

Corso intensivo on - line MAGISTRATURA 2016

Lezione P-01

I principi

Sommario: 1. Il principio di legalità: la riserva di legge e l'influenza del diritto sovranazionale. 1.2. Le varie forme di interferenza tra il diritto penale interno e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). 1.2.1. L'efficacia vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. 1.2.2. La portata del principio di legalità penale scolpito nella CEDU. 1.2.2.1. Il principio di legalità ex art. 7 CEDU e la figura di matrice giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa. (*Omissis*) 4.1. La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto. 4.1.1. La preesistenza di istituti analoghi e rapporti con questi. 4.1.2. I requisiti di operatività della causa di non punibilità. 4.1.3. Profili di diritto intertemporale. 4.2. I delitti contro l'ordine pubblico. 4.2.1. I delitti di attentato. 4.2.2. La legge del 24.2.2006, n. 85. 4.2.3. Le misure di contrasto al terrorismo di cui al d.l. 18.2.2015, n. 7, convertito dalla l. 17.4.2015, n. 43. 5. La natura giuridica delle confische. 5.1. La c.d. confisca allargata. (*Omissis*) 5.6. La confisca ed il sequestro preventivo ai danni dell'ente. 5.6.1. Sulla confisca ai danni dell'ente nei reati tributari si pronunciano le Sezioni Unite.

1. Il principio di legalità: la riserva di legge e l'influenza del diritto sovranazionale

Il principio di legalità rappresenta uno dei fondamentali pilastri su cui poggia l'intero sistema penalistico moderno.

La storia del diritto penale ha conosciuto due diverse accezioni del principio *de quo*: quella formale e quella sostanziale.

Il *principio di legalità formale* esprime il divieto di punire un qualsiasi fatto che, al momento della sua commissione, non sia espressamente previsto come reato dalla legge e con pene che non siano dalla legge espressamente stabilite, secondo il canone illuministico del *nullum crimen, nulla poena sine lege*: in questa prospettiva, deve considerarsi reato solo ciò che è previsto come tale dalla legge, indipendentemente da una qualsivoglia valutazione in termini di antisocialità o pericolosità sociale del fatto incriminato.

Il *principio di legalità sostanziale*, invece, muove dall'idea che si consideri reato il fatto antisociale o socialmente pericoloso, anche se non espressamente previsto dalla legge, ad esso dovendo applicarsi le pene adeguate allo scopo.

Il principio di legalità formale assolve ad una evidente funzione garantistica per il cittadino, tendendo, per definizione, ad evitare l'arbitrio del potere esecutivo e del potere giudiziario e ad assicurare la certezza del diritto. Pur tuttavia, l'adesione incondizionata a tale principio comporta un serio *vulnus* alla difesa sociale contro il crimine (creando evidenti fratture tra c.d. criminalità legale e c.d. criminalità reale) e a non offrire garanzie contro l'arbitrio dello Stato-legislatore.

Il principio di legalità sostanziale, al contrario, assolve ad una funzione più marcatamente social-difensiva (permettendo di punire ciò che è antisociale anche se non previsto dalla legge come reato), a scapito delle più elementari garanzie per l'individuo. Infatti, fondandosi su una nozione di reato ricavabile da fonti extralegali, il principio in esame favorisce l'arbitrio del giudice nella individuazione dei fatti penalmente rilevanti ed elide la certezza del diritto. Il principio di legalità sostanziale ha ispirato per decenni i sistemi penalistici degli stati totalitari, all'interno dei quali l'individuazione dei fatti penalmente rilevanti avveniva attingendo, di volta in volta, da fonti diverse dalla legge scritta, quali, ad esempio, il sano sentimento del popolo o la coscienza sociale. Il principio di legalità formale ha ispirato, al contrario, sistemi penalistici maggiormente garantisti.

L'ordinamento giuridico italiano ha accolto il principio di legalità formale, oggi cristallizzato nelle norme di cui agli artt. 1 c.p., a mente del quale "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite", 199 c.p., secondo cui "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti", e

soprattutto 25, comma 2 Cost. che così recita: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso" (per l'estensione del principio alle misure di sicurezza, v. art. 25, comma 3 Cost.).

Il principio di legalità opera su tre piani distinti: quello delle fonti, della formulazione e della validità nel tempo della legge penale. A questi piani corrispondono tre principi-corollari del principio di legalità: rispettivamente, il principio della riserva di legge (che individua le norme che possono prevedere precetti penali), il principio di tassatività (che riguarda il contenuto delle norme penali che deve essere chiaro e comprensibile) ed il principio di irretroattività (che attiene all'ambito temporale di applicazione delle norme penali incriminatrici che non possono avere efficacia retroattiva). Tali principi sono recepiti nelle norme testé enunciate.

Il principio di legalità ha trovato ampio riconoscimento anche nell'ordinamento sovranazionale, in particolar modo sotto il profilo della validità nel tempo della legge penale (principio di irretroattività): il riferimento è **all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)**, rubricato "nessuna pena senza legge", il cui comma 1 così dispone: "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso". Questa disposizione è riprodotta **nell'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000, che quindi consacra anch'essa il principio di legalità, oltre che il principio di irretroattività della legge sfavorevole (la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è vincolante per gli Stati appartenenti all'Unione Europea in virtù **dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione Europea (TUE)**, nel testo risultante a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che attribuisce a tale Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati). Peraltro, attualmente il principio di legalità in materia penale costituisce un principio generale dell'ordinamento comunitario, atteso che si tratta di un principio esistente in tutti gli Stati che fanno parte dell'Unione Europea, sicché esso assurge a principio generale in ambito comunitario, alla cui osservanza è tenuto il giudice interno nell'applicazione delle norme di diritto, così come chiarito, in tesi generale, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

1.2. Le varie forme di interferenza tra il diritto penale interno e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)

Rinviando alla manualistica lo studio delle fonti interne del diritto penale, occorre volgere lo sguardo alle norme dettate dagli ordinamenti sovranazionali. Non si può, invero, non prendere atto delle sempre maggiore influenza, diretta e indiretta, che tali ordinamenti esercitano sul diritto interno. Gli impegni assunti dallo Stato italiano a livello internazionale determinano effetti nel nostro ordinamento anche in termini di produzione di norme. Si pone allora il problema di verificare entro che limiti le norme che costituiscono, in qualche modo, promanazione di impegni internazionali possano incidere sul diritto penale interno, soprattutto nelle ipotesi di nuova incriminazione.

