli importi dovuti.

La dinamica limite-vantaggio, del resto, è il fisiologico risultato di ogni situazione nella quale due diritti costituzionali entrano in conflitto. La legislazione nazionale è, peraltro, ricca di disposizioni che attribuiscono alle Autorità indipendenti poteri "normativi" tali da condizionare, in modo pervasivo, i contenuti dell'autonomia contrattuale, e gli esempi sono numerosi (Consob, AGCM.). Non stupisce, dunque, che anche alla Commissione sia consentito modificare, integrare, innovare i contenuti contrattuali.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che le ragioni giustificatrici della attuale disciplina dello sciopero nei servizi pubblici sono collegate non alla generica posizione di protezione dell'utente del

²⁴ Per l'aspetto relativo alla funzione della Commissione nell'esperimento delle procedure di raffreddamento e di conciliazione cfr. M.GRANDI, *Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1999, p. 257 ; G.GHEZZI, *La Commissione di garanzia tra politiche di prevenzione e poteri sanzionatori: spunti per la riflessione*, in *Riv.giu.lav*, 2003, p.495 ss.

²⁵ Cfr. G.GAROFALO, *Del valore giuridico della proposta della Commissione di garanzia ovvero del dovere professionale di essere 'loici'* (Cassazione, 20 marzo 1999, n.2625), in *Riv.giu.lav*, 1999, p. 701 ss.

servizio pubblico, bensì ad una porzione molto più ristretta della relazione dell'utente con il servizio pubblico: quella che emerge nella compressione del contenuto minimo dei diritti costituzionali elencati nell'art.1. Parimenti, non vi è dubbio che la legge protegga anche il "contenuto minimo" del diritto di sciopero. Il punto più difficile è stabilire quale sia il contenuto minimo del diritto stesso.

L'espressione contenuta nell'art.1, c.2 della legge: l'effettività del contenuto essenziale, dei diritti costituzionali²⁶, richiama la teoria del "contenuto minimo" o "essenziale" dei diritti (Wesensgehalt)²⁷, come nucleo incomprimibile dei diritti, che trae origine dall'art. 19, secondo comma della Legge fondamentale tedesca del 1949, con l'obiettivo di tracciare un limite assoluto alla restrizione di un diritto fondamentale. Si tratta di stabilire se l'effettività del contenuto minimo consista in una misura fissa ed inviolabile o se tale contenuto possa trovare una dimensione concreta nell'applicazione del principio di proporzionalità. Certo è che la legislazione vigente dimostra che i diritti fondamentali non si applicano incondizionatamente, ma possono essere dalla legge limitati per motivi di interesse pubblico. Il diritto di sciopero, se entra in conflitto con altri diritti, può essere sottoposto a dinamiche vincolanti e ad applicazioni flessibili, affinché il suo esercizio possa trovare soluzioni socialmente compatibili. Si tratta peraltro di soluzioni che, in ogni caso, devono essere giustificate dalla protezione di un altro diritto fondamentale e proporzionate al fine legittimo perseguito. La letteratura scientifica non ha offerto, ad oggi, conclusioni univoche ai fini della determinazione del contenuto minimo²⁸, anche se la giurisprudenza costituzionale offre

²⁶ Per un esame delle esperienze costituzionali europee sul tema dei diritti fondamentali cfr. A.DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa 2016* <https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/>

²⁷ La tecnica del bilanciamento è inadeguata alla corretta applicazione della l.n.146/90. Il bilanciamento tecnica interpretativa propria della Corte Costituzionale, si applica tra due diritti conflitto, in relazione ad un equilibrio già fissato dal legislatore. Nella legge sullo sciopero nei servizi essenziali l'equilibrio è direttamente fissato dalle parti sociali ed è strettamente dipendente dalla organizzazione del servizio data, dunque, è sempre variabile, continuamente costringendo l'interprete del contemperamento alla ricerca di un equilibrio. Per intenderci, se ad esempio, il servizio di trasporto pubblico fosse assicurato non solo dall'ATAC ma anche da un'azienda concorrente lo sciopero in ATAC potrebbe godere di limiti più contenuti, in relazione alla possibilità del servizio alternativo offerto dall'azienda concorrente.

²⁸ Il riferimento non è alla letteratura scientifica sul riconoscimento dei diritti sociali nell'ordinamento nazionale e sovranazionale, bensì alla dottrina che ha studiato il tema dell'attuazione dei diritti costituzionali nei rapporti interprivati. La clausola generale del contenuto minimo dei diritti, come misura minima non sacrificabile, neanche in funzione di altri principi costituzionali è conseguente all'idea della inesistenza di una scala gerarchica tra i diversi diritti costituzionali e dell'affermazione del pluralismo dei valori come principio ordinante per dirimere i conflitti tra i diritti. Sul tema, letture essenziali sono gli studi di L.MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, 1982 in *Riv.trim.dir.proc.civ.*p.1117; Id, *Fondata sul lavoro*, in M.NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro pluralismo sociale*, 1988, Vita e pensiero, Milano, p.13; Id, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in C.CASTRONOVO, A.ALBANESE, A.NICOLUSSI, (a cura di), *Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, Milano 2011, p.255;

una chiave di lettura significativa, nel senso di affermare che contenuto del diritto e modalità del suo esercizio non sono profili distinguibili, e il diritto è violato anche nell'ipotesi in cui le modalità del suo esercizio siano eccessivamente penalizzanti (sent. 307/1990). È da queste premesse che conviene muovere verso una definizione del contenuto minimo soddisfacente.

Innanzitutto, vale la pena di riaffermare che il potere di intervento del legislatore incontra il limite dell'esercizio del diritto di sciopero²⁹. L'iconografia costituzionale, segnata dalla stretta correlazione tra art.40 e art.3 c.2 Cost, non consente interventi sulla titolarità del diritto di sciopero, cioè sulla dimensione soggettiva. Del resto, il diritto è fondamentale in quanto delimita l'ambito del potere legislativo. Insomma, il diritto di sciopero non può essere negato a nessuno. <<Ma anche l'aspetto dell'efficacia funzionale dello sciopero>>³⁰ appartiene al grado di protezione più elevato offerto dall'art.40 Cost.

Una volta stabilito il nesso indissolubile tra modalità di esercizio ed effettività del diritto, la dottrina del contenuto minimo, tuttavia, non sembra offrire una soluzione convincente nella determinazione del nucleo inviolabile del diritto di sciopero, perché, si tratta, di una dottrina volta a risolvere il bilanciamento tra due diritti fondamentali che sono in relazione diretta. Il diritto di sciopero, di contro, entra in collisione con i diritti degli utenti solo indirettamente, essendo geneticamente diretto contro il datore di lavoro. Per meglio spiegare: buone relazioni sindacali non generano conflitti e, quindi, non danno luogo ad occasioni di compressione dei diritti costituzionali. Anche il principio di proporzionalità applicato nella relazione tra due diritti fondamentali, può rivelarsi insufficiente nella comprensione del nucleo "intagibile" dello sciopero. La misura proporzionata in relazione ai diritti degli utenti può essere, comunque, lesiva del diritto di sciopero³¹.

G.ZAGREBELSKY, *Il diritto mite, Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 11. Più di recente cfr. A.GIORGIS, *La Costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, 1999, Jovene, Napoli, p.162 ; D.MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, 2012 Giappichelli, Torino, p.167; I. MASSA PINTO, *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, in Dir. pubbl., 2001, p.1095, P.LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, 2016, Giappichelli, Torino, p.93.

²⁹ Sulla disciplina attuativa della l.n.146/90 con particolare riguardo agli accordi ed alle provvisorie regolamentazioni cfr. C.LA MACCHIA, *Lo sciopero nei servizi essenziali tra autorità e libertà*, 2008, Ediesse, Roma

³⁰ P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in Riv.Giur.Lav., 1952, p.243

³¹ Secondo V.BAVARO, *Contro la ...cit*, 2018, 7 "col principio di proporzionalità dobbiamo giustificare la limitazione del diritto di sciopero". L'opinione non è condivisibile perché, il principio di proporzionalità, adottato *sic et simpliciter*, non consente di definire correttamente il contenuto minimo del diritto di sciopero, ripetendo uno schema di contrapposizione diretta tra diritti costituzionali, giuridicamente inesistente. Anche la dottrina del <<minor sacrificio

Una prospettiva ermeneutica validamente percorribile sembra emergere dal monito di Piero Calamandrei. <<Se a forza di limitarne gli scopi e complicarne le procedure con meccanismi ritardatori lo sciopero venisse ad esser ridotto innocuo per gli imprenditori e quindi irrisorio per i lavoratori, esso perderebbe quell'ufficio di strumento stimolatore del miglioramento sociale delle classi lavoratrici, in vista del quale la Costituzione l'ha riconosciuto>>.³²

Il contenuto minimo va quindi riguardato in relazione al valore costituzionale del diritto di sciopero e concretamente ravvisato nell'efficacia che, a causa dell'intervento della Commissione, può ridursi fino al punto di vanificare l'esercizio del diritto³³.

L'efficacia del diritto di sciopero, dunque, è il criterio ermeneutico di controllo della legittimità delle regole attuative della legge³⁴. Non si tratta della difesa della titolarità individuale del diritto di sciopero, bensì, della difesa di valori che sono insieme la cifra democratica ed il collante di un ordinamento che si articola su vincoli reciproci di solidarietà. Così osservato il contenuto minimo è una misura oggettiva non più confusa nello schematismo di un soggettivismo inconcludente, tra lavoratore titolare del diritto di sciopero e utente titolare del diritto al servizio pubblico essenziale. Il contenuto minimo, difatti, trova specificazione nel riconoscimento sociale della correlazione dell'art.40 Cost con il principio di uguaglianza sostanziale (art.3, c.2, Cost.) ed assume natura immediatamente precettiva, efficace *erga omnes*, indisponibile ad ulteriore compressione e limitazione di esercizio

La concreta individuazione del contenuto minimo sarà, dunque, il risultato dell'esame condotto su due profili differenti ma complementari. Il primo è relativo alla definizione di misure di attuazione della legge che non neutralizzino l'efficacia dello sciopero, cioè il nucleo intangibile del diritto. Il secondo profilo attiene alla verifica di conformità delle misure individuate dalle parti

possibile dei due diritti in conflitto >> v. M.V. Ballestrero Sub artt. 12-14, 1999, cit.p.955) richiama il principio di proporzionalità e può non essere sufficiente a garantire l'effettività del diritto di sciopero.

³² P. CALAMANDREI, Significato costituzionale cit., p.243

³³ Sulla necessità di adottare una tecnica di contemperamento che sia a salvaguardia anche della funzione del diritto di sciopero nell'ambito dei valori costituzionali cfr. G.GIUGNI, *L'esperienza della Commissione di garanzia nell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali in "Studi in onore di Giorgio Ghezzi"*, 2005, Cedam, Padova, p.839 ss.

³⁴ Garofalo, già nel suo scritto del 1999, segnalava, con argomenti molto convincenti, che le tecniche del contemperamento autoritative avrebbero portato alla parabola discendente dell'esercizio del diritto di sciopero. L'esperienza attuativa, purtroppo, ha dato ragione al compianto Maestro cfr. M.G.GAROFALO, *Del valore giuridico della proposta della Commissione di garanzia ovvero del dovere professionale di essere 'loici'* (Cassazione, 20 marzo 1999, n.2625), in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, p.701 ss.

sociali, alle finalità di garanzia del contenuto minimo dei diritti costituzionali interessati dall'azione di sciopero. Un controllo di congruità tra la legge ed i suoi fini.

Il riconoscimento sociale dei valori, dunque, è il fondamento della solidarietà e di una visione che trova nella effettività la garanzia dei diritti.

La vicenda della rarefazione tra le azioni di sciopero (*supra* § 3), valutata con i criteri sopra definiti, risulta di maggiore leggibilità e spiega le ragioni per le quali, l'indicazione preventiva della Commissione sull'intervallo, se realizza un vantaggio solo per i datori di lavoro, procrastinando all'infinito l'azione di sciopero, sia illegittima, giacché lede il contenuto minimo dell'esercizio del diritto di sciopero e si risolve nella alterazione dei rapporti di forza tra le parti sociali.

Delineata la cornice ermeneutica entro la quale si concretizza il temperamento, è possibile più agevolmente comprendere la funzione degli interventi di prevenzione e rappresentazione del contesto in cui ha origine il conflitto, affidati alla Commissione. L'approfondimento del contesto entro il quale insorge il conflitto è funzionale non all'esercizio del potere sanzionatorio, bensì alla promozione di regole di correttezza e trasparenza nelle relazioni industriali e nelle relazioni con gli utenti, in una declinazione della solidarietà espressa dai valori costituzionali come pratica quotidiana e non paternalisticamente calata dall'alto delle stanze della Commissione.

Gli utenti, ricevuta la corretta informazione sulle ragioni del conflitto, assumono la veste non di soggetto passivo rispetto alla dinamica della relazione conflittuale tra datore di lavoro e lavoratori, bensì di soggetto partecipe. Facile esempio è il conflitto sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in relazione alle polveri sottili nella metropolitana di Roma.

Non si tratta di rispolverare lo sciopero virtuale, strumento verso il quale non si è formato il gradimento delle parti sociali. Piuttosto si tratta di sperimentare tecniche di negoziazione e procedimentalizzazione più efficienti e modellate sul tipo di controversia. Il conflitto, ad esempio, sul trasferimento d'azienda, sulla successione negli appalti, sulle imprese in crisi hanno tempi, caratteristiche ed anche soggetti molto diversi rispetto al conflitto sul rinnovo del contratto collettivo.

Per evitare di ledere il nucleo intangibile del diritto di sciopero è, dunque, necessario adeguare anche le regole attuative della legge alla tipologia della controversia collettiva (licenziamento collettivo, rinnovo del contratto collettivo, successione nell'appalto...).

Le funzioni di *soft law* della Commissione, offrendo l'opportunità di indagare sulle ragioni del conflitto, hanno rilievo giuridico significativo nella valutazione del comportamento dei soggetti

sindacali in occasione di sciopero ai fini della irrogazione della sanzione. Esse, dunque, sia pure indirettamente, sono a garanzia del diritto di sciopero.

L'attività della Commissione che, in questi ultimi anni di applicazione, si è concentrata eccessivamente sull'aspetto repressivo, trascurando le norme che consentivano interventi di informazione e controllo, anche a monte della controversia collettiva, oltre ad aver impoverito i contenuti dell'azione della Commissione si è risolta, nel mancato rispetto del principio di contemperamento, con grave danno sul buon funzionamento della legge che aspira, ad una regolazione dell'esercizio del diritto di sciopero, nel più ampio spettro dei valori enunciati nella Carta costituzionale.

ALESSANDRO CENTONZE

Il controllo dei flussi migratori clandestini e il contrasto alla criminalità organizzata transnazionale: gli equivoci dogmatici e le sfide ermeneutiche*

SOMMARIO: 1. Il controllo dei flussi migratori clandestini e il contrasto alla criminalità organizzata transnazionale: un binomio inscindibile. – 2. Le fattispecie collegate al controllo dei flussi migratori clandestini e il problema del riconoscimento della giurisdizione italiana. – 3. Il ruolo della criminalità organizzata transnazionale nel controllo dei flussi migratori clandestini: una consapevolezza solo in parte avvertita dalla giurisprudenza nostrana. – 4. L'inquadramento delle fattispecie collegate al controllo dei fenomeni migratori clandestini e gli sforzi di armonizzazione sistematica compiuti dalla giurisprudenza di legittimità. – 5. La dimensione transnazionale del problema del controllo dei flussi migratori clandestini e la necessità di adeguare gli strumenti repressivi attraverso l'elaborazione di politiche criminali "sinergiche".

1. Il controllo dei flussi migratori clandestini e il contrasto alla criminalità organizzata transnazionale: un binomio inscindibile.

Il controllo dei flussi migratori illegali da parte della criminalità organizzata transnazionale rappresenta un fenomeno criminale tipico di questo ventennio, anche se non se ne può affermare la sua assoluta novità per il nostro Paese¹.

Non v'è dubbio, però, che si tratta di un fenomeno complesso, caratterizzato da aspetti di originalità, sotto il profilo degli interessi che ne rappresentano il sostrato criminale e che hanno determinato l'implosione degli strumenti di contrasto tradizionale, collegati al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

(*) Questo contributo riproduce, con alcune modifiche e integrazioni, soprattutto riguardanti le note bibliografiche, due seminari svolti in sedi universitarie siciliane sul tema dei rapporti tra immigrazione clandestina e flussi migratori illegali.

(¹) Per un primo inquadramento del fenomeno migratorio illegale si richiamano i lavori di AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, a cura di G. Tinebra e A. Centonze, Giuffrè, Milano, 2004; E. LANZA, *Stranieri e diritto penale*, CEDAM, 2011; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 86 ss.

Mi sembra utile fornire alcune indicazioni bibliografiche relative alla letteratura straniera che si è occupata dell'argomento, richiamando N. BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press, 2012; I. SHELLEY, *Human Trafficking. A Global Perspective*, Cambridge University Press, 2010.

Nell'ultimo decennio, infatti, si assiste a un flusso migratorio illegale inarrestabile tra alcuni Paesi del continente africano e gli Stati dell'Europa occidentale meridionale. In questo modo, il territorio italiano è stato investito da continue ondate migratorie, che hanno avuto inizio un ventennio addietro e si sono intensificate con i moti politici verificatisi nell'area nordafricana in conseguenza dell'esplosione della "Primavera araba".

Le cause che hanno alimentato questi flussi migratori clandestini sono la conseguenza di una pluralità di fattori eterogenei, tra i quali, a scopo semplificativo, si possono citare: la globalizzazione dei processi di produzione industriale; il divario economico determinatosi tra i Paesi occidentali industrializzati e quelli sotto-sviluppati; il clima di perenne instabilità politica e istituzionale che caratterizza i Paesi nordafricani in conseguenza della "Primavera araba"; lo stato di conflittualità religiosa verificatosi nell'area mediorientale collegata alla disgregazione della Siria e all'emergere dell'*Isis* che, com'è noto, è l'acronimo con cui viene chiamato l'autoproclamatosi *Islamic State of Iraq and Syria*².

A tali fattori, se ne aggiungono altri, che sono correlati a quelli appena esaminati, ma che si presentano con connotazioni geo-politiche distinte. Tra questi, si richiamano la crescita demografica delle nazioni dell'Africa subsahariana, che deve essere correlata allo stato di perenne conflittualità bellica che soffoca tali aree geografiche; la disomogeneità etnica che connota numerosi Paesi del Terzo mondo; l'impossibilità di alimentare un circuito economico virtuoso delle nazioni più povere del pianeta, prevalentemente appartenenti al continente africano.

In questo contesto geo-politico, il territorio italiano è risultato esposto a flussi migratori clandestini difficilmente controllabili per la pluralità delle concomitanti ragioni che si sono evidenziate. Tale esposizione, del resto, è anche la conseguenza delle peculiarità geografiche del nostro territorio, che rappresenta la zona privilegiata di accesso dell'area nordafricana e, unitamente alle frontiere greche e spagnole, il *limes* meridionale del continente europeo³.

I rivolgimenti epocali descritti hanno determinato la necessità di fronteggiare con strumenti normativi di carattere emergenziale le ondate migratorie che hanno investito il nostro Paese,

(²) Dei fenomeni migratori collegati alla presenza dell'*Islamic State of Iraq and Syria* la giurisprudenza di legittimità si è occupata in alcune pronunce, relativamente recenti, tra cui Cass., Sez. I, 4 aprile 2017, Dibrani, n. 24103, in *Cass. C.E.D.*, n. 270604; Cass., Sez. V, 14 luglio 2016, Hosni, n. 48001, in *Cass. C.E.D.*, n. 268164.

(³) Su questi temi si veda V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., pp. 86 ss., che, in un più ampio contesto analitico, sottolinea le componenti geopolitiche dei fenomeni migratori clandestini; dello stesso Autore si veda anche *Criminalità organizzata transnazionale e intervento europeo fra contrasto e garanzie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, pp. 811 ss.

provocando al contempo un abbassamento dei limiti di tolleranza sociale della popolazione italiana rispetto alla popolazione straniera immigrata. L'abbassamento dei limiti di tolleranza sociale è la conseguenza dei problemi di ordine pubblico e di sicurezza delle aree urbane, che si associano, in tutti i Paesi europei, ai fenomeni geo-politici sottesi ai flussi migratori clandestini che hanno investito nel corso dell'ultimo ventennio le nostre coste.

2. Le fattispecie collegate al controllo dei flussi migratori clandestini e il problema del riconoscimento della giurisdizione italiana.

Nella cornice descritta nel paragrafo precedente, il primo problema che ci si trova ad affrontare è quello del riconoscimento della giurisdizione italiana nelle ipotesi in cui il trasporto dei migranti avviene attraverso le rotte marittime, che, nel corso degli anni, ha rappresentato il *modus operandi* attraverso cui si concretizzano i traffici internazionali di persone in esame.

Occorre anzitutto precisare che per inquadrare giuridicamente la concatenazione delle condotte illecite attraverso cui i traffici internazionali di persone si concretizzano è necessario considerare che nella gestione di tali attività – di cui lo sbarco sul territorio dello Stato italiano costituisce la fase terminale di una più complessa attività accuratamente pianificata – risultano generalmente coinvolti natanti provenienti dai Paesi dell'area africana settentrionale, che, mentre attraversano le acque extraterritoriali del Mar Mediterraneo, vengono affiancati da imbarcazioni più piccole, senza bandiera, cui viene rimessa la realizzazione dell'obiettivo ultimo, non prima che venga operato il trasbordo dei migranti e venga lanciata la richiesta di soccorso marittimo, giustificata dall'inadeguatezza del mezzo nautico e dalle condizioni del mare.

Può anche verificarsi l'ipotesi che il trasporto marittimo dei migranti abbia luogo a bordo di natanti di modeste dimensioni, che vengono condotti lungo le rotte mediterranee da soggetti direttamente collegati alle organizzazioni transnazionali che si occupano della pianificazione dei traffici internazionali di persone che si stanno considerando. Anche in questo caso, i soggetti preposti alla guida dell'imbarcazione, dopo l'allontanamento del natante dalle coste nordafricane, lanciano una richiesta di soccorso marittimo, giustificata dall'estrema perigliosità della navigazione.

Tale *modus operandi*, dunque, è il frutto di un'accurata programmazione criminosa, volta a preservare il natante utilizzato e il suo equipaggio – la cui composizione varia a seconda del numero dei migranti trasportati e del mezzo di navigazione utilizzato – da possibili attività di captazione investigativa da parte delle forze di pattugliamento marittimo del nostro Paese, tenendoli al riparo

dall'esercizio della giurisdizione italiana; condizioni, queste, che determinano un aumento esponenziale del rischio fatto correre agli immigrati clandestini trasportati.

In questo contesto, l'ultimo tratto del trasporto marittimo rappresenta un passaggio pianificato di una concatenazione unitaria di condotte che non può essere interrotta, perché il soccorso in mare non è un fatto imprevedibile, che possa interrompere la serialità causale, ma una circostanza non solo prevista dalla consorzeria transnazionale ma addirittura provocata.

In buona sostanza, come anche gli ultimi accadimenti balzati agli onori della cronaca hanno consentito di accertare, l'azione di abbandono in acque extraterritoriali dei migranti è destinata a produrre una situazione di necessità, finalizzata a stimolare le operazioni di salvataggio marittimo – poste in essere da navi appartenenti alle marine nazionali ovvero alle organizzazioni non governative (*ONG*) presenti nelle acque extraterritoriali – che consentano l'approdo sul territorio italiano degli immigrati clandestini e il raggiungimento degli obiettivi illeciti perseguiti dalle consorzieri transnazionali. Ne consegue che, ai fini dell'individuazione del luogo di commissione del reato, quello che assume rilievo non è tanto il tratto di mare in cui è avvenuto il soccorso marittimo del natante, quanto, piuttosto, la località dove la nave soccorritrice ha fatto sbarcare i migranti⁴.

Ne discende che le operazioni di salvataggio marittimo dei migranti non possono essere considerate isolatamente rispetto alla condotta illecita pregressa, che volutamente determina lo stato di necessità, proprio perché si tratta di una condizione di pericolo causata volontariamente dagli organizzatori del trasporto, che si collega alla scelta di abbandonare in mare uomini in attesa dei soccorsi, imposti dalla Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay⁵, nella ragionevole speranza che siano condotti sulle coste italiane sotto la protezione dell'intervento soccorritore.

Tali conclusioni discendono dalla previsione dell'art. 98, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay, che prevede: «Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in

⁽⁴⁾ Si vedano Cass., Sez. I, 11 marzo 2014, Hamada, n. 18354, in *Cass. C.E.D.*, n. 262543; Cass., Sez. I, 28 ottobre 2013, Efstathiadis, n. 5583, in *Cass. C.E.D.*, n. 226953.

⁽⁵⁾ Sull'applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay, nelle ipotesi di salvataggio marittimo di migranti, si vedano Cass., Sez. I, 22 dicembre 2015, Almagasbi, n. 48001, in *Cass. C.E.D.*, n. 266430; Sez. I, 5 maggio 2010, Kircaoglu, n. 32960, in *Cass. C.E.D.*, n. 248268.

pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa; c) presti soccorso, in caso di abbordo, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e qual è il porto più vicino presso cui farà scalo».

Ne discende che la giurisdizione italiana deve essere riconosciuta, laddove in ipotesi di traffico di migranti dalle coste africane a quelle nostrane, questi siano abbandonati in mare in acque extraterritoriali su natanti del tutto inadeguati, allo scopo di provocare l'intervento del soccorso in mare e consentire che i trasportati siano accompagnati nel tratto di acque territoriali dalle navi dei soccorritori, operanti sotto la copertura della scriminate dello stato di necessità. In questi casi, infatti, il grave pericolo corso dai migranti è direttamente riconducibile ai trafficanti che l'hanno provocato e si collega al segmento della condotta commessa in acque extraterritoriali, ricadendo nella previsione dell'art. 6 c.p.⁶

Ne deriva ulteriormente che l'azione dei soccorritori, che consente ai migranti di giungere nel nostro territorio, è riconducibile alla figura dell'autore mediato di cui all'art. 48 c.p., conseguente allo stato di necessità provocato e strumentalizzato dagli scafisti, che è sanzionabile nel nostro Stato, ancorché i trafficanti ovvero i soggetti che vi sono collegati abbiano operato materialmente in un ambito extraterritoriale, risultando determinante ai fini dell'individuazione del *locus commissi delicti*, rilevante ai sensi dell'art. 6, comma secondo, c.p., la località dove gli immigrati clandestini vengono fatti sbarcare dalla nave soccorritrice.

Sul punto, è opportuno richiamare conclusivamente la giurisprudenza di legittimità, secondo cui: «Sussiste la giurisdizione del giudice italiano relativamente al delitto di procurato ingresso illegale nel territorio dello Stato di cittadini extra-comunitari nella ipotesi in cui i migranti, provenienti dall'estero a bordo di navi "madre", siano abbandonati in acque internazionali, su natanti inadeguati a raggiungere le coste italiane, allo scopo di provocare l'intervento dei soccorritori che li condurranno in territorio italiano, poiché la condotta di questi ultimi, che operano sotto la copertura della scriminante dello stato di necessità, è riconducibile alla figura dell'autore mediato di cui all'art. 48 c.p., in quanto conseguente allo stato di pericolo volutamente provocato

⁽⁶⁾ Si vedano Cass., Sez. I, 11 marzo 2014, Hamada, n. 18354, cit.; Cass., Sez. I, 28 ottobre 2013, n. 5583, Efstathiadis, cit.

dai trafficanti, e si lega senza soluzione di continuità alle azioni poste in essere in ambito extraterritoriale»⁷.

3. Il ruolo della criminalità organizzata transnazionale nel controllo dei flussi migratori clandestini: una consapevolezza solo in parte avvertita dalla giurisprudenza nostrana.

Chiarite le ragioni giuridiche che impongono di riconoscere la giurisdizione italiana nelle ipotesi di sbarchi clandestini sulle coste italiane e ribadita l'inscindibilità del rapporto tra criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori illegali, si ritiene utile formulare qualche precisazione sulle caratteristiche strutturali delle consorterie che controllano l'immigrazione clandestina.

Occorre anzitutto partire dalla consapevolezza che l'immigrazione clandestina rappresenta il momento terminale di un fenomeno più complesso che riguarda la sfera di operatività delle organizzazioni transnazionali che la controllano, sfruttando le condizioni di disagio, variamente rilevanti, che condizionano vaste aree del pianeta. Come osservato da Vincenzo Militello, il controllo dei flussi migratori clandestini è «una delle forme di manifestazione più tipiche della criminalità contemporanea, per il suo essere [...] una criminalità del profitto, una criminalità di genere, una criminalità organizzata transnazionale»⁸.

Non si può, pertanto, che prendere atto della molteplicità delle attività illecite attraverso le quali si concretizza il controllo dell'immigrazione clandestina da parte delle consorterie transnazionali. Infatti, la forza criminale e il potere di controllo delle rotte internazionali rappresentano il presupposto illecito e il modello organizzativo indispensabile per la comprensione di questo fenomeno, nell'analizzare il quale occorre tenere presente che le attività delittuose attraverso cui si sostanziano tali traffici sono gestite da gruppi criminali transnazionali – operanti secondo il modello normativo prefigurato dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine organizzato transnazionale sottoscritta a Palermo il 15 dicembre 2000, così come ratificata dalla legge 16 marzo 2006, n. 146⁹ – che seguono tutte le fasi del trasporto e del trasferimento illegale degli immigrati stranieri.

Nel nostro caso, dunque, è necessario parlare di fenomeni criminali organizzati da valutare come un complesso di fatti e accadimenti considerati nel loro divenire e nella loro dimensione

⁽⁷⁾ Si veda Cass., Sez. I, 8 aprile 2015, n. 20503, Iben Massaoud, in *Cass. C.E.D.*, n. 263670.

⁽⁸⁾ Si veda V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 87.

⁽⁹⁾ Su questi temi, ci si permette di rinviare ad A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Giuffrè, Milano, 2008.

transnazionali, rispetto ai quali i parametri generalmente seguiti dalla giurisprudenza nostrana si rivelano insufficienti. La dimostrazione di quanto si sta affermando ci proviene dal fatto che, a fronte del ruolo determinante che la criminalità organizzata transnazionale assume nella gestione dei flussi migratori clandestini, sostanzialmente isolati appaiono gli interventi giurisprudenziali dedicati a questo tema, essendosi le verifiche giurisdizionali sul fenomeno in esame essenzialmente concentrate sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, tipizzato dall'art. 12 della legge n. 286 del 1998, che rappresenta la parte terminale di un più ampio e complesso fenomeno¹⁰.

La comprensione del ruolo della criminalità transnazionale nella gestione dei flussi migratori clandestini consente di superare la visione frammentaria che spesso la giurisprudenza ha avuto del fenomeno delinquenziale in esame, permettendo di inquadrare correttamente quel complesso di attività delittuose che sono riconducibili alla tratta di persone, che è finalizzata allo sfruttamento economico degli immigrati stranieri trasferiti clandestinamente e alla loro preordinata destinazione a un mercato criminale dello Stato d'ingresso, nei termini tipizzati dall'art. 601 c.p.¹¹

Al contempo, il riconoscimento della centralità del ruolo della criminalità organizzata transnazionale consente di inquadrare in termini più aderenti alle sue dinamiche il complesso di attività delittuose riconducibili al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, che è finalizzato all'introduzione dei migranti nel territorio di uno Stato straniero, senza che assuma rilievo, ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998, il loro eventuale inserimento in un mercato illecito e la prospettiva di uno sfruttamento economico¹².

Né sono possibili soluzioni ermeneutiche alternative, atteso che le due fattispecie sono state definitivamente consacrate sul piano internazionale dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine organizzato transnazionale¹³, che ha dedicato a ciascuna di tali figure criminose un'apposita disciplina.

⁽¹⁰⁾ Basti, in proposito, considerare che le Sezioni unite hanno dedicato al tema della criminalità organizzata transnazionale una sola pronuncia, rappresentata da Cass., Sez. un., 31 gennaio 2013, Adami, n. 18374, in *Cass. C.E.D.*, n. 255034; mentre, il tema dell'immigrazione clandestina risulta affrontato dalle stesse Sezioni unite in quattro pronunce, rappresentate da Cass., Sez. un., 21 giugno 2018, Mizanur, n. 15148; Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Taysir, n. 40517, in *Cass. C.E.D.*, n. 267627; Cass., Sez. un., 27 settembre 2007, Magera, n. 2451, in *Cass. C.E.D.*, n. 238196; Cass., Sez. un., 29 ottobre 2003, n. 45801, Mesky, in *Cass. C.E.D.*, n. 226102.

⁽¹¹⁾ In generale, sulla portata applicativa dell'art. 601 c.p., si vedano Cass., Sez. 5, 10 giugno 2015, N., n. 39797 in *Cass. C.E.D.*, n. 265182; Cass., Sez. 1, 29 settembre 2010, Zebet, n. 37087, in *Cass. C.E.D.*, n. 248581.

⁽¹²⁾ Si vedano Cass., Sez. I, 19 marzo 2003, Alcu, n. 15939, in *Cass. C.E.D.*, n. 255637; Cass., Sez. I, 31 marzo 2017, Bouslin, n. 45734, in *Cass. C.E.D.*, n. 271127.

⁽¹³⁾ Sulla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale sottoscritta a Palermo il 12-15 dicembre 2000 e sulla sua applicazione nel sistema penale italiano si vedano A. DI MARTINO, *Criminalità, reato transnazionale e diritto penale nazionale. L'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. e proc.*,

Ne discende che solo attraverso la comprensione delle dinamiche di questo fenomeno criminale possiamo affrontare tutte le questioni collegate all'esplosione dell'immigrazione clandestina nel nostro Paese, superando quella visione frammentaria che spesso ha caratterizzato l'approccio giurisprudenziale.

Si consideri che le organizzazioni criminali transnazionali sfruttano la condizione di sottomissione degli immigrati clandestini per impiegarla nei loro mercati illegali di riferimento, sia che l'attività delle consorteria si concretizzi nel semplice trasporto del migrante sia che tali condotte mirino a uno sfruttamento illecito ulteriore rispetto a quello prefigurato dall'art. 12 del d.lgs. n. 298 del 1998, dando origine a un'ipotesi di tratta di persone rilevante ex art. 601 c.p. Si tratta, pertanto, di forme di sfruttamento illecito multiformi, che hanno come obiettivo quello di comprimere gli spazi di libertà personale dell'immigrato clandestino, asservendolo agli interessi della consorteria che lo gestisce, in un'ottica di perseguimento di profitti illeciti, rispetto ai quali rimangono estranei i migranti, che rappresentano solo l'oggetto di un commercio illecito, diretto o indiretto che sia¹⁴.

Le considerazioni esposte impongono di ribadire il ruolo svolto dalla criminalità organizzata transnazionale nella gestione dei flussi migratori illegali, nell'ambito della quale deve essere inquadrata l'esplosione dell'immigrazione illegale nel nostro Paese, che si inserisce in un più ampio contesto, rappresentato dal controllo dell'immigrazione clandestina nel continente europeo. Il riconoscimento di questo ruolo costituisce la concretizzazione di un percorso ermeneutico recente, che, sul piano giudiziario, solo da qualche anno, si è riusciti a elaborare, sia pure nei termini frammentari che si sono richiamati¹⁵.

Ne deriva ulteriormente che il riferimento alle fattispecie del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e della tratta di persone deve essere inteso in un'ampia accezione, puntando a rappresentare tutte le attività delittuose attraverso le quali si concretizza, nel nostro Paese, il controllo dei flussi migratori illegali da parte della criminalità organizzata transnazionale.

In questi termini, occorre affermare l'esistenza di un rapporto diretto tra il dilagare dell'immigrazione illegale sul territorio italiano e il controllo dei flussi migratori clandestini da parte delle consorterie transnazionali. Solo su queste basi, dunque, è possibile comprendere il ruolo

2007, pp. 17 ss.; F. FASANI, *Rapporti tra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 793 ss.

⁽¹⁴⁾ Si vedano Cass., Sez. I, 23 novembre 2017, Madbar, n. 57440, in *Cass. C.E.D.*, n. 272395; Cass., Sez. I, 29 novembre 2016, Y., n. 14654, in *Cass. C.E.D.*, n. 269538.

⁽¹⁵⁾ Occorre richiamare ancora, da Cass., Sez. un., 31 gennaio 2013, Adami, n. 18374, cit.

marginale e comunque passivo degli immigrati clandestini, che di tali traffici sono le vittime, mantenendosi estranei a ogni profilo organizzativo.

Occorre, pertanto, ribadire che, per la comprensione delle dinamiche e delle relazioni funzionali collegate all'esplosione del fenomeno migratorio illegale, risulta determinante l'analisi degli interessi delle organizzazioni criminali transnazionali che lo gestiscono sul nostro territorio.

Al contempo, deve essere chiara l'inscindibilità delle due fattispecie sopra richiamate, che rappresentano due aspetti diversi ma complementari di un fenomeno criminale omogeneo di matrice extranazionale, il cui elemento unificante è rappresentato dal ruolo svolto dalla criminalità organizzata transnazionale¹⁶.

4. L'inquadramento delle fattispecie collegate al controllo dei fenomeni migratori clandestini e gli sforzi di armonizzazione sistematica compiuti dalla giurisprudenza di legittimità.

A questo punto della disamina è opportuno introdurre qualche precisazione per comprendere i punti di riferimento ermeneutico del percorso analitico che si sta sviluppando.

Tali puntualizzazioni si rendono necessarie perché l'assenza di interventi normativi organici sui rapporti tra flussi migratori clandestini e criminalità organizzata transnazionale impone una ricognizione preliminare sulle scelte sistematiche seguite dalla giurisprudenza di legittimità, che si è occupata di tali fenomeni soprattutto con riferimento all'aggravante della transnazionalità del reato prevista dall'art. 4 della legge 16 marzo 2006, n. 146¹⁷.

Tenuto conto di quanto affermato nei paragrafi precedenti, occorre ribadire che l'inscindibilità del rapporto tra criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori clandestini comporta che in tale ambito illecito siano ricomprese tutte le attività delittuose, che presuppongono una gestione

(¹⁶) A proposito della necessità di distinguere le due tipologie criminose nel contesto di un'unitaria valutazione delle problematiche migratorie, si ritiene opportuno richiamare il resoconto a suo tempo presentato dal COMITATO PARLAMENTARE SCHENGEN-EUROPOL, *Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla tratta di esseri umani depositato*, Documento XIII, n. 30, p. 2, in cui, tra l'altro, si afferma che nella «espressione traffico internazionale di persone, che indica, genericamente, tutte le forme di attività criminose che si fondano sul trasferimento, apparentemente legale o totalmente illegale, di persone da uno Stato all'altro, sono comprese, di regola, due tipi distinti di situazioni. Da un lato abbiamo il traffico, in Italia chiamato soprattutto tratta, finalizzato allo sfruttamento delle persone che ne sono oggetto *trafficking of human beings*. Dall'altro abbiamo il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina *smuggling of migrants*, letteralmente contrabbando di migranti [...]».

(¹⁷) Per una ricognizione generale sulle questioni sottese all'applicazione dell'aggravante della transnazionalità, che è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 4 della legge 16 marzo 2006, n. 146, si vedano Cass., Sez. V, 17 novembre 2016, Merisio, n. 7641, in *Cass. C.E.D.*, n. 269371; Cass., Sez. VI, 18 novembre 2015, Corti, n. 47217, in *Cass. C.E.D.*, n. 265354.

coordinata delle operazioni di trasferimento illegale dei migranti e si fondano sul loro sfruttamento, diretto o indiretto. In questo contesto, devono essere comprese due differenti fattispecie: il “favoreggiamento dell’immigrazione clandestina” e la “tratta di persone”.

Ne discende che nel contesto che si sta considerando devono essere compresi sia la “tratta di persone”, che è un’ipotesi delittuosa finalizzata allo sfruttamento di soggetti che sono stati trasportati illegalmente sul territorio di uno Stato straniero, definita convenzionalmente *trafficking of human beings*, che è direttamente collegata alla sfera di operatività di un’organizzazione criminale; sia il “favoreggiamento dell’immigrazione clandestina”, che è un’ipotesi delittuosa finalizzata all’introduzione nel territorio di uno Stato straniero di uno o più immigrati clandestini, che è definito convenzionalmente *smuggling of migrants*, che presuppone il coinvolgimento indiretto di una consorceria transnazionale, la cui presenza, tuttavia, non rileva ai fini della configurazione delle varie figure di reato previste dall’art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998¹⁸.

D’altra parte, l’approvazione delle misure contro la “tratta di persone”, conseguente all’entrata in vigore della legge 11 agosto 2003 n. 228, così come novellata dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, ha reso questa differenziazione l’unica conforme all’assetto normativo previsto dal legislatore italiano per contrastare i fenomeni criminali collegati ai flussi migratori clandestini.

Infatti, la riforma delle disposizioni degli artt. 601, 602 e 416 c.p. da parte della legge n. 228 del 2003 chiarisce quale sia l’assetto normativo del contrasto a questo fenomeno, che, da una parte, è sanzionato dalle fattispecie relative al “favoreggiamento dell’immigrazione clandestina”, riconducibili all’art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998; dall’altro, è sanzionato dalle fattispecie di reato, monosoggettive e associative, previste dagli artt. 601, 602 e 416, comma sesto, c.p., così come novellate dalla legge n. 228 del 2003 e ulteriormente integrate dal d.lgs. n. 24 del 2014.

Più in generale, fermo restando che nel prosieguo di questo intervento si avrà modo di precisare il contesto illecito al quale di volta in volta si intende fare riferimento, deve osservarsi che con le fattispecie di reato finalizzate a contrastare il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, previste dall’art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998, si indicano quelle attività delittuose attraverso cui si consente l’ingresso illegale di una o più persone in uno Stato straniero di cui i soggetti trasportati non sono cittadini o residenti, la cui punibilità è subordinata alla circostanza che il fatto che si persegue «non costituisca più grave reato [...]». La clausola di riserva prevista

⁽¹⁸⁾ Su queste tematiche ci si permette di rinviare a G. TINEBRA-A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone e il controllo dell’immigrazione clandestina*, in AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, cit. pp. 150-153.

dall'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, a sua volta, presuppone «che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo bene-interesse tutelato dal reato meno grave che deve essere assorbito [...]»¹⁹.

In questo ambito, vengono in rilievo tutte quelle attività illecite gestite – sia in forma mono-soggettiva sia in forma pluri-soggettiva – che sono strumentali al trasporto e all'ingresso illegale degli immigrati in uno Stato straniero. Di conseguenza, le fattispecie in esame si incentrano sulla condotta di trasferimento, gestita sia in forma individuale sia in forma collettiva, funzionale all'introduzione illegale di cittadini stranieri nel territorio di uno Stato²⁰.

Invece, le fattispecie collegate alla tratta di persone – eminentemente riconducibili agli artt. 601, 602 e 416, comma sesto, c.p. – appaiono finalizzate a reprimere quelle attività delittuose consistenti nell'offerta iniziale di servizi illegali e nel successivo reclutamento, tramite l'impiego della forza fisica o di altre forme di coercizione morale, di immigrati clandestini in funzione del loro sfruttamento per scopi criminali. Tali fattispecie, dunque, si incentrano sulle condotte di sfruttamento del migrante, che ne presuppongono il trasferimento nello Stato straniero e la sua immissione in un mercato illecito.

In queste ipotesi, l'attività illecita di sfruttamento soggettivo tende a consentire l'impiego coattivo degli immigrati clandestini in alcuni mercati illegali dello Stato di destinazione. Si tratta, pertanto, di forme di asservimento realizzate attraverso comportamenti che limitano la libertà personale dell'immigrato per il conseguimento di profitti, rispetto ai quali rimangono estranei i migranti²¹.

La conferma di quanto si sta affermando si trae dal fatto che, ai fini della configurabilità della tratta di persone di cui all'art. 601 c.p., non è richiesto che il soggetto passivo si trovi in condizione analoga a quella della schiavitù, atteso che, secondo quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, il delitto in questione «si ravvisa anche se una persona libera sia condotta con inganno in Italia, al fine di porla nel nostro territorio in condizione analoga alla schiavitù; il reato di tratta può essere, infatti, commesso anche con induzione mediante inganno in alternativa alla costrizione con violenza o minaccia»²².

⁽¹⁹⁾ Si veda Cass., Sez. II, 15 maggio 2015, Belleri, n. 25363, in *Cass. C.E.D.*, n. 265045; Cass., Sez. II, 7 maggio 2013, Braccini, n. 36365, in *Cass. C.E.D.*, n. 256876.

⁽²⁰⁾ Vedi *supra*, § 2.

⁽²¹⁾ Si vedano Cass., Sez. II, 15 maggio 2015, Belleri, n. 25363, cit.; Cass., Sez. II, 7 maggio 2013, Braccini, n. 36365, cit.

⁽²²⁾ Si veda Cass., Sez. V, 24 settembre 2010, Murmylo, n. 40045, in *Cass. C.E.D.*, n. 248899.

La tratta di persone, del resto, si fonda su relazioni interpersonali fondate sulla coartazione, che la caratterizzano come una “moderna forma di schiavitù”²³, rispetto alla quale occorre tenere presente che l’abolizione generalizzata della condizione di schiavitù come stato giuridico della persona non impedisce che, sotto il profilo della tutela dei beni giuridici, la situazione soggettiva della vittima «possa essere costruita su un’analogia con la schiavitù»²⁴.

La distinzione tra le due fattispecie postula un’ulteriore precisazione, collegata ai rapporti tra le ipotesi di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina e quelle collegate alla tratta di persone, in relazione alle quali ultime non è applicabile la clausola di riserva prevista dall’art. 12, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998, essendo diverso il bene giuridico tutelato dalle norme in questione, in quanto le prime sono poste a tutela dell’ordine pubblico, mentre le seconde mirano a garantire la libertà della persona. Basti, in proposito, richiamare la giurisprudenza di legittimità consolidata, secondo cui: «Il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, previsto dall’art. 12, comma primo, d.lgs. n. 286 del 1998, non è assorbito dai più gravi delitti di tratta di persone o di riduzione in schiavitù, essendo diverso il bene giuridico tutelato dalle norme, in quanto la prima è a presidio dell’ordine pubblico, mentre le altre della libertà della persona»²⁵.

In questa cornice, occorre ribadire ulteriormente che la distinzione tra le due fattispecie trae il suo fondamento dall’adozione dei due protocolli addizionali della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, già citata, con cui si è affermata la necessità di un’azione di contrasto alla criminalità organizzata fondata su una disciplina armonica sul piano del diritto internazionale e della cooperazione giudiziaria. Si tratta di un documento di eccezionale importanza per il diritto internazionale, che ha posto le basi per una visione comune dei problemi collegati alla sfera di operatività delle consorterie transnazionali.

La Convenzione di Palermo ha dedicato ampio spazio ai fenomeni criminali del favoreggiamento dell’immigrazione clandestina e della tratta di persone, che sono stati

(²³) Questa efficace espressione è stata utilizzata per la prima volta in un atto giurisdizionale in Corte EDU, 7 gennaio 2010, Rantsev contro Cipro e Russia, n. 25965/04; nella stessa direzione, si vedano gli interventi di K. BALES, *I nuovi schiavi* (2002), trad. it., Feltrinelli, 2008; A. SCARPA, *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press, 2008.

(²⁴) Si veda V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 88, nel quale si afferma ulteriormente: «Si tratta di condizioni riscontrabili nelle varie attività-scopo per cui la tratta viene realizzata: sfruttamento sessuale, lavoro illegale, accattonaggio, trapianto di organi umani. Ma anche in quelle che ne rappresentano manifestazioni più specifiche, coinvolgendo forme di offesa ulteriori: sfruttamento sessuale di minori, accattonaggio di bambini, arruolamento di minori-soldato. O ancora, attività che possono presentarsi ad esse collegate, come i matrimoni forzati o le adozioni illegali».

(²⁵) Si veda Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2003, Del Sorbo, n. 42442, in *Cass. C.E.D.*, n. 226998.

efficacemente differenziati sia sotto l'aspetto normativo sia sotto l'aspetto criminologico, con l'accoglimento delle definizioni, convenzionalmente accettate, di *smuggling of migrants*²⁶ e di *trafficking of human beings*²⁷. Sono stati, infatti, dedicati il secondo e il terzo protocollo addizionale del testo convenzionale palermitano per disciplinare i due fenomeni criminali, che per la prima volta sono stati definiti in un ambito convenzionale largamente condiviso.

Tali conclusioni, naturalmente, non si muovono in una direzione diversa rispetto a quella che abbiamo affermato a proposito della complessa linea di demarcazione che separa la fattispecie del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina da quelle collegata alla tratta di persone, che non sempre risulta di agevole individuazione sulla base dei dati che ci provengono dall'esperienza giudiziaria che si sono richiamati.

Si è detto, del resto che non esiste alcuna certezza che nei casi in cui i migranti dispongono di un capitale proprio al momento del loro ingresso sul territorio italiano siano per ciò solo immuni dalla possibilità di diventare l'oggetto di una tratta di persone. Ne consegue che se si assume come punto di riferimento dell'accertamento la figura dell'immigrato clandestino nella sua veste di persona offesa non sempre è possibile quale sia la sua posizione di soggetto passivo del reato²⁸.

5. La dimensione transnazionale del problema del controllo dei flussi migratori clandestini e la necessità di adeguare gli strumenti repressivi attraverso l'elaborazione di politiche criminali "sinergiche".

Alla stregua di quanto si è affermato nei paragrafi precedenti si può ritenere un dato consolidato dell'esperienza giurisprudenziale nostrana quello secondo cui il controllo dei flussi migratori clandestini da parte delle organizzazioni criminali transnazionali non può che essere

(²⁶) Nella Convenzione di Palermo, nell'art. 3, lett. a), del "Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria", lo *smuggling of migrants* viene così definito: «"Traffico di migranti" indica il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente».

(²⁷) Nella Convenzione di Palermo, il *trafficking of human beings*, nell'art. 3, lett. a), del "Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare i donne e di bambini", viene così definito: «"Tratta di persone" indica il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di danaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento [...]».

(²⁸) Si veda G. TINEBRA-A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone e il controllo dell'immigrazione clandestina*, cit. pp. 158-161.

valutato in una prospettiva sistematica unitaria. Tale prospettiva ermeneutica si rende necessaria in ragione del fatto che questo fenomeno criminale si presenta con caratteristiche di omogeneità, che impongono l'adozione di modelli di analisi della responsabilità penale che tengano conto della dimensione organizzativa delle consorterie di riferimento e degli interessi che ne rappresentano il sostrato delinquenziale.