Naturalmente, nessun problema di compatibilità con il principio della riserva di legge statale si pone nel caso in cui una convenzione internazionale, che impone agli Stati contraenti l'adozione di misure punitive di valenza penale, venga ratificata e resa esecutiva in Italia con un provvedimento legislativo di rango ordinario, poiché, in tale evenienza, è lo stesso provvedimento interno che introduce la norma incriminatrice sia pur in attuazione di un obbligo nascente dalla convenzione.

Nei paragrafi che seguono si soffermerà l'attenzione sull'interferenza tra le disposizioni contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed il diritto penale interno del 1950, ratificata e resa esecutiva dallo Stato italiano con la legge del 4 agosto 1955, n. 848 (si rinvia alla manualistica per quanto concerne i rapporti con le fonti comunitarie). Invero, tale Convenzione esercita una forte incidenza sugli istituti penalistici italiani.

Superata la tesi del carattere meramente programmatico delle norme della CEDU – secondo la quale le stesse non sarebbero immediatamente e direttamente applicabili nel nostro ordinamento, in assenza di un puntuale e specifico atto di recepimento, ulteriore rispetto al generico ordine di esecuzione contenuto nella legge di ratifica del 1955 – è ormai invalsa la

tesi della immediata precettività delle stesse a determinate condizioni. Si è sostenuto, in giurisprudenza, che le norme della CEDU, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate, sono di immediata applicazione nel nostro sistema ordinamentale. Tale immediata precettività sarebbe il portato del principio di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale, per cui, ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (adattamento automatico), ove invece l'atto internazionale non contenga detto modello, le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, per realizzarsi, di una specifica attività normativa dello Stato (in questo senso, in giurisprudenza, tra le altre, Cass., Sez. Un., 23.11.1988, n. 15; Trib. Roma, 25.9.2006)..

Tale immediata precettività è stata sostenuta in ambito penale dalla Corte di Cassazione, con l'effetto di dilatare l'ambito di operatività della scriminante di cui all'art. 53 c.p. (uso legittimo delle armi) fino a ricomprendervi il caso, non previsto dalla norma contemplata dall'articolo appena citato, in cui l'uso delle armi sia giustificato dalla necessità di eseguire un arresto regolare, giusta il disposto dell'art. 2, n. 2, CEDU. La Corte ha sostenuto che ai sensi della CEDU, i cui principi trovano immediata e diretta applicazione nell'ordinamento italiano, è da considerarsi legittima la condotta di chi abbia cagionato la morte in conseguenza del ricorso alla forza reclusi assolutamente necessario, tra l'altro, per eseguire un arresto regolare. Sussistendo in concreto una tale situazione giustificante, questa deve ritenersi assorbente rispetto agli altri requisiti di applicazione della scriminante dell'uso legittimo delle armi più dettagliatamente previsti dall'art. 53 c.p. (Cass., sez. IV, 6.2.2003; nell'opzione estensiva operata nella decisione il riferimento alla CEDU è stato effettuato allo scopo di rendere meno rigorosi i presupposti in presenza dei quali può essere riconosciuta la legittimità dell'uso delle armi e, quindi, in un'ottica tutta orientata al rispetto del *favor libertatis*; sebbene, per una parte della dottrina non sarebbe possibile dilatare la portata di una scriminante, come, appunto, quella dell'uso legittimo delle armi, sulla base di una fonte sopranazionale che ha come obiettivo principale quello di tutelare i valori fondamentali quali proprio la vita e l'incolumità fisica delle persone; nella specie, la Corte ha ritenuto non punibili i reati di omicidio e lesioni personali commessi da un sottufficiale dei carabinieri in conseguenza dell'uso di un'arma da sparo allo scopo di eseguire l'arresto di alcuni rapinatori in fuga).

Il carattere immediatamente precettivo delle disposizioni contenute nel sistema giuridico CEDU ed il loro rango di norme sovraordinate alle leggi ordinarie interne (sul punto v. *infra*) si riverbera più o meno direttamente sulla materia penale. La CEDU, esprimendo una sorta di sintesi dei sistemi di *common law* e di *civil law*, assicura a determinati diritti, ritenuti fondamentali, un livello di tutela minimo condiviso, nel senso che, traccia per ciascuno di questi diritti esattamente individuati, uno *standard* minimo di tutela (fermo restando la possibilità per ciascuno Stato contraente di prevedere uno *standard* più elevato). Il riconoscimento di un certo ambito di tutela del diritto fondamentale può comportare che il suo esercizio, così come garantito dalla CEDU o dai suoi protocolli o ancora dall'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, collida con una norma incriminatrice interna. Può cioè accadere che le modalità di esplicazione del diritto fondamentale integrino gli estremi di un reato previsto da una norma incriminatrice interna. In tale ipotesi, il problema può essere risolto in via interpretativa ritenendo la condotta posta in essere in attuazione del diritto fondamentale come scriminata dall'esercizio di tale diritto ex art. 51 c.p. ovvero ritenendo, ove si sia in presenza di una norma penale in bianco (analogamente a ciò che accade, come visto, nei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno), che la disciplina interna che colma la lacuna della norma in bianco debba ritenersi superata dalla disciplina riveniente dall'applicazione della CEDU.