Non è, del resto, dubitabile che i flussi migratori clandestini che investono da un ventennio il nostro Paese devono essere analizzati in una prospettiva multi-statale che prescinda dal territorio delle singole nazioni investite da questo fenomeno criminale.

Un'attività illecita di queste dimensioni e con queste caratteristiche transnazionali si traduce nella costituzione di un enorme mercato illecito, che comporta la gestione di somme di denaro ingenti e l'utilizzazione di forze criminali in grado di coordinare una rete che si manifesta nei territori di diversi Paesi, non sempre direttamente coinvolti dall'ingresso illegale dei migranti sul loro territorio. Tutto questo, inoltre, richiede il supporto operativo di quantità elevate di soggetti, in posizione di affiliazione o di concorrenza esterna rispetto ai gruppi transnazionali di riferimento, in funzione del controllo di questo mercato illecito²⁹.

La valutazione delle attuali strategie di controllo del mercato dell'immigrazione clandestina impone di ribadire la centralità delle organizzazioni transnazionali nella gestione di tale fenomeno criminale. Tale centralità costituisce la conseguenza della globalizzazione del fenomeno migratorio e delle ragioni su cui ci si è soffermati, che hanno determinato lo spostamento incontrollato di una moltitudine di soggetti, dando vita a migrazioni difficilmente paragonabili con altre epoche dell'era contemporanea.

Per controllare questo stratificato mercato illecito le organizzazioni transnazionali elaborano delle complesse strategie criminali, ponendosi in condizione di operare nel territorio di tutte le nazioni nell'ambito delle quali si dovrà realizzare il passaggio dei flussi migratori clandestini. Per queste ragioni, l'analisi dei modelli organizzativi utilizzati per il controllo di tale segmento criminale, pur con le inevitabili difficoltà che un siffatto accertamento comporta sul piano giurisdizionale, diventa un presupposto indispensabile per verificare le responsabilità penali

⁽²⁹⁾ Si vedano A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, cit., pp. 157 ss.; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., pp. 86 ss.

collegate alla gestione dell'immigrazione clandestina sul territorio italiano, in considerazione della complessità delle condotte illecite costitutive del mercato illecito che si sta considerando³⁰.

Questa constatazione impone l'utilizzo di modelli di analisi differenti rispetto a quelli utilizzati nel nostro sistema penale in relazione al crimine organizzato tradizionale, che è presente all'interno del territorio nazionale dove si caratterizza per una vocazione regionalistica. Tale vocazione, infatti, costituisce un connotato strutturale delle organizzazioni criminali presenti sul territorio italiano, che operano in ambiti geografici circoscritti ai confini di un'area regionale.

Tali considerazioni, al contempo, impongono una profonda rivisitazione degli strumenti di analisi della responsabilità penale tradizionali. Non v'è dubbio, infatti, che tutti i fenomeni criminali collegati al controllo dell'immigrazione clandestina da parte di consorterie transnazionali presuppongono la extra-territorialità degli obiettivi illeciti perseguiti, che non è agevole analizzare con gli strumenti proposti dalle codificazioni penali del secolo scorso, nel cui ambito il Codice Rocco si inserisce³¹.

La consapevolezza di queste difficoltà ermeneutiche impone un'accelerazione nella ricerca di modelli di analisi nuovi, idonei a descrivere fenomeni criminali complessi, che non sono più riconducibili all'interno degli schemi con cui le teorie della responsabilità penale tradizionale tentano di inquadrare tutte le condotte delittuose: tanto quelle semplici quanto quelle complesse; tanto quelle individuali quanto quelle plurime; tanto quelle collettive quanto quelle associate. Tale impostazione teorica, inoltre, non tiene conto del fatto che, nelle relazioni complesse che governano i flussi migratori clandestini e nei comportamenti funzionalmente collegati degli appartenenti a un gruppo criminale transnazionale, il singolo agente opera in modo contestuale agli altri esponenti del sodalizio, su un ambito territoriale extranazionale del quale generalmente non conosce le complesse dinamiche.

Occorre, al contempo, considerare che di fronte a una pluralità di comportamenti funzionali alla realizzazione di un progetto illecito attuato in un ambito transnazionale non si possono facilmente enucleare le cause determinanti nel processo volitivo di un singolo agente, con tutte le conseguenze negative che ne derivano in termini di accertamento processuale dell'elemento soggettivo. Tali considerazioni valgono a maggior ragione con riferimento alla gestione dei flussi migratori clandestini, che rappresenta il frutto di una strategia criminale organizzata con il

⁽³⁰⁾ Si vedano Cass., Sez. II, 15 maggio 2015, Belleri, n. 25363, cit.; Cass., Sez. II, 7 maggio 2013, Braccini, n. 36365, cit.

⁽³¹⁾ Si tratta di una consapevolezza già espressa in Cass., Sez. un., 31 gennaio 2013, Adami, n. 18374, cit.

contributo di interventi collegati tra loro in una dimensione transnazionale, indispensabile per controllare i meccanismi di ingresso illegale dei migranti.

Diventa, allora, indispensabile soffermarsi sulle relazioni esistenti tra il controllo del mercato dell'immigrazione clandestina e il ruolo svolto dalla criminalità organizzata transnazionale. Non v'è dubbio, infatti, che la gestione dei flussi migratori clandestini costituisce la piattaforma criminale di queste consorterie, caratterizzandole sia sotto il profilo strutturale che sotto il profilo organizzativo.

Della necessità di elaborare politiche repressive adeguate alle dinamiche criminali connesse al rapporto tra criminalità organizzata e flussi migratori clandestini, del resto, il legislatore italiano si è mostrato pienamente consapevole, introducendo, con l'art. 9 del d.lgs. n. 24 del 2014, il comma 2-*bis* dell'art. 13 della legge n. 228 del 2003, che così recita: «Al fine di definire strategie pluriennali di intervento per la prevenzione e il contrasto al fenomeno della tratta e del grave sfruttamento degli esseri umani, nonché azioni finalizzate alla sensibilizzazione, alla prevenzione sociale, all'emersione e all'integrazione sociale delle vittime, con delibera del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro dell'interno nell'ambito delle rispettive competenze, sentiti gli altri Ministri interessati, previa acquisizione dell'intesa in sede di Conferenza Unificata, è adottato il Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani [...]».

In questa cornice, occorre ribadire che solo accedendo a una tale impostazione, tendente a valutare il fenomeno in esame nella sua dimensione transnazionale, nel solco del Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani prefigurato dall'art. 9 del d.lgs. n. 24 del 2014³², è possibile comprendere il sostrato criminale che alimenta il mercato dell'immigrazione clandestina e il contesto organizzativo che lo supporta sul piano internazionale. Tutto ciò rende evidente che le caratteristiche di questo mercato illecito sono comprensibili solo con un approccio tendente ad analizzare le relazioni esistenti tra le organizzazioni criminali transnazionali e i flussi migratori clandestini che da un ventennio investono il territorio italiano.

Non si può, d'altra parte, fare a meno di osservare che solo l'elaborazione di politiche criminali "sinergiche" consente di adeguare i modelli di analisi della responsabilità penale alla realtà del nostro Paese, che è diventato il punto di approdo di una moltitudine di cittadini stranieri,

⁽³²⁾ Sul Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani si vedano V. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1763 ss.; A. POMPEI, *La tratta di persone: l'attuale sistema di tutela penale alla luce dei più recenti interventi legislativi*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 2880 ss.

ponendo il problema del controllo del mercato dell'immigrazione clandestina da parte delle organizzazioni transnazionali attive nel nostro territorio³³.

In definitiva, per affrontare il problema del contrasto all'immigrazione clandestina da parte delle organizzazioni criminali transnazionali si deve partire dalla presa di coscienza che questo fenomeno criminale si è manifestato con forme nuove rispetto al passato. Questi strumenti non possono essere esaminati con i modelli di analisi della responsabilità penale forniti dal codice Rocco e impongono l'adozione di politiche criminali "sinergiche", necessarie a evitare il rischio di approcci ermeneutici inadeguati a comprendere le dinamiche del fenomeno migratorio illegale.

⁽³³⁾ Si vedano ancora V. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, cit., pp. 1763 ss.; A. POMPEI, *La tratta di persone: l'attuale sistema di tutela penale alla luce dei più recenti interventi legislativi*, cit., pp. 2880 ss.

FRANCESCO ALVINO

Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione: l'inedita causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.

1. Inquadramento e natura.

Nel più ampio insieme di un intervento che, sia sul versante sostanziale che su quello procedurale, ha inasprito lo statuto repressivo dei reati contro la pubblica amministrazione¹, la legge c.d. spazzacorrotti, adottata con l. 9 gennaio 2019, n. 3, recante “*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*” ha introdotto, interpolando nel tessuto del codice l'art. 323-ter c.p., una inedita causa di non punibilità², per cui “1. *Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 c.p. se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. 2. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. 3. La causa di non punibilità non si applica quando la*

¹ Tra le altre, in disparte la generale -e discussa- riforma della prescrizione del reato, si segnalano, quanto alle modifiche che hanno inciso sul regime edittale -comprensivo delle pene accessorie- dei reati contro la pubblica amministrazione, la riformulazione degli artt. 32-quater e 317-bis c.p., nonché la rimodulazione della forbice edittale del reato di cui all'art. 318 c.p.; quanto alle modifiche che hanno interessato gli aspetti procedurali, si segnalano, tra le altre, l'ampliamento ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni delle intrusive modalità di intercettazione delle conversazioni tra presenti mediante captatore informatico anche in ambienti domiciliari, indipendentemente dalla circostanza che ivi si stia svolgendo attività criminosa (art. 266, comma 2-bis, c.p.p., disposizione, tuttavia, allo stato destinata ad entrare in vigore a far data dal 1 agosto 2019) nonché l'estensione ad una vasta platea di reati contro la pubblica amministrazione della praticabilità delle operazioni sotto copertura di cui all'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146. Sul disegno di legge, cfr. tra i primi commentatori, PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, n. 3/2018; MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2018; PISANI, *Il disegno di legge “spazzacorrotti”: solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3589 ss.

² Per un efficace inquadramento del multiforme aspetto della punibilità, anche nella prospettiva di un uso premiale della stessa, DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2014.

denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 l. 16 marzo 2006, n. 146".

La causa di impunità -solo in apparenza distonica rispetto all'intento repressivo che contrassegna l'iniziativa legislativa- premia, a determinate condizioni, la collaborazione *post delictum*, prefigurando, a beneficio del collaborante, l'estinzione della punibilità³. A differenza di altre ipotesi di non punibilità codificate -e apparentemente affini nel segno della ritrattazione del fatto e del ravvedimento del reo post delictum-⁴, la causa di cui all'art. 323-ter c.p. non interviene a convalidare, attraverso l'impunità, un comportamento che efficacemente contrasti il progredire di un'azione criminosa in divenire, prevenendo l'inflizione di un'offesa ulteriore e irreversibile al bene giuridico preservato dalla norma di incriminazione: essa, invero, ratifica non tanto l'impedimento in fatto dell'offesa ulteriore, quanto la volontaria e tempestiva denuncia di un illecito, non riguardato nelle potenziali interazioni con una più ampia e futura attività criminale. La fattispecie sembra quindi muoversi non dinamicamente sul piano della fenomenologia criminale -attraverso la neutralizzazione, in fatto, dell'offensività della condotta-, ma sul piano di una complessa fenomenologia procedurale, che, denunciando la -sia pure tardiva- adesione al precetto violato da parte dell'agente, a fronte di una collaborazione obiettivamente utile, lo dispensa dalla pena⁵.

A scorrere la Relazione ministeriale che ha accompagnato il disegno di legge, lo spettro funzionale che governa la fattispecie premiale si ispira, nei presupposti politico-criminali, alla ritrattazione dell'offesa, quale controinteresse capace di primeggiare, nel caso, sulla doverosità della repressione della condotta antidoverosa: la Relazione espressamente discorre di "*regressione*

³ Nelle linee portanti, la fattispecie in rassegna richiama la causa di non punibilità, per i delitti di corruzione attiva e passiva, di cui alla c.d. Proposta di Cernobbio elaborata, nell'anno 1994, dal c.d. Gruppo di Milano, e, nelle intenzioni dei proponenti, destinata ad operare a favore del soggetto che, prima dell'iscrizione del proprio nominativo nel registro delle notizie di reato, e comunque entro tre mesi dal fatto, spontaneamente lo denunciasse, fornendo indicazioni utili per l'individuazione dei correi, al contempo ponendo a disposizione dell'Autorità quanto ricevuto -o quanto versato- (in tema, in termini critici, C.F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli; il progetto anticorruzione Mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 2341 e ss.)

⁴ Cfr., in specie, le cause di non punibilità di cui agli artt. 270-bis.1, comma quinto -in materia di reati ispirati a finalità di terrorismo o di versione dell'ordine democratico-, 308 e 309 -in materia di cospirazione e banda armata-, 371 e 376 -in materia di delitti contro l'amministrazione della giustizia-, 387 -in materia di evasione- e 463 c.p. -in materia di falso nummario-.

⁵ In dottrina, favorevoli, in teoria, all'introduzione di un trattamento premiale, in tema di corruzione, a beneficio del collaborante, anche attraverso la previsione di una specifica causa di non punibilità, si sono mostrati, tra gli altri, VIGANO', *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4 2014, pag. 4 e ss.; P. GIORDANO, *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, in *Cass. pen.*, 1997, pag. 916 e ss.

dell'offesa", annotando, sulla scorta di autorevole dottrina⁶, come, nel caso, la causa di non punibilità assicuri una "reintegrazione utile e tempestiva dell'interesse offeso dal reato, che possa riconnettersi alla minaccia iniziale e apparire quindi come osservanza, sia pure tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato", l'applicazione della disposizione premiale preservando, al contempo, "l'esigenza di prevenzione generale", "ribadendo l'efficacia del precetto e convalidandone esemplarmente il significato".

In realtà, ad avviso di chi scrive, il fondamento della causa di non punibilità in rassegna è in larga parte estraneo al tema della riparazione dell'offesa, che può essersi irreparabilmente prodotta e alla cui reintegrazione⁷ la collaborazione del denunciante può non essere sufficiente. Può certamente ipotizzarsi -anche in ragione del breve spatium deliberandi che il legislatore accorda al denunciante perché formalizzi la propria collaborazione- che la denuncia valga a rimettere l'offesa al bene giuridico, ma tale circostanza è del tutto eventuale ed ipotetica, non essendo ad essa condizionato il manifestarsi dell'effetto premiale implicito alla causa di non punibilità. La distanza della causa di non punibilità de qua rispetto alle cause di non punibilità che sanzionano una reazione efficace ad una precedente azione, neutralizzandone l'offensività, emerge chiaramente ove si consideri che, nel caso di specie, la "regressione dell'offesa" si compie non attraverso un contrarius actus capace ex se di porre nel nulla l'atto antidoveroso, ma, e necessariamente, attraverso la mediazione dell'Autorità giudiziaria nonché attraverso il ricorso ai comuni rimedi amministrativi e civilistici, soluzioni, l'una e l'altra, di norma estranee al dominio dell'agente: in tale prospettiva, la collaborazione del denunciante rappresenta l'irrinunciabile momento di proazione nelle repressione ma non, propriamente, fattore di regressione dell'offesa. Del resto, e paradossalmente, a certificare l'arbitrarietà della prospettiva ministeriale sta l'osservazione per cui le considerazioni riproposte dalla Relazione fossero in realtà espresse, dall'illustre Autore, in riferimento alle cause di non punibilità codificate, *id est* a quelle cause di non punibilità il cui operare è legato -non alla collaborazione processuale bensì- alla compiuta dissoluzione di un'offesa in fieri -cfr. supra, nota 4-. Nei tratti costitutivi della complessa fattispecie premiale non sembrano quindi ricorrere gli elementi di tipizzazione dei comportamenti regressivi dell'offesa, che la dottrina individua -oltre

⁶ Il riferimento, inespresso nella Relazione, è a PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. Premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità, Il traffico delle indulgenze. Premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 398 e ss.

⁷ Neppure nell'equivalente economico, atteso che l'unica condizione di fruibilità della non punibilità è la sola restituzione del pretium sceleris (cfr. infra).

che nella stretta contiguità temporale tra la condotta riparatoria e il fatto illecito- nell'integrale riparazione dell'offesa⁸: la disposizione, invero, mostra di non ancorare la non punibilità alla ritrattazione dell'atto illegittimo -che può aver prodotto in via definitiva i propri effetti o il cui "annullamento" può essere precluso al pubblico agente- né alla sterilizzazione del vantaggio conseguito dal privato denunciante ma alla proficua collaborazione e alla sola restituzione della mercede percepita dal pubblico agente (cfr. infra, il paragrafo dedicato alla messa a disposizione dell'utilità)⁹; a sottolineare, del resto, l'egemonia funzionale della prestazione dichiarativa, nell'equilibrio della fattispecie, non può non rilevarsi come, nell'ipotesi in cui il reato presupposto si sia definitivamente consumato attraverso lo scambio della sola promessa dell'utilità, la "regressione" dell'offesa si attuerebbe esclusivamente attraverso la prestazione dichiarativa: l'eventualità di una riparazione meramente virtuale dell'offesa da parte del denunciante è, evidentemente, compensata dalla fruttuosità della collaborazione dichiarativa, circostanza che sottolinea il rilievo della componente stricto sensu collaborativa implicita alla fattispecie in esame¹⁰.

è tuttavia innegabile che nella fattispecie premiale in rassegna confluiscono elementi "spuri" rispetto ai dispositivi di collaborazione premiale -tra i quali, del resto, si annovera anche quello previsto dall'art. 323-bis c.p.- che, pur non comportando la perenzione della punibilità, apprestano, *sub specie* di circostanze attenuanti ad effetto speciale, trattamenti sanzionatori di estremo favore a beneficio del collaborante¹¹, e la cui fruizione non è soggetta né a precisi requisiti temporali -tanto meno rapportati al fatto- né alla verifica della volontarietà della collaborazione; altrettanto innegabile appare la distanza tra la fattispecie in esame e le fattispecie estintive della punibilità di

⁸ In dottrina, tra gli altri, PULITANO', *Diritto penale*, Torino, 2017, p. 447 e s., che tra l'altro -e la notazione appare pienamente in linea con la fisionomia ibrida della causa di non punibilità in esame (cfr. infra)- soggiunge come, nella prospettiva della non punibilità, una ragionevole soglia temporale ai fini della riparazione dell'offesa "*non dovrebbe andare oltre il momento in cui l'autore del reato abbia avuto notizia d'un procedimento a suo carico e comunque non oltre un breve e ben definito arco temporale*".

⁹ In una prospettiva de iure condendo, reputa requisito necessario la sterilizzazione di ogni vantaggio conseguito dal privato, ai fini della fruibilità di una causa di non punibilità da parte del privato denunciante, COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, fasc. 2. Reputa, invece, prevalente nella causa di non punibilità in rassegna "*la dimensione antagonista rispetto all'offesa*", PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit.

¹⁰ Del resto, è significativo che a giustificare, nella Proposta di Cernobbio, l'impunità del dichiarante -legata ad un insieme di condizioni sicuramente sovrapponibile a quello delineato dalla disposizione in commento- fossero espressamente evocati gli scenari della collaborazione processuale (cfr. *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento di partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1032 e ss.).

¹¹ Il riferimento è, tra le altre, alle previsioni di cui all'art. 416-bis.1, comma terzo, c.p. -in materia di criminalità mafiosa-, all'art. 630, comma quinto, c.p. -in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione-, nonché all'art. 73, comma settimo, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di criminalità legata agli stupefacenti.

recente introduzione in ambito tributario, cui pure la Relazione ministeriale accenna¹². L'esimente in parola, in effetti, delinea una figura ibrida la cui principale componente funzionale si coglie, non tanto -come detto- nella riparazione dell'offesa, quanto, piuttosto, nella capacità di contrasto alla corruzione cui la leva premiale è piegata; da questo punto di vista, l'esimente opera in una duplice direzione. Una prima direttrice valorizza, in una prospettiva chiaramente generalpreventiva, la capacità deterrente dell'esimente: essa inocula, con effetti dissuasivi, un ineliminabile ed aleatorio fattore di instabilità nell'accordo corruttivo o paracorruttivo, che ciascuna delle parti può determinarsi a denunciare confidando nell'impunità¹³, penetrando il muro di inviolabilità che, in ragione della concorsualità dell'illecito e della bilateralità dell'incriminazione, normalmente ripara l'accordo¹⁴. In seconda battuta, l'esimente opera in via repressiva, incentivando post delictum la collaborazione dell'una delle parti. Il secondo aspetto è, all'evidenza, complementare al primo: tanto più efficace si rivela il monito dissuasivo quanto più efficace sia il contrasto al fenomeno corruttivo assicurato dalla promessa di impunità implicita alla fattispecie in rassegna. Ma, a differenza delle "ordinarie" fattispecie di collaborazione, nell'ipotesi in esame la denuncia del correo deve corrispondere a precisi caratteri modali -il proposito collaborativo deve manifestarsi volontariamente e tradursi in una effettiva e concreta collaborazione entro precisi limiti temporali- il cui rispetto vale a salvaguardare l'efficacia generalpreventiva e dissuasiva del precetto penale¹⁵ - altrimenti vulnerata dalla prospettiva di una agevole impunità- e a giustificare, quale manifestazione di una -sia pure tardiva- adesione al precetto penale e in accordo alle istanze specialpreventive, la non punibilità del denunciante: l'esimente in parola sembra quindi partecipare di alcuni degli aspetti

¹² Il riferimento è a istituti apparentemente affini nel comune risultato della risoluzione della punibilità, quale la causa di non punibilità -per estinzione del debito tributario- dei reati di cui agli artt. 10-bis, 10-ter e 10-quater d. l.vo 10 marzo 2000, n. 74 contemplata dall'art. 13, comma primo, d. l.vo 10 marzo 2000 cit., che tuttavia non presuppone la tempestiva riparazione dell'offesa da parte dell'agente, il quale può darvi corso anche successivamente alla conoscenza del procedimento penale a proprio carico e sino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, così come alla causa di non punibilità di cui al medesimo art. 13, comma secondo, d. l.vo 10 marzo 2000 cit., che non esige la collaborazione investigativa del contribuente.

¹³ In tal senso è esplicita la Relazione ministeriale al disegno di legge, che discorre di un "*ingresso nello scambio illecito insicuro e rischioso*".

¹⁴ E' agevole in effetti rilevare che i reati presupposto della causa di non punibilità in commento rispondano -con l'eccezione di talune delle fattispecie previste dagli artt. 353 e 353-bis c.p. (cfr. infra)- a un comune tratto fondamentale, in quanto reati di accordo a compagine soggettiva necessariamente plurilaterale. Valorizza l'aspetto della collaborazione, quale necessaria strategia nel contrasto alla corruzione, a commento della Proposta di Cernobbio, STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, pag. 937.

¹⁵ Come annotato a margine della Proposta di Cernobbio "*il correo in fatti di corruzione non può contare su una via d'uscita di comodo, proprio perché la confessione deve essere tempestiva e non può essere ritardata secondo convenienza*" (cfr. *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento di partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., pag. 1039).

tipici delle cause di non punibilità realmente regressive dell'offesa, pur collocandosi in una prospettiva ordinamentale profondamente diversa da esse. In tale cornice, l'art. 323-ter c.p. si iscrive coerentemente nel complessivo disegno legislativo, realizzando una ideale raccordo tra la doverosa osservanza da parte dei consociati -e dei pubblici amministratori in particolare- delle norme incriminatrici, la cui cogenza è ribadita dall'inasprimento del regime repressivo, e la pragmatica constatazione dell'insufficienza degli ordinari strumenti di investigazione a violare il vicendevole vincolo al silenzio che fisiologicamente lega le parti dell'accordo collusivo e alla cui ombra prospera un fenomeno corruttivo la cui pervasività¹⁶ ha giustificato nella discrezionalità del legislatore un ragionato arretramento della punibilità a fronte di condotte collaborative tempestivamente manifestate.

La razionale corrispettività alla protezione dei beni giuridici sottesi alle norme incriminatrici presupposte dalla causa di non punibilità rassicura anche in ordine al rispetto dei parametri costituzionali che presiedono alla disciplina della non punibilità, il cui governo è rimesso al prudente apprezzamento del legislatore¹⁷.

La peculiare strutturazione della causa di non punibilità in esame ne fa, almeno in astratto, uno strumento atto a contrastare il fenomeno lato sensu corruttivo più che nei confronti della corruzione minuta, nei confronti delle fattispecie corruttive definite sistemiche, la cui compagine soggettiva interessa, lungo la complessa filiera dell'accordo, intermediari ed emissari, la cui proliferazione individua altrettanti potenziali denunciati, in grado di disvelare, al riparo dell'impunità, natura e portata del patto corruttivo e di intralciarne l'autoreplicazione¹⁸.

¹⁶ Quanto all'invasività del fenomeno corruttivo, il report annuale pubblicato nel febbraio 2019 da Transparency International, che misura l'indice di percezione della corruzione in 180 Stati -sulla base di una scala che va da 0 (massimo livello di percezione della corruzione) a 100- classifica l'Italia, per l'anno 2018, al 52° posto, con il punteggio di 52; se il dato appare incoraggiante, perché segnala un progresso rispetto a quelli riportati nei precedenti anni (44 punti nel 2015, 47 nel 2016, 50 nel 2017), esso tuttavia appare ancora largamente inferiore rispetto alla media europea, che è pari a 66 punti.

¹⁷ Sul punto, Corte cost. 8/1996 ha espressamente annotato che *“l'estensione di cause di non punibilità, le quali costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti, in primo luogo quelle che sorreggono la norma generale e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria: un giudizio che è da riconoscersi ed è stato riconosciuto da questa Corte appartenere primariamente al legislatore”*.

¹⁸ Sottolineano l'evoluzione della corruzione verso forme di aggressione politico-amministrativo-sistemica, ben dissimili dalla tradizionale corruzione pulviscolare, DAVIGO-MANNOZZI, *La corruzione in Italia; percezione sociale e controllo penale*, Roma, 2008.

Le condizioni di applicabilità della causa di impunità *de qua*¹⁹, infine -e al netto delle riserve che si esprimeranno in ordine alle fattispecie tentate-, devono ricorrere cumulativamente, in quanto esse descrivono l'insieme dei presupposti al cui concorrere il legislatore riconosce, nell'esercizio di un sindacato non censurabile in via interpretativa -se non nei limiti della manifesta irragionevolezza-, la ritrattazione della punibilità: l'enunciazione di quelle condizioni, invero, sconta e sottende un ineliminabile componente convenzionale, legata al rapporto tra il disvalore dell'azione e il plusvalore della contro-azione, che è rimessa al sindacato esclusivo del legislatore, inerendo alle opzioni in merito alla penalità²⁰; in tal senso, può discorrersi di tipicità della fattispecie.

La “*volontarietà*” della collaborazione e l'apparente antagonismo della condotta riparatrice rispetto alla condotta anteatta evocano le tradizionali figure della desistenza e del recesso attivo (ex art. 56, commi terzo e quarto, c.p.), istituiti ai quali la causa di non punibilità *de qua* appare avvicicabile, alla luce del comune elemento della resipiscenza dell'agente che vi è sottesa, a dispetto della evidente eterogeneità strutturale di quegli istituti rispetto alla neo-introdotta causa di impunità, la quale a differenza di quelli non interviene, come detto, a sanzionare la desistenza dall'azione o l'impedimento dell'evento, agendo *post delictum*.

I tratti distintivi della fattispecie la allontanano empiricamente e funzionalmente dalla circostanza di cui all'art. 323-bis, comma secondo, c.p., la cui configurabilità è legata, alla realizzazione, anche in via alternativa²¹, dell'uno dei risultati “collaborativi” contemplati dalla previsione, e non è accompagnata dai requisiti modali che, invece, contraddistinguono la nuova fattispecie e che collocano quest'ultima su “*un fronte ulteriormente avanzato di allontanamento dal*

¹⁹ Dette condizioni devono ricorrere obiettivamente, in accordo ai profili generalpreventivi che ispirano la previsione premiale (cfr. supra): da questo punto di vista, la causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p. non sembra discostarsi dalle cause di non punibilità menzionate supra -cfr. nota 4-, nelle quali la condotta resipiscente del reo “è assunta in una necessaria efficienza eziologica, che non può essere surrogata da alcun atteggiamento meramente soggettivo”: cfr. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. Premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità*, cit., pp. 406 e s.

²⁰ La causa di non punibilità in rassegna formalizza invero un bilanciamento tra contrapposti interessi (di “*bilanciamento perpetuo*” in relazione a cause di non punibilità collegate a sanatorie, condoni, rinunce alla pena, forme estintive per sopravvenute condotte riparatorie e collaborazioni processuali, discorre DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pag. 559 e seg.)

²¹ In termini, BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2015, nonché DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2016.

*piano dell'offesa*²², giustificandone la premialità, in un'ideale relazione -rispetto alla previgente figura circostanziale- di progressivo contrasto dell'offesa.

Ovviamente, per ragioni auto-evidenti, la causa di non punibilità non si estende ai concorrenti nel reato, ai quali non può giovare l'infrazione dell'omertà cui si sia determinato il denunciante.

Due limiti particolarmente evidenti sembrano contrastare la concreta operatività della causa di non punibilità in esame, mortificandone l'appetibilità; il primo si coglie nella inestensibilità dell'impunità agli eventuali reati connessi rispetto a quello oggetto di denuncia e che ad esso nell'osservazione criminologica di norma si accompagnano (dalle violazioni tributarie, commesse al fine di documentare e giustificare le provviste corrispettive del *pretium sceleris* all'autoriciclaggio)²³; il secondo attiene all'ineliminabile incertezza, in ordine alla fruizione della causa di non punibilità, che accompagna la collaborazione, in quanto l'impunità è condizionata all'utilità delle informazioni rivelate dal collaborante, circostanza non nota al denunciante e dipendente, evidentemente, dalla disponibilità e dalla ricchezza delle informazioni e delle fonti già escuse o individuate dall'Autorità giudiziaria.

2. I reati presupposto.

Come premesso, la causa di non punibilità codificata dall'art. 323-ter c.p. si estende ai soli reati previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 c.p.; l'enumerazione dei reati presupposto -non ampliabile in via interpretativa, attesa l'eccezionalità della deroga alla sanzionabilità penale di condotte costituenti reato, in accordo al principio *nullum crimen sine poena*- non prospetta particolari problemi interpretativi se non, ad avviso di chi scrive, con riferimento a due aspetti. Il primo attiene alla estensibilità della causa di non punibilità alle corrispondenti fattispecie tentate, il secondo all'esatta delimitazione della innestabilità della causa di impunità rispetto alle disposizioni incriminatrici a più fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p.

Quanto al primo quesito, deve ritenersi che la causa di non punibilità de qua sia applicabile anche alle fattispecie tentate, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale, per cui l'autonomia del

²² Così la Relazione ministeriale al disegno di legge.

²³ Non a caso la Proposta di Cernobbio prevedeva (art. 12) che la causa di non punibilità contemplata dall'allora proposta coprisse anche taluni reati, espressamente individuati, che fossero stati commessi per eseguire od occultare il reato corruttivo o per assicurarne al reo il profitto.

delitto tentato comporta che i soli effetti giuridici sfavorevoli previsti con specifico richiamo a determinate norme incriminatrici debbano riferirsi alle sole ipotesi di reato consumato²⁴; in ogni caso, alla luce del fondamento della causa di non punibilità in oggetto, essa non appare applicabile quando l'iter criminis non sia progredito almeno sino a coinvolgere entrambe le parti del divisato *pactum sceleris*²⁵, in quanto solo a queste condizioni ha modo di dispiegarsi l'efficacia scriminante della previsione, finalizzata, come detto, a riparare l'antidoverosità della condotta pregressa -anche- attraverso una collaborazione che superi il muro di omertà che tradizionalmente caratterizza i reati a schema contrattuale a incriminazione bilaterale: in altri termini, in assenza di un approdo concorsuale del tentativo, l'offesa non è riparabile nelle forme codificate dall'art. 323-ter c.p. In tale prospettiva, appare significativo che tra i reati presupposto non figurino le varie figure di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 c.p., tipica fattispecie unilaterale²⁶. In ogni caso, non può non rilevarsi come, alla luce della struttura consensuale dei reati presupposto, il progredire della condotta sino ad uno stadio tale da involgere le parti dell'accordo segni di norma la consumazione del reato, notazione che riduce la rilevanza pratica dell'estensibilità al tentativo della scriminante in esame a fattispecie del tutto marginali, al contempo privando di reale interesse la problematica del rapporto tra la causa di non punibilità in rassegna e la desistenza volontaria.

Ai fini della fruibilità della esimente, in ipotesi di tentativo, non è, evidentemente, necessaria la messa a disposizione dell'utilità conseguita dal reato, quante volte lo sviluppo del fatto non sia pervenuto allo scambio di utilità tra i paciscenti.

Quanto al secondo interrogativo, in accordo al fondamento politico-criminale implicito alla causa di impunità in commento, essa, a parere di chi scrive, non sembra destinata ad operare -per l'assenza di un accordo paracorruttivo suscettibile di "ritrattazione"- con riferimento alle fattispecie in cui i delitti di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente siano stati commessi con violenza o minaccia, e il cui accertamento è affidato non alla

²⁴ Cass., sez. II, 22 ottobre 2013 - dep. 2014 n. 5504, Rv. 258198 – 01.

²⁵ Cfr., quanto alla configurabilità di un accordo che si arresti allo stadio del tentativo, in materia, Cass., sez. I, 10 gennaio 2011 n. 3139, Rv. 249553 – 01, ad avviso della quale *"il delitto di turbata libertà degli incanti si consuma nel momento e nel luogo in cui, con l'uso di uno dei mezzi previsti dalla legge, viene impedita o turbata la gara, non essendo sufficiente il mero accordo tra i partecipanti per determinarne l'esito, che potrebbe tutt'al più integrare un'ipotesi di tentativo"*.

²⁶ In tema, e ai fini dell'esatta comprensione dell'estensione dell'esimente in esame quanto alle fattispecie tentate, merita segnalare la controversa configurabilità, in astratto, di un tentativo di corruzione -propria o impropria-, punibile ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 56 e 318 c.p. -o anche 56 e 319 c.p.-, quando le parti abbiano dato corso ad una trattativa -circostanza che non sembra contemplata dall'art. 322 c.p.-, non pervenendo tuttavia ad un accordo (cfr. recentemente, in senso apparentemente favorevole alla configurabilità del tentativo, in parte motiva, Cass., sez. VI, 1 giugno 2017 n. 38920).

resipiscente collaborazione del soggetto che receda dal patto, ma, fisiologicamente, alla denuncia del fatto da parte del soggetto -evidentemente, estraneo al reato- che abbia subito la violenza o la minaccia finalizzate alla turbativa del procedimento. In tal senso, non appare casuale che la causa di non punibilità non si applichi, da un lato, ai reati corruttivi di norma monosoggettivi, quali le diverse figure di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 c.p. né si applichi ai reati contro la pubblica amministrazione su base costrittiva, quale tipicamente l'art. 317 c.p.

3. Le condizioni di applicabilità.

3.1. I limiti temporali.

La causa di non punibilità ex art. 323-ter c.p. è somministrabile esclusivamente in favore dell'autore dell'uno dei reati presupposto che si determini a denunciare il fatto *“prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto”*; la stretta correlazione temporale che la norma istituisce tra la denuncia e il fatto si giustifica, al pari della spontaneità della denuncia, in una triplice ottica: quale connotato funzionale al più efficace contrasto dell'illecito nonché quale indice di salvaguardia delle esigenze di prevenzione speciale -attesa la minore riprovevolezza dell'agente- e delle esigenze di prevenzione generale sottese alla norma incriminatrice, posto che l'“adesione” al precetto da parte del reo, sebbene tardiva, esprime, sia pure indirettamente, una imperatività, da parte della norma, di tale cogenza che il reo vi si è subitaneamente -e spontaneamente- conformato. Rispetto a tali istanze, l'iscrizione del nominativo dell'interessato nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p. è, evidentemente, circostanza del tutto irrilevante -fin quando non sia stata comunicata o l'interessato ne abbia comunque appreso notizia-; si giustifica, pertanto, l'eliminazione, nel corso dell'iter parlamentare, della clausola che pure compariva nel testo originario del disegno di legge e che condizionava la fruizione della causa di non punibilità ad una ritrattazione che intervenisse *“prima dell'iscrizione [a carico del collaborante] della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.”*, clausola che, del resto, avrebbe potuto suscitare spinose questioni applicative, in presenza di plurime iscrizioni del nominativo dell'indagato, in tempi diversi, da parte di più uffici di Procura. Ai fini della vanificazione della causa di non punibilità, è sufficiente che il soggetto sappia dello svolgimento di indagini sul proprio conto, ma non anche della propria iscrizione nel registro degli indagati, iscrizione che del resto può ancora non essere stata perfezionata: ciò che rileva è che

l'impulso alla collaborazione non sia il frutto di una scelta utilitaristica²⁷ ispirata dall'intento di sfuggire alla propria responsabilità da parte del soggetto che abbia appreso di essere interessato da un'indagine, indipendentemente dalla iscrizione del proprio nominativo nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Il termine di quattro mesi, entro il quale, al più tardi, deve manifestarsi il comportamento resipiscente dell'agente che non abbia avuto notizia di essere indagato, decorre dalla "*commissione del fatto*"; posto che alcune delle fattispecie di cui al catalogo dei reati presupposto manifestano tratti peculiari, quanto alla durata, potendo protrarsi ben oltre l'iniziale momento consumativo, atteggiandosi quali fattispecie eventualmente permanenti²⁸, il termine finale entro il quale la collaborazione deve manifestarsi non potrà che conteggiarsi nella scadenza del quadrimestre dalla definitiva cessazione del reato, essa segnando il momento di definitivo approfondimento dell'offesa al bene giuridico, al cui ristoro la causa di non punibilità in commento è preordinata.

Quanto ai delitti tentati, il termine decorre dall'ultimo atto posto in essere.

3.2 La denuncia del fatto.

Nel recesso dall'accordo, rilievo obiettivamente centrale assume la denuncia del fatto di reato, quale contro-azione necessaria, nella discrezionale valutazione del legislatore, alla repressione dell'illecito e giustificativa dell'impunità del denunciante.

La denuncia, per espressa previsione normativa, deve provenire "*volontariamente*" dal collaborante: il requisito rispecchia ed esprime la minore riprovazione dell'agente, anche in termini di prevenzione speciale, in ordine al fatto pregresso. Il detto connotato modale evoca non tanto il pentimento del soggetto, aspetto sfuggente e di problematica prova, quanto piuttosto l'insorgenza di un proposito collaborativo non dettata da contingenze esterne; sul punto, sembrano legittimamente esportabili -in ragione dell'affinità funzionale tra le due figure- gli insegnamenti giurisprudenziali in

²⁷ In tal senso, il citato requisito temporale non appare estraneo al tema della volontarietà della denuncia -su cui v. infra nel testo-

²⁸ Cfr. Cass., sez. IV, 27 novembre 2015 - dep. 2016 n. 3043, Rv. 265619 - 01 per cui "*in tema di corruzione, l'art. 318 c.p. (nel testo introdotto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190) ha natura di reato eventualmente permanente se le dazioni indebite sono plurime e trovano una loro ragione giustificatrice nel fattore unificante dell'asservimento della funzione pubblica*"; cfr. altresì, con riferimento all'art. 319 c.p., Cass., sez. VI, 7 luglio 2016 n. 40237, Rv. 267634 - 01, ad avviso della quale "*in tema di corruzione, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, con episodi sia di atti contrari ai doveri d'ufficio che di atti conformi o non contrari a tali doveri, configura l'unico reato, permanente, previsto dall'art. 319 c.p., con assorbimento della meno grave fattispecie di cui all'art. 318 c.p.*" L'incertezza in merito al decorso del termine utile ai fini della collaborazione ha indotto autorevole dottrina, sia pure a commento dell'originario disegno di legge, a discorrere di "*salto nel buio*" per il denunciante (PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit.).

materia di desistenza volontaria, che riconoscono la configurabilità della desistenza purché la mancata consumazione del delitto sia ascrivibile ad una scelta “*non necessitata, ma operata in una situazione di libertà interiore, indipendente da circostanze esterne che rendono irrealizzabile o troppo rischioso il proseguimento dell’azione criminosa*”²⁹: la trasposizione di tale indirizzo al tema in oggetto disconosce la volontarietà allorché, ad es., il soggetto si sia determinato a denunciare il fatto perché -indipendentemente dalla circostanza che sul suo conto pendano indagini- costrettovi dalla consapevolezza di non poter tener ulteriormente riservato il *pactum sceleris*.

Il requisito in parola -sia pure di problematica elaborazione probatoria³⁰- estromette dall’area della non punibilità la collaborazione che il denunciante manifesti con propositi ritorsivi nei confronti della controparte, quando, ad esempio, quest’ultima non si sia piegata all’ennesima richiesta del primo.

La collaborazione rilevante ai fini del prodursi della causa di impunità implica la denuncia del reato, id est un contributo dichiarativo che illustri compiutamente il fatto -anche in riferimento al contributo del denunciante alla commissione del fatto-, nonché la messa a disposizione dell’Autorità di “*indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili*”³¹. L’utilità investigativa della collaborazione, come detto, deve apprezzarsi obiettivamente, e appare ravvisabile in ogni apporto informativo che, se non decisivo³², contribuisca in ogni caso ad ampliare in termini significativi, e su temi non secondari, il compendio probatorio a disposizione degli inquirenti, anche -e necessariamente³³- ai fini dell’individuazione degli altri responsabili e degli elementi -o delle fonti di prova- a loro carico che possano corroborare e

²⁹ Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2018 n. 12240, Rv. 272535 – 01; id., Sez. II, 29 gennaio 2014 n. 7036, Rv. 258791 – 01.

³⁰ La vischiosità della prova, quanto al requisito in parola, suggerisce che l’inquirente, che raccolga la denuncia del collaborante, lo interroghi anche in merito alle ragioni che l’hanno indotto alla collaborazione.

³¹ La locuzione impiegata dal legislatore, in merito all’assicurazione della prova, sembra rimandare alla necessità che il dichiarante fornisca elementi che consentano agli inquirenti di vagliarne criticamente la narrazione e di arricchire obiettivamente il patrimonio informativo a disposizione dell’Autorità, attraverso, ad es., l’indicazione di eventuali persone informate dei fatti, la consegna di supporti -anche informatici- che documentino i fatti narrati, l’indicazione di eventuali utenze telefoniche o account telematici in uso ai correi e monitorabili ai fini dell’acquisizione di ulteriori provviste probatorie -monitoraggio tanto più fruttuoso in ragione della prossimità temporale della denuncia al fatto-.

³² Erano, invero, respinti, nel corso dell’iter parlamentare, gli emendamenti tesi a connotare il contributo dichiarativo del denunciante in termini di decisività (il riferimento è all’emendamento 1.97, che proponeva la sostituzione della parola “*utili*” -che compariva nell’originario disegno di legge- con quella “*decisive*”, in riferimento alle indicazioni promananti dal denunciante; l’emendamento sarebbe poi stato riformulato in Assemblea nei termini che si leggono nel testo definitivamente approvato).

³³ La chiamata in correità, invero, nella dissociazione dai correi che le è sottesa, esprime la recisione del patto criminale e la sopravvenuta in-offensività dell’allora agente, profilandosi conseguentemente quale irrinunciabile componente costitutiva della causa di non punibilità in commento.

riscontrare le propalazioni accusatorie del collaborante. La decodificazione interpretativa del requisito in parola può plausibilmente giovare dell'elaborazione giurisprudenziale maturata sul vicino terreno della collaborazione, intesa propriamente quale presupposto di applicazione di specifiche circostanze attenuanti, elaborazione pervenuta ad esiti che escludono, senza esitazioni, la configurabilità della collaborazione *“a fronte di ammissioni o comportamenti limitati al rafforzamento del quadro probatorio o al raggiungimento anticipato di positivi risultati di attività di indagine già in corso in quella direzione”*³⁴ o a fronte di apporti dichiarativi *“obiettivamente non utili”*³⁵. La collaborazione, in linea con il risultato processuale cui è preordinata, deve persistere sino a che essa non sia definitivamente acquisita nel processo in cui rileva -se del caso nella sede dibattimentale e nel contraddittorio tra le parti, venendo in questione la prova dichiarativa-.

Requisito implicito è che il collaborante fornisca agli inquirenti ogni elemento informativo a propria disposizione³⁶: invero, una collaborazione parziale da un lato tradirebbe l'uno dei fondamenti della causa di non punibilità, denunciando una sola parziale risposta del soggetto all'istanza specialpreventiva, dall'altro alimenterebbe sospetti di credibilità in capo al dichiarante, che potrebbero minarne la valutazione giudiziale delle dichiarazioni, in aperta contraddizione con la -tendenziale- stabilità e genuinità della prova cui la causa di impunità condiziona il concreto verificarsi dell'estinzione della punibilità.

Quanto agli aspetti procedurali, la collaborazione, inizialmente prestata in sede di indagini preliminari, dovrà essere necessariamente scrutinata nel contraddittorio con i chiamati in correità: invero, solo uno scrutinio condotto nelle forme dell'escussione incrociata appare in grado di saggiare la robustezza e la credibilità del dichiarante, cristallizzandone le dichiarazioni ed alimentando una provvista probatoria *“utile e concreta”* ai fini della effettiva repressione dell'illecito, perché -in disparte i riti alternativi- utilizzabile ai fini della decisione. Ai fini dell'acquisizione della dichiarazione, l'Autorità Giudiziaria potrà ricorrere all'incidente probatorio -istituto la cui fruibilità, quanto alle dichiarazioni rese dai soggetti di cui agli artt. 197 e 210 c.p.p. non è soggetta a particolari condizioni di indifferibilità e urgenza (art. 392, comma primo, lett. c) e

³⁴ Cass., sez. III, 1 ottobre 2014 n. 23942 - dep. 2015, n. 23942, Rv. 263642 – 01, quanto alla circostanza di cui all'art. 73, comma settimo, d.p.r. 10 ottobre 1990, n. 309.

³⁵ Cass., sez. I, 19 giugno 2015 n. 31413, Rv. 264756 – 01, quanto alla circostanza, in tema di criminalità mafiosa, di cui all'art. 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con l. 12 luglio 1991, n. 203 -ora art. 416-bis.1 c.p.-.

³⁶ Cfr. in termini conformi, sia pure con riferimento alla circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma settimo, d.p.r. 10 ottobre 1990, n. 309, Cass., sez. VI, 24 marzo 2016 n. 15977, Rv. 266998 – 01, ad avviso della quale, ai fini della configurabilità della circostanza, è necessario che gli elementi informativi provenienti dal collaborante siano *“nuovi, oggettivamente utili e costituiscano tutte le conoscenze a disposizione del dichiarante”*.

d), c.p.p.)- in modo da stabilizzare la prova in vista del giudizio e, se del caso, separare ed archiviare³⁷, nel ricorrere dei presupposti della non punibilità, la posizione del collaborante -il cui nominativo deve essere obbligatoriamente iscritto nel registro delle notizie di reato³⁸-, esercitando l'azione penale nei confronti dei chiamati in correità.

3.3 La messa a disposizione dell'utilità.

I reati presupposto delineano fattispecie, di norma, sinallagmatiche, nella cui economia causale al vantaggio conseguito dal pubblico agente corrisponde un vantaggio del privato.

In una prospettiva di sistema, il ristoro dell'offesa dovrebbe importare la restituzione di ogni vantaggio che il denunciante abbia acquisito in conseguenza del fatto di reato, ma il legislatore sembra aver privilegiato una soluzione di compromesso, postulando la sola messa a disposizione dell'utilità incamerata dal pubblico agente³⁹. L'originario disegno di legge era, sul punto, inequivoco, disponendo che *“la non punibilità del pubblico ufficiale, dell'incaricato di pubblico servizio o del trafficante di influenze illecite”*⁴⁰ fosse *“subordinata alla messa a disposizione dell'utilità percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente [...]”*; l'attuale formulazione della norma si deve ad un emendamento -parzialmente riformulato nel corso della stessa seduta assembleare rispetto all'analogo emendamento proposto in sede di commissione-⁴¹, la cui approvazione, in data 22 novembre 2018, da parte dell'Assemblea, mirava a parificare le posizioni del pubblico agente e del privato, imponendo anche a quest'ultimo, ove avesse denunciato il reato, la messa a disposizione, ai fini della fruizione della causa di non

³⁷ L'archiviazione della posizione del denunciante peraltro assicura anche una certa flessibilità dell'esito, potendo il procedimento riaprirsi, quando nella successiva fase dibattimentale dovessero emergere elementi di sospetto in merito alla denuncia, tali da poterne inficiare l'effetto premiale.

³⁸ La denuncia di cui discorre la norma in effetti racchiude l'autodenuncia del collaborante, a fronte della quale l'Autorità Giudiziaria non può non procedere all'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. della notizia di reato e del relativo autore -ove ancora non iscritti-, adempimento rispetto al quale la concreta verifica delle condizioni di non punibilità del denunciante è momento logicamente susseguente, affidato alle successive acquisizioni probatorie ed alla successiva elaborazione critica del materiale acquisito.

³⁹ Dispone in effetti l'art. 323-ter, comma secondo, c.p. che *“la non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma”*.

⁴⁰ Invero, tra i reati presupposto, nel disegno di legge, figurava anche il reato di traffico illecito di influenze di cui all'art. 346 bis c.p.

⁴¹ L'emendamento cui si fa riferimento è il numero 1.98, che prevedeva, come modificato in Assemblea, la sostituzione *“al comma 1, lettera r), capoverso «Art. 323-ter», secondo comma, delle parole: del pubblico ufficiale, dell'incaricato di pubblico servizio o del trafficante di influenze illecite con le seguenti: del denunciante”* e l'aggiunta *“dopo le parole: dell'utilità delle seguenti: dallo stesso”*.

punibilità in oggetto, di una somma pari all'ammontare o al valore di quanto indebitamente versato al pubblico ufficiale⁴²; per vero, la complessa riflessione parlamentare -al pari della relazione ministeriale- che ha accompagnato la gestazione del disegno di legge non ha mai affrontato, neppure incidentalmente, il tema della neutralizzazione, da parte del privato, dei vantaggi competitivi conseguiti attraverso la condotta oggetto di denuncia, quale condizione di accesso alla causa di non punibilità in rassegna. Del resto, l'impiego, da parte del legislatore, nel corso dell'intero iter di approvazione del disegno di legge, di un termine, quale "*utilità*", che nei reati contro la pubblica amministrazione identifica il solo vantaggio conseguito dal pubblico ufficiale -o dall'incaricato di pubblico servizio-, in luogo del termine "*profitto*"⁴³, è argomento non secondario a sostegno di un'interpretazione della norma centrata sulla sola ritrattazione della mercede corrisposta al pubblico agente⁴⁴. Si giustifica, pertanto, anche la previsione dello stringente termine entro il quale l'utilità deve essere messa a disposizione e il cui rispetto apparirebbe invero problematico quando la quantificazione della somma da restituire implicasse articolate -e controvertibili- operazioni di stima⁴⁵. Non può, peraltro, sottacersi che se l'intenzione del legislatore, nell'approvare

⁴² L'intento del legislatore era fatto palese dall'invito, poi accolto, della Relatrice del disegno di legge al ritiro - "*in quanto superato dalla riformulazione, se accolta, dell'emendamento 1.98*"- dell'emendamento 1.101, che mirava ad aggiungere all'art. 323-ter c.p. un ulteriore comma che subordinasse la non punibilità del privato "*alla messa a disposizione di una somma pari all'ammontare o al valore di quanto indebitamente dato o promesso al pubblico ufficiale, all'incaricato di pubblico servizio o al trafficante di influenze illecite*" (cfr. il Resoconto stenografico della seduta della Camera del 22 novembre 2018, pp. 54 e 55).

⁴³ Termine che, invece, compare nelle disposizioni in materia di sequestro e confisca.

⁴⁴ Peraltro, anche nella ricordata Proposta di Cernobbio, l'impunità era condizionata, per quanto qui rileva, alla restituzione da parte del corrotto di quanto ricevuto, e, da parte del corruttore, alla messa a disposizione di una somma pari a quanto versato.

⁴⁵ Quanto ai reati lato sensu corruttivi, se la determinazione dell'utilità è piuttosto agevole con riferimento al pubblico ufficiale -ovvero all'incaricato di pubblico servizio-, per il quale si identifica nel bene, nel servizio o nel corrispettivo incamerato a fronte del mercimonio della funzione, non altrettanto è a dirsi quanto al privato, posizione rispetto alla quale il profitto discendente dal reato descrive una nozione più sfuggente che, in accordo all'indirizzo prevalente nella giurisprudenza di legittimità, può decodificarsi nel vantaggio economico, di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, calcolato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato dal reato (cfr., in termini, Cass., sez. II, 12 novembre 2013 - dep. 2014 n. 8339, Rv. 258787 - 01, in tema di sequestro e confisca ex art. 322-ter c.p.; cfr., altresì, Cass., sez. VI, 22 aprile 2016 n. 23013, Rv. 267065 - 01, che, sia pure in tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, identifica il profitto "*con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, ma, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere ricompresa nel profitto anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone*").

Quanto invece ai reati di cui agli artt. 353, 353-bis e 354 c.p. -fattispecie al cui perfezionarsi non è necessario il concorso di un pubblico agente- l'individuazione del profitto può profilarsi problematica, in quanto appare di non agevole quantificazione il vantaggio che il privato abbia conseguito in seguito alle condotte ivi contemplate; una ragionevole valutazione del profitto potrebbe stimarsi attraverso il raffronto tra la procedura inquinata e procedure consimili -o anche tra l'offerta favorita e le offerte concorrenti-, in modo da applicare alla prima le condizioni economiche delle seconde e pervenire, per sottrazione, alla valorizzazione dell'utilità indebitamente conseguita dal privato.

l'emendamento ricordato, era quella di assoggettare anche il privato denunciante alla messa a disposizione di una somma di denaro di valore equivalente all'utilità erogata alla controparte, l'attuale formulazione della norma non appare del tutto perspicua, in quanto la prestazione del tantundem è letteralmente prevista nella sola ipotesi in cui non sia possibile la restituzione dell'utilità percepita dal denunciante, al cui controvalore si commisura la prestazione surrogatoria; ne consegue che, non avendo il privato percepito l'utilità, egli, ove collaborasse, non sarebbe tenuto ad alcuna prestazione restitutoria: invero, il privato nel caso restituirebbe non il controvalore dell'utilità percepita -alla quale, come detto, deve parametrarsi l'entità della prestazione sostitutiva- ma dell'utilità versata; la frizione tra il testo e l'intentio legis non sembra superabile, se non al prezzo di un'evidente forzatura del dato letterale. In accordo a tale proposta interpretativa, la rettifica che la riflessione parlamentare ha apportato all'originario testo del disegno di legge ha inteso -più limitatamente-⁴⁶ onerare della restituzione dell'utilità corrisposta al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio anche il denunciante, in ipotesi diverso dal pubblico agente, che abbia spartito con questo l'utilità riveniente dall'accordo corruttivo e nei limiti in cui abbia partecipato a quella spartizione.

Ai fini del ravvedimento, il legislatore sembra, quindi, privilegiare una visione statica del patto corruttivo, non sensibile alla dinamica economica cui il patto è di norma preordinato e vicina alla concezione germanistica dell'oggettività giuridica dei fatti di corruzione; nella stigmatizzazione della ricezione dell'utilità da parte del pubblico agente, si coglie il principale e nucleare profilo di offesa ai beni giuridici contemplati dalle norme presupposto⁴⁷, la cui neutralizzazione -attraverso la restituzione del pretium sceleris o del suo equivalente⁴⁸- è necessaria ai fini dell'applicazione dell'esimente in parola. Il vantaggio eventualmente conseguito dal privato denunciante per effetto della condotta illecita -in specie nelle fattispecie di corruzione c.d. propria o nelle figure di incriminazione attente alla libertà degli incanti- è revocabile attraverso i comuni rimedi

⁴⁶ In realtà, la riformulazione del testo originario era altresì utile -e necessaria- ad allineare la previsione alla ripermimetrazione dei reati presupposto, dai quali la lettura parlamentare aveva espunto il delitto di traffico di influenze illecite, con conseguente anacronismo del mantenimento, nel secondo comma, del riferimento al trafficante di influenze illecite nel novero dei soggetti tenuti a restituire, ai fini della fruizione della causa di non punibilità de qua, l'utilità indebitamente percepita.

⁴⁷ Il rilievo centrale che, nella fattispecie corruttive, assume la violazione dei doveri funzionali da parte del pubblico agente, è alla base dell'osservazione critica per cui, nella configurazione della causa di non punibilità in rassegna, sarebbe stato preferibile accordare la facoltà di recesso dall'accordo alla sola parte privata, lasciando in balia dell'iniziativa di quest'ultima il pubblico agente (PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit.).

⁴⁸ In disparte la problematica quantificazione dell'equivalente dell'utilità nei trivial cases.

amministrativi -anche in sede di autotutela- o civilistici: l'ordinamento appresta quindi azioni atte a impedire la stabilizzazione del profitto in capo al privato denunciante, anche se la non punibilità di questo preclude l'esperibilità, nelle intrusive forme per equivalente, della confisca di cui all'art. 322-ter c.p., misura adottabile esclusivamente *“nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti”*.

Nell'ipotesi in cui il collaborante non sia l'uno dei percettori dei vantaggi conseguenti al reato, la fruibilità dell'esimente è, come ricordato, subordinata all'indicazione di *“elementi utili e concreti per l'individuazione del beneficiario effettivo”* dell'utilità conseguente al reato.

In ogni caso, l'utilità riveniente dal reato pregresso -o le indicazioni utile ad individuarne l'effettivo beneficiario- devono essere poste a disposizione dell'Autorità entro il medesimo termine di cui al comma primo della disposizione in commento (art. 323-ter c.p., comma secondo, ultima parte, c.p.): il legislatore non sembra accordare dilazioni per la restituzione del pretium o per l'attivazione dei meccanismi procedurali che possano agevolare l'identificazione e l'apprensione e, con esse, la prova del coinvolgimento nel fatto del pubblico agente.

Quando non vi sia stato scambio di utilità, perché il reato si sia arrestato alla reciproca promessa dell'utilità, non potrà ovviamente farsi corso ad alcuna restituzione, neppure dell'utilità divisata dall'agente: in tal senso, in disparte ogni considerazione legata al principio di offensività, appare inequivoca la littera legis che discorre di *“utilità percepita”*.

4. Le condizioni di inapplicabilità: le clausole antielusive.

La premialità legata alla causa di non punibilità in rassegna ha indotto il legislatore a introdurre una disciplina di contrasto dei possibili abusi dell'istituto. Le clausole antielusive sono poste dal comma terzo della norma in commento, a mente del quale l'esimente non trova applicazione *“quando la denuncia è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato”* né è applicabile *“in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 l. 16 marzo 2006, n. 146”*. Entrambe le clausole si correlano alla comprensibile diffidenza con cui il legislatore guarda al c.d. agente provocatore⁴⁹: la prima disposizione mira a prevenire il paradossale effetto criminogeno cui la causa di non punibilità potrebbe dare corso, attraverso la promessa di impunità a favore di colui che istighi e induca al reato altro soggetto,

⁴⁹ La difficile esportabilità nel nostro ordinamento dello strumento investigativo de quo è, in subiecta materia, sottolineata tra gli altri da CANTONE-GATTA, *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018.

immediatamente dopo denunciandolo⁵⁰; la seconda, introdotta nel corso della lettura parlamentare del disegno di legge, si correla all'estensione, ad opera della stessa l. 9 gennaio 2019, n. 3, delle c.d. attività sotto copertura ai reati presupposto della causa di non punibilità in esame⁵¹ e sottolinea il rigore dei limiti posti dalla relativa disciplina, la cui violazione non può trovare una causa di scriminazione nell'esimente in parola, se non al prezzo di legittimare pratiche investigative distorsive vicine -se non proprio coincidenti- a quella dell'agente provocatore.

5. L'errore.

Rilevando oggettivamente, quale fattore di contrasto alla corruzione o alla paracorruzione, e cadendo, di conseguenza, su un elemento estraneo alla fattispecie di reato ed alla relativa anti giuridicità, la causa di non punibilità de qua non opera seppure l'agente versi in errore in ordine alla sussistenza delle relative condizioni di applicabilità. La conclusione non sembra infirmata dal disposto dell'art. 59, ultimo comma, c.p., a mente del quale *“se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a suo favore”*, norma non applicabile alle c.d. cause di non punibilità in senso stretto⁵² quanto piuttosto, e soprattutto, alle

⁵⁰ La Relazione ministeriale al disegno di legge propone l'esempio di colui che induca al reato e quindi denunci un imprenditore concorrente.

⁵¹ La modifica dell'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146, peraltro non si è limitata ad innovare l'insieme dei reati per i quali può procedersi ad operazioni sotto copertura, ma ha anche esteso l'area delle condotte scriminate, prevedendo che non siano punibili gli agenti che *“corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri”*, né gli agenti che *“promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio o per remunerarlo”*: l'estensione della gamma obiettiva delle operazioni sotto copertura ha suscitato preoccupazione nella dottrina che ha invitato alla scrupolosa vigilanza, in sede applicativa, dei limiti costitutivi dell'entrapment (GATTA, *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione in attesa dell'imminente approvazione definitiva*, in *Dir. pen. cont.* 17 dicembre 2018); in tale prospettiva sembra tuttavia che l'ampliamento delle condotte scriminate sia del tutto coerente con i limiti fisiologici del mandato investigativo dell'agente sotto copertura: all'agente è esclusivamente consentito corrispondere denaro in esecuzione di un accordo già concluso, o promettere il denaro richiesto dal pubblico ufficiale -o sollecitato come prezzo della illecita mediazione-, condotte, tutte, che pongono l'agente in una posizione recettiva e che quindi non sembrano superare i limiti di operatività della “scriminante”. In ordine alla distinzione tra agente provocatore e agente sotto copertura, sia consentito rinviare a ALVINO-PRETTI, *Le indagini preliminari. Tra fonti disciplinari e prassi applicative*, Torino, 2017, pag. 135 e seg.

⁵² Sul punto, in termini conformi, M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 71; cfr. anche VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, 1960, ad avviso del quale, sia pure in un prospettiva più articolata, *“un principio logico insuperabile”* induce a ritenere irrilevante l'errore nei *“casi in cui l'esenzione da pena dipende da comportamenti del reo successivi al fatto”*: in tali casi, invero, *“l'analogia del fondamento dell'esenzione con quello proprio delle cause estintive (per cui il principio dell'art. 59 ultimo cpv. c.p. manifestamente non vale) potrà indurre a dare prevalenza ad un canone logico sulla interpretazione letterale”*.

cause di giustificazione, le quali, incidendo sulla stessa tipicità del reato, sono computate in favore dell'agente anche se putative.

L'insussistenza delle rigorose condizioni cui è subordinata la fruizione dell'impunità non preclude ovviamente, la conteggiabilità in favore del collaborante, ove ne ricorrano gli estremi, della circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 323-bis, comma secondo, c.p.

Tema diverso è invece quello del dubbio in ordine al ricorrere dei requisiti dell'esimente; l'incertezza può investire indifferentemente l'uno o l'altro degli elementi costitutivi della causa di non punibilità, anche se di norma interesserà le circostanze di contorno della denuncia -quali la volontarietà e la tempestività- piuttosto che la proficuità della denuncia, profilo quest'ultimo che il più delle volte risulterà obiettivamente dal risultato investigativo originato -o non originato- dalla collaborazione del denunciante. Quando neppure gli accertamenti condotti nel corso del procedimento, a dispetto della collaborazione del denunciante, consentano di dirimere la situazione di incertezza, l'esito processuale -e sostanziale- non potrà essere che nel segno della non punibilità, in applicazione del fondamentale canone di giudizio *in dubio pro reo*.

6. Il regime intertemporale.

In assenza di una disciplina transitoria, la causa di non punibilità in esame si applica ai reati commessi anteriormente rispetto all'entrata in vigore dell'esimente -fissata al 31 gennaio 2019-, trattandosi di disposizione favorevole al reo, pur con la precisazione che, ai fini della fruibilità della causa di non punibilità, il termine dei quattro mesi entro il quale deve intervenire il ravvedimento del denunciante decorre, in ogni caso, dal fatto, e non dall'entrata in vigore della disposizione: invero, il ridetto termine, come evidenziato, si riconnette alle istanze generalpreventive sottese alla causa di non punibilità, istanze che non potrebbero trovare analoga e soddisfacente composizione, in assenza di una previsione legislativa in tal senso⁵³, laddove se ne ipotizzasse il decorrere a distanza, anche notevole, di tempo rispetto alla commissione del fatto⁵⁴. In ogni caso, le questioni intertemporali potrebbero porsi, al più, per il primo quadrimestre successivo all'entrata in vigore

⁵³ La Proposta di Cernobbio, in effetti, dettava una disciplina transitoria, per cui la causa di non punibilità avrebbe giovato a coloro che avessero manifestato la collaborazione nei tre mesi successivi all'entrata in vigore della proposta di legge.

⁵⁴ Nel caso, in effetti, difficilmente potrebbe scorgersi nel ravvedimento del soggetto la resipiscente e subitanea adesione al precetto inosservato, quanto piuttosto la semplice adesione al trattamento premiale.

della nuova disciplina, notazione che ne ridimensiona l'interesse applicativo e ne relega il rilievo, verosimilmente, alla sola riflessione speculativa.

Del pari, e per le medesime ragioni -cui si aggiunge l'immeritevolezza della fruizione dell'esimente, quanto all'imprescindibile e concorrente profilo specialpreventivo-, la causa di non punibilità in commento non potrà essere invocata, quanto ai fatti pregressi, da colui che, pur entro i quattro mesi dalla commissione del fatto, si determini a collaborare dopo aver avuto notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in ordine al fatto oggetto della collaborazione.

ADRIANA BLASCO

L'ordinamento penitenziario all'indomani del d.lgs. n. 123 del 2018 e della legge n. 3 del 2019: quali conseguenze sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale?

1. Premessa.

L'articolo 656 c.p.p. detta le coordinate attraverso cui la pena che residua da espiare al momento del passaggio in giudicato della sentenza viene messa concretamente in esecuzione dal Pubblico Ministero che ne cura, per l'appunto, l'esecuzione.

Ove lo schema di decreto legislativo recante la riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della legge delega del 23-6-2017 n. 103, che è stato lungamente sottoposto al parere del Parlamento, fosse entrato in vigore nella sua originaria formulazione si sarebbero decisamente aperti nuovi scenari sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale.

Ed invece, il 10 novembre del 2018 sono entrate in vigore le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario contenute in due distinti decreti legislativi, il n. 123 e il n. 124, emanati dal Governo il 2 ottobre 2018 a seguito del Consiglio dei Ministri del 27 settembre 2018, in attuazione della legge delega del 23 giugno 2017 n. 103 e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale del 26-10-2018 [*serie generale* n. 250], che – con riferimento al codice di procedura penale – hanno compendiato nell'articolo 4 comma 1 lett. a) del d.lgs. n. 123/2018 l'unico intervento della novella sull'articolo 656 del codice di procedura penale.¹

Più in particolare:

il d.lgs. n. 123 reca integrazioni e modifiche all'ordinamento penitenziario in tema di:

- assistenza sanitaria;
- semplificazione del procedimento di sorveglianza;
- competenze dell'UEPE;
- sospensione cautelativa della misura alternativa in corso;

¹ Tra gli altri commenti Veronica MANCA, *Dal 10 novembre operative le "novità" penitenziarie*, in *Guida al Diritto*, nr. 48, del 24-11-2018, pag. 12

- revoca della misura alternativa in corso in caso di sopravvenienza di nuovi titoli esecutivi;
 - disposizioni relative alla vita penitenziaria.
- il d.lgs. n. 124 reca invece integrazioni e modifiche all'ordinamento penitenziario in tema di:
- lavoro all'interno delle carceri;
 - organizzazione della stanza di pernottamento e delle aree comuni;
 - lavori di pubblica utilità;
 - disposizioni assicurative e previdenziali.

2. Le coordinate attraverso cui allo stato della vigente legislazione deve muoversi il Pubblico Ministero nell'individuazione del modulo esecutivo della pena. Il previgente testo dell'articolo 656 del codice di procedura penale.

Ciò premesso, si richiama la *ratio* che storicamente ha indirizzato il legislatore nella formulazione del vigente articolo 656 del codice di procedura penale, dal momento che – chi scrive – ritiene che non si possa compiutamente intendere il senso e la portata della riforma di una norma se non si intendono le motivazioni per cui, in origine, la norma aveva quel contenuto su cui il legislatore intende [o avrebbe inteso] intervenire.

L'articolo 656 c.p.p. prevede, in apertura, che quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, il pubblico ministero emette l'ordine di esecuzione con cui, se il condannato non è detenuto, ne dispone la carcerazione.

Secondo l'impianto originario del codice di rito, all'esecuzione delle pene detentive doveva darsi luogo sempre attraverso l'ordine di immediata carcerazione, secondo il principio generale statuito nell'articolo 656 comma 1 c.p.p., a tenore del quale <quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva il Pubblico Ministero emette ordine di esecuzione con il quale, se il condannato non è detenuto, ne dispone la carcerazione>; sicché – nei confronti dei soggetti liberi al momento del passaggio in giudicato della sentenza – il transito presso l'istituto di pena era un passaggio necessariamente obbligato.

Questo principio, per effetto della legislazione sopravvenuta, ha subito rilevanti modifiche, perché la formulazione originaria dell'articolo 656 c.p.p. è stata profondamente innovata dalla l. 27 maggio 1998, n. 165 [c.d. legge *Simeone*], dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4, dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49 e infine dalla l. 24 luglio 2008, n. 125.

La novella del 1998 è stata – a tutta evidenza – ispirata dalla necessità di evitare la carcerazione ai condannati a pene detentive brevi che si trovassero nelle condizioni astratte per poter accedere alle misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario, compendiato nella l. 26-07-1975 n. 354.

La modifica ha così risposto ad una triplice esigenza:

- è stata tesa a diminuire, a tutta evidenza, il sovraffollamento carcerario;
- è stata tesa a garantire una effettiva parità di trattamento tra i detenuti, alcuni dei quali – per cause socio-economico-culturali – erano sforniti di una adeguata informazione circa le proprie facoltà;
- si è fatta carico di evitare che la lentezza della magistratura di sorveglianza competente a decidere sulle istanze di misure alternative, conseguente alle note carenze di personale e di risorse, potesse tradursi in un danno per i condannati.

Le modifiche sopra accennate hanno trovato nell'attuale disposto dell'articolo 656 comma 5 c.p.p. la loro naturale collocazione: la norma, nella formulazione previgente l'intervento compendiato nella decisione n. 41 del 6 febbraio 2018 della Corte Costituzionale [che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 656 comma 5 c.p.p. “nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro”] stabiliva che, qualora la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non fosse superiore a tre anni, quattro nei casi previsti dall'articolo 47 *ter* comma 1 della l. 26.7.1975 n. 354 oppure sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 [riguardanti i benefici previsti per l'accesso a programmi di recupero dei tossicodipendenti ed alcol-dipendenti], il Pubblico Ministero – salvo quanto previsto dai commi 7 e 9 del medesimo articolo 656 c.p.p. – ne dovesse sospendere l'esecuzione. In siffatti casi, l'ordine di esecuzione ed il decreto di sospensione sono notificati al condannato ed al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o in mancanza a quello che lo ha assistito nella fase del giudizio, con avviso della facoltà di presentare, entro trenta giorni dalla ricezione del provvedimento, istanza tesa ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione previste dagli articoli 47 (affidamento in prova al servizio sociale), 47 *ter* (detenzione domiciliare), 50 comma primo (semilibertà) della l. 26.7.1975 n. 354 e 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 ovvero la sospensione dell'esecuzione prevista dall'articolo 90 del medesimo decreto presidenziale n. 309/1990.

In definitiva, l'attuale formulazione dell'articolo 656 comma 5 c.p.p. àncora la possibilità di sospendere l'esecuzione della pena detentiva alla ricorrenza di due presupposti, che devono coesistere:

- l'entità della pena [che deve essere contenuta nel limite previsto nel corpo della norma medesima: tre anni (limite, come si è detto, elevato a quattro per effetto della decisione n. 41 del 6 febbraio 2018 della Corte Costituzionale), quattro nei casi considerati nell'articolo 47 *ter* c. 1 della l. 26-07-1975 n. 354, sei nei casi considerati nell'articolo 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309];

- l'astratta possibilità per il condannato di accedere ad una delle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario.

Tanto debitamente premesso, il richiamo al principio della sospensione dell'esecuzione, introdotto nell'articolo 656 comma 5 c.p.p. a far data dalla novella del 1998, impone una premessa essenziale alla sua interpretazione: il principio citato in premessa ed a cui il codice di rito originariamente era ispirato [quello compendiato nell'articolo 656 comma 1 c.p.p. a tenore del quale l'esecuzione della pena detentiva è eseguita mediante l'adozione di un ordine di carcerazione] era all'epoca dell'entrata in vigore del codice di rito, ed è rimasto per effetto della legislazione sopravvenuta, un principio di carattere generale; la norma contenuta nell'articolo 656 comma 5 c.p.p., introdotta nel codice di rito a far data dal 1998, è invece norma che presenta un carattere innegabilmente derogatorio rispetto al principio generale, la quale – come tale ed in ossequio al principio di tassatività – non può trovare applicazione al di fuori dei casi tassativamente ivi previsti.

L'assunto che precede deve essere ribadito anche alla luce di un recente contrasto di posizioni che si è registrato tra alcuni Uffici della Procura della Repubblica e taluni Giudici deputati ad assolvere le funzioni di giudice dell'esecuzione.

Ed infatti, alcuni Tribunali, investiti a seguito di incidente di esecuzione della legittimità degli ordini di carcerazione emessi dal Pubblico Ministero per pene detentive superiori ad anni tre di reclusione ma contenute nel limite degli anni quattro, hanno teorizzato la giuridica ammissibilità di un'interpretazione evolutiva dell'articolo 656 comma 5 c.p.p., assumendo – in epoca antecedente alla sentenza n. 41/2018 della Corte Costituzionale – che in tutti i casi in cui la pena da mettere in esecuzione fosse inferiore alla soglia dei quattro anni di reclusione [che è tra i limiti di pena stabiliti dall'articolo 47 comma 3-*bis* della l. 26-07-1975 n. 354 per l'accesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova in casi particolari] il titolo esecutivo avrebbe dovuto essere sospeso a

norma dell'articolo 656 comma 5 c.p.p., ove risultasse già presentata istanza di affidamento in prova.

Detto orientamento riflette una nota linea di pensiero che muove dalla circostanza che il legislatore, al fine di adeguare l'ordinamento interno alle prescrizioni imposte dalla Corte EDU con riferimento alla situazione degli Istituti di pena italiani, con la Legge 21 febbraio 2014, n. 10 ha introdotto nell'articolo 47 l. 26.7.1975 n. 354 il comma 3-*bis*, così innalzando la soglia di pena per accedere al benefico dell'affidamento in prova da tre a quattro anni di reclusione, senza che, tuttavia, la riforma in questione abbia interessato la previsione dell'articolo 656 comma 5 c.p.p., la quale ha mantenuto ferma per la sospensione della esecuzione della pena la soglia degli anni tre di reclusione, quella degli anni quattro ma solo per le ipotesi richiamate nell'articolo 47 *ter* c. 1 della l. 26-07-1975 n. 354 [che disciplina la c.d. detenzione domiciliare umanitaria],² e quella degli anni

² L'articolo 1 c. 1 lett. b) nr. 2 del d.l. 78/2013, convertito con modifiche dalla Legge 9 agosto 2013 nr. 94, ha modificato l'articolo 656 c. 5 c.p.p., inserendo – dopo le parole - <tre anni> le seguenti: <quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47 *ter* c. 1> O.P. Il senso dell'intervento – anche a giudizio dei primi commentatori – è agevolmente ravvisabile nell'intento di estendere la <possibilità> di sospendere l'ordine di carcerazione da parte del Pubblico Ministero alle ipotesi in cui il condannato si trovi in una delle situazioni giuridico-fattuali sussumibili entro il quadro normativo della detenzione domiciliare. Sotto tale ottica, la modifica normativa è da registrare con favore anche perché provvedere a risolvere una contraddizione del previgente sistema della sospensione dell'ordine di esecuzione, che consentiva (ai sensi dell'articolo 656 c. 5 c.p.p.) l'emissione del decreto di sospensione dell'ordine di carcerazione in relazione a condanne recanti una pena detentiva inferiore al più elevato limite previsto dalla legge di ordinamento penitenziario ai fini dell'accesso alla detenzione domiciliare (quattro anni ai sensi dell'articolo 47 *ter* c. 1 O.P.), lasciando quindi privi di tale particolare salvaguardia (ed imponendo conseguentemente un obbligato passaggio per il carcere), proprio quei condannati che versavano in situazioni personali più difficili (le persone con prole in tenera età, i soggetti affetti da condizioni di salute particolarmente gravi, gli anziani). Questi soggetti <potranno> ora accedere alla misura della detenzione domiciliare direttamente dalla libertà, evitando una detenzione inopportuna e foriera oltretutto di pregiudicare ulteriormente la situazione personale o familiare che il legislatore ha inteso tutelare con il beneficio penitenziario di cui all'articolo 47 *ter* O.P. Quanto precede, alla sola e tassativa condizione che la situazione di pregiudizio familiare o personale, risulti oggettivamente all'atto della adozione dell'ordine di esecuzione (come esemplificatamente nel caso in cui già dalla mera lettura delle carte processuali risulti, ad esempio, che il condannato sia ultrasessantenne ed inabile). E ciò in quanto, indiscutibilmente, e sempre a giudizio anche dei commentatori della novella legislativa, la nuova disciplina può comportare difficoltà sul piano applicativo da parte dell'Ufficio del Pubblico Ministero, al quale non può essere riconosciuta alcuna discrezionale valutazione ai fini dell'accertamento delle condizioni di cui all'articolo 47 *ter* c. 1 O.P., che rientra nella prerogativa esclusiva degli uffici di sorveglianza. Ed infatti l'accertamento dei presupposti indicati dalla disposizione di matrice penitenziaria, comportando una approfondita disamina del singolo caso, si palesa quanto mai complesso e – implicando necessariamente il dispiegamento di valutazioni discrezionali - sembra porsi in termini eccentrici rispetto alle tradizionali coordinate lungo le quali si pone il Pubblico Ministero in fase esecutiva, coerenti con il ruolo di mero impulso procedimentale attribuito alla parte pubblica e al correlato carattere officioso e semi-automatico del procedimento sospensione *ex* articolo 656 c.p.p. Ed infatti, a norma dell'invocato articolo 47 *ter* c. 1 O.P., i soggetti ivi menzionati <possono> e non <devono> essere ammessi al beneficio della detenzione domiciliare nel caso in cui la pena residua sia inferiore ad anni 4. E detta valutazione discrezionale esula dalle prerogative del Pubblico Ministero, al quale – è bene rammentarlo – spetta solo ed esclusivamente un obbligo di informativa ai sensi dell'articolo 51 *bis* O.P. e dell'articolo 108 del regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230). Si aggiunga che - solo ed esclusivamente nelle ipotesi di rinvio obbligatorio della esecuzione della pena a norma dell'articolo 146 c.p. (e nei soli casi in cui la preesistente certificazione medica agli atti del fascicolo non lasci margini

sei di reclusione, per i condannati che si trovano nelle condizioni astratte per poter essere ammessi alla misura dell'affidamento in prova terapeutico.³

alla valutazione discrezionale della magistratura di sorveglianza) – per l'Ufficio del Pubblico Ministero è doveroso anticipare provvisoriamente gli effetti di tale decisione, in una ottica di *favor rei*, potendosi applicare per analogia l'articolo 672 c.p.p. che consente al Pubblico Ministero, in tema di libertà, di anticipare gli effetti dei benefici. In dottrina ed in giurisprudenza, prevale, infatti, l'opinione di chi ritiene che al Pubblico Ministero sia consentita una verifica limitata all'esame della stretta legittimità e regolarità formale dei documenti presentati dal condannato con riferimento alle condizioni di concedibilità della misura alternativa, essendo riservato al magistrato di sorveglianza il vaglio sul merito della domanda. Sempre - ovviamente - che detta documentazione fosse presente in epoca antecedente alla adozione dell'ordine di esecuzione; perché quando invece tale documentazione venga sottoposta al Pubblico Ministero dopo l'adozione dell'ordine (nulla risultando in precedenza dagli atti del fascicolo dell'esecuzione), questo dovrà ritenersi ininfluenza ai fini della regolarità formale dell'ordine di esecuzione e, del merito della domanda, dovrà invece essere tempestivamente investita la competente magistratura di sorveglianza.

³ Dunque il condannato, se libero, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, deve rendersi parte diligente e, prima che sia emesso ordine di carcerazione, deve rendere edotto il Pubblico Ministero dell'esistenza di un programma terapeutico o dell'intenzione di avviarlo, oppure dell'intervenuto espletamento dello stesso con esito favorevole ex articolo 90 D.P.R. 309/1990 citato, producendo la documentazione necessaria.

Vale la pena ripercorrere brevemente la *ratio* dell'invocato intervento normativo, vale a dire l'articolo 656 c. 5 c.p.p. nella parte in cui richiama gli articoli 90 e 94 d.P.R. 309/1990.

L'articolo 656 c. 5 c.p.p. – che già, nel testo originario, prevedeva la possibilità per il P.M. di sospendere l'esecuzione della pena inferiore a 4 anni nei casi di cui all'articolo 94 d.P.R. 309/1990 – è stato successivamente modificato dall'articolo 4 *undevicies* c. 1 lett. a) DL 30 dicembre 2015 nr. 272 convertito dalla l. 21-2-2006 nr. 49, che ha elevato a sei anni il limite di pena entro il quale il P.M. può sospendere l'esecuzione della carcerazione.

Il senso dell'intervento – anche a giudizio dei primi commentatori – è agevolmente ravvisabile nel complessivo e deciso *revirement* della politica legislativa del giro di vite che aveva caratterizzato invece la legge ex Cirielli nr. 251/2005, la quale si poneva in forte contrasto con le esigenze di recupero dei condannati tossicodipendenti, di fatto azzerando la possibilità di accesso ai programmi terapeutici esterni al carcere. In tal senso, particolare significato ha assunto l'articolo 4 del DL 30 dicembre 2015 nr. 272 che ha abrogato quelle norme [tra le altre l'articolo 94 bis d.P.R. 309/1990 e la lettera c) dell'articolo 656 c. 9 c.p.p.], che precludevano l'accesso alle misure alternative alla detenzione per quei condannati cui era stata applicata la recidiva ex articolo 99 c. 4 c.p.

Dunque, nel meccanismo di sospensione della pena per i soggetti tossicodipendenti, ruolo di primo piano è assunto dal P.M. che cura l'esecuzione della condanna e che deve verificare la sussistenza dei presupposti che consentono l'applicazione del regime più favorevole, e dunque in buona sostanza:

- l'esistenza di un programma terapeutico in corso;
- il pregiudizio che l'interruzione del programma può arrecare sul percorso di disintossicazione.

Naturalmente, anche tale meccanismo – al pari della sospensione dell'esecuzione nei casi di soggetti che potenzialmente possono beneficiare della detenzione domiciliare c.d. umanitaria - sembra porsi in termini eccentrici rispetto alle tradizionali coordinate lungo le quali si pone il P.M. in fase esecutiva, coerenti con il ruolo di mero impulso procedimentale attribuito alla parte pubblica e al correlato carattere officioso e semi-automatico del procedimento sospensione ex articolo 656 c.p.p., atteso che, mentre la prima condizione (l'esistenza di un programma terapeutico in corso), può essere accertata su base documentale, invece l'accertamento del secondo requisito – comportando un'approfondita disamina del singolo caso terapeutico - si palesa quando mai difficoltoso, perché implica necessariamente il dispiegamento di valutazioni discrezionali; sicché alle Procure sarà demandato il compito di verificare, nelle more della decisione del tribunale di sorveglianza, competente per la concessione della misura alternativa, che il condannato prosegua con successo il programma, a cui è correlato il potere-dovere di ripristinare la carcerazione nel caso di interruzione del programma stesso.

Peraltro, pure in dottrina ed in giurisprudenza, prevale, infatti, l'opinione di chi ritiene che al Pubblico Ministero sia consentita una verifica limitata all'esame della stretta legittimità e regolarità formale dei documenti presentati dal condannato con riferimento alle condizioni di concedibilità della misura alternativa, essendo riservato al magistrato di sorveglianza il vaglio sul merito della domanda.

La praticabilità, nel caso in esame, di un'interpretazione evolutiva o comunque costituzionalmente orientata della norma sospettata di illegittimità costituzionale a giudizio di quelle Procure che hanno reso parere nel contesto degli incidenti di esecuzione proposti [tra le altre la Procura della Repubblica di Milano] era da escludere, perché il caso in questione era, per l'appunto, uno di quelli in cui <l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale>.⁴

Orbene, nel senso sostenuto [tra le altre] dalla Procura della Repubblica di Milano, nel contesto dei ricorsi per Cassazione⁵ con cui sono state impugnate le ordinanze rese dal Tribunale Ordinario di Milano a seguito degli incidenti di esecuzione accennati in premessa, si è recentemente espressa la prima sezione della Suprema Corte di Cassazione,⁶ che – superando alcuni arresti giurisprudenziali in senso contrario e censurando l'interpretazione evolutiva della norma così come sostenuta nel precedente reso dalla prima sezione della medesima Corte di Cassazione⁷ – ha affermato che la sospensione dell'ordine di carcerazione con prosecuzione del regime degli arresti domiciliari, in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza, è prevista unicamente quando la pena residua da espiare non è superiore ad anni tre, “dovendosi escludere la possibilità di accedere ad un'interpretazione evolutiva della norma perché snatura la funzione del giudice da organo di applicazione in quello di formazione della legge, tenuto conto peraltro che, a differenza dei casi descritti nell'articolo 656 comma 5 c.p.p., l'ipotesi introdotta dall'articolo 47 c. 3 *bis* della l. 26.7.1975 n. 354 non può avere una applicazione automatica da parte dell'organo dell'esecuzione penale, essendo richiesta una speciale valutazione di merito da parte del tribunale di sorveglianza.”

Chi scrive ha ragione di ritenere che la Corte di Cassazione abbia colto esattamente nel segno le criticità della tesi sostenuta con i precedenti arresti giurisprudenziali in senso contrario e che lo abbia fatto ben consapevole della linea di confine tra le competenze del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale e quelle della magistratura di sorveglianza. Non va dimenticato, infatti, che la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'articolo 656 comma 5 c.p.p. opera – non solo allo stato della vigente disciplina ma anche per effetto delle modifiche al medesimo codice di procedura

⁴ In tal senso la sentenza nr. 78/2012 della Corte Costituzionale.

⁵ Tra gli altri, il ricorso presentato in data 15-5-2017 nel procedimento Nr. SIEP 4715/2016 iscritto presso la Procura della Repubblica di Milano, avverso l'ordinanza emessa il 11-5-2017 dal Tribunale Ordinario di Milano, sezione XI penale, in funzione di giudice dell'esecuzione.

⁶ Sentenza nr. 3084/2017 emessa nella camera di consiglio del 21-9-2017 (ricorrete GJINI FATJON).

⁷ Trattasi della sentenza nr. 51864 del 31-5-20016

penale e all'ordinamento penitenziario conseguenti all'entrata in vigore del d.lgs. 123/2018 – su un piano diverso: la sospensione dell'ordine di carcerazione, prerogativa del Pubblico Ministero, rappresenta unicamente un differimento della pena senza alcuna forma di vaglio da parte del medesimo Pubblico Ministero, che deve limitarsi a valutare il *quantum* di pena e (indirettamente) la fruibilità di misure alternative al carcere che escludano, *tout court*, la carcerazione. Al Pubblico Ministero – e dopo di lui al giudice dell'esecuzione investito della questione nel caso di mancata sospensione dell'ordine di esecuzione – non è rimesso alcun giudizio (di merito) sul se il condannato “meriti o meno” la misura dell'affidamento in prova c.d. “allargato” di cui all'articolo 47, comma 3 *bis*, l. 26.7.1975 n. 354, trattandosi di un giudizio che, tale norma, rimette esclusivamente alla magistratura di sorveglianza.

Tutte le norme dell'ordinamento penitenziario di cui – sia allo stato della vigente disciplina che per effetto delle modifiche al medesimo codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario conseguenti all'entrata in vigore del d.lgs. 123/2018 – il Pubblico Ministero in fase esecutiva [era ed] è tenuto a fare applicazione non prevedono alcuna valutazione discrezionale dell'organo requirente: a titolo esemplificativo, infatti, nelle ipotesi in cui il Pubblico Ministero sospende l'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati ultrasettantenni [ovvero, nei confronti dei medesimi, che già si trovano in detenzione domiciliare *ex* articolo 47 *ter* comma 01 della l. 26.7.1975 n. 354, ne anticipa provvisoriamente la prosecuzione – in una ottica di *favor rei* – facendo applicazione dell'articolo 51 *bis* della l. 26.7.1975 n. 354],⁸ l'organo deputato all'esecuzione delle pene detentive è chiamato a considerare unicamente il dato, meramente oggettivo, dell'età anagrafica del condannato (oltre all'assenza di reati ostativi, della recidiva e della declaratoria di delinquenza abituale); nelle parallele ipotesi in cui il Pubblico Ministero sospende

⁸La norma, nel testo così sostituito dall'art. 5 c. 1 lett. a) del d.Lgs. 123/2018, così recita: «51-bis (*Sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà*): «1. *Quando, durante l'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione, sopravviene un titolo esecutivo di altra pena detentiva il pubblico ministero competente ai sensi dell'articolo 655 del codice di procedura penale informa immediatamente il magistrato di sorveglianza e formula contestualmente le proprie richieste: il magistrato di sorveglianza se rileva, tenuto conto del cumulo delle pene, che permangono le condizioni di applicabilità della misura ne dispone con ordinanza la prosecuzione; in caso contrario ne dispone la cessazione ed ordina l'accompagnamento del condannato in istituto*».

Il testo, nella sua precedente formulazione, era il seguente: - 1. Quando, durante l'attuazione dell'affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domiciliare o della detenzione domiciliare speciale o del regime di semilibertà, sopravviene un titolo di esecuzione di altra pena detentiva, il pubblico ministero informa immediatamente il magistrato di sorveglianza, formulando contestualmente le proprie richieste. Il magistrato di sorveglianza, se rileva, tenuto conto del cumulo delle pene, che permangono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 47 o ai commi 1 e 1-bis dell'articolo 47-ter o ai commi 1 e 2 dell'articolo 47-quinquies o ai primi tre commi dell'articolo 50, dispone con ordinanza la prosecuzione della misura in corso; in caso contrario, ne dispone la cessazione.

2. Avverso il provvedimento di cui al comma 1 è ammesso reclamo ai sensi dell'articolo 69-bis.».

l'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati che si trovano nelle condizioni elencate nell'articolo 47 *ter* comma 1 della l. 26.7.1975 n. 354 [ovvero, nei confronti dei medesimi, che già si trovano in detenzione domiciliare *ex* articolo 47 *ter* comma 1, ne anticipa provvisoriamente la prosecuzione facendo applicazione – in una ottica di *favor rei* – dell'articolo 51 *bis* della l. 26.7.1975 n. 354], l'organo deputato all'esecuzione delle pene detentive è chiamato a considerare unicamente la ricorrenza di elementi di natura oggettiva (stato di gravidanza, AIDS conclamata, prole entro l'anno di età) e nei soli casi in cui eventuale preesistente certificazione medica agli atti del fascicolo non lasci margini alla valutazione discrezionale della competente magistratura di sorveglianza; nelle ulteriori ipotesi in cui il Pubblico Ministero sospende l'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati che si trovano nelle condizioni elencate negli articoli 90 e 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 [ovvero, nei confronti dei medesimi che già si trovano in affidamento terapeutico *ex* articolo 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ne anticipa provvisoriamente – in una ottica di *favor rei* – la prosecuzione facendo applicazione dell'articolo 51 *bis* della l. 26.7.1975 n. 354], nella stessa dottrina ed in giurisprudenza, prevale l'opinione di chi ritiene che al Pubblico Ministero sia consentita una verifica limitata all'esame della stretta legittimità e regolarità formale dei documenti presentati dal condannato con riferimento alle condizioni di concedibilità della misura alternativa, essendo riservato alla competente magistratura di sorveglianza il vaglio sul merito della domanda.

Diversamente opinando, il Pubblico Ministero dovrebbe impropriamente anticipare una valutazione discrezionale, che a lui non compete, sul merito del comportamento del condannato.

Ove – in epoca antecedente all'intervento della Corte Costituzionale compendiato nella decisione n. 41/2018 – fosse stata diversamente ritenuta ammissibile la sospensione delle pene detentive brevi fino a quattro anni a condizione che il Pubblico Ministero ravvisasse sussistente i presupposti dell'articolo 47 comma 3 *bis* della l. 26.7.1975 n. 354, questa operazione giuridica avrebbe imposto all'Ufficio del Pubblico Ministero l'esercizio di un potere altamente discrezionale che esula dalle sue competenze, perché il principale presupposto a cui è subordinata la concessione della misura dell'affidamento in prova c.d. “allargato” è la circostanza che il condannato abbia serbato, nell'anno precedente la presentazione della domanda, un comportamento tale da consentire di affermare che egli abbia conseguito l'obiettivo della rieducazione e che sia venuto meno il pericolo di reiterazione del reato. Trattasi, a tutta evidenza, di un giudizio carico di una elevatissima

componente discrezionale, che non può essere assolto con l'accertamento (meramente formale) dell'assenza di condanne per ulteriori reati.

Solo per completezza, si fa breve cenno al fatto che il dovere del Pubblico Ministero di sospendere l'esecuzione, imposto dall'articolo 656 comma 5 c.p.p., incontra tuttavia due ordini di limitazioni nelle situazioni di seguito descritte:

- lo stato di detenzione del condannato nelle forme della detenzione carceraria [secondo quanto previsto dall'articolo 656 comma 9 lett. b) c.p.p.]. La sospensione dell'esecuzione non può essere concessa, ai sensi del comma nove, lett. b) dell'articolo 656 c.p.p., nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovino in stato di custodia cautelare al momento in cui la sentenza sia divenuta definitiva (ovvero in espiazione pena, in regime carcerario, per altro titolo esecutivo); in tal caso la sospensione della pena non può essere concessa neanche in presenza di un residuo pena inferiore a anni tre di reclusione (quattro anni all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 41/2018).⁹ Al condannato in custodia cautelare va equiparato il condannato che si trovi in stato di latitanza al momento del passaggio in giudicato della sentenza, ovvero per altro titolo esecutivo. Tale limitazione non opera nei confronti di coloro che si trovino in stato di custodia cautelare per altro titolo non ancora definitivo; sicché, in tal caso si applicherà il normale regime della sospensione;

- la sussistenza tra i titoli in esecuzione di un reato c.d. ostativo [secondo quanto previsto dall'articolo 656 c. 9 lett. a) c.p.p., che stabilisce che la sospensione dell'esecuzione non può essere concessa nei confronti di soggetti condannati per delitti di cui all'articolo 4 *bis* della l. 26.7.1975 n. 354, nonché per i delitti di cui agli articoli 423 *bis* codice penale (incendio boschivo), 624 *bis* codice penale (nell'interpretazione data di recente dalla Consulta che ha contenuto il divieto alle

⁹ Vds. i numerosi precedenti resi dalla Corte di Cassazione: tra gli altri sentenza, sez. 1, nr. 50172 del 08/10/2004 Rv. 230764. *Massime precedenti Conformi*: N. 6503 del 1999 Rv. 215120, N. 23291 del 2001 Rv. 219363, N. 24710 del 2002 Rv. 222525, N. 21377 del 2003 Rv. 224520, N. 3054 del 2004 Rv. 226962, N. 28588 del 2004 Rv. 228735; nonché sentenza, sez. 4, nr. 18362 del 22/03/2007 Rv. 236413: <La sospensione dell'ordine di esecuzione di una pena detentiva breve, prevista dall'articolo 656, comma quinto, cod. proc. pen., non opera nei confronti del condannato che al momento dell'esecuzione della pena detentiva breve si trovi già in espiazione di pena inflitta per altro titolo, oppure in stato di detenzione cautelare in carcere per il fatto oggetto della condanna da eseguire, essendo tale istituto volto, in sostanza, ad impedire l'ingresso in carcere di quanti possano aspirare ad uno dei regimi alternativi alla detenzione: esigenza, questa, insussistente nei riguardi di condannati che già si trovino ristretti in carcere, ancorché per titolo diverso da quello da eseguire>; nonché ordinanza, sez. 1, Nr. 24918 del 27/05/2009 (dep. 16/06/2009) Rv. 244652: <la sospensione dell'ordine di esecuzione di una pena detentiva breve non opera nei confronti del condannato che, al momento dell'esecuzione della pena, si trovi già in espiazione per altro titolo oppure in stato di detenzione cautelare in carcere per il fatto oggetto della condanna da eseguire>. *Massime precedenti Vedi*: N. 8498 del 2001 Rv. 219095, N. 38511 del 2002 Rv. 222530, N. 37174 del 2004 Rv. 230023, N. 377 del 2005 Rv. 230725, N. 5995 del 2009 Rv. 243362

sole ipotesi di furto in abitazione e non di furto con strappo),¹⁰ 572 comma 2 codice penale e 612 *bis* comma 3 codice penale. La circostanza aggravante della clandestinità (articolo 61 n. 11 *bis* codice penale), pure inizialmente contemplata dal legislatore quale condizione ostativa all'accesso alla sospensione, come è noto è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale]. Il limite del reato ostativo vale anche con riguardo ai condannati tossicodipendenti – liberi o in regime di arresti domiciliari al momento del passaggio in giudicato della sentenza – che potrebbero essere ammessi ai benefici di cui agli articoli. 90 e 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309,¹¹ con la sola eccezione per coloro che si trovino in regime di arresti domiciliari disposti *ex* articolo 89 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.¹²

¹⁰ Trattasi della sentenza nr. 125/2016 del 06/04/2016 della Corte Costituzionale nella parte in cui – a seguito della impugnazione dell'art. 656, c. 9, lett. a), del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, c. 1°, lett. m), del decreto-legge 23/05/2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1°, della legge 24/07/2008, n. 125 – ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui impedisce la sospensione della esecuzione delle pene detentive brevi per il delitto di cui all'art. 624 *bis* codice penale relativamente alle sole ipotesi di furto con strappo, per disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe.

¹¹ Vi sono solo due casi in cui, pure in presenza di un reato c.d. ostativo, il condannato tossicodipendente, che potrebbe essere ammesso ai benefici di cui agli articoli 90 e 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, nr. 309, può beneficiare della sospensione dell'esecuzione:

- la prima ipotesi attiene al caso del condannato tossicodipendente, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, si trovi agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'art. 89 del d.P.R. 309/1990, vale a dire allorché trattasi di soggetto alcol-dipendente o tossico-dipendente ammesso al programma terapeutico di recupero che abbia per tale motivo beneficiato della concessione degli arresti domiciliari c.d. <residenziali>; in tal caso, il P.M. può disporre la sospensione dell'ordine di carcerazione, ai sensi dell'ultima parte del comma 9 lett. a) dell'art. 656 c.p.p., anche in presenza di pena riferibile a talune fattispecie di reati ostativi, purché la residua pena espianda sia contenuta nel limite degli anni 4 di reclusione. E ciò in quanto la possibilità di beneficiare degli arresti domiciliari ai sensi dell'art. 89 d.P.R. nr. 309/1990 è esclusa in via generale allorché si proceda per i reati previsti dall'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario, ma è consentita nei soli casi di rapina aggravata ed estorsione aggravata, sempre che non siano ravvisabili elementi di collegamento con la criminalità organizzata o eversiva;

- la seconda ipotesi attiene al caso del condannato tossicodipendente che, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, sia stato, per altro precedente titolo esecutivo, già ammesso alla misura dell'affidamento terapeutico *ex* art. 94 d.P.R. 309/1990 da parte della competente magistratura di sorveglianza; in tal caso, il P.M. può disporre la sospensione dell'ordine di carcerazione consentendo al condannato, ai sensi dell'art. 51 *bis* O.P., di permanere nel regime in corso in attesa delle determinazioni della competente magistratura di sorveglianza, anche in presenza di pena riferibile a talune fattispecie di reati ostativi, purché la residua pena espianda sia contenuta nel limite degli anni 4 di reclusione.