Più in generale, i principi e le norme sancite dall'ordinamento CEDU possono interferire sull'applicazione di norme penali interne, determinando così una soluzione diversa, e precisamente favorevole al cittadino interessato, da quella che si sarebbe avuta applicando *sic et simpliciter* il diritto interno (in questo ambito, si veda quanto detto in precedenza sulla scriminante dell'uso legittimo delle armi e quanto si dirà nel prossimo paragrafo sul principio di legalità).

Circa il rango nel sistema delle fonti della norme della CEDU, in un recente passato è prevalsa l'opinione per cui, benché la Convenzione non godesse di copertura costituzionale (e, per

questo, non potesse rappresentare un valido parametro di legittimità costituzionale), essendo stata recepita da una norma di legge ordinaria, ad essa va riconosciuta una collocazione privilegiata nella gerarchia delle fonti del diritto, consistente in una particolare "forza passiva", intesa come resistenza all'abrogazione nei confronti di norme primarie posteriori, in virtù del carattere atipico della fonte CEDU, avendo il legislatore ceduto una parte della propria potestà legislativa in diretta applicazione dell'art. 10 Cost. (in quanto lo Stato italiano si deve conformare al dettato della Convenzione, le cui disposizioni sono a tutti gli effetti <<norme del diritto internazionale generalmente riconosciute>>), ma anche in applicazione dell'art. 11 Cost. che prevede una autolimitazione di sovranità che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (C. Cost. 19.1.1993, n. 10).

L'opinione oggi dominante è, invece, nel senso che le disposizioni della Convenzione assurgono a *parametri costituzionali* per effetto della previsione del novellato art. 117 Cost., in forza del quale nel nostro ordinamento, come si è già visto, la potestà legislativa generale è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Le norme della CEDU trovano così ingresso nel sistema delle fonti con una forza maggiore di quella dell'atto (legge ordinaria) con cui sono state ratificate. L'esatta collocazione, secondo il giudice delle leggi, è quella immediatamente inferiore alla Costituzione, tanto che vengono definite *norme subcostituzionali* (tra le altre, C. Cost. 24.10.2007, n. 348). Ne deriva da un lato che sono incostituzionali, per violazione indiretta della Costituzione, tutte le norme emanate dal legislatore nazionale in contrasto con le predette norme pattizie, e dall'altro che tali norme, per fungere da parametro indiretto di incostituzionalità, devono esse stesse essere preliminarmente valutate conformi ai principi costituzionali (anche se trattasi di un problema più astratto che pratico, poiché è difficile che il livello di protezione accordato dalle norme della Convenzione sia addirittura inferiore a quello accordato dalle disposizioni costituzionali interne).

L'ulteriore questione riguarda la tecnica di elisione della norma interna che si pone in contrasto con quella della CEDU, ossia se applicare direttamente la norma convenzionale dal contenuto puntuale, con la conseguenza che la norma interna contrastante viene disapplicata, ovvero se sollevare la questione di legittimità costituzionale. La prima opzione è stata seguita da buona parte della giurisprudenza che ha provveduto a disapplicare la normativa interna confliggente con le disposizioni convenzionali (Cass., sez. I, 25.1.2007, n. 2800, con cui è stato dichiarato inefficace un ordine di carcerazione emesso in esecuzione di una sentenza della Corte d'Assise per contrasto con le norme contenute nella CEDU; cfr. anche Cass., sez. I, 8.7.1998, n. 6672; Cass., Sez. Un., 23.12.2005, n. 28507), rimettendo così ai giudici comuni, e non alla Corte delle leggi, il compito di fare diretta applicazione delle norme CEDU su diritti fondamentali.

Diversamente la Corte Costituzionale, muovendo dal tenore del nuovo testo dell'art. 117 Cost., ha sostenuto che, vista la natura di parametro di costituzionalità di tali norme, se una norma interna contrasta con una di esse va sollevata la questione di legittimità costituzionale per violazione, come visto, indiretta del menzionato articolo (Corte Cost. 24.10.2007, n. 348, cit.; Corte Cost. 24.10.2007, n. 349; Corte Cost. 23.11.2006, n. 393).

Quindi, qualora una norma penale interna collida con una delle norme della Convenzione, e non sia possibile superare la questione *in via interpretativa*, il giudice penale deve *sollevare la questione di legittimità costituzionale* e non disapplicare in via diretta la norma ritenuta contrastante con quella convenzionale. La Corte Europea infatti non è istituzione dello stesso ordinamento giuridico in cui si confrontano il legislatore ed i giudici interni: essa non dichiara l'illegittimità della norma e non la espunge dall'ordinamento interno, ma fa sorgere per lo Stato un obbligo di successiva eliminazione di quella disposizione se ritenuta in contrasto con la Convenzione. Obbligo della cui esecuzione, come visto, si fa garante la Corte costituzionale che ha precisato come al giudice ordinario non sia consentito *disapplicare* la disposizione censurata, ma solo *interpretarla* in termini "convenzionalmente adeguati", ove possibile, altrimenti il Giudice dovrà investire la Corte costituzionale della questione di legittimità per contrasto con l'art. 117 Cost., rispetto al quale le norme della Convenzione, per come interpretate dalla Corte Europea, acquistano il ruolo di *norma interposta*.

1.2.1. L'efficacia vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'apertura dell'ordinamento italiano agli influssi degli ordinamenti sovranazionali ha ricevuto una spinta ancora maggiore a seguito del progressivo consolidarsi dell'idea secondo cui il giudice nazionale italiano, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi (non solo alle disposizioni della CEDU, pacificamente ritenute ormai di immediata precettività, sempre che siano sufficientemente precise, ma anche) alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (organo, com'è noto, deputato a controllare il rispetto della CEDU da parte degli Stati membri, rilevandone l'eventuale violazione).

L'art. 41 della CEDU statuisce che *«se la Corte europea dei diritti dell'uomo dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte stessa accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa»*. Inoltre, l'art. 46 della medesima Convenzione, sotto l'epigrafe *"Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze"*, statuisce che *«Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti (comma 1). La sentenza definitiva della Corte viene trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione»*.

Quindi, una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo fa nascere in capo allo Stato anzitutto l'obbligo di rimuovere le cause della violazione, ripristinando la situazione anteriore alla stessa, mentre solamente in via sussidiaria, qualora nel caso specifico non sia possibile la rimozione delle conseguenze della violazione, questa darà diritto al risarcimento, eventualmente riconosciuto dal giudice europeo, a titolo di equa soddisfazione. Per ottemperare all'obbligazione di risultato che discende dall'accertamento della Corte europea, le autorità nazionali devono prevedere, all'interno del loro sistema processuale, misure idonee a ripristinare la situazione giuridica preesistente alla suddetta violazione. Le sentenze della Corte Europea hanno natura dichiarativa, non potendo i giudici di Strasburgo (come la nostra Corte Costituzionale) cassare la norma violativa dei principi sanciti dalla CEDU. Ne discende che gli Stati contraenti sono liberi nella scelta del meccanismo più idoneo alla *restituito in integrum*, con l'unico limite della idoneità del mezzo in relazione al fine perseguito.

Sebbene, come visto, già da tempo espressamente stabilita dall'art. 46 della Convenzione, la forza vincolante delle sentenze della Corte è stata, solo di recente, riconosciuta dalla Cassazione civile italiana, in tema di quantificazione della somma dovuta a titolo di equa riparazione per irragionevole durata del processo ex legge n. 89/2001, affermando l'obbligo del giudice nazionale di tenere conto dei criteri di determinazione della riparazione applicati dalla Corte europea, così riconoscendo un effetto giuridico diretto e vincolante alle sue sentenze (si tratta di quattro sentenze coeve: Cass. civ., Sez. Un., 26.1.2004, n. 1338 – n. 1341).

In caso di violazione di diritti processuali in ambito penale, la Suprema Corte nell'affrontare il tema dei **rapporti tra le sentenze della Corte europea**, che abbiano accertato la sussistenza della violazione di una norma della CEDU in un determinato processo, **ed il giudicato** già verificatosi nell'ordinamento interno (inevitabile, posto che è proprio l'esaurimento dei rimedi interni la condizione imprescindibile per la legittimazione a ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo) ha sostenuto che le sentenze del giudice europeo producono effetti non solo sul processo ma anche sulla sentenza passata in giudicato e comportano l'obbligo per il giudice italiano di conformarsi alla sentenza della Corte europea (Cass., 25 gennaio 2007, n. 2800; Trib. Roma, 9.11.2006; v. anche Cass., 3.10.2006, n. 32678, nella quale si legge che *"qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 C.e.d.u. posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi istituzionalmente) a collidere con un giudicato nazionale. Ed è appena il caso di aggiungere che il principio di intangibilità del giudicato, nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto (basti pensare all'istituto della revisione ovvero al più recente istituto del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p.)"*).

Circa le modalità processuali di adeguamento ai *dicta* della Corte Europea, in relazione alle singole fattispecie, si registrano soluzioni diverse, essendo stati applicati diversi rimedi revocatori.

In un caso la nostra Corte Suprema ha chiarito che lo strumento che consente di applicare in ambito interno la declaratoria di violazione di una norma convenzionale è il ricorso straordinario in Cassazione per errore materiale o di fatto ex art. 625-bis c.p.p., attraverso

un'applicazione analogica del relativo disposto che non ha carattere eccezionale (Cass. 12.11.2008, n. 45807, per cui può farsi ricorso alla procedura straordinaria di cui all'art. 625 bis c.p.p. per dare esecuzione ad una sentenza della Corte europea che ha rilevato una violazione del diritto di difesa occorsa nel giudizio di legittimità e che abbia resa iniqua la sentenza della Corte di cassazione, indicando nella riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, la misura interna per porre rimedio alla violazione contestata; nel caso di specie, la Corte, facendo ricorso all'art. 625 bis c.p.p., ha revocato una sua precedente sentenza, limitatamente alla diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, ostativa alla declaratoria d'estinzione per prescrizione, operata ex officio in sede di legittimità, senza aver consentito alla difesa il contraddittorio sulla diversa imputazione).

Nel caso "Dorigo" (C. Eur. dir. uomo, 9.9.1998, Dorigo c.Italia) la Suprema Corte, ha ritenuto che *"il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 C.e.d.u. e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omissso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo"* (Cass. 1.12.2006; sulla necessità della riapertura del processo nel caso di infrazioni correlate allo svolgimento di un processo da parte della Corte di Strasburgo, v. anche C. Cost. 113/2012).

La questione dell'adeguamento al *dictum* della Corte Europea si è posta con riferimento alla sentenza c.d. Scoppola della Corte Europea del 17 settembre 2009 – Ric. n.10249/03 con la quale essa ha ritenuto che l'Italia ha violato gli artt. 6 (equo processo) e art. 7 (legalità in materia penale, sotto il profilo della mancata applicazione retroattiva della *lex mitior* sopravvenuta) CEDU, condannando all'ergastolo anziché alla pena di trent'anni di reclusione l'imputato Franco Scoppola, responsabile di omicidio aggravato in concorso con altri delitti.