¹² Il testo dell'articolo 89 d.P.R. 9 ottobre 1990, nr. 309 – rubricato *provvedimenti restrittivi nei confronti dei tossicodipendenti o alcol-dipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici* – è il seguente:

1. Qualora ricorrano i presupposti per la custodia cautelare in carcere il giudice, ove non sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, dispone gli arresti domiciliari quando imputata è una persona tossicodipendente o alcol-dipendente che abbia in corso un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti, ovvero nell'ambito di una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116, e l'interruzione del programma può pregiudicare il recupero dell'imputato. Quando si procede per i delitti di cui agli articoli 628, terzo comma, o 629, secondo comma, del codice penale e comunque nel caso sussistano particolari esigenze cautelari, il provvedimento è subordinato alla prosecuzione del programma terapeutico in una struttura residenziale. Con lo stesso provvedimento, o con altro successivo, il giudice stabilisce i controlli necessari per accertare che il tossicodipendente o l'alcol-dipendente prosegua il programma di recupero ed indica gli orari ed i giorni nei quali lo stesso può assentarsi per l'attuazione del programma.

In definitiva, il principio – derogatorio rispetto al principio generale compendiato nella previsione di cui all'articolo 656 comma 1 c.p.p. – a cui, a far data dall'entrata in vigore della novella del 1998, si è ispirato il legislatore nel definire il modulo esecutivo delle pene detentive, è quello della sospensione dell'esecuzione codificato nell'attuale testo dell'articolo 656 comma 5 del codice di procedura penale, che trova un limite nei casi in cui sussista una presunzione di pericolosità, specificatamente desumibile:

- dall'ammontare della residua pena esigibile [ove superiore ad anni 4 di reclusione (salvo i casi di soggetti tossico-dipendenti che abbiano in corso un programma terapeutico o che ad esso intendano sottoporvisi, per i quali vale il limite dei sei anni di reclusione)];

- dalla tipologia del reato o dei reati in esecuzione [i c.d. reati ostativi (salvo i casi di soggetti tossico-dipendenti che, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, si trovino in regime di arresti domiciliari c.d. residenziali *ex* articolo 89 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, i quali, ove la pena sia contenuta nel limite degli anni 4 di reclusione, possono permanere nello stato detentivo in cui si trovano)];

- ovvero dalla personalità del condannato, che a sua volta può evincersi dal fatto che il condannato sia detenuto in custodia cautelare in carcere per il fatto da eseguire ovvero sia in espiazione pena per altro titolo definitivo in esecuzione.¹³

2. Se una persona tossicodipendente o alcol-dipendente, che è in custodia cautelare in carcere, intende sottoporsi ad un programma di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti, ovvero una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116, la misura cautelare è sostituita con quella degli arresti domiciliari ove non ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. La sostituzione è concessa su istanza dell'interessato; all'istanza è allegata certificazione, rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi prevista dal comma 2, lettera d), dell'articolo 116, attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcool dipendenza, la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche, nonché la dichiarazione di disponibilità all'accoglimento rilasciata dalla struttura. Il servizio pubblico è comunque tenuto ad accogliere la richiesta dell'interessato di sottoporsi a programma terapeutico. L'autorità giudiziaria, quando si procede per i delitti di cui agli articoli 628, terzo comma, o 629, secondo comma, del codice penale e comunque nel caso sussistano particolari esigenze cautelari, subordina l'accoglimento dell'istanza all'individuazione di una struttura residenziale.

3. Il giudice dispone la custodia cautelare in carcere o ne dispone il ripristino quando accerta che la persona ha interrotto l'esecuzione del programma, ovvero mantiene un comportamento incompatibile con la corretta esecuzione, o quando accerta che la persona non ha collaborato alla definizione del programma o ne ha rifiutato l'esecuzione.

4. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano quando si procede per uno dei delitti previsti dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, ad eccezione di quelli di cui agli articoli 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale purché non siano ravvisabili elementi di collegamento con la criminalità organizzata od eversiva.

omissis

¹³ Anche nella conforme interpretazione resa dalla giurisprudenza di legittimità,¹³ la sospensione dell'ordine di esecuzione di una pena detentiva breve non opera nei confronti del condannato che, al momento dell'esecuzione della

Al di fuori delle ipotesi normativamente previste, la sospensione dell'esecuzione potrà essere richiesta dal condannato anche per altre cause, e con riferimento alla concessione ad altri benefici, ma in tal caso essa potrà essere disposta solo dal magistrato o dal tribunale di sorveglianza.¹⁴

L'invito che chi scrive intende formulare – non solo allo stato della pre-vigente disciplina ma anche all'indomani dell'entrata in vigore la riforma dell'ordinamento penitenziario – è a non sostenere la giuridica ammissibilità del dispiegarsi di poteri discrezionali di valutazione, nell'esecuzione della pena, che il Pubblico Ministero non ha.

E ciò in quanto – come si diceva in apertura del presente contributo – ipotizzare un potere discrezionale del Pubblico Ministero nella sospensione dell'esecuzione si pone in termini eccentrici rispetto alle tradizionali coordinate lungo le quali si muove il Pubblico Ministero in fase esecutiva, coerenti con il ruolo di mero impulso procedimentale attribuito alla parte pubblica e al correlato carattere officioso e semi-automatico del procedimento sospensione *ex* articolo 656 c.p.p.

Si può ora comprendere meglio come funziona il complesso meccanismo dell'esecuzione.

Nell'ipotesi di condannato libero al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna a pena detentiva che, in ragione dell'ammontare della residua pena esigibile (se superiore agli anni 4 di reclusione ovvero agli anni 6 per i soggetti tossicodipendenti ammessi a programma terapeutico) ovvero in ragione della sussistenza tra i titoli in espiazione di reati ostativi all'accesso ai benefici penitenziari, non possa beneficiare della sospensione dell'esecuzione della pena, il Pubblico Ministero deve emettere ordine di cattura, a norma dell'articolo 656 comma 1 c.p.p., con cui se il condannato non è detenuto ne dispone la carcerazione.

pena, si trovi già in espiazione per altro titolo oppure in stato di detenzione cautelare in carcere per il fatto oggetto della condanna da eseguire Vds. precedenti già elencati - *infra* - nella nota nr. 9

¹⁴ La richiesta di ammissione ai benefici. I benefici di cui si è detto, in vista dei quali è concessa, ricorrendone i presupposti, la sospensione dell'esecuzione della pena, devono essere richiesti entro trenta giorni dalla consegna o dalla notifica dell'ordine di esecuzione dal condannato o dal difensore; i termini decorrono, per ciascuno di essi, dal momento della consegna o della notifica; la richiesta deve pervenire, anche per posta, nel termine suddetto, di natura perentoria, presso l'ufficio del P.M. Gli interessati potranno tuttavia giovare dalla sospensione dei termini feriali, cui anche quello in discorso è soggetto (si veda, a riguardo, Cassazione, sez. 5, sentenza nr. 483 del 28.2.2000). La proposta tardiva deve essere rimessa ugualmente all'ufficio di sorveglianza. La proposizione tardiva dell'istanza, ovvero la sua presentazione direttamente al tribunale di sorveglianza, comporterà la revoca della sospensione da parte del P.M. e l'immediata esecuzione dell'ordine di carcerazione (si veda, a riguardo, Cassazione, sez. 1, sentenza nr. 12329 del 17.3.2005). Nel caso, invece, di presentazione tempestiva dell'istanza di concessione di una delle misure alternative alla detenzione, l'esecuzione della pena rimarrà sospesa sino alla decisione del tribunale di sorveglianza, che dovrebbe intervenire entro il termine di 45 giorni. La sospensione dell'esecuzione non può essere concessa più di una volta: e ciò anche nell'ipotesi in cui il condannato riproponga nuova istanza per uno degli ulteriori benefici contemplati dalla norma, ovvero si tratti di istanza diversamente motivata. Pertanto, qualora l'istanza sia stata dichiarata inammissibile, scatta l'obbligo per il P.M. di revocare la sospensione dell'esecuzione e procedere senz'altro all'esecuzione della pena.

Nell'ipotesi di condannato libero al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna a pena detentiva che, in ragione dell'ammontare della residua pena esigibile ovvero dell'assenza tra i titoli in espiazione di reati ostativi all'accesso ai benefici penitenziari, possa beneficiare della sospensione dell'esecuzione della pena, il Pubblico Ministero deve emettere ordine di esecuzione con contestuale decreto di sospensione del medesimo a norma dell'articolo 656 comma 5 c.p.p.: dalla notifica del provvedimento decorrerà il termine (perentorio) di trenta giorni per chiedere l'accesso ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario. Allo stesso modo si dovrà procedere in presenza di soggetto condannato che risulti in custodia cautelare in relazione ad un titolo non ancora irrevocabile al momento del passaggio in giudicato della sentenza irrevocabile per ultima. Nell'ipotesi invece di condannato che, al momento del passaggio in giudicato della sentenza si trovi ristretto in regime di arresti domiciliari, e che, al pari di un soggetto <libero>, possa beneficiare, in ragione dell'ammontare della residua pena esigibile ovvero dell'assenza tra i titoli in espiazione di reati ostativi all'accesso ai benefici penitenziari, della sospensione dell'ordine di esecuzione a norma dell'articolo 656 comma 5 c.p.p., il Pubblico Ministero dovrà, per effetto dell'integrale rinvio operato dall'articolo 656 comma 10 alle medesime situazioni previste nell'articolo 656 comma 5 c.p.p., sospendere l'ordine di immediata traduzione in carcere e trasmettere gli atti al tribunale di sorveglianza perché provveda all'applicazione di una delle misure alternative contemplate dallo stesso comma 5 dell'articolo 656 c.p.p. Sino alla decisione del tribunale di sorveglianza il condannato rimarrà nel regime detentivo in cui si trova.

Nell'ipotesi di condannato che, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna a pena detentiva, risulti in stato di custodia cautelare per uno dei titoli definitivi da mettere in esecuzione, l'esecuzione non potrà essere sospesa in nessun caso ed il Pubblico Ministero dovrà emettere l'ordine di carcerazione a norma dell'articolo 656 comma 2 c.p.p., ferma restando la facoltà per il condannato detenuto, di presentare comunque al tribunale di sorveglianza richiesta di ammissione alle misure alternative. In termini analoghi si procederà nei casi di condannati latitanti e evasi.

3. La riforma dell'ordinamento penitenziario nelle originarie intenzioni del legislatore e all'indomani del d.lgs. n. 123/2018.

Come si accennava in apertura del presente contributo, il 10 novembre del 2018 sono entrate in vigore le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario contenute in due distinti decreti

legislativi, il n. 123 e il n. 124, emanati dal Governo il 2 ottobre 2018, a seguito del Consiglio dei Ministri del 27-9-2018, in attuazione della legge delega del 23-6-2017 n. 103, e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale del 26-10-2018 [*serie generale* n. 250].

Va premesso che con grande rammarico sia per alcuni operatori del settore che per quel movimento culturale e giuridico che aspirava ad un ripensamento complessivo dell'ordinamento penitenziario, è del tutto sfumata la possibilità che i lavori della commissione Giostra confluissero nel testo definitivo della riforma penitenziaria, dal momento che lo schema di decreto legislativo sulla giustizia riparativa [anch'esso comparso solo nell'agosto 2018] si è arenato alle Camere con parere negativo, mentre tutta la parte relativa alle misure alternative ed alle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari è stata integralmente espunta da tutti gli schemi di decreto legislativo comparsi negli ultimi mesi, fino alla conferma dell'ultimo Consiglio dei ministri del 27-9-2018.

Ed infatti, ove lo schema di decreto legislativo recante la riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della legge delega del 23-6-2017 n. 103, che è stato lungamente sottoposto al parere del Parlamento, fosse entrato in vigore nella sua originaria formulazione, si sarebbero invece aperti decisamente nuovi scenari sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale.

Può dunque, a questo punto, agevolmente introdursi il tema oggetto del presente contributo, che si ritiene utile ancorare a due profili di riflessione, e segnatamente:

- l'impatto che il decreto legislativo n. 123/2018 ha avuto sul vigente testo dell'articolo 656 c.p.p., e, più in generale, sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale;
- l'impatto che lo schema di decreto legislativo avrebbe avuto sul vigente testo dell'articolo 656 c.p.p., e, più in generale, sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale ove invece lo schema di decreto legislativo fosse stato approvato nella sua originaria formulazione. Detto in altri termini, chi scrive si propone di fare qualche considerazione su quanto il legislatore si proponeva in origine di fare e non ha fatto e su quanto il legislatore avrebbe potuto fare e non ha fatto.

3.1. La riforma dell'ordinamento penitenziario all'indomani del d.lgs. n. 123/2018: le modifiche al testo dell'articolo 656 del codice di procedura penale.

Con riferimento alle modifiche al codice di procedura penale, va evidenziato che l'articolo 4 comma 1 lett. a) del d.lgs. n. 123/2018 racchiude l'unico intervento della novella sull'articolo 656 c.p.p.

L'unica modifica che allo stato si è registrata sull'articolo 656 c.p.p. riguarda il comma 6 ed è il seguente: nell'articolo 656 comma 6 c.p.p. il periodo: «*Il tribunale di sorveglianza decide entro quarantacinque giorni dal ricevimento dell'istanza*» è sostituito dal seguente: «*Il tribunale di sorveglianza decide non prima del trentesimo e non oltre il quarantacinquesimo giorno dalla ricezione della richiesta*».

In definitiva, è stato introdotto per la decisione del tribunale di sorveglianza sulla concessione della misura alternativa un termine dilatorio di 30 giorni, decorrente dalla ricezione dell'istanza, che va ad aggiungersi a quello – di natura invece acceleratoria – di quarantacinque giorni, entro il quale tale decisione dovrebbe essere adottata, che si aggiunge all'ulteriore termine dilatorio di almeno dieci giorni per l'avviso di fissazione dell'udienza, ai sensi dell'articolo 666 comma 3 c.p.p. Detta modifica – nella parte in cui risponde, a tutta evidenza, alle prescrizioni contenute nell'articolo 1 comma 85 lett. d) della legge-delega (ove prescrive al legislatore delegato di prevedere «una necessaria osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendone tempi, modalità e soggetti chiamati a intervenire») – parrebbe, dunque, rispondere alla funzione di quantificare la durata minima di tale attività di indagine personologica, in termini del tutto equivalenti a quella dell'osservazione intramuraria, da condurre per almeno un mese, a norma dell'articolo 47 comma 2 della l. 26.7.1975 n. 354. Alcuni Autori¹⁵ – ma la tesi non convince – hanno teorizzato la possibilità di ricondurre la ragione ispiratrice della norma – nella parte in cui ha introdotto un termine dilatorio – ad una finalità di matrice difensiva, nella misura in cui potrebbe servire al condannato, a titolo esemplificativo, per reperire un'occupazione o un'abitazione idonea,¹⁶ o per presentare un'offerta reale di

¹⁵ M. RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9-11-2018.

¹⁶ Si rammenta, a questo riguardo, che l'istanza di misura alternativa alla detenzione presentata dal condannato per soddisfare i requisiti essenziali richiesti dalla vigente legislazione ai sensi dell'art. 677 c. 2 bis c.p.p., affinché possa essere accolta deve essere corredata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione o dalla elezione di domicilio [così Cassazione, sentenza resa a SS.UU. il 17-12-2009, *Mammoliti*], vuoi che la richiesta sia presentata personalmente, vuoi che sia presentata dal difensore nell'interesse del condannato [con l'ulteriore conseguenza che – così come sono irrilevanti le dichiarazioni e/o le elezioni di domicilio effettuate dall'interessato nella precedente fase del giudizio – lo è anche una eventuale tardiva esecuzione dell'adempimento omesso, perché l'inammissibilità opera di diritto e non è suscettibile di sanatoria (così Cassazione sentenza 5 febbraio-26 ottobre 2016, nr. 45171)].

risarcimento alla vittima del reato; con la conseguenza che la fissazione dell'udienza prima del termine potrebbe dare luogo ad una nullità a regime intermedio, ai sensi degli articoli 178 lett. c) e 180 del codice di procedura penale.¹⁷

3.2. La riforma dell'ordinamento penitenziario nelle iniziali intenzioni del legislatore: le originarie modifiche previste sul testo dell'articolo 656 del codice di procedura penale.

A giudizio di chi scrive, per cogliere compiutamente il senso e la portata dell'attuale riforma sul testo dell'articolo 656 c.p.p. [nonché, più in generale, sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale], appare opportuno analizzare l'impatto che lo schema di decreto legislativo avrebbe avuto sul vigente testo dell'articolo 656 c.p.p. [e, più in generale, sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale] ove invece lo schema di decreto legislativo fosse stato approvato nella sua originaria formulazione.

Detto in altri termini, chi scrive si propone di fare qualche considerazione su quanto il legislatore si proponeva in origine di fare e non ha fatto, e su quanto il legislatore avrebbe potuto fare e non ha fatto.

Come si diceva in apertura del presente contributo, la riforma dell'ordinamento penitenziario entrata in vigore il 10 novembre del 2018 e compendiata nell'attuale testo di ambedue i decreti legislativi emanati dal Governo il 2 ottobre 2018, a seguito del Consiglio dei Ministri del 27 settembre 2018, è stata salutata con un certo rammarico sia da parte di alcuni operatori del settore, che da parte di quel movimento culturale e giuridico che aspirava ad un ripensamento dell'ordinamento penitenziario complessivo – e, a tutta evidenza, mancato –, atteso che tutta la parte relativa alle misure alternative ed alle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari è stata integralmente espunta da tutti gli schemi di decreto legislativo comparsi negli ultimi mesi, fino alla conferma dell'ultimo Consiglio dei ministri del 27 settembre 2018.

¹⁷ A norma dell'art. 179 c.p.p.: <1. Sono insanabili e sono rilevate di ufficio in ogni stato e grado del procedimento le nullità previste dall'articolo 178 comma 1 lettera a), quelle concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e quelle derivanti dalla omessa citazione dell'imputato o dall'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza.

2. Sono altresì insanabili e sono rilevate di ufficio in ogni stato e grado del procedimento le nullità definite assolute da specifiche disposizioni di legge>.

A norma dell'art. 180 c.p.p.: <1. Salvo quanto disposto dall'articolo 179, le nullità previste dall'articolo 178 sono rilevate anche di ufficio, ma non possono più essere rilevate né dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado ovvero, se si sono verificate nel giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo>.

Ed in effetti, confrontando il testo del previgente schema di decreto legislativo nelle parti di interesse per l'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale e quello scaturito dal Consiglio dei ministri dello scorso 27 settembre, sembra innegabile come via sia una siderale differenza rispetto all'impatto che la riforma, secondo l'impostazione originaria, si proponeva di conseguire.

Ed invero, sia l'articolo 5 dell'originario schema di decreto legislativo *recante modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione*, che si accingeva a modificare l'articolo 656 c.p.p. che l'articolo 7 del medesimo originario schema di decreto *recante modifiche alle norme dell'ordinamento penitenziario in tema di divieto di concessione dei benefici*, che si accingeva a modificare l'articolo 4 *bis* della l. 26.7.1975 n. 354, avevano invece inteso prevedere una complessiva <rivisitazione del sistema e dei presupposti di accesso alle misure alternative, anche alla luce di una decisa rimodulazione, in chiave ablativa, degli automatismi preclusivi alla loro fruizione>; in tal senso essendosi espressa sia la relazione illustrativa che la relazione tecnica allo schema di decreto legislativo all'epoca sottoposto al parere del Parlamento.

Orbene, se si ha riguardo al testo dell'originario schema di decreto legislativo, significative – a riguardo – erano sembrate a chi scrive due modifiche, ambedue apportate al testo dell'articolo 656 del codice di procedura penale:

- la modifica al comma 5 dell'articolo 656 c.p.p., attraverso l'innalzamento del limite massimo di pena (elevato da tre a quattro anni di reclusione) entro il quale il Pubblico Ministero avrebbe avuto l'obbligo di sospendere l'ordine di carcerazione, per consentire al condannato di chiedere l'ammissione a misure alternative e per garantirgli un migliore programma rieducativo ai fini del suo reinserimento sociale;

- la modifica dell'articolo 4 *bis* della l. 26.7.1975 n. 354, così come richiamato dall'articolo 656 comma 9 lett. a) del codice di procedura penale, che – come è noto – sin dal 1991¹⁸ ha introdotto nell'ordinamento penitenziario il divieto di concessione di benefici per i condannati per taluni delitti, allo scopo di ridurre drasticamente le ipotesi preclusive all'accesso ai benefici penitenziari. Ove la modifica fosse entrata in vigore, secondo le originarie intenzioni del legislatore, il divieto della sospensione dell'esecuzione avrebbe operato unicamente:

¹⁸ La norma è stata introdotta con il dl 13 maggio 1991 nr. 152, *recante provvedimenti urgenti in materia di lotta alla criminalità organizzata*, convertito con modificazioni nella l. 12 Luglio 1991 nr. 203

- nei confronti degli autori di poche fattispecie di delitti monosoggettivi previsti dal codice penale [e segnatamente la Riduzione in schiavitù (articolo 600 codice penale), la Prostituzione minorile (articolo 600 *bis* comma 1 codice penale), la Tratta di persone (articolo 601 codice penale), la Violenza sessuale di gruppo (articolo 609 *octies* codice penale)];
- nei confronti dei condannati per delitti di mafia e terrorismo nonché nei confronti di coloro che abbiano rivestito ruoli chiave all'interno di altre tipologie di organizzazioni criminali operanti nei soli settori specificati dalla legge.

Tanto debitamente premesso, è evidente come la modifica legislativa non abbia in alcun modo toccato la previsione del comma 5 dell'articolo 656 c.p.p., attraverso l'innalzamento del limite massimo di pena entro il quale il Pubblico Ministero ha l'obbligo di sospendere l'ordine di carcerazione per consentire al condannato di chiedere l'ammissione alle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario.

La circostanza che il comma 5 dell'articolo 656 c.p.p. non sia stato modificato nella parte relativa all'innalzamento al tetto di pena per poter fruire della sospensione della esecuzione e che, quindi, il legislatore delegato non ha ritenuto – pur avendone la facoltà, ai sensi dell'art. 1 comma 85 lett. c) della legge-delega – di elevare a quattro anni il limite di pena per la sospensione dell'ordine di esecuzione, in modo da assorbire nel tessuto normativo il *dictum* della sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2018, è innegabilmente una scelta non casuale alla luce delle linee di politica criminale dell'attuale esecutivo – antitetiche rispetto all'ampliamento di operatività della sospensione *ex* articolo 656 comma 5 c.p.p. operato della Consulta – ma è altrettanto innegabilmente una scelta priva di alcuna conseguenza sul piano pratico. A comprova del fatto che l'unico limite di pena da prendere in considerazione per l'accesso da parte del condannato libero alle misure alternative previste dalla legge penitenziaria è ormai quello dei quattro anni, va osservato che tale limite è stato espressamente inserito nell'articolo 11 del d.lgs. 121/2018, inerente alla sospensione dell'ordine di esecuzione per il condannato “giovane adulto”.

La circostanza che, invece, alcuna modifica sia intervenuta sul testo dell'articolo 4 *bis* della l. 26.7.1975 n. 354, così come richiamato dall'articolo 656 comma 9 lett. a) c.p.p., e che quindi il catalogo dei delitti ostativi sia rimasto sostanzialmente invariato, è stata – invece – vista con grande rammarico da parte di alcuni operatori del settore e di quel movimento culturale e giuridico che aspirava ad un ripensamento complessivo dell'ordinamento penitenziario.

3.3. Gli obiettivi inizialmente dichiarati dal legislatore [e non attuati] e gli obiettivi [mai dichiarati e] mancati.

Ed è proprio, a questo riguardo, che chi scrive ritiene doveroso introdurre, nel presente contributo, una riflessione sull'impatto che lo schema di decreto legislativo avrebbe avuto sul vigente testo dell'articolo 656 c.p.p., e più in generale sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale, ove invece il decreto fosse stato approvato nella sua originaria formulazione.

Come si diceva in apertura, chi scrive si propone di fare alcune considerazioni su quanto il legislatore si proponeva, in origine, di fare e non ha fatto e su quanto il legislatore avrebbe potuto fare e non ha fatto, facendo richiamo – di seguito – ai principali commenti che avevano accompagnato la riforma quando era ancora in corso il parere del Parlamento sull'originario testo dello schema di decreto legislativo.

I. In epoca antecedente all'approvazione dei vigenti decreti legislativi, quando era ancora in corso il parere del Parlamento sull'originario testo dello schema di decreto legislativo, era stato sostenuto che la mancata approvazione della riforma o anche una sua regressiva rimodulazione [ciò che di fatto è accaduto] avrebbe offuscato quella messa a punto costituzionale del sistema penitenziario, che a quarant'anni dall'ultimo organico intervento avrebbe dovuto imporre lo spostamento del baricentro dell'esecuzione penale dal carcere verso le misure alternative alla detenzione, accompagnato dalla <selettiva rimodulazione dei presupposti per la concessione delle stesse e delle modalità per assicurare l'effettività del rispetto delle prescrizioni imposte>. Ed è stato altrettanto autorevolmente sostenuto che solo in questo deve poter consistere la certezza della pena che, nella sua effettività rieducativa, è l'unica ragionevole risposta ad una opinione pubblica confusa e impaurita da un generalizzato clima di insicurezza.

Chi scrive non intende in alcun modo, neppure all'interno del presente contributo, entrare nel merito degli scopi e delle scelte di politica criminale che, secondo l'originaria impostazione della riforma, il legislatore mirava a conseguire e neppure esprimere il proprio personale convincimento sulla portata della riforma, ove i lavori della Commissione Giostra fossero interamente confluiti nel testo definitivo della riforma penitenziaria, anche perché – molto probabilmente – sarebbe una voce fuori dal coro.

Ma ci si permette di rammentare che identificare la certezza della pena unicamente nella sua effettiva finalità rieducatrice, quale unica ragionevole risposta ad una opinione pubblica impaurita

da un generalizzato clima di insicurezza, dimentica che quello che è prioritario nel bilanciamento degli interessi in gioco, è quel valore supremo costituito, non già (semplicisticamente) dalla pretesa punitiva dello Stato, bensì dalla tutela della collettività e dei diritti inviolabili del singolo che la Repubblica riconosce e garantisce (articolo 2 della Costituzione), e rispetto alla quale la pretesa punitiva dello Stato è un mero strumento di azione. Detto in altri termini, affinché si possa aggiungere ad una sintesi soddisfacente degli interessi in gioco, la contrapposizione non va posta tra la pretesa punitiva dello Stato e la rieducazione del condannato, bensì tra le esigenze di tutela del singolo e della collettività ed i diritti fondamentali che devono essere riconosciuti alla popolazione carceraria, ivi compreso il diritto alla rieducazione. Ma l'indiscussa prevalenza che – a giudizio di chi scrive – deve essere accordata alla tutela della collettività non può e non deve condurre alla automatica subvalenza di tutte le presunzioni fondate sulla oggettiva gravità di determinati delitti o sulla oggettiva gravità di determinate condotte.

E – a questo riguardo – chi scrive ritiene che – prima ancora che ad una rivisitazione del sistema dell'esecuzione penale e di quello penitenziario – forse occorrerebbe rimeditare sul sistema complessivo della determinazione della pena in fase di cognizione, perché una pena che determinata quasi sempre nel minimo edittale e che, in fase esecutiva, arriva già sgretolata per effetto dell'abbattimento conseguente al pressoché automatico riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e dell'abbattimento, obbligato, conseguente al rito è una pena che di per sé non può più rispondere all'effettivo disvalore penale del fatto.

II. Sempre in epoca antecedente all'approvazione dei vigenti decreti legislativi, quando era ancora in corso il parere del Parlamento sull'originario testo dello schema di decreto legislativo, era stato altresì sostenuto che sarebbe stato davvero amaro se il destino di quella stagione riformatrice iniziata nel 2015 con la felice intuizione degli Stati Generali dell'esecuzione penale si fosse conclusa con la beffarda presa d'atto che solo il carcere – e non anche, e soprattutto, le misure alternative alla detenzione – può efficacemente svolgere la funzione di garantire la sicurezza dei cittadini e di ridurre il rischio di recidiva.

Ma ci si permette di ricordare che il richiamo ai c.d. tassi di recidivanza – che assegnerebbe¹⁹ ai condannati in regime carcerario una percentuale pari al 85% del tasso di recidiva ed a quelli in regime alternativo una percentuale pari al 15% – può essere fuorviante, perché non considera che le misure alternative, per definizione, vengono concesse ai condannati più meritevoli; sicché è logico

¹⁹ Il dato statico è indicativo.

ritenere che il tasso di recidivanza nei condannati in misura alternativa sia inferiore a quello dei condannati in regime carcerario. Ne consegue che non può aprioristicamente affermarsi che solo le misure alternative alla detenzione – e non il carcere – svolgono efficacemente la funzione di garantire la sicurezza dei cittadini e di ridurre il rischio di recidiva.

III. Era stato parimenti sostenuto, in epoca antecedente all'approvazione dei vigenti decreti legislativi, che il legislatore nelle sue originarie intenzioni aveva inteso affidare unicamente alla magistratura di sorveglianza, a cui per legge è assegnata istituzionalmente la realizzazione del finalismo rieducativo della pena di cui all'articolo 27 della Costituzione, la piena valutazione sulla meritevolezza delle misure alternative ed il bilanciamento degli interessi in gioco.

Ma ci si permette di ricordare che se alla magistratura di sorveglianza – istituzionalmente preposta alla realizzazione del finalismo rieducativo della pena – spetta la valutazione sulla meritevolezza delle misure alternative ed il bilanciamento degli interessi in gioco, tale compito non può – e non deve – essere esclusivo appannaggio della medesima e che la valutazione sulla meritevolezza delle misure alternative, purché avulsa da valutazioni discrezionali, il bilanciamento degli interessi e, soprattutto, la tutela della collettività dal rischio di recidivanza devono essere assicurati anche all'Ufficio del Pubblico Ministero, a condizione che si voglia realmente centrare l'obiettivo che – anche secondo l'originaria impostazione – la riforma pure si proponeva di conseguire, vale a dire quello di rivisitare il sistema ed i presupposti di accesso alle misure alternative, rimodulando al tempo stesso le modalità per assicurare l'effettività del rispetto delle prescrizioni imposte; sicché all'Ufficio del Pubblico Ministero – sempre vigile sulle modalità di esecuzione delle misure alternative – dovrebbero sempre essere assicurati, con effettività, i seguenti poteri:

- il potere di formulare, tempestivamente, alla competente magistratura di sorveglianza la richiesta di adottare quelle misure che l'articolo 51 *ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354²⁰ impone di

²⁰ L'art. 51 *ter* Legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), rubricato *Sospensione cautelativa delle misure alternative*, introdotto dall'art. 16 della l. 10 ottobre 1986 nr. 663 *recante modifiche all'ordinamento penitenziario*, nel testo così sostituito dall'art. 5 c. 1 lett. b) del d.Lgs. 123/2018, così recita: «*Sospensione cautelativa delle misure alternative: Se la persona sottoposta a misura alternativa pone in essere comportamenti suscettibili di determinarne la revoca il magistrato di sorveglianza, nella cui giurisdizione la misura è in esecuzione, ne dà immediata comunicazione al tribunale di sorveglianza affinché decida in ordine alla prosecuzione, sostituzione o revoca della misura. 2. Nell'ipotesi di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza può disporre con decreto motivato la provvisoria sospensione della misura alternativa e ordinare l'accompagnamento in istituto del trasgressore. Il provvedimento di sospensione perde efficacia se la decisione del Tribunale non interviene entro trenta giorni dalla ricezione degli atti.*».

assumere quando il condannato, in espiazione pena in regime di misura alternativa, pone in essere comportamenti suscettibili di determinarne la revoca della medesima;

- il potere di formulare, altrettanto tempestivamente, alla competente magistratura di sorveglianza la richiesta di revoca dei benefici penitenziari già fruiti, che l'articolo 54 comma 3 della l. 26 luglio 1975, n. 354²¹ prevede in tema di liberazione anticipata quando interviene una condanna per delitto non colposo commesso, nel corso dell'esecuzione, successivamente alla concessione del beneficio;

- il potere, infine, di interloquire efficacemente con la competente magistratura di sorveglianza – chiamata a decidere sulle istanze di misura alternativa nei confronti dei condannati che ne abbiano già fruito – allo scopo di evidenziare alla medesima che il potere di concedere una misura alternativa incontra un limite, per effetto dell'articolo 58 *quater* della l. 26 luglio 1975, n. 354,²² operante per la durata di un triennio, nei casi in cui il condannato riporti una condanna per

Il testo, nella sua precedente formulazione, era il seguente: <1. Se l'affidato in prova al servizio sociale o l'amnesso al regime di semilibertà o di detenzione domiciliare (*o di detenzione domiciliare speciale*)) pone in essere comportamenti tali da determinare la revoca della misura, il magistrato di sorveglianza nella cui giurisdizione essa è in corso ne dispone con decreto motivato la provvisoria sospensione, ordinando l'accompagnamento del trasgressore in istituto. Trasmette quindi immediatamente gli atti al tribunale di sorveglianza per le decisioni di competenza. Il provvedimento di sospensione del magistrato di sorveglianza cessa di avere efficacia se la decisione del tribunale di sorveglianza non interviene entro trenta giorni dalla ricezione degli atti.

²¹ L'art. 54 Legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n.354), rubricato Liberazione anticipata, sostituito dall'art. 18 della l. 10 ottobre 1986 nr. 663 e integrato dall'art. 30 della l. 10 ottobre 1986 nr. 663 recante modifiche all'ordinamento penitenziario, così recita:

1. Al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione è concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata. A tal fine è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare.

2. La concessione del beneficio è comunicata all'ufficio del pubblico ministero presso la corte d'appello o il tribunale che ha emesso il provvedimento di esecuzione o al pretore se tale provvedimento è stato da lui emesso.

3. La condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio ne comporta la revoca.

4. Agli effetti del computo della misura di pena che occorre avere espiaato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale, la parte di pena detratta ai sensi del comma 1 si considera come scontata. La presente disposizione si applica anche ai condannati all'ergastolo.

²² L'art. 58 *quater* Legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), rubricato Divieto di concessione di benefici, introdotto con il DL 13 maggio 1991 nr. 152, recante provvedimenti urgenti in materia di lotta alla criminalità organizzata, convertito con modificazioni nella l. 12 Luglio 1991 nr. 203, così recita:

1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale.

2. La disposizione del comma 1 si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'articolo 47, comma 11, dell'articolo 47-ter, comma 6, o dell'articolo 51, primo comma.

3. Il divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di tre anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca indicato nel comma 2.

Omissis

evasione ovvero nei casi in cui sia intervenuta una pregressa revoca, per avere il condannato serbato un comportamento incompatibile con l'esito della prova.

E, si badi bene, che laddove chi scrive auspica efficaci interlocuzioni tra l'Ufficio del Pubblico Ministero e la magistratura di sorveglianza competente a decidere sulle istanze di misure alternative ovvero sulla concessione [o sulla revoca] di determinati benefici, non si fa certamente riferimento all'istituzionale intervento del Procuratore Generale presso la Corte di Appello nelle udienze che si tengono dinnanzi al tribunale di sorveglianza, ma si fa riferimento alla necessità di istituire un parere, obbligatorio ma non vincolante [al pari del parere che viene reso nel caso di concessione di benefici *ex* articolo 54 della l. 26 luglio 1975, n. 354], da parte del Pubblico Ministero che, istituzionalmente,²³ cura l'esecuzione penale secondo la competenza determinata dal codice di rito.²⁴ Perché, diversamente, il Pubblico Ministero presso il Tribunale Ordinario che cura

5. Oltre a quanto previsto dai commi 1 e 3, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI non possono essere concessi, o se già concessi sono revocati, ai condannati per taluni ((dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1quater)) dell'articolo 4-bis, nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione.

Omissis

7. Il divieto di concessione dei benefici di cui al comma 5 opera per un periodo di cinque anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca della misura.

Omissis

²³ Il P.M. presso il giudice competente cura d'ufficio l'esecuzione dei provvedimenti, formulando le necessarie richieste al giudice competente ed intervenendo in tutti gli atti dell'esecuzione, nonché all'occorrenza richiedendo il compimento di singoli atti al P.M. di altra sede.

Il P.M., dunque, è - a norma dell'art. 655 c. 1 c.p.p. - organo dell'esecuzione.

L'art. 655 c.p.p. così dispone:

1. Salvo che sia diversamente disposto, il pubblico ministero presso il giudice indicato nell'articolo 665 cura di ufficio l'esecuzione dei provvedimenti.

2. Il pubblico ministero propone le sue richieste al giudice competente e interviene in tutti i procedimenti di esecuzione.

3. Quando occorre, il pubblico ministero può chiedere il compimento di singoli atti a un ufficio del pubblico ministero di altra sede.

4. Se per l'esecuzione di un provvedimento è necessaria l'autorizzazione, il pubblico ministero ne fa richiesta all'autorità competente; l'esecuzione è sospesa fino a quando l'autorizzazione non è concessa. Allo stesso modo si procede quando la necessità dell'autorizzazione è sorta nel corso dell'esecuzione.

5. I provvedimenti del pubblico ministero dei quali è prescritta nel presente titolo la notificazione al difensore, sono notificati, a pena di nullità, entro trenta giorni dalla loro emissione, al difensore nominato dall'interessato o, in mancanza, a quello designato dal pubblico ministero a norma dell'articolo 97, senza che ciò determini la sospensione o il ritardo dell'esecuzione.

²⁴ *Il P.M. deriva la sua competenza - a norma del successivo art. 665 c. 1 c.p.p. - da quella del giudice che ha deliberato il provvedimento da eseguire e che può essere il GIP, il Tribunale oppure la Corte di Assise. Dispositivo dell'art. 665 Codice di procedura penale*

L'art. 665 c.p.p. così dispone:

1. Salvo diversa disposizione di legge, competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato.

l'esecuzione in ragione del titolo irrevocabile per ultimo, viene tenuto completamente estraneo dal contraddittorio ove si controverta [esemplificatamente] della concessione di una misura alternativa al condannato che abbia subito la revoca di una precedente misura alternativa per immeritevolezza [ex articolo 51 *ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354] o della revoca di altro beneficio [ex articolo 54 comma 3 della l. 26 luglio 1975, n. 354].

Alla luce delle considerazioni che precedono, desta una certa perplessità la circostanza che il legislatore, nel nuovo testo dell'articolo 51 *ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354, nella versione modificata per effetto dell'articolo 5 c. 1 lett. b) d.lgs. 123/2018 – che regola le ipotesi di revoca di misura alternativa nel caso in cui il condannato ponga in essere comportamenti suscettibili di determinarne la revoca della medesima – abbia reso facoltativo e non obbligatorio il tempestivo intervento, per quanto provvisorio, del magistrato di sorveglianza, che nel frattempo abbia inviato gli atti al tribunale di sorveglianza in ordine al potere di sospendere o meno la misura.

Nel testo antecedente la riforma si prevedeva che il magistrato di sorveglianza, in caso di prognosi di revoca della misura per trasgressione delle prescrizioni, «ne dispon[esse] la sospensione»; da questo momento in avanti, nella ricorrenza dei medesimi presupposti, il magistrato di sorveglianza «può disporre» il provvedimento cautelare, ma può anche limitarsi ad avviare *ex officio* (ex articolo 678 comma 1 c.p.p.)²⁵ il procedimento di fronte al collegio.

2. Quando è stato proposto appello, se il provvedimento è stato confermato o riformato soltanto in relazione alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili, è competente il giudice di primo grado; altrimenti è competente il giudice di appello.

3. Quando vi è stato ricorso per cassazione e questo è stato dichiarato inammissibile o rigettato ovvero quando la corte ha annullato senza rinvio il provvedimento impugnato, è competente il giudice di primo grado, se il ricorso fu proposto contro provvedimento inappellabile ovvero a norma dell'articolo 569, e il giudice indicato nel comma 2 negli altri casi. Quando è stato pronunciato l'annullamento con rinvio, è competente il giudice di rinvio.

4. Se l'esecuzione concerne più provvedimenti emessi da giudici diversi, è competente il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo. Tuttavia, se i provvedimenti sono stati emessi da giudici ordinari e giudici speciali, è competente in ogni caso il giudice ordinario.

4-bis. Se l'esecuzione concerne più provvedimenti emessi dal tribunale in composizione monocratica e collegiale, l'esecuzione è attribuita in ogni caso al collegio.

²⁵ L'art. 678 c.p.p., ha subito per effetto dell'art. 4 comma 1 lett. b) del decreto legislativo 123/2018 le seguenti modifiche:

- il comma 1 c.p.p. è stato sostituito dal seguente: «1. *Il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti alle misure di sicurezza e alla dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato o di tendenza a delinquere, e il tribunale di Sorveglianza, nelle materie di sua competenza, se non diversamente previsto, procedono, a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato, del difensore o di ufficio, a nonna dell'articolo 666 c.p.p. Quando vi è motivo di dubitare dell'identità fisica di una persona, procedono comunque a norma dell'articolo 667 c. 4 c.p.p.»;*

- il comma *l-bis* è stato sostituito dal seguente: «*l-bis. Il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, alla remissione del debito e alla esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata, il tribunale di sorveglianza, nelle materie relative alle richieste di riabilitazione, alla valutazione sull'esito dell'affidamento in prova, anche in casi particolari, alla dichiarazione di estinzione del reato conseguente alla liberazione condizionale e al differimento dell'esecuzione della pena nei casi*

Ad onore del vero e nell'esperienza pratica delle aule di giustizia, la riforma [apparentemente] non pare avere avuto un impatto realmente dirompente nella misura in cui ha assorbito nel tessuto normativo l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale «la revoca della misura alternativa alla detenzione non deve necessariamente essere preceduta da provvedimento di sospensione cautelativa da parte del magistrato», poiché l'articolo 51 *ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354 facoltizza detto organo all'adozione di tale provvedimento, ma non subordina la regolarità della procedura all'emanazione del medesimo».²⁶

Nondimeno, indipendentemente dalla presa d'atto che per effetto della novella si è incrementato il margine di discrezionalità da sempre insito nelle decisioni della competente magistratura di sorveglianza, il contenuto realmente innovativo della norma esiste²⁷ ed è celato

previsti dal primo comma, numeri 1) e 2), dell'articolo 146 del codice penale, procedono a norma dell'articolo 667, comma 4.

- dopo il comma 1-bis è stato inserito il seguente: «1-ter. *Quando la pena da espiare non è superiore a un anno e sei mesi, per la decisione sulle istanze di cui all'articolo 656, comma 5, il presidente del tribunale di sorveglianza, acquisiti i documenti e le necessarie informazioni, designa il magistrato relatore e fissa un termine entro il quale questi, con ordinanza adottata senza formalità, può applicare in via provvisoria una delle misure menzionate nell'articolo 656, comma 5. L'ordinanza di applicazione provvisoria della misura è comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato e al difensore, i quali possono proporre opposizione al tribunale di sorveglianza entro il termine di dieci giorni. Il tribunale di Sorveglianza decorso il termine per l'opposizione, conferma senza formalità la decisione del magistrato. Quando io non è stata emessa o confermata l'ordinanza provvisoria o è stata proposta opposizione il tribunale di sorveglianza procede a norma del comma 1. Durante il termine opposizione e fino alia decisione sulla stessa, l'esecuzione dell'ordinanza è sospesa*»;

- dopo il comma 3 sono stati inseriti i seguenti: «3.1. *Quando ne fa richiesta l'interessato l'udienza si svolge in forma pubblica. Si osservano; in quanto compatibili le disposizioni degli articoli 471 e 472. 3.2 L'avviso di fissazione dell'udienza, notificato all'interessato, contiene, a pena di nullità, l'avvertimento della facoltà di parteciparvi personalmente. Se l'interessato detenuto o internato ne fa richiesta, il giudice dispone la traduzione. Si applicano in ogni caso le forme e le modalità di partecipazione a distanza nei procedimenti in camera di consiglio previste dalla legge. La partecipazione all'udienza avviene a distanza anche quando l'interessato, detenuto o internato, ne fa richiesta ovvero quando lo stesso è detenuto o internato in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice. Ove lo ritenga opportuno, il giudice dispone la traduzione dell'interessato*»;

Le modifiche apportate alla disciplina del procedimento di sorveglianza sono piuttosto corpose, atteso che la riforma - in detta parte - ha dato piena attuazione all'art. 1 comma 85 lett. a) della legge-delega, che prevede la «semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del Tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione». Già con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 alcune materie di competenza collegiale [richieste di riabilitazione, declaratoria di esito positivo dell'affidamento in prova, anche se disposto ai sensi dell'art. 94 d.P.R. 309/1990] erano transitate dal modello a contraddittorio pieno a quello semplificato *ex art.* 667 comma 4 c.p.p. [che prevede l'adozione *de plano* del provvedimento, con eventuale opposizione delle parti che instaura il contraddittorio camerale] in ragione della non particolare complessità della regiodicanda e dell'elevata frequenza statistica delle decisioni di accoglimento. A tali materie, la riforma ha aggiunto, nel corpo del neo-introdotta comma 1-*bis*, la declaratoria di estinzione della pena all'esito della liberazione condizionale ai sensi dell'art. 177 comma 2 c.p. e 236 disp. coord. c.p.p.

²⁶ Così Cassazione, sez. 1, sentenza nr. 4146 del 07/07/1995 (dep. 29/06/1995) Rv. 203191.

²⁷ In senso conforme, tra gli altri, Massimo RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, cit.

nel primo comma della disposizione in esame, in base al quale il tribunale di sorveglianza, a prescindere dall'adozione del provvedimento interinale da parte del magistrato di sorveglianza, decide «in ordine alla prosecuzione, sostituzione o revoca» della misura alternativa.

È evidente, quindi, come il legislatore delegato – nel definire il modulo precettivo del contenuto della decisione del tribunale di sorveglianza, investito della decisione sulla revoca della misura alternativa alla detenzione nei confronti del condannato che abbia serbato comportamenti incompatibili con l'esito della prova – abbia previsto un'opzione in più, vale a dire la <sostituzione> della misura in corso con altra misura [a tutta evidenza più restrittiva come, a titolo esemplificativo, ove si sostituisca la misura dell'affidamento in prova *ex* articolo 47 della l. 26 luglio 1975, n. 354²⁸ con la misura della detenzione domiciliare *ex* articolo 47 *ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354].²⁹

²⁸ L'art. 47 Legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), rubricato *Affidamento in prova al servizio sociale* così dispone:

1. Se la pena detentiva non supera tre anni il condannato può essere affidato al servizio sociale fuori dall'istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare

2. Il provvedimento è adottato sulla base dei risultati della osservazione della personalità, condotta collegialmente per almeno un mese in istituto, nei casi in cui si può ritenere che il provvedimento stesso, anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati.

3. L'affidamento in prova al servizio sociale può essere disposto senza procedere alla osservazione in istituto quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2.

3 *bis* L'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato che deve espriare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2.

Omissis

²⁹ L'art. 47 *ter* Legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), rubricato *Detenzione domiciliare*, così dispone:

01. La pena della reclusione per qualunque reato, ad eccezione di quelli previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e dall'articolo 4-bis della presente legge, può essere espriata nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza, quando trattasi di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ne' sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale.

1. La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espriate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette, quando trattasi di:

a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente;

b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole;

c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali;

Alcuni Autori³⁰ hanno osservato come, fino ad oggi, nessuna previsione della legge penitenziaria (né a livello generale, né con riferimento alle singole misure) consentisse espressamente la sostituzione *in peius*, essendo il sistema polarizzato sull'alternativa conferma, con eventuale aggravamento delle prescrizioni, oppure revoca, con prosecuzione della pena in regime carcerario. In realtà, l'ordinamento penitenziario non ignora, in termini generali, l'ipotesi della < sostituzione >, avendone fatto espressa menzione nell'articolo 47 *ter* comma 9-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354 a norma del quale < se la misura di cui al comma 1-bis è revocata ai sensi dei commi precedenti la pena residua non può essere sostituita con altra misura >; previsione – quest'ultima – che, indipendentemente dall'impossibilità di individuare una misura più restrittiva

d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente;

e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia

1-bis. La detenzione domiciliare può essere applicata per l'espiazione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La presente disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'articolo 4-bis.

1-ter. Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare.

1-quater. L'istanza di applicazione della detenzione domiciliare è rivolta, dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena, al tribunale di sorveglianza competente in relazione al luogo di esecuzione. Nei casi in cui vi sia un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, l'istanza di detenzione domiciliare di cui ai precedenti commi 01, 1, 1-bis e 1-ter è rivolta al magistrato di sorveglianza che può disporre l'applicazione provvisoria della misura. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 47, comma 4.

4. Il tribunale di sorveglianza, nel disporre la detenzione domiciliare, ne fissa le modalità secondo quanto stabilito dall'articolo 284 del codice di procedura penale. Si applica il quinto comma del medesimo articolo. Determina e impartisce altresì le disposizioni per gli interventi del servizio sociale. Tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la detenzione domiciliare.

5. Il condannato nei confronti del quale è disposta la detenzione domiciliare non è sottoposto al regime penitenziario previsto dalla presente legge e dal relativo regolamento di esecuzione. Nessun onere grava sull'amministrazione penitenziaria per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica del condannato che trovasi in detenzione domiciliare.

6. La detenzione domiciliare è revocata se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione delle misure.

7. Deve essere inoltre revocata quando vengono a cessare le condizioni previste nei commi 1 e 1-bis.

8. Il condannato che, essendo in stato di detenzione nella propria abitazione o in un altro dei luoghi indicati nel comma 1, se ne allontana, è punito ai sensi dell'articolo 385 del codice penale. Si applica la disposizione dell'ultimo comma dello stesso articolo.

9. La condanna per il delitto di cui al comma 8, salvo che il fatto non sia di lieve entità, importa la revoca del beneficio.

9-bis. Se la misura di cui al comma 1-bis è revocata ai sensi dei commi precedenti la pena residua non può essere sostituita con altra misura.

³⁰ Massimo RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, cit.

della detenzione domiciliare, limita il potere di sostituzione conferito al tribunale di sorveglianza.

In realtà, indipendentemente dalle intenzioni del legislatore – che taluni hanno ricondotto alla surrettizia re-introduzione il principio del minor sacrificio possibile della libertà personale che figurava nell'originario progetto di riforma – la conseguenza che, nella esperienza giurisprudenziale, certamente determinerà la sperimentazione concreta del potere di <sostituzione> da parte dei tribunali di sorveglianza sarà la drastica riduzione dei casi di revoca e la conseguente [parziale] neutralizzazione della preclusione triennale prevista dall'articolo 58-*quater* comma 2 della l. 26 luglio 1975, n. 354.

La scelta del legislatore, dunque, non appare in alcun modo consapevole e gli effetti della nuova opzione precettiva il frutto prevedibile di una determinazione inconsapevole, atteso che se l'obiettivo [non dichiarato] della previsione normativa [nella parte in cui, per l'appunto, ha introdotto il potere della sostituzione in *peius*] fosse stato realmente la neutralizzazione della preclusione triennale prevista dall'articolo 58-*quater* comma 2 della l. 26 luglio 1975, n. 354, il legislatore avrebbe certamente proseguito sulla strada in origine intrapresa dell'abrogazione della disposizione da ultima citata; opzione che – come si dirà a breve – è stata radicalmente abbandonata.

Ed infatti, proprio a proposito della previsione di cui all'articolo 58-*quater* della l. 26 luglio 1975, n. 354 recante norme in tema di *Divieto di concessione di benefici* che – nel quadro delle considerazioni da cui ha preso le mosse il presente contributo – desta una certa perplessità la circostanza che l'originario schema di decreto legislativo al tempo sottoposto al parere del Parlamento ne avesse previsto l'abrogazione, perché sin da allora chi scrive aveva ritenuto che, appunto per effetto di detta abrogazione, la riforma non avesse in alcun modo inteso centrare l'obiettivo, pure dichiarato, di rivisitare per un verso il sistema ed i presupposti di accesso alle misure alternative, individuando al tempo stesso adeguati strumenti per assicurare il rispetto delle prescrizioni imposte con la misura alternativa; sicché, chi scrive non può che salutare con estremo favore la circostanza che la preclusione triennale non sia stata abrogata, dal momento che, sin da allora, era apparso estremamente contraddittorio da un lato ampliare le maglie del sistema con riferimento all'accesso alle misure alternative, con il proposito dichiarato di prevedere al tempo stesso adeguati meccanismi per assicurare il rispetto delle prescrizioni e, poi, abrogare la norma del

sistema che, per definizione, costituisce il principale disincentivo a incorrere nella violazione delle prescrizioni imposte.

Ma, al tempo stesso, non si ritiene che sia da registrare con favore la circostanza che il decreto legislativo di riforma non abbia inteso modificare – integrandone la previsione – il divieto di concessione di benefici compendiato nell'articolo 58 *quater* della l. 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui al comma 1 nel fare richiamo a tutte le misure alternative [l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà] ha 'dimenticato' la misura dell'affidamento terapeutico ai sensi dell'articolo 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, così, di fatto, consentendo al condannato che, in regime di affidamento terapeutico, ne abbia subito la revoca per effetto della consumazione di delitti in corso di affidamento, di fruire nuovamente di tale misura anche a distanza di pochissimi mesi dalla revoca, non operando, in detti casi, il limite del triennio.

D'altra parte, chi scrive ritiene che la prospettata modifica dell'articolo 58 *quater* della l. 26 luglio 1975, n. 354 avrebbe dovuto ritenersi doverosa, alla luce della corrispondente modifica che il legislatore pure ha fatto con riguardo ai meccanismi previsti dall'articolo 51 *bis* e 51 *ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui – sia con riguardo all'ambito di operatività del meccanismo estensivo che con riguardo all'ipotesi di trasgressione delle prescrizioni – ha sostituito l'originaria elencazione analitica degli istituti con un più generico riferimento alla «esecuzione di una misura alternativa»; sicché, con riferimento a detti istituti da oggi in avanti saranno fugati i residui dubbi in merito all'applicabilità di ambedue le norme all'affidamento terapeutico ai sensi dell'articolo 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

Da ultimo – sempre nel quadro delle considerazioni da cui ha preso le mosse il presente contributo – desta pari perplessità la circostanza che l'attuale riforma non abbia inteso intervenire sul testo dell'articolo 54 della l. 26 luglio 1975, n. 354 rendendo automatica la previsione della revoca del beneficio della liberazione anticipata già concessa, in tutti quei casi in cui la condotta del condannato, serbata successivamente alla concessione del beneficio, segnali a tutta evidenza il senso della assoluta inutilità della rinuncia da parte dello Stato alla esecuzione della pena.

Chi scrive ritiene che l'impostazione ermeneutica proposta non sia in alcun modo in antitesi con l'intervento, sul testo della norma citata, appostato dalla Corte Costituzionale³¹ nella parte in cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 54 comma 3 della l. 26 luglio 1975, n.

³¹ Il riferimento è alla sentenza nr. 186 del 23-5-1995

354 ove prevedeva la revoca del beneficio della liberazione anticipata nel caso di condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio anziché stabilire che <la liberazione anticipata è revocata solo se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio>. Ed infatti, ferma restando i dettami della Corte Costituzionale, il legislatore, se avesse inteso realmente centrare l'obiettivo di ampliare per un verso le maglie del sistema con riferimento all'accesso alle misure alternative o a determinati benefici [anche alla luce di una decisa rimodulazione, in chiave ablativa, degli automatismi preclusivi alla loro fruizione], prevedendo al tempo stesso adeguati meccanismi per assicurare il rispetto delle prescrizioni, avrebbe dovuto dettagliare i parametri cui ancorare la valutazione circa la incompatibilità della condanna con il mantenimento del beneficio, per evitare di introdurre nel sistema un incontenibile margine di discrezionalità nelle relative decisioni, prevedendo quindi nel sistema medesimo – per l'appunto – adeguati disincentivi a incorrere nella violazione delle prescrizioni imposte. Dettaglio ancor più dovuto se si considera che la Corte Costituzionale con la sentenza citata assolutamente nulla ebbe a precisare a riguardo, delegando all'amplessima valutazione della competente magistratura di sorveglianza il compito di stabilire “se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio”. Se si ha riguardo alle motivazioni della Corte nella sentenza in questione si legge che: <sin dai primi commenti sviluppatasi in relazione alla disciplina dettata dalla legge n. 354 del 1975, la dottrina più avveduta non mancò infatti di stigmatizzare le gravi incongruenze cui dava luogo il carattere di rigido automatismo che il legislatore aveva impresso alla revoca dei provvedimenti di riduzione della pena a seguito di condanna per qualunque delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione dopo la concessione del beneficio, segnalando a tal proposito le aberranti conseguenze che un siffatto meccanismo era in grado di determinare, non soltanto sul piano della inadeguatezza rispetto alla gravità del reato ed all'entità della condanna, addirittura macroscopica nelle ipotesi in cui per il delitto in questione fosse stata inflitta la sola pena pecuniaria, ma anche sotto il profilo della totale incoerenza rispetto alla finalità rieducativa che l'istituto della liberazione anticipata è chiamato a soddisfare>. Dunque la Corte, sul [sintetico per quanto efficace] rilievo che, stando alla lettera della legge l'unico elemento da prendere in valutazione pareva essere esclusivamente il dato rappresentato dalla condanna per qualunque delitto non colposo e che tale indifferenza normativa per

qualsiasi tipo di apprezzamento in ordine alla compatibilità o meno degli effetti che scaturiscono dalla liberazione anticipata rispetto al valore sintomatico che in concreto può assumere l'intervenuta condanna, lasciasse quindi presupporre che al fondo di una simile rigorosa opzione vi fosse nulla più che un preciso disegno volto ad assicurare, attraverso un meccanismo di tipo meramente sanzionatorio, la sola <buona condotta> del soggetto in espiazione di pena, ha quindi dichiarato la norma impugnata costituzionalmente illegittima per contrasto con l'articolo 27, terzo comma, della Costituzione.

IV. Era stato, infine, parimenti sostenuto, in epoca antecedente all'approvazione dei vigenti decreti legislativi, che la riforma dell'ordinamento penitenziario nella sua originaria formulazione, riportando l'esecuzione penale entro una cornice di legalità costituzionale e sovranazionale dopo le condanne europee, rappresentasse precipuamente il rifiuto ideale prima ancora che giuridico di presunzioni legali di irrecuperabilità sociale [di cui l'articolo 4 *bis* della l. 26 luglio 1975, n. 354 è stato, per anni, emblema], dal momento che nessuna pena deve rimanere per sempre indifferente all'evoluzione personale del condannato.

Ma ci si permette di rammentare – in chiusura della riflessione che la scrivente si proponeva di fare su quanto il legislatore si prefiggeva di fare e non ha fatto e su quanto, invece, avrebbe potuto fare e non ha fatto – che l'articolo 4 *bis* – originariamente inserito, nel corpo dell'ordinamento penitenziario, dal D.l. 13-5-1991 n. 152 recante *provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata* e, di lì a poco, inasprito ad opera del D.l. 8-6-1992 n. 306 *recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*, con la pretesa di una condotta collaborativa quale requisito essenziale per l'accesso ai benefici penitenziari – non fu espressione dell'isteria momentanea di un legislatore ferito dall'eccezionale aggravamento del fenomeno mafioso degli anni '90, ma ha rappresentato lo snodo fondamentale per l'attuazione del regime penitenziario del doppio binario, individuando un nuovo circuito penitenziario per i condannati per quei gravissimi delitti espressamente individuati dalla stessa norma e che ha retto alle censure di costituzionalità, nella misura in cui si è preso atto che il doppio binario non è stato creato dal legislatore sul fondamento del <mero allarme sociale>, bensì su ragioni giustificative chiaramente riconoscibili.³²

³² Vds. a riguardo la copiosa giurisprudenza costituzionale elaborata in sede cautelare che ha imposto al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili.

Quali conseguenze sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale all'indomani della legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante *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*?

I. Alla luce delle considerazioni con cui si è chiuso il paragrafo che precede, non appare certamente frutto della scelta casuale di un legislatore ondivago la circostanza che la legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante *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* (18G00170) (GU Serie Generale n.13 del 16-01-2019), entrata in vigore il 31/01/2019, abbia inglobato le nuove fattispecie corruttive nel testo dell'articolo 4 bis comma 1, della legge 26 luglio 1975 n. 354.³³

Ci si richiama all'articolo 1 comma 6 della legge medesima che ha inserito nel testo dell'articolo 4 bis comma 1 un inciso per effetto del quale sono stati introdotti tra i reati ostativi c.d. "di prima fascia" quelli previsti dagli articoli 314 comma 1, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater comma 1, 320, 321, 322, 322 bis del codice penale.³⁴ Conseguentemente, la condotta

³³ Per una prima analisi della riforma T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1 ss.; A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Archivio penale*, n. 2/2018, 1 ss.; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Diritto penale Contemporaneo*, n. 3/2018, 1 ss.; R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, 10; N. PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3589 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1.5; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Diritto penale Contemporaneo*, n. 2/2019.

³⁴ L'art. 1 comma 6 della legge nr. 13/2019 così dispone:

<<All'articolo 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo le parole: «collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della presente legge» sono inserite le seguenti: «o a norma dell'articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale»;

b) dopo le parole: «mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli» sono inserite le seguenti: «314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis».

Il testo dell'articolo 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975 n.354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), così come modificato dalla legge di riforma, è dunque il seguente:

«Art. 4-bis (*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*). - 1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della presente legge o a norma dell'articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale:

delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-

prevista dall'articolo 323 *bis* comma 2 del codice penale³⁵ è stata inserita quale alternativa alle condotte di collaborazione previste nell'articolo 58 *ter* della legge 26 luglio 1975 n. 354, idonee a superare l'ostatività.

Ed è una scelta di politica criminale, quella intrapresa con la Legge n. 3/2019 – nota con il termine sventurato, ma sintomatico dell'attuale approccio del legislatore, di <spazzacorrotti> – che risponde ad una logica coerente con quel percorso di lotta alla corruzione da molti anni ormai al centro dell'attenzione del legislatore.

Se per un verso è tristemente noto come la corruzione sia un male che si annida subdolamente nella società civile e nelle istituzioni dello Stato e che le statistiche internazionali vedano il nostro paese collocato in posizioni sempre più arretrate nella lotta alla corruzione, è altrettanto noto come l'indice di percezione della corruzione pubblicato nel 2018 da *Transparency International* ci poneva al settantesimo posto a livello mondiale, sebbene all'indomani della Legge n. 190/2012 c.d. Legge Severino – che notoriamente puntava, oltre che su misure di tipo repressivo per colpire i responsabili dei reati collegati al fenomeno della corruzione, su misure di tipo amministrativo – il nostro paese abbia scalato 12 posti nella graduatoria.

Dunque, nonostante la prospettata censura costituzionale della normativa per violazione dei principi di ragionevolezza da parte di alcuni Autori,³⁶ chi scrive non è per nulla stupito che la

quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 416-bis e 416-ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 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. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-nonies e 17-bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni.»

Il dispositivo dell'art. 323 bis c.p. è il seguente:

Se i fatti previsti dagli artt. 314, 316, 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 quater, 320, 322, 322 bis e 323 sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite.

Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322 e 322 bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi.

³⁶ Valentina ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza penale*. L'Autore si spinge sino a auspicare che la censura di irragionevolezza venga promossa, mediante incidente di costituzionalità, da qualche coraggioso Ufficio di Procura, ricimandosi al principio di diritto reso dalla Corte Costituzionale secondo cui <le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit">

nuova legge – pur lasciando intatto l'impianto della Legge Severino – nell'ottica di privilegiare nuovamente misure di tipo repressivo e penalizzazioni *ex post* – abbia conglobato le nuove fattispecie corruttive nel testo dell'articolo 4 *bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354.

II. Resta quindi da capire quali scenari si aprono con l'entrata in vigore della legge c.d. spazza-corrotti.

La nuova legge – come si accennava – ha conglobato le nuove fattispecie corruttive nel testo dell'articolo 4 *bis*, a cui fa espresso rinvio l'articolo 656 c. 9) lett. a) del codice di procedura penale, che preclude il diritto alla sospensione dell'esecuzione previsto dall'articolo 656 comma 5 c.p.p. per tutti quei condannati che siano in espiazione pena per un reato c.d. ostativo; rinvio – quello fatto dal codice di rito all'articolo 4 *bis* – che notoriamente implica unicamente il richiamo all'elencazione dei reati per i quali detta sospensione non può essere disposta, senza recepire i presupposti di applicabilità che la norma richiamata considera necessari ai fini del divieto di concessione dei benefici penitenziari³⁷ e che, dunque, nella pacifica interpretazione resa anche a sezioni unite dalla Corte di Cassazione³⁸ esprime un rinvio formale (dinamico) e non recettizio (statico), perché non recepisce materialmente la norma richiamata e i suoi presupposti soggettivi di applicabilità, ma si limita ad affidare alla norma richiamata l'individuazione delle categorie di delitti per i quali non si applica la sospensione delle pene detentive brevi. Detto altrimenti, il catalogo dei delitti ostativi alla sospensione della carcerazione breve è identico a quello dei delitti che sono ostativi alle misure

[così Corte Cost. sentenza nr. 139/2010]; nella medesima direzione V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Diritto penale Contemporaneo*, n. 2/2019: <...nel caso di specie – anche a prescindere dal reperimento (e dalla pertinenza) di eventuali *tertia comparationis* che potrebbero evidenziare irragionevoli disparità trattamentali e incongruenze sistematiche, secondo cadenze già scandagliate dalla Corte costituzionale anche con riferimento all'art. 4 bis ord. pen. – non sembra che vi sia alcuna evidenza empirica capace di giustificare la presunzione di pericolosità posta a base del regime derogatorio imposto per reati che – al di là della variabile gravità della cornice edittale, di per sé non univocamente sintomatica – non presentano alcuna indicazione specifica che avvalorino la necessità di un forzoso “assaggio di pena” e di una previa osservazione in carcere. ... Di qui la possibile violazione dell'art. 3 Cost., anche nella precipua prospettiva di una indebita compressione del principio rieducativo (art. 27/3 Cost.), e del principio del “minimo sacrificio necessario” che limita il ricorso alla massima sanzione custodiale>.

³⁷ Così Cassazione penale, sezione terza, sentenza nr. 26832 del 26/03/2004, Moncada, RV 229054: <l'obbligo di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, previsto dall'art. 656, comma quinto, cod. proc. pen., non si applica nei confronti di condannato per il reato di violenza sessuale, di cui all'art. 609 bis c.p., indipendentemente dal collegamento del condannato con la criminalità organizzata, atteso che il rinvio previsto dal comma nono lett. a) del citato art. 656 cod. proc. pen. ai delitti di cui all'art. 4 bis della legge 26 luglio 1975 n. 354 individua semplicemente i reati per i quali tale sospensione non può essere disposta, senza recepire i presupposti di applicabilità della norma richiamata>.

³⁸ Cassazione, Sez. Unite sentenza del 30-5-2006 nr. 24561 depositata il 17-7-20016 RV 233976 in *Cass. Pen.*, 2006, 12, 3963

alternative alla detenzione. Il che risponde perfettamente alla *ratio* dell'istituto processuale di cui all'articolo 656 comma 5 c.p.p., dal momento che la sospensione dell'ordine di carcerazione è direttamente funzionale alla eventuale applicazione delle misure alternative alla detenzione, anche se prescinde dal controllo sui requisiti soggettivi di applicabilità delle misure stesse, che è affidato soltanto al tribunale di sorveglianza.

Chi scrive ritiene, con convinzione, come non possa ragionevolmente porsi in discussione che il modulo esecutivo della pena applicabile a tutti gli ordini di esecuzione da emettersi per le fattispecie corruttive a far data dal 31-1-2019 debba essere governato dalle nuove disposizioni, che precludono il diritto alla sospensione dell'esecuzione per tutti quei condannati che siano in espiazione pena per un reato c.d. ostativo.

Questa conclusione discende dal principio del *tempus regit actum* accolto dall'articolo 11 delle preleggi,³⁹ da cui gli istituti processuali devono essere governati, risultando viceversa inapplicabili le regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo per le fattispecie di diritto sostanziale dall'articolo 2 del codice penale⁴⁰ e dall'articolo 25 della costituzione.⁴¹

Va doverosamente rammentato, a questo riguardo, che la necessità che gli istituti processuali vengano disciplinati dalla legge in vigore nel momento di realizzazione dell'atto, riassumibile nel canone *tempus regit actum*, risponde, infatti, a fondamentali e imprescindibili esigenze di certezza, razionalità, logicità che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica. Esso, proprio per tale sua connotazione, è particolarmente congeniale alla disciplina del processo penale. L'idea stessa di processo implica infatti l'incedere, attraverso il susseguirsi atomistico e puntiforme, di molti atti che ne compongono la costruzione. Tale edificazione rischierebbe di crollare dalle

³⁹ L'art. 11 delle preleggi stabilisce che la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo. Tale principio, in quanto privo di rango costituzionale, può essere discrezionalmente derogato dal legislatore ordinario. Ed infatti, sono *retroattive le leggi penali più favorevoli* al reo (art. 2 c.p.) e le *leggi di interpretazione autentica*, ossia le leggi che il legislatore emana per chiarire il significato di norme preesistenti.

⁴⁰ L'art. 2 c.p. stabilisce quanto segue:

- Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato [25 Cost.].⁽¹⁾ Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali

- Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.

- Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo ⁽⁵⁾, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile [648 c.p.p.].

- Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

- Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti.

⁴¹ L'art. 25 della Costituzione stabilisce che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

radici come un castello di carte se la cornice normativa che ha regolato un atto potesse essere messa in discussione successivamente al suo compimento per effetto di una nuova norma anche più favorevole alla precedente. Per questo, il principio *tempus regit actum* significa in primo luogo che, di regola, la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto ne segna definitivamente, irrevocabilmente, le condizioni di legittimità e ne costituisce lo statuto regolativo.

D'altra parte, è la stessa Corte EDU che, se da un lato sottolinea la necessità di definire di volta in volta la natura sostanziale o processuale delle norme in discussione al di là del dato formale, nel contempo esclude una possibile applicabilità del principio implicitamente enunciato dall'articolo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'ambito processuale.⁴²

Appare coerente, in definitiva, con la struttura stessa del sistema processuale, tener fede agli orientamenti espressi dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale in ragione, innanzitutto, delle già richiamate esigenze di certezza, razionalità e logicità, in modo che <l'assetto predisposto in considerazione di un certo *modus procedendi* non debba tendenzialmente essere sconvolto da norme sopravvenute, che rimettano in discussione l'unità e la coerenza dell'intera attività processuale, cioè l'unità e la coerenza dell'attività processuale già svolta, con quella futura> [principio di diritto espresso delle Sezioni Unite Penali della Cassazione, in relazione ad una fattispecie di norma processuale dichiarata costituzionalmente illegittima].⁴³

Orbene, che il modulo esecutivo della pena applicabile a tutti gli ordini di esecuzione da emettersi per le fattispecie corruttive debba essere governato, secondo il principio del *tempus regit actum*, dalle nuove disposizioni che precludono il diritto alla sospensione dell'esecuzione e che, conseguentemente, a far data dal 31-1-2019 tutte le sentenze di condanna per dette fattispecie dovranno essere eseguite mediante l'adozione dell'ordine di immediata carcerazione a norma dell'articolo 656 comma 1 del codice di procedura penale (indipendentemente dalla data del commesso reato e dalla data di irrevocabilità della sentenza), è un principio di diritto già reso dalla

⁴² Tra le varie pronunzie della Corte EDU sull'art. 7 della Convenzione, a proposito del concetto di norma sostanziale delle disposizioni sulla esecuzione della pena, ci si richiama in particolare alla sentenza Corte EDU GC, Del Rio Prada v. Spagna, 21 ottobre 2013, ric. 42750/09.

⁴³ Si tratta della sentenza, Sez. Unite, nr. 44895 del 17/07/2014 (dep. 28/10/2014) Rv. 260927, che ha statuito che: <il principio di necessaria retroattività della disposizione più favorevole, affermato dalla sentenza CEDU del 17 settembre 2009 nel caso Scoppola contro Italia, non è applicabile in relazione alla disciplina dettata da norme processuali, che è regolata dal principio "tempus regit actum" (Fattispecie relativa agli effetti della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità degli articoli 4-bis e 4-vicies ter del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modifiche dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49)>.

Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite con riferimento alle condanne per il delitto di violenza sessuale.⁴⁴

Come è noto, la sopravvenuta inclusione di tale delitto tra quelli previsti dall'articolo 4 *bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354 per effetto dell'articolo 15 della l. 6 febbraio 2006 n. 38 (recante *disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet*), pose – a suo tempo – il quesito sul se tale inclusione comportasse l'operatività, altrimenti esclusa, del divieto della sospensione dell'esecuzione, in tutti i casi in cui il relativo procedimento esecutivo non risultasse ancora esaurito al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa.

Con l'articolo 15 della legge in questione, infatti, il legislatore inserì tra i reati ostativi ai benefici penitenziari (e quindi alla sospensione iniziale della pena detentiva breve) anche i delitti previsti dagli articoli “600 *bis*, primo comma, 600 *ter*, primo e secondo comma, 600 *quinqes*, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *octies*” del codice penale; ciò che pose il problema della sua applicabilità anche per i delitti commessi o per le condanne divenute esecutive prima della entrata in vigore della legge relativa.

Come è noto, al tempo, la dottrina non prese una specifica presa di posizione; ma è altrettanto noto come in linea generale questa⁴⁵ sia propensa a estendere il principio di irretroattività delle norme penali di cui all'articolo 25, comma 2, Costituzione a tutte le disposizioni limitative dei diritti di libertà, tra le quali rientrano indubbiamente anche quelle che escludono la sospensione della carcerazione e l'applicazione di misure alternative alla detenzione.

Diametralmente opposta è però la soluzione adottata dalla costante giurisprudenza di legittimità.⁴⁶ Questa infatti, da molti anni a questa parte, è concorde nell'affermare che le disposizioni concernenti le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma attenendo soltanto alle modalità esecutive della pena irrogata, non hanno carattere di norme penali sostanziali, e quindi – in assenza di specifiche norme transitorie

⁴⁴ Il riferimento è a Cassazione, Sez. Unite sentenza del 30-5-2006 nr. 24561 depositata il 17-7-20016 RV 233976 in *Cass. Pen.*, 2006, 12, 3963

⁴⁵ Vds., tra gli altri Autori, GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Diritto penale contemporaneo* 2014, 3-4, p. 326, che scrive: “quando una norma relativa alla fase dell'esecuzione penale incide sul trattamento punitivo in modo così qualificante che, ove potesse operare alla fine del processo di cognizione, si rifletterebbe sul dispositivo della sentenza di condanna, per negarle natura di norma penale ci vuole un non comune talento di bizantinismo classificatorio”.

⁴⁶ Cfr. Cassazione, sez. I, sentenza 20 settembre 1995, n. 4421 Pm in proc. *Molinas*, RV. 202514 e Cassazione, sez. I, sentenza 17 novembre 1996, n. 6297, *Brunello*.

– soggiacciono al principio *tempus regit actum* e non alla disciplina dell'articolo 2 del codice penale e dell'articolo 25 della Costituzione.

Detto principio di diritto è stato parimenti reso dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite,⁴⁷ all'indomani dell'entrata in vigore della l. 27 maggio 1998, n. 165, che – a suo tempo e come si accennava in apertura del presente contributo – modificò l'articolo 656 comma 5 c.p.p., introducendo l'obbligo per il Pubblico Ministero di sospendere l'esecuzione dell'ordine di carcerazione per le pene inferiori al prescritto limite di legge e di dare avviso al condannato della facoltà di presentare entro trenta giorni dall'avvenuta consegna del provvedimento istanza di ammissione ad una delle misure alternative alla detenzione in esso indicate. In quella circostanza, la Corte di Cassazione statuì che nei procedimenti di sorveglianza in corso al momento dell'entrata in vigore della l. 27 maggio 1998 n. 165 le nuove disposizioni [a tutta evidenza più favorevoli delle precedenti] si applicassero ai rapporti non ancora esauriti, con la conseguente sospensione dell'esecuzione della pena anche in favore del condannato che (esemplificatamente), al momento del passaggio in giudicato della sentenza, si trovasse ristretto agli arresti domiciliari ed avesse richiesto l'affidamento in prova al servizio sociale, fatta salva la sussistenza di una delle condizioni ostative di cui al comma 9 dell'articolo 656 c.p.p. ovvero il sopraggiungere della decisione del tribunale di sorveglianza che, nelle more, avesse negato la concessione del beneficio.⁴⁸

Naturalmente è innegabile che la pacifica inoperatività del principio di irretroattività di cui all'articolo 25 comma 2 della Costituzione ai casi di successione di leggi processuali nel tempo, ove la legge (processuale) successiva comprometta un diritto di libertà positivamente acquisito per effetto di una legge (processuale) antecedente, può prestarsi, anche fondatamente, a censure di irragionevolezza.

Per questo motivo, in determinati casi, le leggi intervenute su istituti processuali in origine diversamente disciplinati non di raro hanno previsto disposizioni transitorie.

⁴⁷ Il riferimento è a Cassazione, Sez. Unite, sentenza nr 20 del 13/07/1998 cc. (dep. 28/10/1998) RV. 211467 – 01 *Griffa*.

⁴⁸ In senso conforme si è pronunciata la Corte di Cassazione, in altri numerosi casi e segnatamente dalla sentenza, della sezione prima, nr. 5976/98, De Fazio, RV. 212106, che ha fatto richiamo espressamente al *principio tempus regit actum*; dalla sentenza della sezione prima, nr. 6356/98, Galluccio, RV. 212713, che ha qualificato come norma processuale quella dell'articolo 656 c.p.p.; dalla sentenza della sezione prima, nr. 999/00, Patì, RV. 215502, secondo cui, in virtù del *principio tempus regit actum*, il nuovo testo dell'articolo 656 c.p.p., in quanto norma processuale e non sostanziale, si applica immediatamente anche per gli ordini di carcerazione emessi prima dell'entrata in vigore della novella legislativa, che non abbiano avuto esecuzione durante il vigore della precedente disciplina e da ultimo dalla sentenza nr. 459 del 18-1-1999 depositata il 18-2-1999 RV 212584.

A titolo esemplificativo, quando il D.l. 13 maggio 1991 n. 152, *recante provvedimenti urgenti in materia di lotta alla criminalità organizzata*, convertito con modificazioni nella l. 12 Luglio 1991 n. 203 – che inserì l’articolo 4 *bis* nell’ordinamento penitenziario e che introdusse ulteriori limiti per l’accesso a determinati benefici penitenziari⁴⁹ – innalzò la soglia di espiazione della pena che i condannati per i delitti di cui al 4 *bis* avrebbero dovuto superare per poter accedere ai relativi benefici, il legislatore introdusse però una disposizione transitoria (l’articolo 4) che stabiliva espressamente che le nuove norme si applicassero solo ai condannati per delitti commessi dopo l’entrata in vigore del decreto legge.

Ebbene, né la l. 6 febbraio 2006 n. 38 – che ha inserito nel catalogo delle fattispecie ostative all’accesso ai benefici penitenziari anche la violenza sessuale -, né la l. 9 gennaio 2019, n. 3 – che ha inserito nel catalogo delle fattispecie ostative all’accesso ai benefici penitenziari anche le fattispecie corruttive -, contengono disposizioni transitorie in ordine all’articolo 4 *bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354.

Sicché – appunto quando per effetto della sopravvenuta inclusione delle fattispecie di violenza sessuale per effetto dell’articolo 15 della l. 6 febbraio 2006 n. 38 si pose il quesito sul se tale inclusione comportasse l’operatività, altrimenti esclusa, del divieto della sospensione dell’esecuzione in tutti i casi in cui il relativo procedimento esecutivo non risultasse ancora esaurito al momento dell’entrata in vigore della novella legislativa – la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza resa a sezioni unite poc’anzi accennata,⁵⁰ ha affermato che la circostanza che la citata legge 38/2006 non contenesse alcuna disposizione transitoria analoga a quelle precedenti induceva a ritenere che le innovazioni introdotte con essa, lungi dall’applicarsi solo ai delitti commessi o alle condanne divenute esecutive dopo la entrata in vigore della legge stessa, dovessero essere governate dal generale principio del *tempus regit actum* a cui soggiace tutta la materia delle misure alternative alla detenzione e ogni altra modalità esecutiva della pena, dovendo, invece, il principio di irretroattività delle norme penali stabilito dall’articolo 25 comma 2 Costituzione e dall’articolo 2 del codice penale applicarsi solo per le pene inflitte dal giudice della cognizione.

Conclusione quest’ultima che la Corte, a maggior ragione, ha ritenuto applicabile con riguardo all’articolo 656 commi 5 e 9 c.p.p. che è quello propriamente applicabile al caso in

⁴⁹ In particolare per quanto riguarda il lavoro all’esterno (articolo 21 O.P.), i permessi premio (articolo 30 ter O.P.) e l’ammissione alla semilibertà (articolo 50 O.P.)

⁵⁰ Cassazione, Sez. Unite, sentenza del 30-5-2006 nr. 24561 depositata il 17-7-20016 RV 233976 in *Cass. Pen.*, 2006, 12, 3963.

questione nella parte in cui richiama l'articolo 4 *bis* della l. 26 luglio 1975 n. 354, trattandosi della disciplina processuale che regola l'attività del pubblico ministero come organo deputato alla esecuzione delle pene e che definisce i presupposti del suo obbligo di sospendere l'esecuzione delle pene detentive inferiori a una soglia determinata, anche operando un rinvio all'articolo 4 *bis* della l. 26 luglio 1975 n. 354 per individuare i delitti ostativi al detto obbligo di sospensione.

Nell'affermare, convintamente, detto principio di diritto, la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto di trovare conforto – nelle sue determinazioni – anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale,⁵¹ la quale – pur avendo sostenuto la tesi secondo la quale “potrebbe meritare una seria riflessione” il sostenere idealmente l'operatività del principio di irretroattività, oltre che alla pena, anche alle disposizioni che ne regolano l'esecuzione, finisce per abbandonare la tesi stessa laddove aggiunge che “anche in materie non soggette al principio di irretroattività della legge, (...) la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza”.

In quella circostanza, infatti, il giudice delle leggi aveva ritenuto l'illegittimità costituzionale della norma scrutinata (che era il secondo comma del già citato articolo 15 del D.l. 306/92) solo in quanto violatrice del principio di ragionevolezza di cui all'articolo 3 della Costituzione, ma non in quanto lesiva del principio di irretroattività stabilito dall'articolo 25 comma 2 della Costituzione.

Conformemente a tale principio, la Suprema Corte di Cassazione ha quindi ritenuto che la sopravvenuta inclusione del delitto di violenza sessuale tra quelli previsti dall'articolo 4 *bis* della l. 26 luglio 1975 n. 354 per effetto dell'articolo 15 della l. 6 febbraio 2006 n. 38, comportasse l'operatività, altrimenti esclusa, del divieto della sospensione dell'esecuzione – secondo il principio *tempus regit actum* – non essendo ancora esaurito il relativo procedimento esecutivo al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa.

Il principio di diritto reso in quella circostanza dalla Suprema Corte di Cassazione è logico ritenere che vada applicato anche con riguardo ad ogni esecuzione penale in corso relativa alle fattispecie corruttive ricomprese – per effetto della sopravvenuta inclusione operata dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 – nell'elenco dei delitti che ostano alla sospensione della carcerazione, rimanendone esclusi soltanto i rapporti esecutivi già esauriti.

⁵¹ Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale sentenza del 26-5-1993 nr. 306; ma nella stessa direzione anche Corte Costituzionale sentenza del 1-10-1997 nr. 376/97 che ha affermato il medesimo principio rispetto all'applicazione del regime di cui all'art. 41 bis OP ai reati commessi prima della sua entrata in vigore.

L'obiezione – pure fatta da alcuni Autori⁵² – è che tale conclusione si presti alla <ragionevole> obiezione delle <irragionevoli> disparità di trattamento conseguenti alle tempistiche che separano la fase del formale avvio della fase di esecuzione rispetto a quella della effettiva “lavorazione” del fascicolo, dal momento rispetto alla data in cui la sentenza diventa definitiva gli uffici della Procura della Repubblica, che ricevono gli estratti esecutivi delle sentenze, spesso accumulano significativi ritardi nella iscrizione degli estratti, cui conseguono altrettanti ritardi nell'emissione dell'ordine di esecuzione.

Sicché, i medesimi Autori⁵³ giungono ad ipotizzare la necessità di ancorare il *dies a quo* a partire dal quale ritenere operative le nuove disposizioni alla data della irrevocabilità della sentenza, trattandosi <dell'unico atto certo – perché non dipendente da fattori occasionali o da ritardi addebitabili agli uffici giudiziari – perché la fase di esecuzione possa dirsi avviata (e dunque perché a tale momento si debba far riferimento per l'individuazione della norma applicabile)>, non potendosi ritenere decisivo <il fatto che in concreto essa sia o meno in concreto “eseguita” (attraverso la formale emissione dell'ordine di esecuzione e la sua notificazione), in quanto – come detto – legato a variabili del tutto casuali>.

⁵² Valentina ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, cit.

⁵³ Particolare rilievo assume, al riguardo, il disposto di cui all'art. 28 del D.M. 30.09.1989 n. 334, che detta norme regolamentari del codice di rito e che pone a carico della cancelleria del Giudice, compresa quella della Corte di Cassazione, l'onere di trasmettere senza ritardo, e comunque entro cinque giorni, al P.M. competente per l'esecuzione l'estratto dei provvedimenti divenuti esecutivi. L'estratto è un documento fondamentale, che contiene le generalità del soggetto nei cui confronti il provvedimento deve essere eseguito, l'imputazione, il dispositivo, l'attestazione che non è stata proposta impugnazione od opposizione. Il primo adempimento spetterà, a tal punto, alla segreteria del P.M., tenuta agli incumbenti dettati dal successivo art. 29 delle disposizioni regolamentari. Innanzi tutto, la segreteria dovrà provvedere ad iscrivere la sentenza di condanna a pene detentive nel registro delle esecuzioni; invece, le sentenze di condanna a pene pecuniarie o a sanzioni sostitutive, i decreti di condanna nonché le sentenze di condanna a pene detentive sospese a condizioni di legge sono iscritti solo nel caso di conversione in pena detentiva o di revoca della sospensione. In secondo luogo, la segreteria è tenuta a formare il fascicolo dell'esecuzione, contrassegnato da un numero progressivo, in cui sono inseriti l'estratto esecutivo, il certificato del casellario giudiziale, i dati acquisiti attraverso il servizio informatico previsto dall'art. 97 del D.L.vo nr. 271/1989, ovvero la banca dati del DAP, nonché copia degli atti relativi al procedimento di grazia e di quelli emessi dall'autorità giudiziaria in sede di esecuzione. La procedura è attualmente informatizzata ed è possibile collegarsi al SIES, servizio informatico del Ministero della Giustizia, che contiene i dati relativi all'esecuzione. Si suddivide in SIUS, gestito dagli uffici di sorveglianza, e SIEP, gestito dagli uffici di esecuzione delle procure. Il sistema è articolato su base distrettuale. Le banche dati distrettuali sono collegate tra loro e consentono di ottenere mediante interrogazione dati relativi ad un soggetto o ad un procedimento, e consentono anche di estrarre copia dei provvedimenti. Il sistema consente anche l'utilizzo di canali di trasmissione telematica a livello nazionale tra uffici di sorveglianza ed uffici del P.M. Il fascicolo così formato sarà sottoposto al P.M. per l'adozione dei provvedimenti di sua competenza previsti dagli artt. 657/663 c.p.p., rivolti a determinare la pena da espriare in concreto.

Ricevuto l'estratto, il P.M. deve procedere all'esecuzione senza ritardo. L'originaria formulazione della disposizione prevedeva che il PM promuovesse l'esecuzione entro cinque giorni dalla ricezione dell'estratto esecutivo. L'eliminazione di detto termine – peraltro di natura meramente ordinatoria – ha realizzato l'esigenza di contemperare la pretesa punitiva dello stato con gli accertamenti, talora complessi, prodromici all'esecuzione della pena.

Chi scrive dissente profondamente da questa impostazione che giunge a ritenere che <anche gli ordini non materialmente emessi ma “emettibili” *debbano* essere disciplinati dalla disposizione precedente, posto che la fase di esecuzione deve ritenersi avviata e quindi vincolata alla disciplina vigente al momento del suo avvio>, non soltanto perché si tratta di un artificio giuridico che non pare trovare nel sistema fondamento alcuno (perché allora non ancorare il *dies a quo* a partire dal quale ritenere operative le nuove disposizioni alla data del commesso reato?), ma anche perché a chi scrive – che, peraltro, non ha memoria alcuna di analoga impostazione sostenuta al tempo in cui divennero ostativi alla sospensione dell’esecuzione i fatti di violenza sessuale – tale tesi appare una forzatura evidente che ingenera la sgradevole sensazione di volere in qualche modo preservare dalle forme di espiazione pena in regime carcerario i reati commessi dai *white collars*.

In ogni caso, sostenere che il Pubblico Ministero debba individuare, alla luce di superiori principi di ragionevolezza, nella data di irrevocabilità della sentenza il criterio scriminante per ritenere operative le nuove disposizioni è una operazione in insanabile contrasto con il divieto tassativo ed assoluto per il giudice di sostituirsi al legislatore [anche mediante operazioni di interpretazione evolutiva della norma] laddove ha omesso, consapevolmente o meno, come nel caso in questione, di prevedere una disciplina transitoria, snaturandosi – diversamente – la funzione del giudice da organo di applicazione in quello di formazione della legge.

Non appare dunque percorribile, alla luce delle superiori considerazioni, la tesi secondo la quale una possibile soluzione interpretativa del contrasto con la garanzia dell’irretroattività conseguente alla mancata previsione di una disciplina transitoria, potrebbe essere quella di ritenere, almeno sul versante dei profili intertemporali, che il giudice impegnato nell’applicazione del <nuovo> articolo 4 *bis* ad uno dei delitti contro la pubblica amministrazione commessi precedentemente all’entrata in vigore della legge n. 3/2019 potrebbe risolvere il contrasto senza necessariamente impegnare la Corte, avvalendosi a tal fine del rimedio <offerto da una interpretazione costituzionalmente orientata che – mutando l’indirizzo giurisprudenziale citato, prevalente ma non indiscusso né univoco – consideri la novazione legislativa in oggetto come disciplina processuale “ad effetti sostanziali”, evidenziandone le note di “intrinsecamente afflittività” – giacché incidenti sullo stesso accesso alle misure alternative e non solo sulle relative modalità esecutive – e conseguentemente assoggettandola al principio di irretroattività (in linea con

le indicazioni desumibili dalla citata giurisprudenza della Corte EDU, e con una lettura “convenzionalmente orientata” dell’art. 25/2 Cost.)>.⁵⁴

La riflessione deve quindi spostarsi a questo punto sulla questione, parimenti dibattuta, su cosa debba intendersi per situazioni processuali non ancora esaurite e quale sia conseguentemente la sorte di quegli ordini di esecuzione sospesi emessi in epoca antecedente alla vigenza della pregressa disciplina.

La materia qui controversa si specifica, quindi, nel verificare in quale momento gli effetti dell’ordine d’esecuzione debbano dirsi *compiuti* e quindi quando la situazione giuridica del condannato possa ritenersi *esaurita* e non più suscettibile di essere disciplinata dalla nuova normativa.

È innegabile che, da un punto di vista processuale, il rapporto esecutivo non si esaurisce con l’emissione dell’ordine di carcerazione, che rappresenta al contrario l’atto iniziale della vicenda esecutiva, ma si esaurisce con l’esecuzione dell’ordine medesimo.

Ed infatti, l’ordine di esecuzione – che è l’atto di natura amministrativa attraverso cui il Pubblico Ministero dà impulso al procedimento destinato all’esecuzione della pena – è una fattispecie complessa, nella quale – indipendentemente dal contenuto formale da cui è connotato e dalla diversa fisionomia che di volta in volta assume a seconda dello *status* giuridico del condannato – l’atto che segue [nella specie l’esecuzione della carcerazione nei casi di ordini di esecuzione non sospesi emessi a norma dell’articolo 656 comma 1 del codice di procedura penale] è strutturalmente collegato all’antecedente in vista del perseguimento del risultato.

Dopo questa fase inizia il rapporto tra la magistratura di sorveglianza ed il condannato, che si conclude con il momento della espiazione della pena.

La conseguenza di questo ragionamento è che, una volta accertata la legittima conclusione dell’attività che la legge attribuisce al pubblico ministero con l’emissione dell’ordine e la sua esecuzione, si apre il diverso rapporto tra il condannato e il giudice naturalmente precostituito per la fase di espiazione, ossia il tribunale o il magistrato di sorveglianza.

L’ulteriore conseguenza che scaturisce da questo ragionamento è che, a stretto rigore, gli ordini di esecuzione sospesi emessi per fattispecie corruttive e per pene contenute entro i quattro anni di reclusione prima dell’entrata in vigore della nuova normativa ma che, in epoca successiva,

⁵⁴ V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Diritto penale Contemporaneo*, cit.

non abbiano ancora avuto esecuzione (con la conseguente ammissione al condannato a misura alternativa per effetto della positiva valutazione del tribunale di sorveglianza competente a decidere sull'istanza di misura alternativa), dovrebbero essere immediatamente revocati a fronte del dato impeditivo rappresentato dalla sopravvenuta presenza di un titolo ostativo alla sospensione dell'esecuzione, non potendo in detti casi il principio del *tempus regit actum* trovare un limite nell'esaurimento della fase processuale, deputata all'esecuzione delle pene detentive, di competenza del Pubblico Ministero.

La contraria tesi, pure convintamente sostenuta, non appare in alcun modo condivisibile.

È stato sostenuto⁵⁵ che non vi è dubbio che gli ordini di esecuzione con decreto di sospensione già emessi ai sensi dell'articolo 656 comma 5 del codice di procedura penale conservino la loro efficacia. E – a fondamento della sua impostazione – l'Autore si richiama ad un precedente della Corte di Cassazione,⁵⁶ ritenendo tuttavia che la contraria interpretazione sostenuta dalla Corte in quella circostanza [che aveva affermato che in virtù del principio "tempus regit actum", la normativa dettata dalla legge 27 maggio 1998 n. 165 in tema di sospensione dell'esecuzione della pena avesse efficacia operativa immediata e si applicasse, quindi, anche all'esecuzione di tutti gli ordini di carcerazione, compresi quelli che formati prima della sua entrata in vigore, ma non eseguiti durante la vigenza della precedente disciplina dell'articolo 656 c.p.p.] non possa essere ritenuta riferibile al caso di specie, dal momento che il principio di diritto reso all'epoca riguardava la ben diversa situazione di un effetto favorevole per il condannato [vale a dire la sospensione dell'esecuzione] – rispetto alla disciplina previgente – nel momento in cui l'atto non aveva ancora avuto effetti.

L'obiezione appare, anche sotto tale profilo, disancorata dal sistema, perché non considera che, per definizione, il principio "tempus regit actum" accolto dall'articolo 11 delle preleggi, prescinde dagli effetti più o meno favorevoli della legge processuale sopravvenuta, essendo soltanto

⁵⁵ Valentina ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza penale*.

⁵⁶ In tal senso Cassazione sez. I, 11 febbraio 2000, n. 999, Rv. 215502, che ha stabilito che in virtù del principio "tempus regit actum", la normativa dettata dalla legge 27 maggio 1998 n. 165 in tema di sospensione dell'esecuzione della pena ha efficacia operativa immediata e si applica, quindi, anche all'esecuzione di tutti gli ordini di carcerazione, compresi quelli che siano stati formati prima della sua entrata in vigore, ma non abbiano avuto esecuzione durante la vigenza della precedente disciplina dell'art. 656 cod. proc. pen. E invero le norme che regolano l'esecuzione della pena e le misure ad essa alternative non hanno contenuto di diritto penale sostanziale e, come tali, non sono soggette al principio, di rango costituzionale, sancito dall'art. 2 c.p., che fa divieto alla legge posteriore di operare con efficacia retroattiva. (Sulla base di tale premessa, la S.C. ha anche ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656 cod. proc. pen., come novellato dalla legge n. 165 del 1998, dedotta per preteso contrasto con gli artt. 3, 24 e 25 Cost.).

il principio della irretroattività della legge penale stabilito dall'articolo 2 del codice penale e dall'articolo 25 della Costituzione, preposto a garantire, per le fattispecie di diritto sostanziale, che nessuno venga punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato [c.d. divieto di ultrattività della legge penale].

Ne consegue, conclusivamente, che le disposizioni che hanno ricompreso le fattispecie corruttive nel catalogo dei gravi delitti previsti nel nuovo testo dell'articolo 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario dovranno trovare applicazione esclusivamente nei confronti:

- di tutte le esecuzioni da compiersi nella vigenza della nuova disciplina, qualsivoglia sia la data del commesso reato o quella della irrevocabilità della sentenza;

- di tutte le esecuzioni compiute in epoca antecedente alla entrata in vigore della nuova disciplina in relazione alle quali il condannato abbia in origine beneficiato della sospensione della esecuzione, ove gli ordini di esecuzione non abbiano ancora avuto esecuzione. Si tratta, in definitiva, del medesimo principio di diritto reso dalla Suprema Corte di Cassazione⁵⁷ con riguardo alle conseguenze giuridiche che scaturiscono dalla declaratoria di incostituzionalità di norme processuali. Perché con riferimento a tali fattispecie, la Corte – pacificamente – ha ravvisato <nella perduranza delle conseguenze giuridiche dell'atto> il limite oltre il quale la vicenda processuale è impermeabile alla declaratoria di incostituzionalità di una norma processuale>. Gli atti di quest'ultimo tipo (denominati permanenti) non sempre, infatti, sono suscettibili di regolamento unitario in quanto, esaurendo la loro funzione con il completarsi del proprio ciclo temporale, rimangono esposti agli eventuali mutamenti legislativi, a differenza degli atti (cosiddetti istantanei) che nel momento stesso in cui vengono formati consumano i loro effetti.

Al contrario, il principio dell'immediata operatività della legge processuale successiva rispetto agli atti posti in essere antecedentemente, incontrerà un limite di validità quando l'atto abbia compiutamente esaurito la propria funzione, per avere dispiegato tutti i suoi effetti nell'ambito del regime anteriore alla nuova normativa, modificativa o sostitutiva di quella esistente

⁵⁷ Così Cassazione, sez. I, sentenza nr. 33062 del 19-9-2006 depositata il 4-10-2006 RV 234384: <L'art. 659, comma nono, lett. c), cod. proc. pen., come modificato dalla legge 5 dicembre 2005 n. 251, siccome norma di natura processuale, è immediatamente applicabile a tutti i rapporti esecutivi che non siano ancora esauriti. (Nella specie la Corte ha ritenuto che avendo il giudice di cognizione concretamente applicato la recidiva reiterata nella configurazione recepita nell'art. 99, come modificato dall'art. 4 della legge n. 251 del 2005, operando il bilanciamento di essa con le circostanze attenuanti generiche, possa ritenersi operativo il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva stabilito dall'art. 656 comma nono lettera c), introdotto dalla legge n. 251 del 2005)>; conforme a Cassazione, sez. I, sentenza nr. 25113/2006 e nr. 29508/2006.

al tempo in cui è stato formato, perché allora da quest'ultima la sorte giuridica dell'atto resta regolata, dovendosi allo *ius superveniens* negare efficacia retroattiva.

Non appare, quindi, condivisibile alla luce delle superiori considerazioni la diversa tesi pure sostenuta da alcuni Autori,⁵⁸ la quale – in nome del principio di non regressione (o di tutela della progressione) trattamentale desumibile da una ampia gamma di pronunzie della Corte Costituzionale, generate da una serie di incidenti di costituzionalità sull'articolo 4 *bis* della l. 26 luglio 1975 n. 354 dopo la sua introduzione – giunge a teorizzare, sul presupposto della non revocabilità degli ordini di esecuzione sospesi emessi nella vigenza della precedente disciplina, che prima ancora che sia iniziata la fase dell'effettiva espiazione della pena anche la <valutazione di ammissibilità della istanza di misura alternativa (in ogni caso da effettuarsi con riguardo al momento della sua proposizione, e dunque senza tenere conto di modifiche successive) avvenga tenendo conto del principio della progressione del trattamento>.

Detta tesi, infatti, oltre a non tenere conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione – che ravvisa <nella perduranza delle conseguenze giuridiche dell'atto> il limite oltre il quale la vicenda processuale è impermeabile alla legislazione processuale sopravvenuta – confonde la condizione del condannato libero in <sospensione> [il cui percorso di reinserimento non può considerarsi in corso solo perché l'articolo 47 comma 4 della l. 26 luglio 1975 n. 354 impone di valutare il comportamento in libertà per l'anno precedente] dalla condizione del condannato già in regime di misura alternativa alla detenzione ed infine altera il senso del principio di non regressione trattamentale, il quale – per definizione – postula che l'esecuzione della pena, pur in regime di misure alternative alla detenzione, sia in corso allo scopo di non vanificare o comunque di non interrompere quei percorsi trattamentali che già avessero dato segnali di riuscita, in assenza di comportamenti che avessero denotato mancanza di meritevolezza.