Mentre per l'imputato Scoppola il rimedio ritenuto ammissibile dalla Suprema Corte è stato quello del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p. (Cass. 11.2.2010), il problema attuale riguarda i condannati con sentenza definitiva di condanna che si trovano in situazione identica o analoga a quella vagliata dalla Corte Europea nel caso Scoppola, ma che non hanno all'epoca presentato tempestivo ricorso - nei sei mesi dal passaggio in giudicato della condanna - alla Corte di Strasburgo e non hanno pertanto ottenuto da questa una sentenza di condanna dello Stato italiano alla rideterminazione della pena dell'ergastolo loro inflitta in quella di trent'anni di reclusione. La questione rilevante sotto il profilo teorico concerne proprio il problema dell'estensione degli obblighi di adeguamento dell'ordinamento italiano al diritto della Convenzione Europea, così come interpretato dalla Corte Europea, in rapporto al principio - cruciale nel nostro sistema processuale - dell'intangibilità del giudicato.

La Cassazione ha dato risposta positiva alla domanda, affermando che le decisioni della Corte EDU che evidenzino una situazione di oggettivo contrasto - non correlata in via esclusiva al caso esaminato - della normativa interna sostanziale con la Convenzione EDU assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronuncia della predetta Corte internazionale (Cass., sez. un., 19.4.2012 n. 34472).

Il quesito, ancora una volta, è se deve prevalere il principio dell'intangibilità del giudicato ovvero si deve ritenere che i giudici italiani abbiano comunque il dovere di procedere alla rideterminazione della pena anche nei confronti di questi altri condannati, secondo i principi statuiti dalla Corte nel caso Scoppola.

La questione, coerentemente alla giurisprudenza di legittimità citata in precedenza, è stata risolta nel secondo senso da una parte della giurisprudenza di merito (Corte d'Assise di Caltanissetta, ord. 18 novembre 2011), e una volta approdata in Cassazione è stata subito rimessa alle Sezioni Unite che investite della *quaestio iuris* circa la possibilità per il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla pronuncia della Corte EDU "Scoppola c. Italia", di poter sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, modificando il giudicato con l'applicazione della pena più favorevole, hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità degli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000 per contrasto con gli artt. 3 e 117, co. 1, Cost. (Cass., sez. un., 19.4.2012 n. 34472). Dunque, la Corte ha ritenuto di poter dare applicazione al principio

sancito dalla Corte Europea sul caso Scoppola solo mediante la proposizione della questione di costituzionalità *"nella parte in cui le disposizioni interne operano retroattivamente, e, più specificamente, in relazione alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola legge n. 479 del 1999, sono stati giudicati successivamente, quando cioè, a far data dal pomeriggio del 24 novembre 2000 - pubblicazione della Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell'art. 2 r.d. n. 1252 del 7 giugno 1923 -, era entrato in vigore il citato D.L., con conseguente applicazione del più sfavorevole trattamento sanzionatorio previsto dal medesimo decreto"*, ritenendo impraticabile un'interpretazione della predetta normativa interna conforme all'articolo 7 CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 7 d.l. 341/2000, che aveva di fatto ripristinato - con effetto retroattivo sui processi in corso - la pena dell'ergastolo nei confronti degli imputati che avevano già formulato richiesta di giudizio abbreviato (Corte Cost. 18 luglio 2013, n. 210). La Corte costituzionale apre così la strada alla modifica dei giudicati penali di condanna nei loro confronti, e segnatamente alla rideterminazione della pena in quella di trent'anni di reclusione, secondo i principi enunciati dalla Corte Europea (incidentalmente va segnalato che, secondo l'informazione provvisoria diffusa dalla Suprema Corte, altra ipotesi di tangibilità del giudicato (sempre) ai fini della rideterminazione della pena è stata affermata dalle Sezioni Unite con la sentenza del 29 maggio 2014 per le quali la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, ma che incide sul trattamento sanzionatorio, comporta una rideterminazione della pena in sede di esecuzione, vincendo la preclusione del giudicato; nella specie la questione riguardava gli effetti della sentenza n. 251 del 2012 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69, comma quarto, cod. pen. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del D.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, c.p.).

Tuttavia, va rilevato che la Corte Costituzionale nella sentenza del 22 luglio 2011, n. 236, aveva osservato che la stessa sentenza c.d. Scoppola riconosce il limite del giudicato, atteso che si riferisce espressamente alle *"leggi posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva"*, mostrando così di non attribuire al principio della retroattività della legge favorevole una portata assoluta (sulla sentenza c.d. Scoppola, v. approfonditamente nei prossimi paragrafi).

Nella prassi applicativa si è posto il problema dei **rapporti tra le pronunce della nostra Corte Costituzionale con quelle della Corte Europea** e precisamente in che misura la Corte Costituzionale deve ritenersi vincolata alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo se si tiene presente che, come visto, ex art. 46 CEDU l'interpretazione data da quest'ultima alle norme della Convenzione è vincolante per gli Stati aderenti.

Con la pronuncia del 22.7.2011, n. 236, il giudice delle leggi ha affrontato la questione. Preliminarmente ha ribadito, come già affermato dalla stessa Corte, di non poter sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo: le norme della CEDU, quindi, devono essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte Europea. Ha poi sostenuto che, sollevata la questione di legittimità costituzionale, il giudice delle leggi dopo aver accertato che il denunciato contrasto tra norma interna e norma della CEDU sussiste e non può essere risolto in via interpretativa, deve verificare se la norma della Convenzione, che si colloca pur sempre ad un livello subcostituzionale, si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In questa, seppur eccezionale, ipotesi, deve essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato.

Nella stessa sentenza la Corte ha anche precisato che, se è vero che non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, può però *"valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza"* (così anche la precedente sentenza n. 317 del 2009). Alla Corte nazionale compete, insomma, di

apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi.

1.2.2. La portata del principio di legalità penale scolpito nella CEDU

L'art. 7, comma 1, della CEDU, come visto, dispone che: "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso". La norma, come, del resto, l'art. 25, comma 2, Cost., sancisce sia il principio di legalità in ambito penale sia il principio di irretroattività della legge sfavorevole.

Il principio di legalità sancito dalla CEDU ha una sfera di operatività che va al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come penali in base al diritto interno. Ne deriva che la giurisprudenza della Corte europea può giungere a qualificare come penale, alla luce dei parametri dettati dalla sua giurisprudenza, una sanzione prevista dall'ordinamento dello Stato parte indipendentemente dalla qualifica che in tale ordinamento riceve tale sanzione (ad esempio, nel nostro amministrativa o penale). Si può, dunque, ritenere che nell'ordinamento CEDU esiste una concezione autonomistica della sanzione penale e, quindi, dell'illecito penale, con la conseguenza che ben può accadere che la sanzione qualificata come "pena" dalla Corte europea sia qualificata diversamente nell'ordinamento interno, cioè al di fuori dell'ambito penale (ad esempio, amministrativo nel nostro ordinamento).

Una volta conferita alla sanzione la natura di "pena", rilevante ai sensi del citato art. 7, comma 1, occorre poi verificare se la normativa interna che disciplina l'applicazione di quella sanzione sia o meno conforme col principio di legalità, come inteso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Quanto al primo profilo, quello della verifica della natura della sanzione secondo i parametri della CEDU, il problema si è posto per le misure che incidono sulla libertà personale, qualificate di sicurezza nel diritto interno (non essendovi ovviamente alcun problema per le sanzioni che incidono sulla libertà personale e che vengono qualificate come penali già nel diritto interno) e per le sanzioni patrimoniali contemplate dalla normativa interna. La giurisprudenza europea ha progressivamente individuato una serie di criteri, non rigidi, nel senso che l'incidenza di ciascuno viene vagliata in ragione della situazione concretamente esaminata. Occorre precisamente: **a)** che la sanzione sia imposta successivamente ad una condanna per "reato" ovvero *sia collegata, in qualche modo, ad un "reato"*; **b)** soffermarsi sulla natura e sullo scopo della sanzione, verificando cioè se abbia una *funzione repressiva e preventiva*, nel senso che mira essenzialmente a punire allo scopo di impedire la reiterazione delle violazioni; **c)** che la sanzione sia *grave*; **d)** tenere conto della *qualificazione che la sanzione ha nel diritto interno*; **e)** tenere conto anche delle *procedure legate alla sua adozione e alla sua esecuzione* (di tali criteri la Corte ha fatto applicazione in tema di misure di sicurezza personale - si veda quanto si dirà nei paragrafi seguenti sulla successione di leggi nel tempo - ed in tema di confisca urbanistica nel noto caso di "Punta Perotti", ove, con la sentenza (di procedibilità del ricorso) del 30.8.2007, ha qualificato come pena ex art. 7, co. 1, CEDU la confisca dei suoli abusivamente lottizzati, attualmente prevista dall'art. 44, co. 2, d.p.r. 380/2001).

La Corte ha in più occasioni precisato che tali parametri sono, di regola, alternativi fra loro, a meno che sia richiesto un *"approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni altro criterio non permetta di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una accusa in materia penale"* (tra le altre, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia).

Se in applicazione dei suddetti parametri la Corte di Strasburgo giunge alla conclusione che si è in presenza di una "pena", come concepita dall'art. 7, co. 1, CEDU si pone il problema di verificare il rispetto del principio di legalità previsto dal medesimo articolo, come interpretato dalla giurisprudenza della suddetta Corte.

In argomento, la giurisprudenza della Corte Europea è ormai costante nel ritenere che le norme di diritto interno che introducono una "pena" devono non solo enunciare in modo sufficientemente preciso la fattispecie da cui deriva quella "pena", ma devono anche essere accessibili e prevedibili (tra le altre, Corte Europea sent. 6 marzo 2012, ric. n. 54468/09).

In ossequio al requisito dell'**accessibilità**, è necessario che le norme penali siano state pubblicate e raccolte in modo tale da consentire ai destinatari di conoscerne l'esistenza.

Quanto alla **prevedibilità**, essa opera in due momenti diversi: quello formativo della norma e quello interpretativo della medesima.

Per quanto riguarda il *momento formativo* della norma, la Corte ritiene che si può considerare legge solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta, il quale deve essere messo in grado di prevedere con ragionevole approssimazione, in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un determinato comportamento.

Il rispetto del requisito di determinatezza, viene vagliato alla stregua dei seguenti parametri: il contenuto/testo della norma, l'ambito che essa ricopre nel contesto legislativo in cui si inserisce, nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari, in relazione all'ambito in cui la norma è destinata ad operare. La prevedibilità di una legge non è esclusa dal fatto che la persona interessata ricorra ad un professionista per valutare, a un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto (si tratta, nella sostanza, di parametri a cui ricorre anche la giurisprudenza interna per vagliare il tasso di determinatezza della norma incriminatrice).

Per quanto attiene al *momento interpretativo*, è necessario che con un'interpretazione ragionevole possa risultare prevedibile l'ambito applicativo della norma.