Tanto che quella stessa dottrina⁵⁹ – che pure si è decisamente espressa a favore <del principio di immutabilità del quadro normativo vigente nel momento in cui la pena inizia ad essere espia, rispetto al patto tra lo stato (che garantisce la flessibilità del trattamento sanzionatorio) e il

⁵⁸ Valentina ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza penale*.

⁵⁹ COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4 bis ord. penit.*, in *Cass. Pen.* 1997, II, p. 1265; DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo jus superveniens*, in *Cass. Pen.* 1992, p. 402-403; FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. Pen. Proc.* 2006, 3, p. 320.

condannato (che si impegna nel percorso rieducativo)> – a fondamento delle sue teorizzazioni postula pur sempre che l’espiazione della pena sia già iniziata.

Dunque, se per un verso è innegabile che <l’accesso alle misure alternative senza osservazione..... tende ad evitare un “previo passaggio in carcere” che minaccia di produrre inutili ed improvvidi effetti stigmatizzanti e desocializzanti, come il dibattito sul ruolo criminogeno delle “pene detentive brevi” ha via via evidenziato>, ⁶⁰ nondimeno è evidente, in questa prospettiva, che l’accesso alle misure alternative alla detenzione per i condannati per fattispecie corruttive sarà consentito solo a coloro i quali, già in espiazione pena in regime carcerario, beneficino della positiva valutazione che il magistrato di sorveglianza abbia fatto dell’istanza di misura alternativa: <la condanna per una delle fattispecie elencate, dunque, non potrà più essere “sospesa”, e conseguentemente potrà consentire l’accesso a misure alternative – ove ricompresa nei termini stabiliti dalla legge – solo a fronte dell’accoglimento, da parte del magistrato di sorveglianza, dell’istanza proposta dal condannato durante l’esecuzione della pena detentiva, accoglimento subordinato alla collaborazione del condannato “a norma dell’art. 323-bis, secondo comma, del codice penale”>. ⁶¹

Dunque – e d’altra parte – ove l’ordine originariamente sospeso non venisse tempestivamente revocato su iniziativa del Pubblico Ministero, la revoca verrebbe semplicemente procrastinata al momento della valutazione della magistratura di sorveglianza competente a decidere sulla istanza di misura alternativa, il cui accesso a quel punto dovrebbe risultare, a stretto rigore, impedito dal reato ostativo, salvo positivo accertamento della collaborazione effettiva o “impossibile” con la giustizia, ⁶² all’esito dell’articolato procedimento previsto dagli articoli 4 bis comma 1 bis, comma 2, comma 2 bis, comma 3 e 3 bis e 58 ter comma 2 dell’ordinamento penitenziario.

⁶⁰ Così V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., che richiama, in nota, anche F. BRICOLA, *L’affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all’occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, 373 ss., ed anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Bologna, 1997, 1103 ss.

⁶¹ Così V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit.

⁶² Per un profilo di incostituzionalità ravvisabile nel richiamo ai principi della collaborazione vds. V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., che osserva: <Un ulteriore difetto di ragionevolezza “intrinseca” sembra emergere, poi, dalla condizione richiesta per poter accedere alla misura alternativa, ossia l’aver collaborato con la giustizia “a norma dell’art. 323-bis c.p.”: disposizione ai sensi della quale – come noto – si prevede una attenuazione di pena “Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati, e per l’individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite”. Da un lato, infatti, tale norma evoca una serie di attività, molte delle quali sono difficilmente attuabili (ed esigibili) in capo al condannato in stato di detenzione (così, ad esempio, la

ANGELA MARIA MOREA

Detenzione a fine di spaccio di sostanze stupefacenti di differente tipologia: configurabilità dell'ipotesi del reato di lieve entità di cui all'art. 73, co. 5 DPR n. 309/90 e sua qualificabilità come reato unico.

Corte di cassazione – Sezioni unite penali – Sentenza n. 51063 del 27 settembre 2018, depositata il 9 novembre 2018, Presidente Carcano, Estensore Pistorelli, Ricorrente Murolo.

DETTENZIONE DI SOSTANZE STUPEFACENTI DIFFERENTI – REATO UNICO E DI LIEVE ENTITÀ – COMPATIBILITÀ.

La diversità di sostanze stupefacenti oggetto della condotta non è di per sé ostativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 73, co. 5, DPR n. 309/90 in quanto è necessario procedere ad una valutazione complessiva degli elementi della fattispecie concreta selezionati in relazione a tutti gli indici sintomatici previsti dalla suddetta disposizione, al fine di determinare la lieve entità del fatto;

La detenzione nel medesimo contesto di sostanze stupefacenti tabellarmente eterogenee, qualificabile nel suo complesso come fatto di lieve entità ai sensi dell'art. art. 73, co. 5, DPR n. 309/90, integra un unico reato e non una pluralità di reati in concorso tra loro.

1. Il caso.

Con pronuncia del 28.03.2017 la Corte di Appello di Napoli confermava la sentenza di condanna con la quale il Giudice di primo grado all'esito di giudizio abbreviato aveva dichiarato

richiesta di “adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori”), e più in generale condotte persino difficili da concepire – sul piano logico prima che cronologico – al di fuori del processo di cognizione e della fase del giudizio. Dall'altro, e soprattutto le condotte “collaborative” evocate – originariamente pensate per il fenotipo del crimine organizzato – appaiono persino difficilmente compatibili, sul piano strutturale, con alcuni reati ora qualificati come ostativi: basti pensare al peculato (art. 314 c.p.), normalmente declinato in chiave monosoggettiva, o alla concussione (art. 317 c.p.), costruita su uno schema di plurisoggettività necessaria impropria (dove l'intraneus è autore e l'extraneus è “vittima”). La “collaborazione”, in sostanza, sarebbe dunque “strutturalmente” difficile, se non impercorribile, con un evidente profilo di incongruenza normativa (ben oltre il difetto di coordinamento sistematico); a meno di non ipotizzare che la stessa debba prender forma di un mero edere contra se o in un monologo simile a quello di Krapp davanti al suo “ultimo nastro”: una “inquisizione” non particolarmente “soave” né utile, dunque, ovvero appunto in una collaborazione “impossibile” o “irrelevante”, che però dovrà essere giudicata tale – ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1-bis, ord. pen. – solo all'esito della valutazione del magistrato di sorveglianza, mentre il condannato è ristretto in vinculis>.

l'imputato (*omissis*) colpevole del reato di detenzione continuata, a fine di vendita, di sostanze stupefacenti di svariata tipologia.

Si contestava all'imputato di avere detenuto droga quale *marijuana* (nel quantitativo di oltre 316 grammi), *hashish* (nel quantitativo di oltre 190 grammi) e *cocaina* (nel quantitativo di oltre 25 grammi) e di essersi organizzato, in forma sia pur rudimentale, per lo spaccio in prossimità di un bar munendosi di un'autovettura attrezzata con ben cinque bilancini di precisione, perfettamente funzionanti, ed altro materiale atto al confezionamento di sostanza stupefacente (n. 1000 pellicole trasparenti, spillatrice, ...): circostanze, queste, che per il Giudice di Appello erano da ritenersi ostative alla invocata riqualificazione del reato in termini di cui all'art. 73, co. 5, DPR 309/90.

Avverso tale decisione di merito l'imputato ricorreva per cassazione ritenendo la stessa censurabile vuoi perchè ancorata a precedenti giurisprudenziali datati, vuoi perchè fondata su un'analisi superficiale del caso concreto.

Specificatamente, il ricorrente si doleva della valorizzazione in sentenza di elementi quali il dato qualitativo e quantitativo della droga detenuta e, per contro, della mancata "valutazione complessiva di tutte le altre circostanze del fatto, in grado di compensare il giudizio negativo astrattamente desumibile da quelle circostanze e di rivelare la sua minima offensività".

In particolare, il ricorrente lamentava che fosse stata fortemente valorizzata la circostanza dello spaccio in prossimità di un bar, mentre tale circostanza a suo dire sarebbe rimasta priva di dimostrazione.

2. Questioni giuridiche.

La Terza Sezione Penale della Suprema Corte di Cassazione, investita del ricorso, rilevava come per il Giudice di primo grado dirimente al fine di escludere la configurabilità dell'ipotesi di lieve entità fosse stata la valorizzazione di circostanze quali la detenzione (illecita) di droga di svariata tipologia, il relativo dato ponderale, la suddivisione (*per la cocaina*) in dosi, il possesso di materiale atto al confezionamento di droga.

Sulla base di tale premessa il Giudice di primo grado aveva ritenuto configurarsi nel caso di specie una pluralità di reati (detenzione di droga "pesante", la *cocaina*; e detenzione di droghe "leggere", la *marijuana* e l'*hashish*) e, considerando più grave il reato di detenzione di *cocaina*, aveva applicato in continuazione la pena per il concorrente reato, meno grave, di detenzione di droghe "leggere".

Rilevava ancora la Terza Sezione Penale come il Giudice di secondo grado, pur confermando l'esclusione della configurabilità dell'ipotesi lieve di cui all'art. 73, co. 5 DPR 309/90, aveva dal suo canto valorizzato aspetti quali lo svolgimento dell'attività di spaccio in prossimità di un bar, ossia di un luogo esposto alla frequentazione di avventori, e la predisposizione di una vera e propria organizzazione, per quanto rudimentale, di mezzi (autovettura, bilancini di precisione, ...).

La Terza Sezione Penale rilevava tuttavia come l'argomento dell'esclusione dell'ipotesi del reato di lieve entità in presenza di una "organizzazione di mezzi" fosse argomento in contrasto con un consolidato orientamento giurisprudenziale il quale, invece, non esclude tale compatibilità e, peraltro, proprio sulla base di un preciso dato normativo: l'art. 74, co. 6, DPR n. 309/90 il quale disciplina espressamente l'ipotesi della "*associazione finalizzata al traffico di stupefacenti costituita per commettere i fatti descritti dal comma 5 dell'art. 73*".

Dunque, per la Terza Sezione Penale "*in presenza di una rudimentale forma organizzativa è solo la valutazione congiunta di tale dato della condotta con altri parametri fattuali che può condurre l'interprete ad escludere eventualmente la sussistenza di una ipotesi di lieve entità del fatto*".

E nel caso di specie tali *parametri fattuali* erano da individuarsi nelle modalità della condotta, nonché nella qualità e quantità delle sostanze destinate allo spaccio.

Senonchè, proprio la valutazione del dato della detenzione di sostanze stupefacenti di differente tipologia portava la Terza Sezione Penale a rilevare l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità e a rimettere il ricorso alle Sezioni Unite chiamandole a stabilire:

se la diversità di sostanze stupefacenti, a prescindere dal dato quantitativo, osti alla configurabilità dell'ipotesi di lieve entità di cui all'art. 73, co.5, DPR n. 309/90;

se, in caso negativo, il reato di cui all'art. 73, co. 5, DPR n. 309/90 possa concorrere con le fattispecie previste dall'art. 73, co. 1 DPR n. 309/90 e dall'art. 73, co. 4 DPR citato.

Tale segnalato contrasto di giurisprudenza riguarda i due differenti orientamenti *medio tempore* affermatasi:

A. l'uno, più risalente e restrittivo, secondo il quale la detenzione nel medesimo contesto di droghe tabellarmente eterogenee è, a prescindere dal dato quantitativo, condotta di per sé inidonea a configurare la ipotesi lieve di cui all'art. 73, co. 5, DPR n. 309/90 in quanto condotta connotata da

notevole offensività: vuoi perché sintomatica dell'inserimento dell'agente in un circuito criminale capace di rifornirlo di droga di ogni tipologia, vuoi perché sintomatica dell'attitudine dell'agente a soddisfare le richieste provenienti da una variegata clientela di assuntori. Si tratterebbe, pertanto, di condotta *ex se* idonea ad arrecare un danno non tenue al bene della salute pubblica. (In tal senso si sono espresse Cass. pen. sez. IV, sentenza 29 settembre 2005, n. 38879; Cass. pen. sez. III, sentenza 9 ottobre 2014, n. 47671; Cass. pen. sez. III, sentenza 19 novembre 2014, n. 47671; Cass. pen. sez. III, sentenza 22 giugno 2015, n. 26205; Cass. pen. sez. IV, sentenza 13 febbraio 2017, n. 6624);

B. l'altro, più recente, secondo il quale la detenzione/cessione di droghe di differente tipologia non è di per sé idonea a escludere la configurazione dell'ipotesi lieve, ove tali droghe siano possedute in quantitativo non rilevante e le circostanze concrete del caso depongano per una condotta non connotata da particolare gravità. (In tal senso si sono espresse Cass. pen. sez. VI, sentenza 27 marzo 2017, n. 14882; Cass. pen. sez. VI, sentenza 10 ottobre 2017, n. 46495; Cass. pen. sez. VI, sentenza 12.12.2017, n. 8423; Cass. pen. sez. VI, sentenza 19.12.2017, n.1428; Cass. pen. sez. VI, sentenza 19.12.2017, n.46495).

Per dirimere tale contrasto giurisprudenziale la Corte di cassazione interviene a Sezioni Unite con la sentenza n. 51063 del 27.09.2018, depositata il 9 novembre 2018, che ci occupa.

In tale decisione la Suprema Corte mostra di aderire al secondo dei detti orientamenti, spingendosi a considerazioni ulteriori.

Preliminarmente, le SS.UU. fanno un rapido *excursus* degli interventi normativi che hanno novellato la materia, richiamando la legge 21.02.2006, n. 49, c.d. Legge FINI-GIOVANARDI, fino a giungere alla sentenza con la quale nel 2014 la CORTE COSTITUZIONALE ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della predetta legge.

Le SS.UU. pongono quindi due punti fermi nell'interpretazione dell'art. 73, co. 5, DPR n. 309/90 prima di passare ad analizzare i quesiti posti dalla Terza Sezione remittente.

In primis le SS.UU. ribadiscono il consolidato orientamento secondo cui l'art. 73, co. 5 DPR n. 309/90 configura una autonoma fattispecie di reato e non già una circostanza attenuante dei reati di cui ai precedenti commi 1, 2, 3 e 4 del medesimo art. 73, diversamente da come inizialmente ritenuto.

In secundis stabiliscono che il reato di cui all'art. 73, co. 5 DPR n. 309/90 si pone in rapporto di specialità con i reati di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 del medesimo art. 73.

Ciò implica che allorchè un dato fatto appaia astrattamente inquadrabile in taluna delle fattispecie, più gravi, di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 73 e nella fattispecie, meno grave, di cui al comma 5 dell'art. 73, sarà quest'ultima, in quanto *lex specialis* che *derogat generali*, a trovare applicazione.

Le SS.UU. passano quindi ad analizzare il primo quesito posto dalla Sezione remittente e cioè, lo si ripeta, se la contestale detenzione di sostanze stupefacenti di differente tipologia, a prescindere dal dato quantitativo, osti alla configurabilità dell'ipotesi leve di cui all'art. 73, co.5, DPR n. 309/90.

Orbene, come innanzi detto, con la sentenza in esame le SS.UU., optando per l'orientamento più recente e meno restrittivo (peraltro già espresso da precedenti sentenze, pure a sezioni unite, - quali la sentenza 21 settembre 2000, n. 17, c.d. "PRIMAVERA" dal nome dell'imputato; e la sentenza 5 Ottobre 2010, n. 35737, c.d. "RICO" dal nome dell'imputato- con le quali la Corte aveva affermato l'esigenza, per giungere ad un giudizio di "lieve entità del fatto", di analizzare in concreto la condotta nella sua interezza, con riferimento quindi non solo al dato qualitativo e quantitativo, ma anche ai mezzi, modalità e circostanze dell'azione) si spingono oltre.

Si spingono a verificare l'applicabilità del concetto di "lieve entità" all'ipotesi di detenzione di sostanze stupefacenti plurime e tabellarmente eterogenee, alla luce del dato letterale della norma di cui all'art. 73, co. 5, DPR 309/90 la quale esige, per il suo configurarsi, la valutazione della sussistenza di una serie di parametri, quali mezzi, modalità, circostanze dell'azione, ovvero, in alternativa, quantità e qualità della sostanza stupefacente, anche con riferimento specifico alla percentuale di purezza della stessa.

Ne deriva che soltanto una valutazione complessiva del fatto alla luce dei suindicati parametri indicatori può condurre il giudice di merito a formulare un giudizio di "lieve entità".

Conclusione, questa, secondo la sentenza in esame coerente con la *ratio* della norma di cui all'art. 73, co. 5, DPR 309/90 e con l'esigenza di rendere il sistema sanzionatorio in tema di stupefacenti ossequioso dei principi costituzionali di necessaria offensività del reato e di proporzionalità della pena.

Pertanto, rispondendo al quesito in esame (il primo) la Suprema Corte a Sezioni Unite, discostandosi dall'orientamento restrittivo secondo il quale la detenzione contestuale di sostanze eterogenee sarebbe indicativa di “*un più significativo inserimento dell'agente nell'ambiente criminale dedito al traffico di stupefacenti*”, stabilisce che la detenzione (e/o) cessione di sostanze stupefacenti di differente tipologia non è incompatibile con l'ipotesi di “*lieve entità*” del fatto ed enuncia il seguente principio di diritto :

“la diversità di sostanze stupefacenti non è di per sé ostativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 73, co. 5, DPR n. 309/90 in quanto è necessario procedere ad una valutazione complessiva degli elementi della fattispecie concreta, selezionati in relazione a tutti gli indici sintomatici previsti dalla suddetta disposizione al fine di determinare la lieve entità del fatto”.

Le SS.UU. passano poi ad analizzare il secondo quesito e, cioè, *se, ammessa la compatibilità tra detenzione/cessione di sostanze stupefacenti di differente tipologia con l'ipotesi di “lieve entità” di cui all'art. 73, co. 5, DPR n. 309/90, tale reato possa concorrere con le fattispecie di cui all'art. 73, co. 1, DPR n. 309/90 e di cui all'art. 73, co. 4, DPR citato.*

Per rispondere a tale quesito le SS.UU. ripercorrono gli orientamenti giurisprudenziali succedutisi nel tempo, in concomitanza con le modifiche legislative più volte apportate al DPR 09.10.1990, n. 309 (Testo Unico in tema di stupefacenti).

Con la novella del 2006 (la citata legge 21.02.2006, n. 49, c.d. FINI-GIOVANARDI) che, eliminando la distinzione tra tabelle, unificava il trattamento sanzionatorio per il traffico di droghe pesanti e di droghe leggere, la Giurisprudenza aveva ritenuto che la detenzione di sostanze stupefacenti di differente tipologia configurasse un reato unico e che, pertanto, non vi potesse essere concorso tra il reato di cui all'art. 73, co.1 e il reato di cui all'art. 73, co.4, DPR 309/90.

Con l'intervento della sentenza 25.02.2014, n. 32, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della Legge Fini-Giovanardi per violazione dell'art. 77 della Costituzione, è tornato a rivivere il previgente testo del DPR 309/90.

Per conseguenza è tornato a riaffermarsi il previgente orientamento giurisprudenziale secondo il quale, stante la distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere, è da ritenersi configurabile il concorso tra il reato di cui all'art. 73, co. 1 e il reato di cui all'art. 73, co. 4, DPR 309/90.

Il concorso tra tali reati, eventualmente unificabili ai sensi dell'art. 81 c.p., è da ritenersi ammissibile in quanto la condotta di detenzione/spaccio di droga "pesante" è ontologicamente differente dalla condotta di detenzione/spaccio di droga "leggera", dal momento che di differente intensità è l'aggressione che al bene giuridico tutelato (salute pubblica, ordine e sicurezza pubblica) viene ad essere arrecata dall'una, piuttosto che dall'altra condotta.

Tale orientamento viene condiviso e ribadito dalla S.C. nella sentenza in esame, la quale tuttavia va anche oltre, rilevando come la contestuale detenzione di sostanze stupefacenti tabellarmente eterogenee venga talvolta sbrigativamente ricondotta alla disciplina del reato continuato, secondo il disposto di cui all'art. 81, co. 2, c.p., quando invece l'unicità della condotta dovrebbe suggerire la ricorrenza della disciplina del concorso formale ai sensi dell'art. 81, co. 1, c.p., così da non doversi necessariamente acquisire la prova dell'unicità del disegno criminoso.

A questo punto le SS.UU. passano a stabilire "se" e "quando" sia configurabile il concorso tra il reato previsto dal comma 1 (detenzione/spaccio di droghe pesanti), il reato previsto dal comma 4 (detenzione/spaccio di droghe leggere) e il reato previsto dal comma 5 del DPR 309/90 (detenzione/spaccio di sostanze stupefacenti in ipotesi di lieve entità).

La tematica si pone in quanto l'art. 73 DPR 309/90 è strutturato come norma cumulativa, ossia come norma che prevede in ciascuno dei suoi commi autonome fattispecie di reato.

Ogni singolo comma disciplina poi una fattispecie di reato la cui condotta è realizzabile con modalità alternative (*coltivazione, produzione, fabbricazione, offerta, messa in vendita, cessione, distribuzione, trasporto, consegna, detenzione, ...*) e senza che ciò possa dar luogo alla configurabilità di una pluralità di reati, ove l'azione sia posta in essere dallo stesso agente, nel medesimo contesto e riguardi lo stesso oggetto.

Tornando al caso sottoposto al suo esame la S.C. a Sezioni Unite rispondendo al secondo quesito ritiene che la condotta di detenzione di più sostanze tabellarmente eterogenee debba essere

valutata come unitaria: e, ciò, non perché sia irrilevante il dato della simultanea detenzione di una pluralità di sostanze ma perché il disvalore della singola violazione deve essere valutato non certo facendo esclusivo riferimento al dato ponderale della sostanza stessa.

In altri termini, la condotta di detenzione (illecita) di più sostanze tabellarmente eterogenee non è di per sé ostativa alla qualificazione del reato in senso più favorevole al reo, potendosi configurare il reato di cui all'art. 73, co. 5, ove le circostanze e le modalità dell'azione consentano di ritenere il fatto di lieve entità.

Ne consegue che in ordine alla possibilità che la detenzione contestuale di sostanze stupefacenti di differente tipologia, comunque qualificabile in termini di cui all'art. 73, co.5 DPR 309/90, possa configurare una pluralità di reati in concorso tra loro, le SS. UU. affermano che l'art. 73, co. 5, nella sua vigente formulazione prevede un trattamento sanzionatorio unico e indifferenziato, che non opera cioè distinzioni di pena in relazione alla differente tipologia delle sostanze oggetto della condotta incriminata.

Alla stregua di tali considerazioni le SS. UU. hanno affermato i seguenti ulteriori principi:

- *l'art. 73, co. 5 DPR n. 309/90, secondo la sua vigente formulazione, prevede un'unica figura di reato, alternativamente integrata dalla consumazione di una delle condotte tipizzate, quale che sia la classificazione tabellare dello stupefacente che ne costituisce l'oggetto;*

- *la detenzione nel medesimo contesto di sostanze stupefacenti tabellarmente eterogenee, qualificabile nel suo complesso come fatto di lieve entità ai sensi dell'art. 73, co.5 DPR 309/90, integra un reato unico e non una pluralità di reati in concorso tra loro.*

3. La soluzione.

Come corollario dei principi di diritto enunciati nella sentenza in esame la Suprema Corte a Sezioni Unite in relazione al caso sottoposto al suo esame ha ritenuto infondato il ricorso promosso dall'imputato e, per l'effetto, ne ha decretato l'inammissibilità.

Nel ricorso infatti si deduceva quale unico motivo di doglianza, peraltro generico, il mancato riconoscimento dell'ipotesi di lieve entità del fatto.

Le SS.UU. hanno invece rilevato che il Giudice di merito *a quo* (la Corte d' Appello di Napoli) *correttamente ha proceduto ad una valutazione complessiva degli aspetti del fatto rilevanti ai sensi dell'art. 73 co 5 T.U. Stup.*, valorizzando, al fine dell'esclusione del riconoscimento dell'ipotesi lieve, non solo la circostanza del possesso di sostanze stupefacenti, plurime e di differente tipologia tabellare, bensì anche quella della predisposizione dei mezzi (autovettura e armamentario vario per il confezionamento di droga e il suo spaccio) e infine la circostanza della scelta strategica del luogo in cui spacciare: le vicinanze di un bar, *“luogo in cui aumenterebbero le occasioni e le possibilità di cessione di sostanze stupefacenti, vista la frequentazione di avventori”*.

Dunque, il reato in contestazione non poteva considerarsi di lieve entità in considerazione del contesto complessivo della condotta.

4. Considerazioni finali.

La *lectio* che si ricava dalla sentenza esaminata è che se il possesso contestuale di droghe pesanti e droghe leggere, ove complessivamente valutabile come fatto “lieve”, configura un unico reato, viceversa un fatto qualificabile come “non lieve” (alla stregua dell'applicazione dei parametri indicatori di cui sopra si è detto) verrà ad integrare gli estremi di una pluralità di reati in concorso formale tra loro.

Orbene, la circostanza che il legislatore disciplini, allo stato, soltanto tali due “estreme” categorie di reato e, cioè:

- l'ipotesi “non lieve” di cui ai commi 1 e 4 dell'art. 73 T.U. Stup., sanzionata assai aspramente (la pena è della reclusione da 8 a 20 anni e della multa da euro 25.822 ad euro 258.228 per la fattispecie prevista dal comma 1, che attiene alle droghe “pesanti” di cui alle tabelle I e III; e della reclusione da 2 a 6 anni e della multa da euro 5.164 ad euro 77.468 per la fattispecie prevista dal comma 4, che attiene alle droghe “leggere” di cui alle tabelle II e IV); e

- l'ipotesi “lieve” di cui al comma 5 dell'art. 73 T.U. Stup, sanzionata con trattamento di gran lunga più mite (la pena è della reclusione da 6 mesi a 4 anni e della multa da euro 1.032 ad euro 10.329, qualunque sia la tipologia della sostanza stupefacente illecitamente detenuta o spacciata)

porta ad annoverare nella prassi giudiziaria nell'ipotesi non lieve condotte che meriterebbero un trattamento più mite.

Ci si riferisce a quelle condotte che si connotano per una offesa al bene giuridico di entità tale da non potersi qualificare né “lieve”, secondo il disposto di cui all'art. 73, comma 5, DPR 309/90,

ma neppure “non lieve” al punto da assoggettarsi al gravoso trattamento sanzionatorio dettato dall’art. 73, cc.oo. 1 e 4, DPR 309/90: una sorta di *tertium genus* di fattispecie, allo stato non disciplinata da una previsione normativa *ad hoc*.

Ci si trova, pertanto, di fronte ad una ipotesi, suscettibile di essere colmata *de iure condendo*, con un intervento normativo che, nell’ottica di rendere significativamente omaggio ai principi di personalità della responsabilità penale e di proporzionalità della pena, miri a disciplinare quali autonome fattispecie di reato:

- l’ipotesi “lieve” di detenzione/spaccio di sostanze stupefacenti c.d. “pesanti”;
- l’ipotesi “lieve” di detenzione/spaccio di sostanze stupefacenti c.d. “leggere”;
- l’ipotesi di detenzione/spaccio di una pluralità di sostanze stupefacenti tabellarmente eterogenee.

Se si addivenisse alla tipizzazione, in via autonoma, delle sopra enucleate ipotesi di reato si avrebbe che in caso di detenzione/spaccio di sostanze stupefacenti plurime e tabellarmente eterogenee si configurerebbe un concorso (formale, stando al ragionamento di cui alla sentenza in esame) tra fattispecie di reato di “lieve entità” e fattispecie di reato di “non lieve entità”.

Ciò varrebbe a scongiurare l’evenienza che date condotte, in grado di esprimere un disvalore sociale non meritevole né del severo trattamento sanzionatorio di cui ai commi 1 e 4, dell’art. 73 T.U. Stup., né del mite trattamento sanzionatorio di cui al comma 5 dell’art. 73, o vengano represses con condanne a pene sproporzionate oppure godano di un trattamento eccessivamente mite.

Tale riflessione si impone se si condivide che la risposta sanzionatoria dettata dal vigente Testo Unico in tema di Stupefacenti (il DPR n. 309/1990, novellato dalla Legge 16 maggio 2014, n. 79) appare sperequata a seconda che si versi in tema di fatto “non lieve”, ovvero di fatto “lieve”.

E se a ispirare un siffatto rigoroso trattamento sanzionatorio fu il grave allarme sociale che il traffico di stupefacenti poteva destare negli anni ’90, epoca in cui venne varato il Testo Unico in esame, oggi il comune sentire probabilmente vede come ridimensionato tale allarme sociale, anche in concomitanza con l’emergere di altre fenomenologie di reato.

In tal senso si esprime infatti la novella del 2014, legge n. 79, la quale ha riscritto il comma 5 dell’art. 73 prevedendo la comminazione per la consumazione del fatto “lieve entità” della più mite pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, a fronte della previgente pena della reclusione da uno a sei anni, oltre

che di una multa meno esosa (da euro 1032 ad euro 10.329 a fronte della previgente multa da 3000 ad euro 26.000). Tale modifica legislativa ha però al contempo provocato la suddetta eccessiva distanza tra le ipotesi del primo e del quinto comma dell'art. 73 cit. che si propone di colmare come sopra detto.

Corte di cassazione, Sezioni unite – Sentenza 9 novembre 2018, n.51063 – Pres. Carcano – est. Pistorelli

Ritenuto in fatto

1. M.C. ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza del 28 marzo 2017 con la quale la Corte d'appello di Napoli ha confermato la sua condanna, pronunciata a seguito di giudizio abbreviato, ad anni quattro di reclusione ed Euro 14.000 di multa per il reato di detenzione continuata, a fine di vendita, di sostanze stupefacenti, commesso il (omissis) .

In particolare, l'imputato è stato ritenuto responsabile della detenzione: a) di gr. 316, 1 di marijuana, contenenti gr. 64, 1 di principio attivo; b) di gr. 190, 6 di hashish, contenenti gr. 25, 9 di principio attivo; c) di gr. 9, 2803 di cocaina, contenenti gr. 4, 38 di principio attivo.

La Corte territoriale ha escluso la minima offensività del fatto e, dunque, la invocata configurabilità dell'ipotesi di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in ragione del fatto che lo spaccio delle diverse sostanze avveniva in prossimità di un bar ed era attuato mediante una seppure rudimentale organizzazione.

2. Con l'unico motivo di ricorso vengono dedotti vizi della motivazione della sentenza impugnata in merito alla mancata riqualificazione del fatto ai sensi del citato comma 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990.

Secondo il ricorrente, la Corte territoriale avrebbe fondato il proprio convincimento su approdi giurisprudenziali oramai datati e su di un'analisi superficiale della fattispecie concreta. In particolare, i giudici dell'appello avrebbero ancorato la decisione sul punto esclusivamente al dato inerente alla qualità e quantità dello stupefacente rinvenuto, omettendo una, invece doverosa, valutazione complessiva di tutte le altre circostanze del fatto, in grado di compensare il giudizio negativo astrattamente desumibile da quelle considerate e di rivelare la sua minima offensività.

Nondimeno la sentenza impugnata avrebbe valorizzato il fatto che l'attività di spaccio si sarebbe svolta in prossimità di un bar, circostanza invece rimasta priva di dimostrazione.

3. Con ordinanza del 13 marzo 2018 la Terza Sezione ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

Innanzitutto, il provvedimento ricostruisce la vicenda, evidenziando le circostanze del fatto e cioè che l'imputato deteneva le diverse sostanze stupefacenti all'interno della propria autovettura parcheggiata a pochi metri di distanza dal bar ove si trovava al momento del controllo da parte degli operanti ed al cui interno questi ultimi rinvenivano anche materiale normalmente utilizzato per il confezionamento della droga (1.000 pellicole trasparenti a chiusura ermetica, due scatole di punti per cucitrice, una spillatrice, cinque bilancini di precisione perfettamente funzionanti).

Il Collegio rimettente sottolinea che la sentenza di primo grado aveva escluso la configurabilità dell'ipotesi di lieve entità, valorizzando la diversa tipologia e quantità della sostanza stupefacente, la suddivisione della cocaina in 56 dosi sigillate, nonché la disponibilità del citato materiale utile per il loro confezionamento; inoltre, riconoscendo la pluralità dei reati consumati e l'unicità del disegno criminoso, aveva ritenuto più grave quello di detenzione di cocaina.

Sempre l'ordinanza di rimessione evidenzia come il giudice dell'appello, nel condividere le argomentazioni della sentenza appellata in merito all'esclusione della minima offensività del fatto, abbia valorizzato in particolare le circostanze dello svolgimento dell'attività di spaccio nei pressi di un bar – e dunque in un luogo in cui aumenterebbero le occasioni e le possibilità di cessione di sostanze stupefacenti, vista la frequentazione di avventori – e dell'impiego di una sia pur rudimentale capacità organizzativa.

Viene quindi sostenuta l'erroneità di tale ultimo argomento, richiamando il consolidato orientamento per cui la presenza di una organizzazione di mezzi non è di per sé ostativa al riconoscimento dell'ipotesi della lieve entità, venendo altrimenti meno la stessa configurabilità concreta del reato di cui all'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990, avente ad oggetto l'associazione costituita al solo fine di commettere fatti che rientrano nella previsione del comma 5 dell'art. 73 dello stesso testo normativo.

Ancora, la Terza Sezione evidenzia come, proprio alla luce di tali condivisibili approdi ermeneutici, in presenza di una rudimentale forma organizzativa dell'attività di spaccio, è solo la valutazione congiunta di tale dato della condotta con altri parametri fattuali che può condurre l'interprete ad escludere eventualmente la sussistenza di una ipotesi di lieve entità del fatto. Tali parametri ulteriori vengono individuati, nel caso di specie, nelle modalità della condotta, posta in

essere nei pressi di un bar e, dunque, dotata di una maggiore potenzialità diffusiva e nella quantità e diversa qualità delle sostanze stupefacenti delle quali il ricorrente è stato trovato in possesso.

In particolare, proprio analizzando la rilevanza del dato di fatto della diversa qualità delle sostanze stupefacenti ai fini della valutazione sulla configurabilità della fattispecie di lieve entità, il Collegio rimettente rileva la sussistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità. In tal senso osserva come, secondo un primo e più risalente indirizzo, l'ipotesi di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, non è mai configurabile nel caso di detenzione di sostanze di differente tipologia, a prescindere dal dato quantitativo, trattandosi di condotta indicativa della capacità dell'agente di procurarsi sostanze tra loro eterogenee e, per ciò stesso, di rifornire assuntori di stupefacenti di diversa natura, così da recare un danno non tenue al bene della salute pubblica tutelato dalla norma incriminatrice. Un secondo e più recente indirizzo sostiene, invece, che, in caso di detenzione di quantità non rilevanti di sostanza stupefacente, la diversa tipologia della sostanza non può di per sé costituire ragione sufficiente ad escludere l'ipotesi di lieve entità, qualora le peculiarità del caso concreto siano indicative di una complessiva minore portata dell'attività svolta dallo spacciatore.

La Terza Sezione osserva, inoltre, come la peculiarità del caso concreto riveli un ulteriore profilo problematico, invero non preso in considerazione dagli orientamenti esaminati e conseguente proprio alla contemporanea presenza di stupefacenti di tipo diverso. Infatti, quella di detenzione di una modica quantità di cocaina – che, in assenza del contestuale possesso di ben più rilevanti quantitativi di droga 'leggera', ben sarebbe stato possibile per i giudici rimettenti ricondurre nella fattispecie di lieve entità – è stata ritenuta, nell'ambito della riconosciuta continuazione, la violazione più grave (in quanto punita più gravemente ai sensi dell'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990), assorbendo così il maggior disvalore del fatto, chiaramente legato, invece, alla detenzione delle citate sostanze di tipo diverso, in relazione alle quali sicuramente non sarebbe configurabile la lieve entità del fatto, sia per il dato quantitativo, che per le modalità della condotta (strumenti atti al confezionamento in dosi per la vendita).

A meno che – prosegue l'ordinanza di rimessione – non si voglia ritenere ipotizzabile, quale ulteriore conseguenza dell'adesione al secondo dei due orientamenti in contrasto, la possibilità di un concorso formale tra reati diversi, quello di cui al comma 5 dell'art. 73, per la detenzione dei quantitativi di cocaina, e quello di cui al comma quarto della medesima norma, per la detenzione dei quantitativi di hashish e marijuana.

Analizzate brevemente le articolate vicende normative e di illegittimità costituzionale che hanno interessato l'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, l'ordinanza conclude che l'attuale formulazione del comma 5 del citato articolo non osterebbe, in astratto, ad un'interpretazione secondo cui – ove dovesse ritenersi fondato il secondo indirizzo interpretativo – la detenzione di modiche quantità di sostanze stupefacenti di diversa tipologia legittimerebbe la sussistenza del concorso formale tra più ipotesi lievi (aventi ad oggetto, appunto, differenti sostanze stupefacenti); così come la detenzione di modesti quantitativi di una sola delle diverse tipologie di sostanze stupefacenti e la contestuale detenzione di quantità, invece, maggiori delle altre, consentirebbero il concorso formale tra il reato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 e uno dei due più gravi delitti previsti, rispettivamente, dai commi primo e quarto del medesimo articolo.

La Terza Sezione richiama sul tema Sez. 4, n. 36078 del 06/07/2017, Dubini, Rv. 270806, la quale, con riferimento al caso della detenzione di sostanze eterogenee ritenuta integrare la fattispecie di lieve entità, ha affermato trattarsi di un unico fatto di reato e non di una pluralità di reati in concorso formale. Soluzione sulla cui tenuta i giudici rimettenti sollevano però delle perplessità, ritenendo la stessa ispirata all'assetto normativo sul quale si era inserito il decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10), il quale, nel riconfigurare la fattispecie di cui all'art. 73, comma 5, da circostanza attenuante a reato autonomo, aveva fatto inevitabilmente riferimento al testo degli altri commi del medesimo articolo antecedente alla sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale.

Più corretto, secondo l'ordinanza di rimessione, è invece rifarsi alla riformulazione del comma 5 dovuta alla legge 16 maggio 2014, n. 79 – adottata successivamente all'intervento demolitorio operato dal giudice delle leggi – alla luce della quale il richiamo contenuto nel comma 5 dell'art. 73 'ad uno dei fatti previsti dal presente articolo', una volta ripristinata l'autonomia delle incriminazioni riguardanti le droghe 'leggere' e 'pesanti', dovrebbe essere inteso nel senso per cui anche la disposizione speciale prevederebbe autonome fattispecie di reato in grado di porsi in concorso formale tra loro nel caso di detenzione di sostanze eterogenee. E ciò ferma restando la possibilità del concorso tra il reato previsto dallo stesso comma 5 e quelli contemplati, invece, dai commi 1 e 4, nell'ipotesi di fatti aventi ad oggetto sostanze eterogenee non tutti qualificabili come di lieve entità.

4. Con provvedimento del 7 giugno 2018 il Presidente aggiunto ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 c.p.p. ed ha fissato per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

Considerato in diritto

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite è la seguente: 'Se la diversità di sostanze stupefacenti, a prescindere dal dato quantitativo, osti alla configurabilità dell'ipotesi di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 e, in caso negativo, se tale reato possa concorrere con le fattispecie previste ai commi 1 e 4 del medesimo art. 73 d.P.R. cit.'.

2. Prima di affrontare il quesito posto dalla Terza Sezione appare opportuno ripercorrere, seppure sinteticamente, le vicende normative che hanno interessato l'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 (d'ora innanzi T.U. stup.).

Con la legge 26 giugno 1990 n. 162 il legislatore, nel rivedere l'impianto repressivo disciplinato dalla legge 22 dicembre 1975, n. 685, ha introdotto per la prima volta, al comma 5 dell'art. 71 (divenuto poi, nel T.U. stup. previsto dall'art. 37 della stessa legge n. 162 del 1990, contenente una delega all'esecutivo per il coordinamento della disciplina in materia di stupefacenti, il comma 5 dell'art. 73), una inedita fattispecie finalizzata ad attenuare il severo regime sanzionatorio stabilito per le condotte illecite previste dai precedenti commi del medesimo articolo, nell'ipotesi in cui, 'per i mezzi, per le modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze', i fatti tipizzati negli stessi commi siano di 'lieve entità'.

La novella aveva così inteso modificare la previgente impostazione della normativa speciale, fondata sulla previsione, contenuta nell'art. 72 legge n. 685 del 1975, di una autonoma fattispecie relativa alle medesime condotte incriminate nel precedente art. 71, ma punite meno rigidamente qualora riferite a 'modiche quantità' di stupefacente destinate allo 'uso personale non terapeutico di terzi'.

La nuova fattispecie, inizialmente ritenuta da parte della dottrina e della giurisprudenza di merito integrare a sua volta un'ipotesi autonoma di reato, è stata invece successivamente e costantemente catalogata dalla giurisprudenza come circostanza attenuante, anche sulla scorta della modifica al testo della lett. h) dell'art. 381 c.p.p. operata dal decreto-legge 8 agosto 1991, n. 247 (convertito dalla legge 5 ottobre 1991, n. 314), disposizione nella quale – ai fini dell'esclusione dell'arresto obbligatorio in flagranza – la stessa è stata espressamente qualificata in tal senso dal legislatore (cfr. Sez. U, n. 9148 del 31/05/1991, Parisi, Rv. 187930, secondo cui la norma configura una circostanza attenuante ad effetto speciale, e non un titolo autonomo di reato, essendo correlata ad elementi – i mezzi, la modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze –

che non mutano, nell'obiettività giuridica e nella struttura, le fattispecie previste dai primi commi dell'articolo, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva).

Per tale ipotesi circostanziata il legislatore aveva originariamente stabilito una forbice sanzionatoria da sei mesi a quattro anni di reclusione, con multa da due milioni a venti milioni di lire, per il caso di condotte aventi ad oggetto sostanze inserite nelle tabelle di classificazione degli stupefacenti II e IV e da uno a sei anni di reclusione, con multa da cinque milioni a cinquanta milioni di lire, per l'eventualità di sostanze invece contemplate nelle tabelle I e III.

Il d.P.R. n. 309 del 1990, come noto, è stato profondamente innovato dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, di conversione del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, che (in particolare attraverso gli artt. 4-bis e 4-vicies ter) ha apportato significativi mutamenti all'intera disciplina penale degli stupefacenti ed anche alla fattispecie attenuante prevista dall'art. 73, comma 5.

È stato ripetutamente sottolineato il valore simbolico di tale intervento legislativo, funzionale a soddisfare la richiesta di tutela anticipata dei beni giuridici protetti dalla disciplina penale sugli stupefacenti, intesi in un'accezione che esorbita dal pur ampio concetto di 'salute pubblica', fino a ricomprendere – come sottolineato anche da Sez. U, n. 9973 del 24/6/1998, Kremi, Rv. 211073 – la sicurezza e l'ordine pubblico. A tale logica rispondeva anzitutto l'eliminazione generalizzata della tradizionale distinzione tra droghe 'pesanti' e droghe 'leggere' (risalente alla legislazione del 1975 e che l'intervento riformatore del 1990 aveva conservato), con equiparazione del loro trattamento sanzionatorio ed inserimento di tutte le sostanze non farmacologiche in un'unica tabella.

L'adozione del regime sanzionatorio unitario e non più differenziato per tipologie di stupefacenti si è accompagnato alla modifica delle disposizioni relative alla classificazione tabellare (in particolare, tra gli altri, gli artt. 13 e 14 T.U. STUP.) con una marcata semplificazione nella catalogazione delle sostanze psicoattive e la riduzione delle stesse tabelle da sei a due: la prima, appunto, contenente tutte le sostanze stupefacenti vietate, la seconda dedicata ai medicinali registrati in Italia e che contenessero sostanze stupefacenti per uso terapeutico.

Coerentemente all'eliminazione di qualsiasi distinzione sul piano punitivo tra sostanze di diverso tipo, l'unificazione del trattamento sanzionatorio tra droghe leggere e droghe pesanti è stata trasposta anche nell'ipotesi attenuata di cui al comma 5 dell'art. 73 e di conseguenza la comminatoria prevista per quest'ultima è stata ridefinita in un unico intervallo sanzionatorio compreso tra la reclusione da uno a sei anni e la multa da Euro 3.000 ad Euro 26.000. La novella

del 2006 non ha invece modificato le condizioni di configurabilità della fattispecie attenuata rispetto alla iniziale previsione del 1990.

Come noto, il giudice delle leggi ha successivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter della legge n. 49 del 2006 per violazione dell'art. 77 Cost. (Corte cost., sent. n. 32 del 2014).

Nel precisare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità sull'impianto normativo, la stessa Consulta ha poi chiarito che, in considerazione della natura del vizio accertato, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate doveva trovare applicazione il testo dell'art. 73 T.U. stup. e le tabelle vigenti prima delle modifiche apportate nel 2006, in quanto mai validamente abrogati.

Il comma 5 del citato art. 73 non è stato tuttavia interessato dall'intervento demolitorio del giudice delle leggi – come chiarito nella stessa sentenza n. 32 del 2014 e nella successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 179 del 2017 – e ciò in quanto, poco prima della sua pronuncia tale disposizione era stata nuovamente modificata dal decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10), che l'ha riformulata nei seguenti termini: 'Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da Euro 3.000 a Euro 26.000' (cfr., Sez. 3, n. 11110 del 25/02/2014, Kiogwu, Rv. 258354; Sez. 6, n. 14288 del 08/01/2014, Cassanelli, Rv. 259058; Sez. 4, n. 10514 del 28/02/2014, Verderamo, Rv. 259360).

Oltre a quella di attenuare il regime sanzionatorio previsto per la fattispecie di lieve entità, rimodulando in tal senso il massimo edittale della pena detentiva (ma mantenendolo indifferenziato a prescindere dalla natura della sostanza oggetto materiale del fatto tipico), la dichiarata intenzione del legislatore – per come esplicitata nella relazione al disegno della legge di conversione presentato alla Camera dei Deputati e come espressa nello stesso art. 2 del decreto, che testualmente recita: 'Modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza. Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità' – era quella di trasformare la stessa fattispecie da mera circostanza attenuante a figura autonoma di reato, al fine di sottrarla al giudizio di bilanciamento con eventuali aggravanti in funzione degli obiettivi dell'intervento normativo, teso alla riduzione controllata della popolazione carceraria. Ed in tal senso la legge di conversione del

succitato decreto ha provveduto altresì a modificare la già menzionata lett. h) dell'art. 380 c.p.p., sostituendo il riferimento alla 'circostanza' prevista dal comma 5 dell'art. 73 T.U. STUP. con quello ai 'delitti' contemplati dalla stessa disposizione, nonché l'art. 19, comma 5, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, dove nel disciplinare le condizioni per l'applicabilità delle misure cautelari agli imputati minorenni, è stato inserito analogo riferimento.

Come accennato, il decreto-legge n. 146 del 2013 è stato adottato prima della più volte citata pronuncia della Corte costituzionale. Non così la sua legge di conversione, che però è stata sì approvata in via definitiva successivamente alla decisione della Consulta (seppure di pochi giorni e nell'imminenza della scadenza del termine), ma non anche al deposito della sua motivazione, di cui evidentemente il legislatore non ha potuto tenere conto.

Si è così reso necessario un nuovo intervento legislativo, teso soprattutto a ridisegnare i cataloghi delle sostanze stupefacenti, giacché quelli fatti rivivere dal giudice delle leggi – e cioè quelli antecedenti alla riforma del 2006 – non comprendevano, inevitabilmente, le integrazioni sopravvenute negli anni successivi. A ciò si è provveduto con il decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36, la cui legge di conversione (16 maggio 2014, n. 79) ha, tra l'altro e per quanto qui di interesse, nuovamente sostituito il comma 5 dell'art. 73 T.U. stup..

In realtà l'unica modifica apportata al testo introdotto dal decreto-legge n. 146 del 2013 ha riguardato il trattamento sanzionatorio, nuovamente rimodulato in senso più favorevole entro la forbice edittale della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da 1.032 a 10.329 (e cioè la medesima comminatoria stabilita nel 1990 per l'attenuante nel caso il fatto di lieve entità avesse avuto ad oggetto le c.d. droghe 'leggere'), avendo la novella nel resto riproposto l'apparente configurazione della fattispecie come titolo autonomo di reato, la previsione di una indifferenziata risposta sanzionatoria, a prescindere dal tipo di sostanza oggetto delle condotte incriminate, nonché i tradizionali parametri normativi fissati sin dalla legge n. 162 del 1990 per la qualificazione della lieve entità del fatto.

3. Alla luce delle illustrate vicende normative deve innanzi tutto essere recepito l'oramai consolidato orientamento espresso dalle Sezioni semplici in merito alla avvenuta trasformazione della fattispecie prevista dall'art. 73, comma 5, T.U. STUP. da circostanza attenuante in figura autonoma di reato (ex multis Sez. 3, n. 11110 del 25/02/2014, Kiogwu, cit.; Sez. 6, n. 5143 del 16/01/2014, Skiri Mourad, Rv. 258773; Sez. 6, n. 9892 del 28/01/2014, Bassetti, Rv. 259352; tra le

più recenti: Sez. 4, n. 36078 del 06/07/2017, Dubini, Rv. 270806; Sez. 4, n. 30238 del 10/05/2017, Tontini, Rv. 270190).

Come rilevato nelle citate pronunzie, plurimi sono innanzi tutto gli indici 'esterni' che depongono nel senso dell'avvenuta riqualificazione della fattispecie di lieve entità. Dalla già menzionata volontà espressa dal legislatore storico, per come manifestatasi nel corso dei lavori preparatori della legge n. 10 del 2014, alla parimenti ricordata intitolazione della disposizione che ha provveduto alla riconfigurazione della norma (l'art. 2 del decreto-legge n. 146 del 2013) ed alle modifiche apportate all'art. 380 c.p.p. ed all'art. 19 d.P.R. n. 448 del 1988 con la legge di conversione.

In tal senso particolarmente significativa deve ritenersi proprio la modifica apportata alla lett. h) del citato art. 380 del codice di rito e cioè proprio quella disposizione sulla quale, come si è visto, il legislatore del 1991 era intervenuto – con una sorta di interpretazione autentica – al fine di affermare la natura circostanziale della fattispecie introdotta dalla legge n. 162 del 1990 e per dirimere le iniziali incertezze interpretative registratesi sulla sua natura.

Indicatori altrettanto convincenti dell'avvenuta mutazione genetica della fattispecie si ritraggono, però, anche dalle modifiche apportate nel testo della norma. Innanzitutto il ricorso alla locuzione 'chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo' in sostituzione della previgente 'quando....i fatti previsti dal presente articolo', rivela l'adozione di scelte lessicali tradizionalmente riservate alla configurazione di una autonoma figura di reato. In secondo luogo, l'introduzione nell'incipit del testo normativo di una espressa clausola di riserva relativamente indeterminata ('Salvo che il fatto costituisca più grave reato') è scelta incompatibile con l'intenzione di conservare la qualificazione circostanziale, evidenziando invece in maniera inequivocabile la volontà di prevedere una figura delittuosa autonoma.