L'articolo 7, co. 1, cit. se vieta principalmente di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano dei reati, impone, altresì, di non applicare la legge penale in maniera estensiva a pregiudizio dell'imputato, ad esempio, per analogia. Ne consegue che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'aiuto dell'interpretazione giurisprudenziale, quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale. La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7, co. 1, cit. corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione: essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale. Invero, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione legale, in qualsiasi sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria, atteso che è imprescindibile chiarire i punti oscuri ed adattarsi ai cambiamenti di situazione. Del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale. Non si può, dunque, interpretare l'articolo 7, co. 1, cit. nel senso che vieta che le norme in materia di responsabilità penale vengano chiarite gradualmente mediante l'interpretazione giudiziaria, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile.

1.2.2.1. Il principio di legalità ex art. 7 CEDU e la figura di matrice giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, con la sentenza 14 aprile 2015 □ Causa Contrada c. Italia, Ricorso n. 66655/13, ha sanzionato l'Italia per la condanna inflitta a Bruno Contrada per concorso esterno in associazione mafiosa.

Secondo i giudici di Strasburgo, Bruno Contrada non doveva essere condannato per concorso esterno in associazione mafiosa perché, all'epoca dei fatti (1979-1988), il reato non *“era sufficientemente chiaro e il ricorrente non poteva conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti”* (*“A l'époque où les faits reprochés au requérant ont été commis (1979-1988), l'infraction en cause n'était pas suffisamment claire et prévisible pour celui-ci. Le requérant ne pouvait donc pas connaître en l'espèce la peine qu'il encourait du chef de la responsabilité pénale découlant des actes qu'il avait accomplis”*).

Contrada si era rivolto alla Corte Europea dei diritti dell'uomo nel luglio del 2008 affermando che – in base all'art. 7 della CEDU, che stabilisce il principio *“nulla poena sine lege”* – non avrebbe dovuto essere condannato perché *“il reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso è il risultato di un'evoluzione della giurisprudenza italiana posteriore all'epoca in cui lui avrebbe commesso i fatti per cui è stato condannato”*.

I Giudici di Strasburgo hanno così accolto le tesi della difesa, affermando che i Giudici nazionali, nel condannare Contrada, non hanno rispettato i principi di *"non retroattività e di prevedibilità della legge penale"*, ritenendo che all'epoca dei fatti contestati, il reato non era stato sufficientemente chiaro e quindi prevedibile dall'imputato. Nella sentenza si afferma che *"il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è stato il risultato di un'evoluzione della giurisprudenza iniziata verso la fine degli anni '80 e consolidatasi nel 1994 e che quindi la legge non era sufficientemente chiara e prevedibile per Bruno Contrada nel momento in cui avrebbe commesso i fatti contestatigli"*.

Infatti, in linea generale, qualora si concluda per la natura "penale" della sanzione da applicare (come pacifico nella specie poiché si è in presenza di una pena detentiva da applicare), occorre verificare se la normativa interna che disciplina l'applicazione di quella sanzione sia o meno conforme col principio di legalità ex art. 7 CEDU, come inteso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo interpretativa della Convenzione. In argomento, la giurisprudenza di tale Corte, come visto, è ormai costante nel ritenere che le norme di diritto interno che introducono una "pena" devono non solo *enunciare in modo sufficientemente preciso la fattispecie* da cui deriva quella "pena", ma devono, più in generale, essere *accessibili e prevedibili*, cioè conoscibili.

La Corte ha sostenuto che *"si può considerare "legge" solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta"*. La determinatezza è dunque il presupposto della prevedibilità, con la conseguenza che una giurisprudenza complessa e contrastante, come quella in materia di concorso esterno tra gli anni ottanta e novanta, non avrebbe permesso al ricorrente di comprendere e qualificare con chiarezza i fatti contestati e prevedere la conseguente sanzione.

In ogni caso, nell'ottica della Corte non ogni mutamento giurisprudenziale in senso estensivo del penalmente rilevante (c.d. *overruling in malam partem*) è destinato ad essere stigmatizzato come violazione dell'art. 7 CEDU. Da un esame della giurisprudenza della Corte Europea si può notare che si esclude la violazione della citata norma in caso di mutamento ragionevolmente prevedibile (sent. *S.W. c. Regno Unito* e *C.R. c. Regno Unito* del 22 novembre 1995), a meno che vi sia un *revirement* giurisprudenziale sfavorevole in un settore del diritto penale oscuro e artificiale, come quello urbanistico (sent. *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006).

(Omissis)

4.1. La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

A questo punto, occorre richiamare il nuovo istituto giuridico della **non punibilità per particolare tenuità del fatto**, introdotto il D.Lgs. del 16 marzo 2015, n. 28 (entrato in vigore il 2 aprile 2015) il cui art. 1 ha aggiunto l'art. 131-bis c.p., rubricato *"Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto"*.

La disciplina si applica a tutti quei reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria o la pena detentiva non superiore a cinque anni, sia nelle ipotesi che le due tipologie di pena siano congiunte sia che siano previste in modo distinto (il quarto comma dell'art. 131-bis c.p. prevede come tenere conto delle circostanze per determinare, a tali fini, la pena). La norma indica, quali criteri di valutazione, la modalità della condotta, l'esiguità del danno o pericolo e la mancanza di abitudine nel comportamento dell'offensore.

La tenuità deve ritenersi esclusa e non applicabile quando la condotta è caratterizzata da crudeltà, motivi abietti o futili, in danno di animali, con sevizie o nei confronti di persona con minorate possibilità di difesa o quando le conseguenze procurate dall'offensore siano di particolare gravità (morte o lesioni gravissime). La norma indica altresì i criteri per ritenere abituale il comportamento dell'offensore ed escludere, quindi, l'applicazione della norma.

In particolare, la norma prevede che: *"Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale."*

L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante".