Con riguardo a tale clausola di riserva ed al suo significato è peraltro opportuno effettuare alcune precisazioni.

La fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 73, comma 5, T.U. stup., così come ridefinita da ultimo dalla legge n. 79 del 2014, concorre con ognuna di quelle previste dai primi quattro commi dello stesso articolo – come configurate precedentemente all'intervento della legge n. 49 del 2006, in quanto fatte rivivere dal giudice delle leggi con la citata sentenza n. 32 del 2014 – nel punire i medesimi fatti descritti da questi ultimi e che la stessa espressamente richiama. Si tratta, all'evidenza, di un caso di concorso solo apparente di norme incriminatrici, posto che il suddetto

comma 5, isolando attraverso i ricordati parametri una specifica classe di fatti (quelli comunque tipici, ma di lieve entità), si pone in rapporto di specialità unilaterale con le altre disposizioni menzionate, essendo indiscutibile che, qualora dovesse venire meno, i medesimi fatti tornerebbero a ricadere nell'ambito di incriminazione di queste ultime.

Può allora suscitare qualche perplessità l'introduzione della menzionata clausola di riserva espressa, che sembra sovvertire il criterio della prevalenza della fattispecie unilateralmente speciale, rendendo apparentemente sempre inapplicabile il comma 5 dell'art. 73 in favore delle norme 'generali' contenute nei precedenti commi (e soprattutto nel primo e nel quarto) ovvero la cui previsione potrebbe essere intesa, al limite, nel senso di una deroga alla regola dell'applicazione della sola norma speciale di cui all'art. 15 c.p., con la conseguenza ancora più paradossale di configurare un'ipotesi di concorso formale tra la fattispecie di lieve entità e i reati previsti dalle altre disposizioni.

Conclusioni la cui irragionevolezza appare evidente, così come la loro incompatibilità con quella che era la volontà del legislatore storico e con la stessa scelta di trasformare la fattispecie da circostanza attenuante in reato autonomo, al fine di garantire una più effettiva ed espansiva applicazione del più temperato regime sanzionatorio previsto per i fatti di lieve entità.

Non è dubbio che specializzazione e sussidiarietà – quando la stessa si manifesta attraverso la previsione di clausole di riserva assolutamente indeterminate o, come nel caso di specie, relativamente indeterminate – operino in senso opposto, atteso che la prima impone la applicazione della norma speciale sulla norma generale, la seconda della norma indicata come prevalente sulla norma sussidiaria che contiene la clausola. A ben vedere, però, attraverso entrambi i criteri il legislatore persegue un obiettivo unico e cioè ricondurre una determinata fattispecie esclusivamente alla previsione che meglio ne esaurisce il disvalore.

Attraverso la specializzazione viene però selezionata la reazione punitiva più conforme, individuando la norma che risulta meglio aderente alla fattispecie concreta dal punto di vista genuinamente strutturale, sul presupposto implicito che quanto più la valutazione normativa tiene conto dei caratteri distintivi di un determinato fatto, tanto più si presta a rispecchiarne, per l'appunto, l'effettivo disvalore. Il che consente di ritenere che, qualora il legislatore, nel configurare una fattispecie come speciale rispetto ad altre più gravi, preveda altresì una clausola di riserva del tipo indicato, intenda far operare i due criteri su piani distinti ovvero sottrarre la relazione di specialità all'ambito di operatività della clausola di riserva.

Una interpretazione della norma rispettosa del contesto normativo in cui si inserisce e delle sue ragioni storiche, porta dunque a concludere che la suddetta clausola sia stata introdotta – enfatizzando al contempo la scelta operata di configurare un titolo autonomo di reato – per disciplinare l’eventuale o futuro concorso con altre fattispecie più gravi, ma diverse da quelle contenute nell’art. 73 T.U. STUP., con le quali già si instaura una relazione di genere a specie.

4. Venendo ora alla questione proposta dall’ordinanza di rimessione ed in particolare alla prima parte del quesito sollevato dalla Terza Sezione, va rilevato che sussiste effettivamente nella giurisprudenza di legittimità il contrasto denunciato in merito alla configurabilità della fattispecie prevista dall’art. 73, comma 5, T.U. stup. nell’ipotesi in cui la condotta incriminata abbia ad oggetto sostanze stupefacenti eterogenee.

4.1 Secondo un primo orientamento (che ha origini più risalenti, ma che è stato ribadito anche di recente), nel caso di detenzione di sostanze di differente tipologia, il fatto non potrebbe essere considerato comunque di lieve entità, anche a prescindere dal dato quantitativo, trattandosi di condotta indicativa della capacità dell’agente di procurarsi sostanze tra loro eterogenee e, per ciò stesso, di rifornire assuntori di stupefacenti di diversa natura, così da recare un danno non tenue al bene della salute pubblica tutelato dal sistema di incriminazioni previsto dall’art. 73 T.U. stup.

In tal senso si è espressa anzitutto Sez. 4, n. 38879 del 29/9/2005, Frank, Rv. 232428, che ha dato origine all’indirizzo in esame, in una fattispecie in cui l’imputato era stato trovato in possesso di modesti quantitativi di tre sostanze differenti – eroina, cocaina e morfina – ritenendo condivisibile il ragionamento del giudice di merito che vedeva in tale diversità qualitativa un indice negativo assorbente nella prospettiva del numero di consumatori che potevano essere i destinatari finali della droga.

Successivamente si sono orientate allo stesso modo, tra quelle più significative, Sez. 3, n. 47671 del 09/10/2014, Cichetti, Rv. 261161, in una fattispecie relativa alla detenzione di 91 grammi di hashish e di 181 pasticche di ecstasy in cui la Corte ha chiarito che la diversità 'naturalistica' delle sostanze non viene meno per effetto del loro inserimento in una medesima catalogazione tabellare (poiché il fatto era stato commesso prima della pronuncia di incostituzionalità conseguente alla sentenza n. 32 del 2014 e, dunque, nella vigenza del testo dell’art. 73 T.U. STUP. introdotto dalla legge n. 49 del 2006); Sez. 4, n. 6624 del 15/12/2016, dep. 2017, Bevilacqua, Rv. 269130, nella quale la Corte ha ritenuto corretta la valutazione anche alla luce di ulteriori indicatori che escludevano la possibilità di configurare l’ipotesi di lieve entità (dato quantitativo e possesso di

strumenti idonei al confezionamento); Sez. 3, n. 26205 del 05/06/2015, Khalfi, Rv. 264065, la quale, pur stigmatizzando la mancata valutazione di ulteriori aspetti del fatto, aderisce alla opzione in esame, ritenendo la diversità delle sostanze 'indice negativo assorbente'; Sez. 3, n. 32695 del 27/03/2015, Genco, Rv. 264491, la quale, pur considerando l'orientamento opposto, aderisce all'impostazione secondo cui la diversità qualitativa dello stupefacente è circostanza che, da sola, esclude la minima offensività del fatto, perché esprime l'attitudine della condotta a rivolgersi ad un cospicuo e variegato numero di consumatori e la sua capacità di penetrazione nel mercato, ritenendo il principio tanto più applicabile nel caso concreto considerato in ragione della valutazione delle modalità attuative del reato, che si caratterizzavano per l'organizzazione dispiegata dagli autori nella consumazione delle condotte illecite.

4.2 Come ricordato dall'ordinanza di rimessione, nella giurisprudenza di legittimità è stata progressivamente coltivata in tempi recenti una diversa opzione interpretativa, per cui la diversa tipologia di sostanze detenute o cedute non sarebbe un dato necessariamente ostativo alla configurabilità della fattispecie di lieve entità, qualora le peculiarità del caso concreto risultino indicative di una complessiva minore portata dell'attività svolta, essendo l'elemento della diversità tipologica idoneo ad escludere l'ipotesi del fatto lieve soltanto qualora sia dimostrativo di una significativa potenzialità offensiva.

Sono espressione di tale indirizzo, tra le altre, Sez. 6, n. 8243 del 12/12/2017, dep. 2018, Scardia, Rv. 272378; Sez. 6, n. 1428 del 19/12/2017, dep. 2018, Ferretti, Rv. 271959; Sez. 6, n. 46495 del 19/09/2017, Rachadi, Rv. 271338; Sez. 4, n. 49153 del 13/07/2017, Amorello, Rv. 271142; Sez. 6, n. 29132 del 09/05/2017, Merli, Rv. 270562; Sez. 4, n. 22655 del 04/04/2017, Ben Ali, Rv. 270013; Sez. 4, n. 22654 del 04/04/2017, Rhimi, Rv. 269946; Sez. 6, n. 14882 del 25/01/2017, Fonzo, Rv. 269457; Sez. 4, n. 48850 del 03/11/2016, Barba, Rv. 268218; Sez. 4, n. 28561 del 25/05/2016, Zuccaro, Rv. 267438; Sez. 6, n. 48697 del 26/10/2016, Tropeano, Rv. 268171; Sez. 3, n. 6824 del 04/12/2014 – dep. 2015, Masella, Rv. 262483; tutte successive agli interventi legislativi del 2013 e del 2014, mentre in precedenza si era espressa negli stessi termini anche Sez. 6, n. 6574 del 10/01/2013, Mallo, Rv. 254598, la quale aveva rilevato un vizio della motivazione nel caso di esclusione della lieve entità del fatto esclusivamente in ragione della diversità delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta illecita.

Le decisioni elencate evidenziano la necessità di una valutazione complessiva del fatto da parte del giudice di merito che concerna mezzi, modalità e circostanze dell'azione, qualità e

quantità della sostanza – anche con riferimento specifico alla percentuale di purezza della stessa -, poiché solo in tal modo è possibile – in concreto – formulare un effettivo giudizio di lieve entità, consentendo tra l'altro il controllo da parte del giudice di legittimità sul percorso giustificativo seguito nel merito per affermarne o negarne la configurabilità.

In tal senso, molte delle sentenze citate insistono sulla necessità di elaborare una interpretazione della norma conforme ai principi costituzionali di offensività e di proporzionalità. Ed in tale ottica si sottolinea come, del resto, rappresenti un approdo consolidato nella giurisprudenza di legittimità la considerazione per cui la fattispecie di lieve entità costituisca 'strumento' di riequilibrio e 'riproporzionamento' del sistema sanzionatorio in materia di stupefacenti in relazione a casi concreti nei quali, per la complessiva non gravità della condotta, il principio di offensività verrebbe sostanzialmente 'tradito' applicando le più severe pene previste per le ipotesi diverse dal comma 5 dello stesso art. 73 T.U. stup.

5. Le Sezioni Unite ritengono debba essere condiviso il secondo degli orientamenti interpretativi illustrati, che appare maggiormente aderente alla lettera ed alla ratio dell'art. 73, comma 5, T.U. stup.

Preliminarmente va sottolineato come, ai fini della risoluzione del quesito proposto, debba ritenersi ininfluenza che alcune delle pronunzie riconducibili al primo orientamento siano state adottate quando la fattispecie di lieve entità era ancora configurata come circostanza attenuante ovvero abbiano comunque riguardato casi in cui tale era stata la qualificazione accolta nella sentenza impugnata. Infatti, come ricordato in precedenza, in tutte le versioni succedutesi nei suoi quasi trent'anni di vita, non è mai mutata nel testo della succitata disposizione la descrizione dell'elemento specializzante ed in particolare dei parametri funzionali all'individuazione dei fatti di lieve entità (in senso conforme, Sez. 4, n. 15020 del 29/01/2014, Bushi, Rv. 259353 e Sez. 6, n. 9892 del 28/01/2014, Bassetti, Rv. 259352; Sez. 3, n. 27064 del 19/03/2014, Fontana, Rv. 259664).

Deve quindi ritenersi che, nella trasformazione da attenuante ad effetto speciale a titolo autonomo di reato, la fattispecie di cui si tratta abbia conservato la sua funzione di individuare quei fatti che si caratterizzano per una ridotta offensività, allo scopo di sottrarli al severo regime sanzionatorio previsto dalle altre norme incriminatrici contenute nell'art. 73 T.U. stup. – al cui ambito applicativo, come si è detto, gli stessi fatti sarebbero altrimenti riconducibili – nella prospettiva di rendere il sistema repressivo in materia di stupefacenti maggiormente rispondente ai principi sanciti dall'art. 27 cost..

Rimangono pertanto attuali i principi affermati in precedenti arresti del Supremo Collegio (Sez. U, n. 35737 del 24/06/2010, Rico, Rv. 247911 e Sez. U, n. 17 del 21/06/2000, Primavera, Rv. 216668) e ripetutamente evocati dalle decisioni che hanno alimentato il contrasto e secondo cui, per l'appunto, la lieve entità del fatto può essere riconosciuta solo in ipotesi di 'minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio'.

Va peraltro puntualizzato come la sentenza Primavera si sia sostanzialmente limitata a richiamare i suindicati principi, recependo in tal senso quello che ha rilevato essere un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in merito alle condizioni di operatività del comma 5 dell'art. 73 e ritenendo conseguentemente adeguata la motivazione con la quale il giudice del merito aveva escluso, nel caso di specie, la configurabilità dell'allora attenuante speciale in ragione del valore ponderale dello stupefacente detenuto e del consolidato contesto illecito in cui il reato era stato commesso.

Ai presenti fini appare utile l'apparato argomentativo sviluppato dalla sentenza Rico. Nell'occasione, infatti, le Sezioni Unite, nel ribadire i principi sopra ricordati per dirimere il contrasto giurisprudenziale relativo alla compatibilità tra l'aggravante della cessione di stupefacenti a minore e l'attenuante della lieve entità, ha ritenuto opportuno precisare come tale ultima questione 'non possa essere risolta in astratto, stabilendo incompatibilità in via di principio, ma deve trovare soluzione caso per caso, con valutazione che di volta in volta tenga conto di tutte le specifiche e concrete circostanze'. E si è evidenziato come la funzione assegnata alla fattispecie di lieve entità sia proprio quella di adeguare il trattamento sanzionatorio alla concretezza della fattispecie, al fine di garantire la ragionevolezza della risposta repressiva in materia di stupefacenti.

6. Come accennato, nel ritenere necessario valutare la concreta entità del fatto utilizzando tutti gli indici normativi, le citate decisioni delle Sezioni Unite si sono sostanzialmente limitate a recepire la consolidata elaborazione giurisprudenziale della fattispecie prevista dall'art. 73, comma 5.

In proposito va infatti evidenziato come, superando alcune letture particolarmente restrittive del disposto normativo manifestatesi soprattutto nei primi anni della sua applicazione – secondo cui il giudizio di lieve entità dovrebbe scaturire dal positivo apprezzamento di ciascuno degli elementi

indicati dalla legge, con la conseguenza che l'ipotesi di minore offensività non ricorrerebbe quando uno soltanto degli stessi venga considerato negativo (Sez. 4, n. 10783 del 03/07/1991, Del Signore, Rv. 188577; Sez. 6, n. 9528 del 09/05/1991, Recupero, Rv. 188192; Sez. 6, n. 1183 del 05/01/1999, Touria, Rv. 213321) – la giurisprudenza di legittimità ha maturato e consolidato nel tempo un percorso interpretativo per cui tale giudizio è invece il frutto di una valutazione complessiva degli elementi fattuali selezionati dalla norma e che in realtà, già all'indomani della riforma operata dalla legge n. 162 del 1990 e della successiva entrata in vigore del T.U. stup., si era rivelato in una pronuncia delle stesse Sezioni Unite, le quali avevano avuto modo di sottolineare – seppure in maniera sintetica ed assertiva come gli indici qualificanti la lieve entità debbano essere, per l'appunto, 'valutati globalmente' (Sez. U, n. 9148 del 31/05/1991 – dep. 1991, Parisi, Rv. 187931).

Ed è questa la lettura del dato normativo che è stata tramandata dalle sentenze Primavera e Rico (oltre che dalle pronunzie che si riconoscono nel secondo degli orientamenti in contrasto) e che questo Collegio ritiene debba essere ulteriormente ribadita. Innanzitutto, perché si rivela come la più aderente al dettato normativo, posto che il comma 5 dell'art. 73 elenca in maniera indistinta i diversi indicatori selezionati (limitandosi a raggrupparli a seconda che essi si riferiscano alla condotta od all'oggetto materiale del reato), astenendosi dallo stabilire un ordine gerarchico tra gli stessi o anche solo dall'attribuire ad alcuni un maggiore valore sintomatico. Ma, soprattutto, perché la disposizione citata condiziona la determinazione della lieve entità del fatto proprio su di una pluralità di elementi sintomatici, differenziandosi, ad esempio, dalla scelta compiuta dallo stesso legislatore nella individuazione della fattispecie di eccezionale rilevanza penale di cui al secondo comma dell'art. 80 T.U. stup. (cfr., Sez. U, n. 36258 del 24/05/2012, Biondi, Rv. 253150), dove un singolo parametro (quello ponderale) è stato invece ritenuto di per sé sufficiente ad esprimere il maggiore (in questo caso) disvalore del fatto. In secondo luogo, perché è quella che meglio corrisponde alla già ricordata ratio che ha ispirato la introduzione della fattispecie di lieve entità e cioè rendere la risposta repressiva in materia di stupefacenti compatibile con i principi di offensività e proporzionalità, nella consapevolezza del carattere variegato e mutante del fenomeno criminale cui si rivolge.

In tale ottica è dunque richiesto – già al momento della sua qualificazione di valutare la minore offensività del fatto, considerandolo nella sua concreta singolarità (e cioè effettiva consistenza lesiva) mediante la globale valutazione di tutti i dati sintomatici descritti dalla norma e delle relazioni intercorrenti tra i medesimi.

7. Ritenere che la valutazione degli indici di lieve entità elencati dal comma 5 dell'art. 73 debba essere complessiva, significa certamente abbandonare l'idea che gli stessi possano essere utilizzati dal giudice alternativamente, riconoscendo od escludendo, cioè, la lieve entità del fatto anche in presenza di un solo indicatore di segno positivo o negativo, a prescindere dalla considerazione degli altri. Ma allo stesso tempo anche che tali indici non debbano tutti indistintamente avere segno positivo o negativo.

Il percorso tracciato dal legislatore impone di considerare, infatti, anche la possibilità che tra gli stessi si instaurino rapporti di compensazione e neutralizzazione in grado di consentire un giudizio unitario sulla concreta offensività del fatto anche quando le circostanze che lo caratterizzano risultano prima facie contraddittorie in tal senso, come del resto già era stato in passato sostenuto in alcuni arresti delle Sezioni semplici (cfr., Sez. 6, n. 167 del 23/01/1992, Chorki Bouzhaïem, Rv. 189462; Sez. 4, n. 8954 del 11/05/1992, Bondi, Rv. 191643, la quale, ad esempio, ha sottolineato come la lieve entità del fatto possa essere riconosciuta anche in presenza di una non modica quantità di droga, qualora la concreta modalità e la circostanza della condotta ne ridimensionino la rilevanza penale).

All'esito della valutazione globale di tutti gli indici che determinano il profilo tipico del fatto di lieve entità, è poi possibile che uno di essi assuma in concreto valore assorbente e cioè che la sua intrinseca espressività sia tale da non poter essere compensata da quella di segno eventualmente opposto di uno o più degli altri, come per l'appunto affermato nei precedenti arresti delle Sezioni Unite. Ma è per l'appunto necessario che una tale statuizione costituisca l'approdo della valutazione complessiva di tutte le circostanze del fatto rilevanti per stabilire la sua entità alla luce dei criteri normativizzati e non già il suo presupposto.

Ed è parimenti necessario che il percorso valutativo così ricostruito si rifletta nella motivazione della decisione, dovendo il giudice, nell'affermare o negare la tipicità del fatto ai sensi dell'art. 73, comma 5, T.U. stup., dimostrare di avere vagliato tutti gli aspetti normativamente rilevanti e spiegare le ragioni della ritenuta prevalenza eventualmente riservata a solo alcuni di essi. Il che significa, come illustrato, che il discorso giustificativo deve dar conto non solo dei motivi che logicamente impongono nel caso concreto di valutare un singolo dato ostativo al riconoscimento del più contenuto disvalore del fatto, ma altresì di quelli per cui la sua carica negativa non può ritenersi bilanciata da altri elementi eventualmente indicativi, se singolarmente considerati, della sua ridotta offensività.

In tale ottica è opportuno sottolineare come anche l'elemento ponderale quello che più spesso assume un ruolo centrale nell'apprezzamento giudiziale non è escluso dal percorso valutativo implicito nella formulazione dell'art. 73, comma 5, come rivela ancora una volta proprio il raffronto dello stesso con la già evocata disposizione di cui all'art. 80, comma 2, T.U. stup.. In altri termini, anche la maggiore o minore espressività del dato quantitativo deve essere anch'essa determinata in concreto nel confronto con le altre circostanze del fatto rilevanti secondo i parametri normativi di riferimento.

Ferma la possibilità che, nel rispetto delle condizioni illustrate, tale dato possa assumere comunque valore negativo assorbente, ciò significa che anche la detenzione di quantitativi non minimali potrà essere ritenuta non ostativa alla qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 73, comma 5, e, per converso, che quella di pochi grammi di stupefacente, all'esito della valutazione complessiva delle altre circostanze rilevanti, risulti non decisiva per ritenere integrata la fattispecie in questione.

8. In forza dei principi illustrati è dunque escluso che una singola circostanza possa assumere a priori ed in astratto carattere ostativo alla qualificazione del fatto come di lieve entità, dovendo emergere, come detto, una siffatta conclusione dalla valutazione complessiva dello stesso e dalla riscontrata incapacità degli altri indici selezionati dal comma 5 dell'art. 73 di neutralizzarne la carica negativa.

Conseguentemente, non può essere condiviso quanto sostenuto nelle decisioni che hanno dato vita al primo degli orientamenti esaminati, circa la rilevanza ostativa della detenzione di sostanze eterogenee in un contesto unitario, nella misura in cui, per l'appunto, a tale circostanza viene attribuito un aprioristico significato negativo assorbente.

Precisato che tale dato della realtà non definisce la 'qualità' delle sostanze oggetto della condotta, ma attiene alle 'modalità dell'azione' evocate dalla disposizione menzionata, deve altresì osservarsi come lo stesso assunto su cui si fonda tale attribuzione – e cioè che la suddetta detenzione sarebbe espressione di un più significativo inserimento dell'agente nell'ambiente criminale dedito al traffico di stupefacenti ed esporrebbe l'interesse tutelato ad un più accentuato pericolo di lesione – degrada a mera petizione di principio se la circostanza viene astratta a pura fattispecie tipologica e non invece valutata nel concreto contesto in cui si manifesta. È infatti fin troppo agevole trarre dall'esperienza giudiziaria casi in cui il possesso contestuale di differenti tipi di stupefacente è aspetto sostanzialmente neutro, come, ad esempio, quando i quantitativi detenuti

risultino essere assai modesti ovvero la condotta dell'agente risulti per altro verso meramente occasionale.

Né, del resto, come è stato correttamente osservato in alcune pronunzie riconducibili all'indirizzo qui condiviso (v., Sez. 6, n. 46495 del 19/09/2017, Rachadi, cit. e Sez. 6, n. 29132 del 09/05/2017, Merli, cit.), il testo dell'art. 73, comma 5, autorizza interpretazioni che ne restringano l'ambito di operatività in relazione alla diversa natura dell'oggetto materiale del reato, potendosi anzi trarre dal riferimento alla quantità e qualità 'delle sostanze' (termine per l'appunto declinato al plurale) un valido argomento nel senso contrario.

Ciò non significa che il dato fattuale in questione non possa assumere una valenza negativa e che la stessa non possa essere dunque ritenuta ostativa alla configurabilità dell'ipotesi di cui all'art. 73, comma 5. Ma tali conclusioni devono, per l'appunto, rappresentare l'esito di una valutazione complessiva del fatto in concreto manifestatosi, da svolgere in relazione a tutti gli indici sintomatici enucleati dalla norma incriminatrice.

9. In risposta alla prima parte del quesito proposto con l'ordinanza di rimessione deve dunque essere formulato il seguente principio: 'La diversità di sostanze stupefacenti oggetto della condotta non è di per sé ostativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, in quanto è necessario procedere ad una valutazione complessiva degli elementi della fattispecie concreta selezionati in relazione a tutti gli indici sintomatici previsti dalla suddetta disposizione al fine di determinare la lieve entità del fatto'.

10. Venendo ora alla seconda parte del quesito appare opportuna una preliminare ricognizione dell'elaborazione giurisprudenziale in merito al tema del concorso di reati nel caso in cui l'oggetto materiale della condotta incriminata sia costituito da sostanze stupefacenti eterogenee.

Tema che, facendo riferimento alla disciplina vigente, va perimetrato alle ipotesi in cui le stesse siano catalogate in tabelle diverse, posto che quella di stupefacente è nozione legale, ancorata, per l'appunto, al sistema tabellare normativamente configurato, il quale concorre a definire l'ambito di tipicità delle diverse disposizioni incriminatrici (cfr., Sez. U, n. 9973 del 24/06/1998, Kremi, Rv. 211073; Sez. U, n. 29316 del 26/02/2015, De Costanzo, Rv. 264263). Ne consegue che la singola condotta avente ad oggetto sostanze iscritte nella medesima tabella o nel medesimo gruppo omogeneo di tabelle integra comunque un unico fatto di reato (ex multis, Sez. 6, n. 12153 del 10/10/1994, Napoli, Rv. 200068).

Ciò premesso, va ricordato che, dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 309 del 1990, la giurisprudenza era compatta nel ritenere che, nel caso di simultanea detenzione di sostanze differenti inserite nelle tabelle 1 e 3 ed in quelle 2 e 4 dell'art. 14, non fosse configurabile un concorso apparente di norme incriminatrici, bensì un'ipotesi di concorso tra i reati previsti, rispettivamente, dai commi 1 e 4 dell'art. 73, da ritenersi eventualmente avvinti sotto il vincolo della continuazione là dove ne ricorressero i presupposti (tra le tante v., Sez. 6, n. 35637 del 16/04/2003, Poppi, Rv. 226649; Sez. 4, n. 3208 del 21/02/1997, Buttazzo, Rv. 207879).

A conclusioni diametralmente opposte la Suprema Corte è invece pervenuta successivamente alle modifiche apportate dalla legge n. 49 del 2006, che, come già ricordato, aveva superato la distinzione di trattamento giuridico tra le sostanze classificate come stupefacenti, inserendole tutte nell'ambito di un'unica tabella. Coerentemente alla tradizionale posizione assunta in precedenza con riguardo ai fatti concernenti sostanze inserite in tabelle omogenee, si è dunque affermato che la contestuale detenzione di sostanze eterogenee non integrasse una pluralità di illeciti, bensì un unico reato (Sez. 6, n. 1735 del 20/12/2007, dep. 2008, Tawali, Rv. 238391; Sez. 4, n. 37993 del 09/07/2008, Isoni, Rv. 241060; Sez. 6, n. 34789 del 21/04/2008, Castioni, Rv. 241375; Sez. 4, n. 42485 del 17/07/2009, Manganiello, Rv. 245458; Sez. 6, n. 10613 del 11/02/2014, Franzoni, Rv. 259356).

Alla riviviscenza dell'originaria disciplina contenuta nell'art. 73, ad opera della più volte citata sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ha però fatto seguito il 'ripistino' dell'indirizzo interpretativo formatosi antecedentemente alla novella del 2006, favorevole alla configurazione di reati autonomi – eventualmente unificabili ai sensi dell'art. 81 c.p. – in presenza di sostanze oggetto di un distinto inquadramento tabellare (in questo senso, Sez. 4, n. 43432 del 07/10/2015, Rodriguez, Rv. 264778; Sez. 1, n. 885 del 04/11/2015, dep. 2016, Codebò, Rv. 265719; Sez. 4, n. 43464 del 01/07/2014, Lombardo, Rv. 260731; Sez. 4, n. 44808 del 26/09/2014, Madani, Rv. 260735; Sez. 6, n. 24376 del 06/03/2014, Cordone, Rv. 259154).

11. È opinione di questo Collegio che tale orientamento debba essere ribadito, pur essendo necessarie alcune puntualizzazioni.

Nella formulazione fatta rivivere dal giudice delle leggi (cfr., Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205) e successivamente integrata dagli interventi legislativi del 2013 e del 2014, l'art. 73 T.U. stup. si atteggia a norma mista cumulativa e cioè a disposizione che prevede più norme incriminatrici autonome cui corrispondono distinte fattispecie di reato.

Ognuno dei primi cinque commi contiene invece una norma a più fattispecie, atteso che negli stessi vengono tipizzate modalità alternative di realizzazione di un medesimo reato, come pacificamente riconosciuto dalla consolidata giurisprudenza di legittimità che esclude la configurabilità di una pluralità di reati nel caso di realizzazione da parte dello stesso agente, nel medesimo contesto e con riguardo allo stesso oggetto materiale, di più condotte tra quelle descritte dalle singole disposizioni (in questo senso tra le più recenti, anche successive ai rivolgimenti che hanno interessato l'art. 73, Sez. 6, n. 9477 del 11/12/2009, dep. 2010, Pintori, Rv. 246404; Sez. 3, n. 7404 del 15/01/2015, Righetti, Rv. 262421; Sez. 6, n. 22549 del 28/03/2017, Ghitti, Rv. 270266).

La previsione di autonome norme incriminatrici non esclude peraltro che sussistano rapporti di potenziale interferenza tra alcune di esse, che l'analisi strutturale delle diverse fattispecie consente di riportare al fenomeno del concorso apparente e di risolvere ricorrendo al principio di specialità. Così è, come si è già detto, per i rapporti tra la norma prevista dal comma 5 e quelle contenute nei commi precedenti, ma alle medesime conclusioni deve pervenirsi anche con riferimento alle fattispecie tipizzate dai commi 2 e 3, evidentemente speciali rispetto a quelle previste dai commi 1 e 4.

Queste ultime due non risultano invece sovrapponibili – pur nell'identità delle condotte che ne integrano l'elemento oggettivo – proprio in ragione della diversa specificazione dell'oggetto materiale che le caratterizza reciprocamente. Diversità che ancor più risalta alla luce della già evocata natura legale della nozione delle sostanze che devono qualificarsi come stupefacenti e della differenziata classificazione delle medesime operata attraverso il sistema tabellare. In tal senso si apprezza dunque la volontà del legislatore del 1990 – riattualizzata dall'intervento demolitorio del giudice delle leggi del 2014 – di configurare fattispecie autonome di reato dirette ad isolare forme (e non solo gradi) differenti di aggressione del comune fascio di interessi tutelati – in principalità la salute della collettività, ma altresì l'ordine e la sicurezza pubblica – in relazione al tipo di sostanza oggetto delle condotte incriminate.

È pur vero, inoltre, che in entrambe le disposizioni in esame l'oggetto di queste ultime è declinato al plurale ('sostanze'); declinazione che però non può essere letta disgiuntamente alla successiva specificazione della classificazione tabellare di tali 'sostanze'.

In ragione dell'evidenziata differenza strutturale tra le due fattispecie non è, dunque, possibile ritenere che il concorso tra le rispettive norme incriminatrici sia apparente invece che reale, nemmeno nel caso in cui le stesse vengano contestualmente realizzate attraverso un'unica condotta.

Ne consegue che in ogni caso i rapporti tra le medesime fattispecie nella loro formulazione vigente devono essere sempre ricondotti al fenomeno del concorso di reati, come per l'appunto unanimemente ritenuto dalla giurisprudenza delle Sezioni semplici.

Piuttosto, è opportuno evidenziare come di frequente l'ipotesi di condotte consumate in un contesto unitario, avente ad oggetto sostanze tabellarmente eterogenee, sia stata sbrigativamente ricondotta esclusivamente alla disciplina del reato continuato, senza procedere ad un corretto inquadramento del fatto per come concretamente manifestatosi. In proposito è invece opportuno ribadire, come pure già hanno fatto anche di recente alcune pronunzie (v., per tutte, Sez. 4, n. 38125 del 05/06/2014, Marletta, Rv. 260729), che nel caso in cui la condotta si riveli unica, il concorso di reati deve essere qualificato come formale, trovando conseguentemente la sua disciplina nella previsione di cui all'art. 81, primo comma, c.p., senza che debba essere acquisita pertanto la prova di un disegno criminoso unitario al fine di applicare il cumulo giuridico sanzionatorio stabilito dalla richiamata disposizione, giacché questo è sostanzialmente presunto dalla disposizione citata. Qualora, per converso, siano enucleabili condotte distinte riferibili alle diverse tipologie di stupefacente, sarà ovviamente compito del giudice stabilire se sussistano o meno i presupposti per ricondurre il concorso materiale dei reati configurabile nella specie alla disciplina di cui al secondo comma della disposizione da ultima citata.

12. A questo punto è necessario stabilire se e quando sia configurabile il concorso tra i reati previsti dai commi 1, 4 dell'art. 73 e quello di cui al successivo comma 5 del medesimo articolo.

Non è dubbio che condotte consumate in contesti diversi – e che non abbiano ad oggetto il medesimo quantitativo di stupefacente od una sua partizione realizzano fatti autonomi e che, qualora uno degli stessi possa essere qualificato di lieve entità, i reati rispettivamente integrati concorrono e, sussistendone i presupposti, possono essere unificati ai fini ed ai sensi dell'art. 81, secondo comma, c.p., anche a prescindere dalla omogeneità od eterogeneità delle sostanze che ne costituiscono l'oggetto.

La consumazione in tempi diversi, ma in unico contesto di più condotte tipiche (inevitabilmente diverse tra loro) in riferimento al medesimo oggetto materiale (inteso nella sua identità naturalistica) integra invece un unico fatto di reato, atteso che, come già ricordato, quelle contenute nei commi 1 e 4 dell'art. 73 T.U. stup. sono norme miste alternative. La loro eventuale convergenza con la disposizione del comma 5 sull'unico fatto configurabile determina poi un

concorso apparente tra norme incriminatrici che, come pure si è già illustrato, deve essere risolto in favore di quest'ultimo qualora il fatto medesimo venga ritenuto di lieve entità.

La fattispecie per cui è processo è, invece, quella in cui sostanze tabellarmente eterogenee sono oggetto di una condotta che deve essere valutata unitariamente, in relazione alla quale l'ordinanza di remissione evoca la possibilità di configurare il concorso formale tra reati, uno dei quali eventualmente qualificabile ai sensi del menzionato art. 73, comma 5.

L'ipotesi che viene formulata dai giudici rimettenti è in definitiva quella per cui dovrebbe essere possibile valutare la lieve entità di una parte del 'fatto' prescindendo dall'altra ovvero dalla loro contestualità. Ipotesi che è stata apparentemente ripresa da una recente sentenza in relazione ad una fattispecie sostanzialmente sovrapponibile a quella odierna (Sez. 4, n. 40294 del 05/06/2018, Schiraldi). Secondo tale pronuncia, a seguito del ripristino ad opera del giudice delle leggi della originaria dicotomia nei commi 1 e 4 dell'art. 73 tra l'incriminazione delle condotte relative alle droghe c.d. 'pesanti' e quelle ad oggetto le droghe c.d. 'leggere', la stessa sarebbe riproposta anche nel successivo comma 5 (come riformulato nel 2013 e nel 2014) attraverso il richiamo ai 'fatti previsti dal presente articolo' e ciò imporrebbe 'una valutazione separata delle singole condotte connotate dal peculiare e diverso oggetto materiale'.

13. Tale assunto non appare del tutto condivisibile. Si è infatti stabilito in precedenza che il giudizio sulla tipicità del fatto ai sensi del comma 5 dell'art. 73 deve essere frutto di una valutazione complessiva condotta utilizzando tutti gli indicatori selezionati da tale disposizione.

Nella fattispecie data non è conseguentemente possibile isolare la condotta relativa ad un tipo di stupefacente senza considerare il contesto in cui la stessa è stata realizzata, poiché in tal modo si finirebbe per non valutare le circostanze e le modalità dell'azione e quindi, in definitiva, per contravvenire all'indicazione normativa.

In tal senso risulta dunque tutt'altro che irrilevante la simultanea detenzione di altro tipo di stupefacente, modalità del fatto che deve essere necessariamente valutata ai fini della sua qualificazione, senza che, come detto, costituisca elemento di per sé ostativo ad una qualificazione giuridica più favorevole. Sarà dunque necessario soppesare se tale circostanza assuma valore assorbente rispetto agli elementi ritenuti espressivi della lieve entità ovvero se questi siano in grado di compensarne la carica negativa o altresì influenzare la valutazione sull'effettiva entità della violazione consumata attraverso la detenzione dell'altra tipologia di stupefacente.

Non può poi in astratto escludersi l'ipotesi che tale valutazione possa portare in alcuni casi a scindere la qualificazione giuridica del fatto anche nel senso di riconoscere che una delle violazioni registrate debba essere ricondotta all'art. 73, comma 5. Ed in tal caso, stante l'elevazione di tale ultima fattispecie a titolo autonomo di reato, non vi è ragione per escludere la possibilità che questo si ponga in concorso formale o in continuazione con uno di quelli previsti dai commi precedenti. Ma non può negarsi che, attesa l'unitarietà del contesto, in concreto l'esito più comune di tale valutazione risulterà quello per cui tutto il fatto nel suo complesso considerato venga o meno ritenuto di lieve entità, configurandosi in tale ultimo caso il concorso tra il reato di cui al primo comma e quello previsto dal quarto comma del citato art. 73.

Non possono essere dunque condivisi i dubbi in proposito espressi dall'ordinanza di rimessione circa l'eventualità che, come nel caso del genere, una volta esclusa alla luce della valutazione complessiva la lieve entità del fatto, nel procedere alla determinazione del trattamento sanzionatorio debba qualificarsi come più grave la violazione relativa alla detenzione di un quantitativo minore di stupefacente. Ciò in quanto, si ripete, il concreto disvalore della singola violazione nella situazione considerata non è legata esclusivamente al dato ponderale dello stupefacente detenuto. Considerazione che ovviamente deve valere anche nel senso opposto, per cui l'indice quantitativo non può concentrare negativamente la valutazione sull'offensività del fatto qualora il relativo dato non sia (motivatamente) ritenuto oggettivamente espressivo in tal senso per le sue implicazioni logiche, tali da svalutare il significato eventualmente positivo delle altre circostanze rilevanti del fatto.

14. Da ultima deve essere affrontata la questione – invero solo incidentalmente sollevata dall'ordinanza di rimessione – circa la possibilità che la detenzione contestuale di diverse tipologie di stupefacente comunque riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 73, comma 5, T.U. stup. dia luogo ad una pluralità di reati in concorso formale (o in continuazione) tra loro.

In definitiva ciò che si assume – come in maniera più esplicita ha affermato la citata sentenza Schiraldi – è che quella richiamata sia una norma mista cumulativa, che avrebbe inglobato in maniera simmetrica la dicotomia delle incriminazioni previste dal primo e quarto comma dello stesso articolo attraverso il rinvio ai 'fatti' ivi previsti, prevedendo pertanto due autonome fattispecie incriminatrici.

Si tratta di assunto che non può essere accolto e che invero – seppure in maniera sostanzialmente assertiva – già è stato respinto da un recente filone interpretativo formatosi

all'interno della giurisprudenza di legittimità, al quale deve essere data continuità, ancorché con alcune precisazioni (cfr., Sez. 4, n. 36078 del 06/07/2017, Dubini, Rv. 270806; Sez. 3, n. 22398 del 26/01/2018, Allali, Rv. 272997).

Come già ampiamente ricordato, il vigente comma 5 dell'art. 73 prevede un trattamento sanzionatorio unico ed indifferenziato in relazione alla tipologia di stupefacente oggetto delle condotte incriminate in maniera autonoma dalla suddetta disposizione. Se, come sostenuto nell'ordinanza di rimessione, la riformulazione in tal senso della norma operata dal decreto-legge n. 146 del 2013 poteva effettivamente ritenersi coerente alla corrispondente scelta 'unificatrice' operata dalla riforma del 2006, non può trascurarsi come il decreto-legge n. 36 del 2014 – fonte ultima, come già ricordato, del testo vigente della disposizione sia intervenuto successivamente alla più volte citata pronuncia della Corte Costituzionale e, dunque, nella piena consapevolezza della riviviscenza dell'originario testo dei commi 1 e 4 dell'art. 73. Ciononostante, il legislatore ha ritenuto di confermare l'opzione per il regime sanzionatorio indifferenziato, senza distinguere ciò che invece le altre norme incriminatrici richiamate dallo stesso comma 5 invece distinguono, senza cioè operare riferimento alcuno alla diversa classificazione delle sostanze.

Non solo. L'intervento legislativo del 2014 – come pure si è già ricordato – si è limitato a ridimensionare ulteriormente la comminatoria di pena introdotta solo l'anno precedente, riproponendo però gli esatti limiti edittali previsti nel 1990 per quella che allora era la fattispecie attenuante relativa alle droghe c.d. 'leggere'.

La stessa formulazione della disposizione in esame impedisce dunque di ritenere che essa preveda distinte e differenziate ipotesi di reato in ragione della classificazione tabellare della sostanza oggetto delle condotte incriminate, tanto più che la stessa elevazione della fattispecie ad incriminazione autonoma e la scelta di livellare il trattamento sanzionatorio nel senso indicato, rivelano l'intenzione del legislatore di considerare comunque il fatto, se di lieve entità, in maniera unitaria, anche quando ha ad oggetto sostanze eterogenee. Scelta che appare coerente al concreto disvalore di un fatto che viene considerato, per l'appunto, lieve alla luce di una pluralità di parametri, la cui valutazione positiva ha già evidentemente consentito di non attribuire alla presenza di sostanze di natura diversa un significato particolarmente rilevante.

Né può essere condiviso quanto osservato in senso contrario nella citata sentenza Schiraldi. Infatti, la legge n. 162 del 1990 – cui come si è detto si deve l'originaria formulazione della norma, recepita, nella parte qui di interesse, anche dal legislatore del 2014 – aveva configurato due

differenti fattispecie attenuanti in ragione della diversa natura delle sostanze oggetto delle condotte incriminate nei precedenti commi. Ma non già attraverso il rinvio ai 'fatti previsti dal presente articolo', bensì in forza dell'autonoma differenziazione dei regimi sanzionatori e dell'esplicito riferimento degli stessi alla classificazione tabellare delle sostanze considerate. Dunque, il comma 5 dell'art. 73 prevede un'unica fattispecie incriminatrice, cui consegue la configurabilità di un unico reato quando nel medesimo contesto la condotta realizzata abbia ad oggetto sostanze tabellarmente eterogenee.

15. In conclusione devono essere formulati i seguenti ulteriori principi:

- l'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, così come riformulato dal decreto-legge 20 marzo 2014 (convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 79), prevede un'unica figura di reato, alternativamente integrata dalla consumazione di una delle condotte tipizzate, quale che sia la classificazione tabellare dello stupefacente che ne costituisce l'oggetto;

- la detenzione nel medesimo contesto di sostanze stupefacenti tabellarmente eterogenee, qualificabile nel suo complesso come fatto di lieve entità ai sensi dell'art. 73, comma 5, del d. P.R. n. 309 del 1990, integra un unico reato e non una pluralità di reati in concorso tra loro'.

16. Passando all'esame dei motivi di ricorso se ne deve rilevare l'inammissibilità.

Generiche e manifestamente infondate si rivelano le censure del ricorrente. Infatti, la Corte territoriale, contrariamente a quanto sostenuto nei motivi d'impugnazione, ha comunque fatto corretta applicazione dei principi sostenuti dall'orientamento giurisprudenziale evocato nel ricorso e qui ribaditi, procedendo in realtà ad una valutazione complessiva degli aspetti del fatto rilevanti ai sensi dell'art. 73, comma 5, T.U. stup. Alla luce di quanto affermato in precedenza, correttamente i giudici dell'appello hanno altresì considerato, con riferimento alla detenzione della cocaina, il contesto complessivo di consumazione della condotta, tenendo conto anche – ma non solo – della simultanea detenzione di quantitativi significativi di altre sostanze. Destituita di fondamento è dunque l'obiezione per cui la sentenza impugnata avrebbe escluso a priori la configurabilità dell'ipotesi di lieve entità soltanto in ragione del riscontrato possesso contestuale di sostanze eterogenee. Ma altresì quella – invero adombrata soprattutto nell'ordinanza di rimessione – per cui i giudici del merito avrebbero fondato la propria decisione sulla base della ritenuta incompatibilità tra la fattispecie di lieve entità ed il ricorso ad una seppure rudimentale organizzazione. Anche sotto questo profilo, la Corte territoriale ha invece legittimamente tenuto conto del dato, posto che il condivisibile principio ricavabile dal comma 6 dell'art. 74 T.U. stup. – e cioè che la predisposizione

di un'organizzazione di mezzi non è di per sé incompatibile con l'affermazione della lieve entità del fatto – non comporta l'assoluta irrilevanza della circostanza ai fini della valutazione complessiva del fatto, ma soltanto che la stessa non assume un aprioristico valore negativo assorbente.

Le censure del ricorrente si rivelano altresì generiche, nella misura in cui si limitano ad eccepire in maniera del tutto assertiva la espressività delle circostanze del fatto nel senso della lieve entità del fatto, traducendosi in definitiva nel tentativo di sollecitare il giudice di legittimità ad una rivalutazione del merito della decisione, senza evidenziare effettivi limiti logici della motivazione della sentenza. Né meno generica è, infine, l'obiezione relativa al difetto di prova autonoma dello svolgimento dell'attività di spaccio nei pressi del bar dove l'imputato è stato sorpreso dagli operanti, circostanza inferita dai giudici del merito in maniera tutt'altro che illogica sulla base degli altri dati fattuali considerati.

17. Alla declaratoria di inammissibilità del ricorso consegue dunque, ai sensi dell'art. 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali e al versamento della somma, ritenuta congrua, di Euro duemila alla cassa delle ammende.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali ed al pagamento della somma di duemila Euro alla cassa delle ammende.

FRANCESCO ALVINO

L'art. 570-bis c.p.: quale tutela allo stato per i figli di genitori non coniugati a fronte dell'omesso versamento dell'assegno di mantenimento

1. Prima dell'art. 570-bis c.p.: il quadro normativo e gli assetti giurisprudenziali.

Sino all'attuazione del principio della c.d. *riserva di codice*, ad opera del D. L.vo. 1 marzo 2018 n. 21 -in vigore dal 6 aprile 2018-¹, il rilievo penale della condotta del genitore già convivente *more uxorio* che non versasse in favore della prole nata al di fuori del matrimonio l'assegno di mantenimento era il frutto di una elaborazione giurisprudenziale, in via di definitiva stabilizzazione, che, alle prese con gli interventi normativi che avevano interessato la materia, era infine pervenuta, nelle più recenti affermazioni, a parificare la condizione del genitore già coniugato a quella del genitore non coniugato, ravvisando il reato di omesso versamento dell'assegno periodico di cui all'art. 12-sexies l. 1 dicembre 1970, n. 898 (richiamato dall'art. 3 l. 8 febbraio 2006 n. 54), anche in ipotesi di violazione degli obblighi di natura economica nei confronti della prole naturale successivamente alla cessazione del rapporto di convivenza non coniugale².

In assenza di norme di diretta incriminazione, la conclusione cui da ultimo era giunta la giurisprudenza di legittimità muoveva dal combinato disposto dell'art. 12-sexies l. 898 cit. [che in tema di divorzio disponeva che “*al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli articoli 5 e 6 della presente legge si applicano le pene previste dall'articolo 570 del codice penale*”] e dell'art. 3 l. 54 cit., che, dettando “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”, espressamente prevedeva che “*in caso di*

¹ Il principio è enunciato dall'art. 3 bis c.p., introdotto dall'art 1 D. L.vo 21/2018, a mente del quale “*nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*”: la norma -che, nel limitare la legiferazione penale nelle sedi extracodicistiche ai soli interventi normativi che disciplinano organicamente la materia, sembra in realtà introdurre una *riserva di codici*- per le implicazioni costituzionali che sottende -la conoscibilità del precetto penale, da un lato, e la rieducatività della pena dall'altro (cfr. *infra*), valori che rimandano immediatamente agli artt. 25 e 27 Cost.- si pone quale norma di indirizzo per lo stesso legislatore ordinario, aspirando a razionalizzarne la futura attività legiferativa.

² Cfr. tra le altre, Cass., sez. VI, 6 aprile 2017, n. 25267, Rv. 270030, ad avviso della quale “*in tema di reati contro la famiglia, il reato di omesso versamento dell'assegno periodico per il mantenimento, educazione e istruzione dei figli, previsto dall'art.12-sexies l. 1 dicembre 1970, n. 898 (richiamato dall'art. 3 della l. 8 febbraio 2006 n. 54), è configurabile non solo nel caso di separazione dei genitori coniugati, ovvero di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, ma anche in quello di violazione degli obblighi di natura economica derivanti dalla cessazione del rapporto di convivenza*”; in senso conforme Cass., sez VI, 31 gennaio 2018, n. 12393.

violazione degli obblighi di natura economica si applica l'art. 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898": a fronte di una disciplina apparentemente dedicata alla criminalizzazione delle condotte inadempienti rispetto al versamento dell'assegno in favore della prole da parte del solo genitore separato o divorziato, l'estensione della fattispecie incriminatrice alle condotte inadempienti poste in essere dal genitore convivente *more uxorio* traeva argomento, nel giudizio della Corte di legittimità, dal disposto di cui all'art. 4 l. 54 cit., che, nel dichiarare applicabili le disposizioni della l. 54 cit. anche "ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", richiamava necessariamente anche il disposto di cui all'art. 3 l. 54 cit. ampliandone il campo di operatività, includendovi le condotte inosservanti degli obblighi economici nei confronti della prole naturale. L'argomento letterale³, nell'interpretazione della Corte, si univa a quello sistematico, che, nell'economia della decisione, assumeva una innegabile -e peraltro espressa- consistenza: differenziare il regime di tutela penale, quanto alle condotte agite nei confronti della prole, in ragione della preesistenza di un vincolo coniugale, avrebbe comportato una ingiustificata disparità trattamentale, dissonante rispetto alla "tendenza perequativa che ha connotato i più recenti sviluppi nell'ambito civile⁴ e perciò distonica rispetto a principi ormai sedimentati nel comune sentire e di assai dubbia conformità sul piano della legittimità costituzionale", risolvendosi, di conseguenza, in una interpretazione antisistematica, non imposta e anzi contraddetta -come ricordato- dal dato letterale. La disparità che l'avversato orientamento sembrava avallare discendeva, in particolare, dal vuoto di tutela che avrebbe subito la prole generata al di fuori del vincolo matrimoniale, in soccorso della quale, in ipotesi di omessa prestazione dei mezzi economici da parte del genitore, sarebbe intervenuta la sola norma di incriminazione posta dall'art. 570, comma secondo, n. 2, c.p.,

³ Nel confrontarsi con un precedente difforme -Cass., Sez. VI, 7 dicembre 2016 – dep. 2017, n. 2666- peraltro, la Corte ne sottoponeva a riesame critico anche il principale argomento interpretativo, rappresentato dalla valorizzazione della locuzione impiegata dal legislatore nell'art. 4 l. 54/2006, che, nell'estendere l'applicabilità delle disposizioni della l. 54 cit., individuava, quale *sedes materiae* di destinazione, i "procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", formula che il precedente arresto, sulla scorta di un'interpretazione eminentemente letterale, riferiva ai soli "procedimenti" civili di cui all'art. 2 l. 54 cit. e non anche all'insieme della legge, comprensivo degli aspetti penali, trascurando, tuttavia -come puntualizzato dalla richiamata e più recente giurisprudenza di legittimità- che il riferimento ai "procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati" tradisse in realtà "la difficoltà del legislatore di individuare una diversa locuzione", tanto più che lo stesso legislatore, nel risistemare, riscrivendo gli artt. da 155 a 155 sexies c.c., la materia della responsabilità genitoriale, in modo da neutralizzare disparità di trattamento tra la prole nata in costanza di matrimonio e la prole nata al di fuori del vincolo, titolava il Capo II Libro IX del codice civile "Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio, ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio", impiegando una formula pressoché sovrapponibile a quella utilizzata dalla l. 54 cit.

⁴ Il riferimento è, in primis, al D. L.vo 28 dicembre 2013, n. 154, recante "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 legge 10 dicembre 2012, n. 219".

disposizione, come noto, diretta ad incriminare le sole condotte irrispettose degli obblighi di natura economica⁵, che si traducano nel venir meno dei mezzi di sussistenza alla prole di età minore⁶, e non anche le condotte inadempienti di minore offensività.

2. L'introduzione dell'art. 570-bis c.p.

Nell'esercizio della delega di cui alla l. 23 giugno 2017, n. 103 (cd. legge Orlando), ai fini dell' *"attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena"* (art. 1, comma 85, lett. q., l. 103 cit.), entrambe le disposizioni sulle quali la giurisprudenza più recente aveva edificato il principio della perequazione penale -quanto alla incriminabilità degli obblighi economici inadempiti nei confronti della prole- sono state abrogate. Il D. L.vo 1 marzo 2018, n. 21, invero, ha abrogato sia l'art. 12-sexies l. n. 898/1970, sia l'art. 3 l. n. 54/2006 (art. 7, comma 1, lett. b) e o), D. L.vo n. 21/2018); entrambe le disposizioni sono confluite nella norma, di nuova introduzione, di cui all'art. 570-bis c.p., ai sensi del quale *"le pene previste dall'art. 570 c.p. si applicano al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli"*. L'abrogazione delle norme di richiamo e l'introduzione di una norma che, nell'illustrazione dell'autore della condotta, si riferisce espressamente al solo coniuge -e non anche al genitore non coniugato-, rendono obiettivamente problematica la sopravvivenza dell'orientamento interpretativo affacciatosi nella più recente giurisprudenza di legittimità, di cui sembrano confutare alla radice le basi argomentative: la delimitazione al solo coniuge -e non anche al genitore non coniugato- del possibile autore della condotta criminosa appare argomento letterale difficilmente superabile, se non al prezzo di una interpretazione creativa di dubbia praticabilità; del pari, la soppressione dell'art. 3 l. n. 54/2006, che, come ricordato, incriminava l'omessa corresponsione dell'assegno da parte del genitore separato, sembra mutilare il richiamo operato dal successivo art. 4, che, nell'estendere la disciplina recata dalla stessa l. n. 54 ai figli di genitori non coniugati, nell'attuale versione del testo legislativo non consente, in apparenza, alcuna osmosi della disciplina regolativa degli aspetti penali della separazione, espunta dalla sede richiamata.

⁵ Cfr. in ordine all'interpretazione dell'art. 570 c.p., ed al rapporto tra i primi due commi di cui si compone la disposizione, Cass., SS. UU., 31 gennaio 2013, n. 23866.

⁶ Cfr., tra le molte, Cass., sez. VI, 28 marzo 2012, n. 13900.

Nell'inedita cornice legislativa, appare utile, ad avviso di chi scrive, saggiare la tenuta e la plausibilità di tale opzione interpretativa⁷ anche alla luce della natura della delega legislativa, la cui attuazione ha infranto il quadro normativo su cui la giurisprudenza aveva eretto il principio di sostanziale parificazione, ai fini penali, delle condotte inottemperanti agli obblighi di natura economica nei confronti della prole, anche se nata fuori dal matrimonio.

La delega attuata con il D. L.vo 21/2018⁸ appariva finalizzata -come del resto fatto palese dalla collocazione *tassonomica* della delega, che il legislatore delegante in effetti confinava alla materia penitenziaria in ragione del nesso ravvisabile tra la più agevole accessibilità dei precetti, conseguente al riordino delle disposizioni incriminatrici disseminate lungo gli assi, spesso impervi, della legislazione speciale, e “*l’effettività della funzione rieducativa della pena*” (art. 1, comma 85, lett. q., l. 103 cit.)⁹- ad una mera ricatalogazione delle fattispecie incriminatrici, attraverso “*l’inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione [...]*” (art. 1, comma 85, lett. q., l. 103 cit.); alla delega non si accompagnava pertanto il conferimento di poteri *dispositivi* al legislatore delegato, cui era conseguentemente precluso ogni intervento che rimodulasse l’area della punibilità tracciata dalle disposizioni oggetto di riordino: in tal senso, peraltro, la stessa *Relazione illustrativa* al D. L.vo 21/2018, nel ribadire la natura eminentemente formale e compilativa della codificazione, segnalava come il prodotto legislativo non avesse interessato “*le scelte incriminatrici già operate dal Legislatore*”¹⁰. Del resto, l’assenza di criteri direttivi, da parte del legislatore delegante, che orientassero l’esercizio dell’azione legislativa delegata nella rideterminazione dei contenuti precettivi della norme interessate dalla riclassificazione, è circostanza che convince definitivamente della neutralità dell’opera codificativa demandata al legislatore delegato.

⁷ Cfr., per l’espressa affermazione dell’abrogazione dell’incriminazione risultante dal combinato disposto di cui agli artt. 3 e 4 l. n. 54/2006, 12-sexies l. n. 898/1970 e 570 c.p., Trib. Treviso, sent. 17 aprile 2018, n. 554, Giud. Vettoruzzo.

⁸ Per riflessioni, a prima lettura, cfr. S. Bernardi, *Il nuovo principio della “riserva di codice” e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018.

⁹ Manifesta perplessità sulla reale utilità del principio della riserva di codice, rispetto agli obiettivi che il legislatore delegante si prefiggeva nel prefigurare una codificazione di ritorno, M. Papa, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 15 maggio 2018.

¹⁰ La *Relazione* è consultabile tramite il link *Principio della riserva di codice: in G.U. il decreto attuativo* in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2018.

La natura e la finalità della delega legislativa non possono evidentemente non orientare l'interprete; nel rispetto del criterio interpretativo della *ratio legis* e in accordo ai limiti funzionali ed operativi imposti al legislatore delegato, l'estromissione della norma incriminatrice -l'art. 3 l. n. 54/2006- dal contesto regolativo di origine non sembra manifestare reale valore normativo, in quanto inidonea, in ragione della -pressoché letterale- riproposizione della fattispecie all'interno del codice, a produrre conseguenze interpretativamente rilevanti. Il ricollocamento della norma, in altri termini, non riflette -neppure inconsapevolmente- la riconsiderazione, da parte del legislatore, degli equilibri impliciti alle preesistenti scelte di penalizzazione, ma persegue, meno ambiziosamente, una organicità che la dispersione delle norme incriminatrici certamente non favoriva. In tale contesto, un'interpretazione che riconoscesse all'abrogazione dell'art. 3 l. n. 54/2006 un valore non meramente ordinativo ma vi leggesse l'*estinzione* dell'incriminazione delle condotte genitoriali inadempienti rispetto agli obblighi economici nei confronti della prole naturale -quasi che la perequazione dei presidi penali in favore della prole dipendesse dal dato della coesistenza delle due disposizioni all'interno del medesimo plesso normativo e non esprimesse, piuttosto, una scelta di sistema, irrettrabile da parte di una codificazione meramente formale- colliderebbe frontalmente con l'espressa *intentio legis*, e solleverebbe seri dubbi di legittimità costituzionale -in disparte il sindacato in merito alla discriminatorietà dei rispettivi trattamenti- quanto all'eccesso -o, più propriamente alla carenza- di delega, da parte di un legislatore che ha tradito il mandato conferitogli¹¹.

Le premesse considerazioni sembrano contrastare efficacemente i due principali argomenti in linea teorica ostativi all'affermazione della perdurante validità della parificazione delle tutele penale invocabili a favore della prole cui il genitore non corrisponda quanto dovuto. In questa prospettiva, il riferimento che l'art. 570-bis c.p. opera al "*coniuge*", nella descrizione dell'autore del reato -secondo il modello di incriminazione tipico dei c.d. *reati propri*-, altro non riflette se non il doveroso ossequio, da parte del legislatore delegato, alle direttive impartite in sede di delega: come ricordato, la ricollocazione delle norme incriminatrici all'interno del codice non poteva alterarne i contenuti, conseguentemente, il testo dell'art. 570-bis c.p. non poteva non ripetere pedissequamente -al netto dei correttivi dovuti alla confluenza entro una medesima disposizione di due fattispecie di incriminazione, quali, in origine gli artt. 12-sexies l. 898/70 e 3 l. 54/2006- il tenore delle norme

¹¹ Cfr. Corte cost. 5/2014, quanto alla sindacabilità, anche *in malam partem*, dell'abrogazione di una norma incriminatrice da parte di un decreto legislativo adottato in carenza o in eccesso di delega.

abrogate, che, nella caratterizzazione dell'agente, si riferivano esclusivamente al coniuge. Del pari, la soppressione dell'art. 3 l. 54/2006 è il naturale riflesso della trasposizione della norma all'interno del codice e non anche il portato di una rivisitazione della disciplina, interdetta al legislatore delegato; il legislatore si è limitato ad eradicare la disposizione dal plesso normativo ove in origine figurava, trasferendone il contenuto in altra sede: non v'è stata alcuna cesura, nella continuità applicativa della fattispecie; l'abrogazione ha interessato la norma ma non anche la disposizione, che, ad avviso di chi scrive, non può non aver mantenuto, intatte, le interazioni sistematiche con il contesto disciplinare di origine -e quindi con l'art. 4 l. 54/2006, non abrogato-, interazioni non incise dall'opera di codificazione *a saldi invariati* cui dava corso il legislatore delegato.

Del resto, il permanente dialogo tra gli artt. 3 e 4 l. 54/2006 sembra confermato, letteralmente, dalle stesse norme di raccordo, annotate in calce al D. L.vo 21/2018; invero, dispone l'art. 8 D. L.vo 21/2018 che "*i richiami alle disposizioni abrogate dall'art. 7 [tra le quali, evidentemente, figura la disposizione di cui all'art. 3 l. 54/2006], ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del codice penale come indicato dalla tabella A allegata al presente decreto*", tabella che, a sua volta, raccorda l'art. 570-bis c.p. agli artt. 12-sexies l. 898/70 e 3 l. 54/2006: la disposizione, nel coordinare il *novum* con il preesistente quadro disciplinare, in modo da preservare le correlazioni sistematiche che, nella reticolarità dell'ordinamento, interessavano le disposizioni escisse dalla precedente sede normativa, si pone quale tramite normativo, che interponendosi tra l'art. 570-bis c.p. e l'art. 4 l. 54/2006 legittima doverosamente, attesa la *littera legis*, un'interpretazione che, tuttora, riferisca il richiamo che l'art. 4 l. 54/2006 operava -anche- all'art. 3 l. 54/2006, all'attuale art. 570-bis c.p., assicurando la piena continuità normativa del duplice disposto di cui agli artt. 3 e 4 l. 54/2006, e rassicurando d'altro lato anche in ordine al rispetto del principio di legalità, cui, come noto, soggiace -segnandone peraltro i confini di praticabilità- ogni esperimento interpretativo in materia penale.

Le considerazioni esposte sembrano fugare i dubbi di costituzionalità di una disciplina, apparentemente discriminatoria, che la giurisprudenza di merito ha sollevato, rimettendo gli atti al Giudice delle Leggi¹².

3. Rapporti con l'art. 570 c.p.; conseguenze applicative.

¹² Cfr. App. Trento, sez. penale, ordinanza 21 settembre 2018.

La persistente incriminabilità ai sensi degli artt. 570-bis c.p. e 4 l. 54/2006 delle condotte del genitore inadempiente rispetto al versamento delle somme dovute ai figli nati fuori dal matrimonio introduce al tema dei possibili rapporti con la norma incriminatrice -apparentemente interferente- di cui all'art. 570 c.p., che, nel primo comma, sanziona -per quanto qui interessa- la condotta del genitore che si sottragga agli “*obblighi di assistenza inerenti la responsabilità genitoriale*” e, nel secondo, la condotta del genitore che faccia “*mancare ai discendenti i mezzi di sussistenza*”. Come ricordato, gli obblighi di assistenza cui si riferisce il primo comma della disposizione sono stati tradizionalmente limitati ai soli obblighi di assistenza morale, e non anche materiale, la violazione dei quali nell'interpretazione consolidata della norma assumeva rilevanza penale -ai sensi del comma secondo della disposizione- esclusivamente nell'ipotesi in cui avesse determinato, in danno della prole, il venir meno dei mezzi di sussistenza¹³. La lettura dicotomica della disposizione è stata, tuttavia, superata da Cass. SS.UU. 31 gennaio 2013, n. 23866 cit. -singolarmente non massimata sul punto- che, nel rispondere al quesito relativo all'individuazione del trattamento sanzionatorio applicabile alla fattispecie di cui all'art. 12-sexies l. 898/1970, norma che, come noto, rinviava, *quoad poenam*, indistintamente all'art. 570 c.p., hanno espressamente affermato che “*rientra nella tutela penale apprestata dall'art. 570, comma 1, c.p. [...] la violazione dei doveri di assistenza materiale di coniuge e di genitore*”, doveri la cui ampiezza è tale da specificarsi nell'obbligo, per il genitore, di corrispondere “*ad una molteplicità di esigenze, non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, all'assistenza morale e materiale, alla opportuna predisposizione di una stabile organizzazione domestica, idonea a rispondere a tutte le necessità di cura e di educazione*”. L'estensione della sfera di tipicità oggettiva segnata dall'art. 570, comma 1, c.p., conseguente all'intervento del giudice nomofilattico nella più autorevole composizione, ne ha ampliato lo spettro applicativo sino a inglobarvi, nella sostanza, anche le condotte inadempienti sanzionate dall'art. 570-bis c.p. -anche in combinato disposto con l'art. 4 l. 54/2006, ove si ritengano plausibili le premesse argomentazioni-, le quali si traducono necessariamente -ad eccezione delle sole violazioni di minima offensività- nell'elusione, da parte del genitore, degli obblighi di assistenza materiale della prole, astrattamente sanzionabili anche ai sensi dell'art. 570 c.p.; del resto, a testimoniare la contiguità -se non la sovrapposibilità- delle due fattispecie, nel giudizio della Corte, militava l'affinità criminologica delle condotte sanzionate dagli artt. 570, comma 1, c.p. -come reinterpretato- e 12-sexies l. 898/1970, affinità che

¹³ Cass., sez. VI, 13 marzo 2012 n. 12306; in senso conforme Cass., sez. VI, 11 febbraio 1998, n. 2681.

rappresentava il principale snodo argomentativo a sostegno della conclusione per cui il rinvio, *quoad poenam* operato dall'art. 12-sexies cit. all'art. 570 c.p., dovesse intendersi riferito al trattamento sanzionatorio posto dal primo e non dal secondo comma della disposizione codicistica, che contempla una fattispecie il cui disvalore è certamente superiore rispetto alla mera violazione degli obblighi assistenziale, interessando la stessa disponibilità di mezzi di sussistenza da parte della prole.

L'interferenza tra le disposizioni in apparente conflitto si risolve, in applicazione del consueto criterio di risoluzione del contrasto internormativo posto dall'art. 15 c.p., riconoscendo la prevalenza della disposizione speciale, che nel caso, è, evidentemente, quella posta dagli artt. 4 l. 54/2006 e 570-bis c.p., che, a differenza della disposizione concorrente, specifica puntualmente l'obbligo assistenziale, nei confronti della prole, la cui inosservanza è incriminata. Il rapporto concentrico tra le due disposizioni induce peraltro a ritenere che, in assenza della norma speciale, le relative condotte sarebbero comunque sanzionate, ex art. 570, comma 1, c.p.; la sussidiarietà della norma generale, il cui trattamento sanzionatorio, peraltro, la norma speciale richiama, non priva in ogni caso di rilevanza la questione affrontata nel presente scritto; si rinvengono, invero, almeno due punti che differenziano l'apparato disciplinare speciale rispetto a quello comune e che giustificano la necessità anche pratico-operativa della esatta individuazione del formante normativo di incriminazione della condotta: il primo attiene alla procedibilità, atteso che il fatto di reato di cui all'art. 570-bis c.p. - anche in combinato disposto con l'art. 4 l. 54/2006 - è procedibile d'ufficio e non a querela di parte, a differenza della violazione di cui all'art. 570, comma 1, c.p.¹⁴; il secondo attiene alla estensibilità della tutela apprestata dall'art. 570-bis c.p. anche ai figli maggiorenni cui sia stata riconosciuta ex art. 337 septies c.c. la corresponsione di un assegno da parte del genitore¹⁵. Quanto all'ultimo punto, non è di ostacolo, ad avviso di chi scrive, la formulazione letterale della norma che, nel sanzionare penalmente il “coniuge” che “viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli”, sembra limitarne lo spettro applicativo alla sola prole di età minore, per la quale soltanto è, evidentemente, a discorrersi di “affidamento condiviso”; invero, il richiamo del legislatore non è, propriamente, all'istituto

¹⁴ Cfr., in relazione all'art. 3 l. 54/2006, Cass., sez. VI, 27 aprile 2017 n. 23794.

¹⁵ Cfr. Cass., sez. VI, 13 giugno 2013 n. 34080, quanto all'affermazione per cui gli obblighi codificati dall'art. 570, commi I e II, c.p. vengono meno con il raggiungimento della maggiore età; in senso conforme, Cass., sez. VI, 30 settembre 2014 n. 41832; la disparità di disciplina non appare irragionevole, in ragione della maggiore vulnerabilità, anche economica, di cui risente la prole di genitori non più uniti, la cui conflittualità del resto spesso si gioca sul terreno del ricatto economico nei confronti dei figli pur se maggiorenni.

civilistico dell'affidamento condiviso, quanto piuttosto al *corpus* normativo che introduceva l'istituto, *corpus* nel quale coesistevano, sin dall'origine, anche le disposizioni a favore dei figli maggiorenni non autosufficienti¹⁶: in tal senso depone il testuale richiamo, da parte dell'art. 570-bis c.p., dello stesso "sottotitolo" della legge 8 febbraio 2006, n. 54 -"*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*"- recante il *corpus* di cui si è detto; del resto, ove si intendesse letteralmente il riferimento all'affido condiviso, si estrometterebbero, del tutto irragionevolmente, dall'area di reazione penale le condotte inosservanti dell'obbligo di contribuzione economica poste a carico del genitore in ipotesi di affido non condiviso, legittimando una soluzione interpretativa discriminatoria, che priverebbe di tutela penale i contesti familiari - tipici dell'affido esclusivo- di maggiore problematicità interpersonale¹⁷.

¹⁶ L'art. 1 l. 54/2006, invero, introduceva, nel tessuto del codice civile, l'art. 155 quinquies c.c., rubricato "*Disposizioni in favore dei figli maggiorenni*", articolo poi trasferito, immutato, ad opera del D. L.vo 28 dicembre 2013, n. 154, nell'attuale art. 337 septies c.c.

¹⁷ La soluzione proposta, del resto, sembra coerente con il disegno di complessiva continuità di sistema che l'intervento legislativo mirava a realizzare, accordandosi all'indirizzo di legittimità ad avviso del quale, in tema di violazione degli obblighi di natura economica posti a carico del genitore separato, il disposto di cui all'art. 12-sexies l. 1 dicembre 1970, n. 898 -richiamato dall'art. 3 l. 8 febbraio 2006, n. 54- si applica all'inadempimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli, minorenni o maggiorenni non indipendenti economicamente (Cass., sez. VI, 13 aprile 2018 n. 24162, Rv. 273657).

MARIO CICALA

Caso Diciotti, reati ministeriali ed autorizzazione a procedere

Con la richiesta di autorizzazione a procedere contro il ministro Matteo Salvini che il Tribunale per i ministri di Catania, in dissenso con la richiesta della Procura, ha indirizzato al Senato della Repubblica, viene al pettine il nodo più delicato e significativo dei rapporti fra giustizia e politica.

Siamo di fronte ad un conflitto potenzialmente grave che presenta profili del tutto nuovi.

Come già ho evidenziato in un precedente intervento, nella vicenda ‘mani pulite’ vi era nel Paese un diffuso “idem sentire” sui fatti e sui valori da applicare ai fatti: bastava perciò un avviso di reato della Procura di Milano e i politici cascavano come birilli. In sostanza, il potenziale conflitto fra magistratura e corpo elettorale veniva spontaneamente risolto dalla impopolarità che travolgeva i politici inquisiti.

Nello scontro ‘Berlusconi’ la convergenza sui valori è rimasta: i milioni di elettori che hanno continuato a votare per il Cavaliere non negano che i fatti a lui contestati, e che riguardano la sua “vita privata” costituiscano, in via di principio, degli illeciti; ma lo ritenevano e lo ritengono innocente e magari perseguitato. Non pochi addirittura ammettono abbia violato qualche legge, ma ciò non ostante lo considerano il Presidente del Consiglio di cui aveva bisogno l’Italia (in fondo Machiavelli ci ha insegnato che un buon politico deve essere anche un poco “birbone”). E non è qui il caso di ripercorrere tutte le tappe del lungo conflitto e delle complesse vicende che ha generato la persistente popolarità dell’inquisito Berlusconi.

Il conflitto ‘Salvini’ è ancor più radicale; gli elettori che direttamente o indirettamente appoggiano Salvini, lo ritengono ‘colpevole’ dei fatti, posti in essere nell’esercizio delle funzioni di ministro, lui addebitati e lo sostengono proprio perché ‘colpevole’, perché condividono la politica di respingimento. Sono contrari alla scelta dell’accoglienza che possiamo intestare a Renzi ed a Papa Francesco.

Dunque, il conflitto non è più con un uomo politico “scomodo”, è con una linea politica che appare maggioritaria, e che potrebbe affermarsi nelle prossime elezioni europee. Del resto, anche il Tribunale di Catania scrupolosamente documenta che la contrarietà alla illimitata accoglienza dei

migranti trova puntuale convergenze ideali e di fatto in tutti i paesi dell'Unione; anche in quelli che a parole continuano a predicare l'accoglienza.

Appare quindi indispensabile incanalare nell'ambito delle procedure costituzionali simile potenziale ed inedito conflitto fra la magistratura e una diffusa volontà popolare espressa -come proprio la Costituzione stabilisce- dal voto elettorale. E vi sono le norme che saggiamente così impongono di fare.

L'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1989 ha riscritto l'art. 96 della Costituzione stabilendo che i ministri "per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni" sono soggetti "alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei Deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale". Dunque, come sottolinea la già citata motivazione del Tribunale, la legge del 1989 ha "segnato il passaggio da una giustizia politica ad un sistema che contempla una "giustificazione politica" del reato ministeriale".

A sua volta l'art. 9 della medesima legge aggiunge che l'assemblea parlamentare può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, "con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo".

La norma distingue con chiarezza compiti e responsabilità: spetta alla Procura della Repubblica e al Tribunale stabilire se vi siano elementi per contestare al ministro una ipotesi di reato (e, in caso di rilascio della autorizzazione, a giudicare se il reato vi sia); spetta la Parlamento stabilire se la procedura giudiziaria debba o meno essere arrestata in quanto l'inquisito ha agito a "tutela di un interesse dello Stato o per il perseguimento di un interesse pubblico".

Questa valutazione del Parlamento è dichiarata dalla Costituzione "insindacabile"; parola che sarebbe priva di senso se non impedisse che la delibera del Parlamento possa essere impugnata per conflitto di poteri avanti alla Corte Costituzionale, o comunque superata o disattesa dal giudice ordinario. E perciò mi pare impossibile condividere l'opinione espressa su *Quale giustizia* dal prof. Luca Maserà secondo cui la Corte costituzionale potrebbe porre nel nulla l'"insindacabile" pronuncia del Parlamento.

In buona sostanza, a mio avviso, dobbiamo esser consapevoli che la convinta adesione al principio della separazione e reciproca indipendenza dei poteri, di per sé non risolve, anzi in

qualche misura facilita ed esalta, la possibilità di conflitti fra giustizia e corpo elettorale; ben essendo possibile che il corpo elettorale voglia proiettare nel Governo del Paese persone che la magistratura ritiene di dover processare e magari anche condannare.

La Costituzione del 1948 aveva risolto il problema prevedendo che senatori e deputati inquisiti fossero protetti attraverso una possibile (e largamente utilizzata) mancata concessione della autorizzazione a procedere da parte dei loro colleghi; e delineando una specifica disciplina dei reati ministeriali.

Le radicali riforme intervenute sotto la spinta di “mani pulite” hanno fortemente accresciuto il ruolo ed il peso del potere giudiziario. Ma anche in quella sede si è ritenuto che vi siano scelte politiche di governo che possono essere ontologicamente incompatibili con certe prospettazioni accusatorie.

Lo Stato è uno, se trattenere per un certo tempo in mare i migranti è ingiustificabile sequestro di persona, e tale viene qualificato, anche solo come ipotesi accusatoria, dagli organi giudiziari dello Stato, non è concepibile che invece gli organi amministrativi e politici del medesimo Stato seguano un'altra linea e quindi attuino o tentino di attuare una prassi che la magistratura qualifica come criminosa. Ed è legittimo che la politica voglia che il potenziale conflitto sia rapidamente chiarito e risolto, specie quando la magistratura chiede di giudicare non episodi del passato, bensì comportamenti attuali, la cui interruzione o prosecuzione non sembra opportuno segua le indicazioni giudiziarie, strutturalmente e giustamente ondegianti fino alla formazione di un giudicato (e magari anche oltre).

Si può discutere all'infinito se il voto di rifiuto della autorizzazione accerti la liceità della condotta del ministro, o soltanto impedisca che sia sottoposto a giudizio. Ma, si tratta di una sottigliezza incomprensibile per il comune cittadino. La sostanza che ora interessa mi appare però chiara: al Parlamento spetta valutare se il ministro ha agito o meno “a tutela di un interesse dello Stato”; e perciò non sia perseguibile.

Naturalmente è logico che il voto sia preparato da una legittima discussione nel Paese; in cui coloro che osteggiano la politica migratoria dell'attuale governo tentano di “convertire” quella larga parte di opinione pubblica che invece gradisce tale politica. E mi par ovvio che se il Parlamento autorizza il processo implicitamente esprime l'opinione che il Ministro non ha perseguito un interesse pubblico rilevante; e simile “voto di sfiducia”, può avere effetti incisivi sull'assetto politico generale e sulla politica italiana in materia di immigrazione.

In simile quadro, è indubbiamente necessario che soprattutto i gruppi associati di magistrati si astengano da qualunque intervento che attizzi i sospetti secondo cui l'appartenenza a una di queste associazioni incide sull'esercizio della giustizia.

Già del resto alcune improvvise prese di posizione di Area, di cui una proprio sul “caso Diciotti”, indirizzate all'interno ed all'esterno della magistratura hanno stuzzicato e legittimato la domanda che corre sui social: “a che gruppo associativo fanno capo i giudici di Catania?”. E questo interrogativo ha in sé una potenzialità delegittimante della magistratura ben superiore a quella insita nelle passate polemiche animate da Silvio Berlusconi.

PAOLO BRUNO

Brevi dalle Istituzioni dell'UE (n. 1/2019)

SOMMARIO: 1. Giustizia civile. – 1.1 Giustizia e intelligenza artificiale. – 1.2. Focus sui negoziati in corso. – 2. Giustizia penale. – 2.1 Approvazione del sistema ECRIS. – 2.2 Lotta alle frodi attuate con mezzi di pagamento diversi dal contante. – 2.3 Aggiornamento sulla nomina del primo procuratore capo dell'UE. – 2.4 Direttiva whistleblowers: il Consiglio conferma l'accordo con il Parlamento. – 3. Parlamento europeo/Corte di giustizia UE. – 3.1 Modifica dello Statuto della Corte di Giustizia dell'UE. – 3.2 Proposta di Regolamento sulla legge applicabile agli effetti verso i terzi delle cessioni di crediti – Posizione del Parlamento Europeo.

1. Giustizia civile.

1.1. Giustizia e intelligenza artificiale.

La colazione di lavoro dei Ministri della giustizia tenutasi in occasione del Consiglio GAI del 7 e 8 marzo 2019 è stata l'occasione per una discussione informale sulle possibili applicazioni dell'intelligenza artificiale (IA) ai servizi della giustizia.

I Ministri, che già avevano avuto un preliminare scambio di opinioni sul tema durante il Consiglio informale di Sofia il 25 gennaio 2018, sono stati chiamati ad esprimersi più concretamente sul ruolo che la giustizia dovrebbe rivestire nella progettazione ed attuazione delle strategie nazionali in materia di IA, e su quali strumenti e soluzioni pratiche dovrebbero essere sviluppati in tale contesto; in altre parole, in che modo l'intelligenza artificiale potrebbe essere integrata nei sistemi giudiziari al fine di aumentarne l'efficienza. La discussione, guidata dal Ministro della giustizia romeno (essendo la Romania Presidente di turno del Consiglio dell'UE sino al 31 luglio 2019) e dalla Commissaria europea alla Giustizia Jourova, ha fatto emergere la necessità per le Istituzioni e gli Stati membri di non restare indietro in questo strategico settore, applicabile anche ai sistemi giudiziari.

Il tema sarà affrontato anche nella conferenza sulla giustizia elettronica in programma a Bucarest il 20 e 21 maggio, mentre la Francia potrebbe dedicarvi la riunione dei Ministri della Giustizia del Consiglio d'Europa in programma a Strasburgo il 21 e 22 ottobre prossimi.

Giova ricordare che il dibattito a livello europeo ha preso le mosse da una [risoluzione](#) globale sulla robotica e l'intelligenza artificiale adottata dal Parlamento europeo il 16 febbraio 2017 a cui ha fatto seguito l'iniziativa della Commissione che il 25 aprile 2018 ha presentato la [Comunicazione](#) *“L'intelligenza artificiale per l'Europa”*.

Con detta comunicazione sono state gettate le basi per i futuri lavori in ambito europeo, volti ad assicurare un quadro etico e giuridico adeguato, basato sui valori dell'Unione e coerente con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Ciò comprenderà futuri orientamenti sulle norme esistenti che attengono alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, l'analisi dettagliata delle sfide emergenti e la collaborazione con i portatori di interessi, attraverso l'Alleanza europea per l'IA, per lo sviluppo di linee guida etiche riguardo all'IA

Qualsiasi potenziale strumento di intelligenza artificiale o sistema di intelligenza artificiale per il sistema giudiziario dovrebbe infatti essere sviluppato in modo da consentire agli esseri umani di comprendere le basi delle loro azioni, rispettare pienamente l'indipendenza giudiziaria, il giusto processo e il diritto dell'individuo ad un processo equo e imparziale.

A tale riguardo, i principi chiave enunciati nella *“Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e il loro ambiente”*, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa, dovrebbero guidare la progettazione e l'attuazione di future soluzioni tecniche di IA per il settore giudiziario.

1.2. Focus sui negoziati in corso.

Proseguono nel gruppo di lavoro Diritto civile in seno al Consiglio dell'UE i negoziati della nuova proposta di Regolamento sulla legge applicabile all'opponibilità ai terzi della cessione dei crediti.

La [proposta](#), presentata dalla Commissione europea il 16 marzo 2018, si prefigge l'obiettivo di mantenere separati gli effetti patrimoniali della cessione rispetto a quelli di natura contrattuale, che sono disciplinati nel Regolamento (CE) n.593/2008 sulle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I). Il regolamento si applicherà peraltro esclusivamente alle cessioni dei crediti che presentano un elemento transfrontaliero.

Per opponibilità ai terzi della cessione, in base alla definizione contenuta nella proposta, si intendono gli *“effetti patrimoniali, ossia il diritto del cessionario di far valere la titolarità del*

credito ceduto agli nei confronti di altri cessionari o beneficiari dello stesso credito o di un credito funzionalmente equivalente, dei creditori del cedente e di altri terzi”.

Il negoziato, giunto alla seconda lettura, si avvia verso un probabile dibattito politico di orientamento al Consiglio GAI di Lussemburgo del prossimo 6 giugno 2019 al fine di sciogliere i nodi della delimitazione del campo di applicazione e del criterio principale di collegamento (legge di residenza del cedente o legge del credito ceduto) che attualmente vede posizioni ancora molto distanti tra i delegati degli Stati membri.

Per la posizione del Parlamento europeo vedi oltre al punto 3.2.

È parimenti in corso la revisione del Regolamento (CE) n.1206/2001 relativo alla cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell’assunzione delle prove in materia civile o commerciale, e del Regolamento (CE) n.1393/2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale.

Relativamente all’ottenimento delle prove, la [proposta](#) di revisione è stata presentata dalla Commissione il 31 maggio 2018 ed il negoziato in Consiglio è tuttora in corso.

Il Parlamento europeo nella plenaria del 13 febbraio ha adottato la sua [posizione](#) in prima lettura con 554 voti a favore, 26 contrari e 9 astenuti.

Punti salienti della proposta sono: la trasmissione elettronica come canale standard per le comunicazioni elettroniche e gli scambi di atti; la promozione dei moderni mezzi di assunzione delle prove, come la videoconferenza, e incentivi agli Stati membri (tramite il finanziamento di progetti nazionali) affinché dotino i tribunali di sistemi di videoconferenza; la rimozione degli ostacoli giuridici all’accettazione delle prove elettroniche (digitali); l’eliminazione delle interpretazioni divergenti del termine “autorità giudiziaria”; la messa in luce dell’importanza delle norme uniformi previste dal regolamento (procedure semplificate, parità di protezione dei diritti delle parti); le migliori prassi per le autorità giudiziarie competenti, al fine di aiutarle ad applicare le procedure in modo corretto e senza ritardi; la sensibilizzazione delle autorità giudiziarie e degli operatori del diritto alla disponibilità del canale diretto di assunzione delle prove a norma del regolamento.

Con riguardo alle notifiche, la [proposta](#) è stata parimenti presentata il 31.05.2018 ed è in corso il negoziato in Consiglio.

Anche in tal caso il Parlamento europeo nella plenaria del 13 febbraio ha adottato la sua [posizione](#) in prima lettura con 563 voti a favore, 27 contrari e 9 astenuti.

Punti salienti della proposta sono: l'obbligatorietà delle comunicazioni elettroniche tra gli organi e la possibilità di notificazione o comunicazione elettronica e diretta; modalità alternative ammissibili (sostitutive) di notificazione o comunicazione tramite posta, se l'atto non può essere consegnato al destinatario in persona; misure intese a migliorare gli strumenti disponibili per il reperimento di un destinatario; l'introduzione obbligatoria di uno specifico tagliando di ricevuta uniforme (ricevuta di ritorno) da utilizzare in caso di notificazione o comunicazione di atti tramite posta ai sensi del regolamento; una nuova misura per agevolare l'accesso alla notificazione o comunicazione diretta degli atti, estendendo il campo di applicazione dell'articolo 15 del regolamento.

2. Giustizia penale.

2.1. Approvazione del sistema ECRIS.

L'UE introduce nuove norme intese a migliorare le modalità di scambio di informazioni degli Stati membri sulle condanne di cittadini di paesi terzi. Il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS) riformato includerà ora una banca dati centralizzata con informazioni sulle condanne a carico di cittadini di paesi terzi e apolidi: il cosiddetto ECRIS-TCN (*Third Country Nationals*).

Il Consiglio ha formalmente adottato il 9 aprile 2019 il pacchetto ECRIS che consiste in un regolamento e una direttiva e tale atto segna la fine del processo legislativo.

Il regolamento stabilisce le norme per la creazione del sistema centralizzato e specifica i dati da includere e il diritto di accesso. Il sistema centralizzato includerà i dati necessari per identificare una persona e comprenderà informazioni relative ai cittadini di paesi terzi ma anche ai cittadini dell'UE aventi la doppia nazionalità di un paese terzo. Le informazioni sulla condanna propriamente detta possono essere ancora ottenute soltanto dallo Stato membro di condanna.

Il regolamento definisce inoltre la ripartizione delle responsabilità fra gli Stati membri ed eu-LISA, l'agenzia incaricata di sviluppare e gestire il sistema.

Prossime fasi

Il regolamento e la direttiva saranno ora ufficialmente firmati per essere poi pubblicati nella Gazzetta ufficiale.

Come indicato nel regolamento, spetterà alla Commissione stabilire il termine a decorrere dal quale il sistema ECRIS-TCN sarà operativo una volta completati i preparativi iniziali da parte degli Stati membri e dell'agenzia esecutiva eu-LISA.

Informazioni generali

Il "pacchetto" ECRIS è composto da un regolamento che istituisce un sistema centralizzato per individuare lo Stato membro o gli Stati membri che possono essere in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di paesi terzi e una direttiva, che modifica la decisione quadro in vigore concernente ECRIS alla luce di questo nuovo sistema centralizzato per lo scambio di informazioni sui cittadini di paesi terzi.

L'ECRIS, che è stato istituito nel 2012, consente uno scambio efficace delle informazioni tra Stati membri in relazione alle condanne penali nell'UE. Al momento, la maggior parte delle informazioni scambiate riguardano i cittadini dell'UE e il sistema funziona su base decentrata con gli Stati membri che conservano le informazioni sui propri cittadini. Sebbene sia già possibile scambiare informazioni sui cittadini di paesi terzi tramite l'ECRIS, non esisteva sino ad ora una procedura o un meccanismo comune a livello europeo che consentisse di farlo in modo efficace.

Conformemente alle norme in vigore, le informazioni relative alle condanne di cittadini di paesi terzi all'interno dell'Unione non sono infatti raccolte nello Stato membro di cittadinanza, come avviene per i cittadini dell'UE, ma sono solo conservate negli Stati membri in cui le condanne sono state pronunciate. Pertanto, per ottenere un quadro completo dei precedenti penali di un cittadino di un paese terzo era necessario chiedere informazioni a tutti gli Stati membri.

2.2. Lotta alle frodi attuate con mezzi di pagamento diversi dal contante.

L'UE, aggiornando e modernizzando le norme vigenti, intensifica la lotta contro le frodi attuate con mezzi di pagamento diversi dai contanti (carte di credito, acquisti *online*, ecc.).

Il 9 aprile 2019 il Consiglio ha adottato formalmente la direttiva relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti. Gli Stati membri dispongono di due anni per recepire le nuove norme.

La direttiva aggiorna le norme vigenti per garantire un quadro giuridico chiaro, solido e tecnologicamente neutro. Elimina inoltre gli ostacoli operativi che intralciano le indagini e le azioni

penali e prevede azioni volte a sensibilizzare l'opinione pubblica sulle tecniche fraudolente tese, per esempio, ad acquisire i dati delle carte di pagamento via e-mail (*phishing*) o attraverso la manomissione dei distributori automatici o dei terminali per il pagamento (*skimming*).

Principali disposizioni del testo

La direttiva punta a essere tecnologicamente neutra e a comprendere non solo i mezzi di pagamento tradizionali diversi dai contanti, come le carte bancarie o gli assegni, ma anche nuovi modi di pagamento apparsi negli ultimi anni: portafogli elettronici, pagamenti tramite dispositivi mobili e valute virtuali. Queste alcune delle principali disposizioni: definizioni armonizzate di alcuni reati online, quali la pirateria informatica o il phishing; norme armonizzate sulle sanzioni per le persone fisiche: cinque, quattro o tre anni di reclusione, a seconda del reato, come pena minima qualora un giudice imponga la "massima" pena detentiva nazionale per le frodi con mezzi di pagamento diversi dai contanti; assistenza e sostegno per informare adeguatamente le vittime sui loro diritti e fare in modo che i cittadini sappiano come difendersi da queste frodi; chiarimento della competenza giurisdizionale per assicurare una maggiore efficacia nel contrasto alle frodi transfrontaliere

La direttiva prevede norme minime, per cui gli Stati membri sono liberi di andare oltre e attuare norme più rigorose, tra cui una definizione più ampia dei reati o sanzioni più elevate.

Prossime tappe

Il voto formale segna la fine del processo legislativo. La direttiva sarà ora ufficialmente firmata per essere poi pubblicata nella Gazzetta ufficiale. Gli Stati membri disporranno di due anni (dalla pubblicazione nella GU) per recepire le nuove disposizioni.

Informazioni generali

2.3. Aggiornamento sulla nomina del primo procuratore capo dell'UE.

La Procura europea sarà un organismo indipendente dell'Unione incaricato di indagare, perseguire e portare in giudizio i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (ad esempio, la frode e la corruzione). A tale proposito l'EPPO svolge indagini, esercita l'azione penale ed esplica le funzioni di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri.

Attualmente partecipano alla cooperazione rafforzata 22 Stati membri. L'EPPO dovrebbe diventare operativa nel novembre 2020 e il Procuratore Capo dovrebbe essere individuato entro l'aprile 2019, prima dell'interruzione dei lavori del Parlamento in vista delle elezioni europee.

Il calendario dei lavori prevede che i Paesi facenti parte della cooperazione rafforzata procedano all'invio della terna dei rispettivi candidati entro il corrente mese al Comitato di selezione atteso che essi dovrebbero essere nominati nella seconda metà del 2019.

Sono, inoltre, in fase di approvazione le norme transitorie concernenti il primo mandato dei procuratori europei, che potrebbe durare – per alcuni di essi – solo tre anni, al fine di consentire un turn-over ordinato e scongiurare il ricambio di tutti i membri del collegio contemporaneamente.

La squadra negoziale ha di recente aggiornato il Consiglio (a livello di Coreper) in merito ai negoziati volti a confermare il mandato, deplorando l'assenza di ulteriori progressi e il fatto che non sia stato possibile scambiare opinioni con i negoziatori del Parlamento su una visione delle istituzioni in merito alla futura Procura europea (EPPO) e al primo procuratore capo dell'UE.

Il Consiglio ritiene infatti che l'EPPO necessiti di un professionista esperto e indipendente in grado di impostare l'ufficio sin dall'inizio. Il lavoro del primo procuratore capo dell'UE nel corso dei sette anni del suo mandato consisterà in particolare nella costruzione della struttura amministrativa e operativa dell'ufficio e nell'instaurazione di buone relazioni di lavoro con le autorità giudiziarie nazionali.

La squadra negoziale del Consiglio ha ribadito che, pur riconoscendo il valore dei tre candidati preselezionati, il candidato preferito del Consiglio per questa carica è il sig. Bohnert.

I negoziatori del Consiglio si sono detti aperti a tenere un'ulteriore riunione in una data da definire. Se i negoziati non saranno conclusi entro la metà di aprile, è probabile che dovranno riprendere una volta insediato il nuovo Parlamento.

Il procuratore capo dell'UE deve essere nominato dalle due istituzioni di comune accordo.

2.4. Direttiva *Whistleblowers*: il Consiglio conferma l'accordo con il Parlamento.

L'UE sta adottando misure volte a garantire un livello di protezione elevato per gli informatori in un'ampia gamma di settori.

Gli ambasciatori degli Stati membri presso l'UE hanno confermato il 15.03.2019 l'accordo raggiunto lunedì 11 marzo dai negoziatori della presidenza rumena e del Parlamento sulla direttiva riguardante la protezione degli informatori.

Le nuove norme imporranno la creazione di canali sicuri per effettuare segnalazioni sia all'interno di un'organizzazione - privata o pubblica - che alle autorità pubbliche. Garantiranno inoltre un livello di protezione elevato per gli informatori contro le ritorsioni e obbligheranno le

autorità nazionali a informare adeguatamente i cittadini e a impartire ai funzionari pubblici una formazione su come trattare le segnalazioni.

Principali elementi del compromesso:

- Sistema di segnalazione: gli informatori saranno fortemente incoraggiati a usare prima di tutto i canali interni alla loro organizzazione per poi ricorrere a quelli esterni istituiti dalle autorità pubbliche. Si contribuirà così allo sviluppo di una cultura aziendale sana in società con oltre 50 dipendenti o comuni di più di 10 000 abitanti, in cui vi sarà l'obbligo di creare canali di segnalazione efficaci ed efficienti. In ogni caso, la protezione non sarà allentata qualora gli informatori decidano di rivolgersi direttamente a canali esterni.

- Persone protette dalle nuove norme: la posizione del Consiglio è stata mantenuta. Le persone protette corrispondono a un gran numero di profili che potrebbero acquisire informazioni sulle violazioni in un contesto lavorativo, ad esempio i lavoratori, compresi i dipendenti pubblici a livello nazionale/locale, i volontari e i tirocinanti, i membri senza incarichi esecutivi, gli azionisti, e così via.

- Ambito di applicazione: in linea con la posizione del Consiglio, il compromesso prevede un ambito esteso che comprende settori come gli appalti pubblici, i servizi finanziari, la prevenzione del riciclaggio, la salute pubblica, ecc. Per motivi di certezza del diritto, un elenco di tutti gli strumenti legislativi dell'UE che vi rientrano è allegato alla direttiva. Gli Stati membri possono andare oltre tale elenco nell'attuare le nuove norme.

- Misure di sostegno e di protezione degli informatori: le due istituzioni hanno convenuto un elenco di quelle che possono essere considerate forme di ritorsione, compresi, come richiesto dal Consiglio, anche i tentativi o le minacce di ritorsione. Il testo concordato contiene importanti misure di protezione come l'esonero da ogni responsabilità connessa alla violazione del divieto di divulgare informazioni imposto per contratto o *ex lege*. La direttiva comprenderà anche un elenco di tutte le misure di sostegno che saranno adottate a favore degli informatori.

- Obbligo di dare un riscontro per autorità e imprese: il termine per dare un riscontro resta quello della posizione del Consiglio, vale a dire l'obbligo di rispondere e dare seguito alle segnalazioni degli informatori entro 3 mesi (con la possibilità di portare il termine a 6 mesi per i canali esterni in casi debitamente giustificati).

- **Divulgazioni pubbliche:** viene mantenuta la posizione del Consiglio con un articolo che stabilisce le condizioni da soddisfare affinché una persona che divulga pubblicamente informazioni sia protetta dalle nuove norme.

Prossime tappe

Non appena il Parlamento avrà confermato l'accordo, il testo sarà messo a punto dai giuristi-linguisti, prima dell'adozione formale sia del Parlamento che del Consiglio. Dopo l'adozione e la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, gli Stati membri disporranno di due anni per recepire le nuove norme nei sistemi giuridici nazionali.

3.. Parlamento europeo/Corte di giustizia UE.

3.1. Norme più efficaci per gestire le impugnazioni dinanzi alla Corte di giustizia dell'UE.

Al fine di migliorare il funzionamento della Corte di giustizia dell'UE, che ha registrato un forte aumento del numero di cause promosse dinanzi a essa, il 9 aprile 2019 il Consiglio ha adottato un [regolamento](#) che introdurrà un nuovo meccanismo di filtro delle impugnazioni relative a decisioni prese da determinati uffici e agenzie dell'UE. Le impugnazioni proposte in cause che hanno già beneficiato di un duplice esame, prima da parte di una commissione di ricorso indipendente e poi da parte del Tribunale, non saranno ammesse dinanzi alla Corte di giustizia a meno che non si dimostri che sollevano una questione importante per l'unità, la coerenza o lo sviluppo del diritto dell'Unione. Secondo le statistiche molte di queste impugnazioni finiscono, di fatto, per essere respinte a causa della loro evidente infondatezza o per irricevibilità manifesta.

Nello specifico, le nuove norme si applicheranno alle procedure di impugnazione provenienti da uno dei seguenti uffici e agenzie dell'UE: l'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale; l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali; l'Agenzia europea per le sostanze chimiche e l'Agenzia dell'Unione europea per la sicurezza aerea.

La nuova procedura ridurrà il carico di lavoro della Corte, consentendole di concentrarsi sulle cause che meritano tutta la sua attenzione.

Il regolamento di cui sopra si basa su una proposta della Corte di giustizia ed è stato concordato nel quadro di negoziati tra la stessa Corte di giustizia, la Commissione, il Parlamento europeo e il Consiglio.

In pari data il Consiglio ha approvato anche la correlata serie di modifiche del regolamento di procedura della Corte di giustizia in cui si illustra in dettaglio il nuovo sistema di gestione delle impugnazioni.

3.2. Proposta di regolamento sulla legge applicabile agli effetti verso i terzi delle cessioni di crediti – adottata la posizione del parlamento europeo.

In data 13 febbraio 2019 il Parlamento europeo ha adottato, con 546 voti favorevoli, 35 contrari e 62 astensioni, una [risoluzione](#) legislativa sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile agli effetti terzi delle cessioni di crediti [2018/0044 (COD)].

La posizione del Parlamento europeo adottata in prima lettura secondo la procedura legislativa ordinaria ha modificato la proposta originaria della Commissione incidendo sull'ambito di applicazione.

Essa prevede inoltre l'esclusione esplicita dei debitori (le norme sul conflitto di leggi stabilite nel regolamento dovrebbero disciplinare gli effetti delle cessioni di crediti nei confronti di terzi, ad esempio un creditore del cedente, escluso il debitore), delle procedure di insolvenza (il regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza contiene norme relative al diritto applicabile. Per questo motivo, gli incarichi svolti nel corso di un procedimento collettivo conformemente a tale regolamento dovrebbero essere esclusi dal campo di applicazione del presente regolamento).

Quanto alla legge applicabile, gli effetti della cessione verso i terzi restano disciplinati dalla legge del Paese in cui il cedente ha la residenza abituale al momento della conclusione del contratto di cessione.

Il Parlamento propone invece di cancellare le disposizioni della proposta che prevedono che il cedente e il cessionario possano scegliere la legge applicabile al credito assegnato come legge applicabile agli effetti verso i terzi di una cessione di crediti in vista di una cartolarizzazione.