Il d.lgs n. 28/2015 è suddiviso in più disposizioni, che regolamentano rispettivamente: i presupposti del nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 1); i profili procedurali per la sua applicazione con provvedimento di archiviazione (art. 2); i profili procedurali per la sua applicazione con sentenza di proscioglimento predibattimentale ex art. 469 c.p.p. (art. 3, comma 1, lett. a); - l'efficacia delle sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, all'esito di dibattimento o di rito abbreviato, nei giudizi civili e amministrativi (art. 3, comma 1, lett. b); l'iscrizione dei provvedimenti relativi al nuovo istituto nel casellario giudiziale ed il rilascio delle relative certificazioni (art. 4).

Una prima questione relativa al nuovo istituto attiene alla sua natura.

Secondo l'opinione pressoché unanime trattasi di **istituto di diritto sostanziale** come si desume: dalla sua configurazione collocazione sistematica all'interno del codice penale nel Titolo V del Libro primo che si occupa della pena; dalla definizione in termini di "*punibilità*" (e non di "*procedibilità*"); dal riferimento alla sussistenza dell'offesa al bene giuridico quale presupposto per apprezzarne il carattere particolarmente tenue (a prescindere dalla tesi che si intende seguire circa la collocazione dell'offesa nella struttura del reato questa presuppone comunque la sua sussistenza); dall'adozione del decreto delegato sulla base dell'art. 1 della legge delega del 28 aprile 2014, n. 67, articolo puntualmente rubricato "*delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie*" (in questo senso anche Cass., sez. III, 8.4.2015).

Dunque, siamo in presenza di un istituto che attiene non agli elementi costitutivi del reato ma al momento della punibilità, presupponendo il reato già perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi. La particolare tenuità del fatto costituisce, in definitiva, **una causa di non punibilità in senso stretto**, analoga a quelle già presenti nell'ordinamento.

Difatti, la particolare tenuità del fatto è stata concepita come un istituto volto a perseguire obiettivi di deflazione processuale, vale a dire come strumento di alleggerimento della macchina giudiziaria. In questa prospettiva, l'istituto è stato connesso alle problematiche della obbligatorietà dell'azione penale ed è stato visto come il mezzo per rendere più trasparente quella selezione discrezionale dei fatti punibili che, in via di fatto e in assenza di criteri espressi, viene effettuata negli uffici giudiziari. L'istituto in esame è dunque volto a perseguire l'obiettivo di assicurare una proporzione tra il disvalore del fatto e la risposta sanzionatoria: come si legge nella relazione ministeriale, "l'istituto espunge dall'area della punibilità quei fatti storici che ne appaiano "immeritevoli" (§ 6 della Relazione).

L'estraneità al nucleo costitutivo del reato, inteso come fatto tipico, antiggiuridico, colpevole e offensivo, deve indurre a tenere distinta la valutazione di particolare tenuità del fatto da quella

di inoffensività del fatto. Invero, mentre quest'ultima richiede la *radicale assenza dell'offesa al bene giuridico tutelato*, la prima si fonda sulla *tenuità di un'offesa comunque sussistente*. Come precisato nella relazione ministeriale di accompagnamento del d.lgs. n. 28/2015, la particolare tenuità del fatto è istituto diverso da quello della c.d. inoffensività del fatto: *"quest'ultimo ... attiene alla totale mancanza di offensività del fatto che risulta pertanto privo di un suo elemento costitutivo e in definitiva atipico e insussistente come reato ... diversamente, l'istituto in questione della "irrilevanza" per particolare tenuità presuppone un fatto tipico e, pertanto, costitutivo di reato, ma da ritenere non punibile in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale"* (§ 2 della Relazione). Da ciò si desume l'adesione del legislatore alla tesi per cui l'offensività attiene al tipo per cui il reato va inteso come fatto tipico, antiggiuridico, colpevole e offensivo ed è quindi immanente alla tipicità, sicché non va ricondotto ad una valutazione ulteriore ai sensi dell'art. 49, comma 2, c.p. (in argomento, si rinvia nuovamente a CARINGELLA-DELLA VALLE-DE PALMA, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Dike giuridica, 2015, parte I, cap. 3, par. 4 ss.).

Anche rispetto a tale istituto, che si riferisce ad un ampio novero di reati, precisato quanto precede, va comunque evidenziato che, tenendo conto degli altri due istituti di portata, per così dire, semi-generale, come le *cause di improcedibilità* nei casi di particolare tenuità del fatto nel processo minorile ed in quello per i reati di competenza del Giudice di Pace, va affermata la sua riferibilità al principio di offensività, nel senso che se si esclude ex lege (rispetto a numerosi reati) la punibilità di un fatto tenue, perché minimamente offensivo, si deve escludere, in generale, che un dato fatto sia punibile se addirittura non offensivo. Dunque, si può attribuire alle due cause di improcedibilità menzionate e della causa di non punibilità in questione un significato che va là di là delle fattispecie disciplinate e desumere da queste la volontà del legislatore di non punire fatti privi di offesa del bene protetto.

Se si muove dal presupposto per cui la particolare tenuità del fatto presuppone l'offensività della condotta (ovviamente minima), nel senso che il fatto concreto deve essere già offensivo si deve coerentemente ritenere che il nuovo istituto è applicabile, in presenza dei vari requisiti previsti dall'art. 131-bis c.p., **anche ai reati che prevedono delle soglie di punibilità**, sicché il superamento del limite-soglia non preclude la valutazione di particolare tenuità del fatto, fondata sulla graduabilità dell'offesa, bensì rileva ai fini della configurabilità del fatto come reato in quanto attingente il *quantum* di danno necessario per integrare l'offesa all'interesse protetto (in questo senso argomenta, Cass., sez. III, 20.5.2015, n. 21014).

Tuttavia, c'è chi in dottrina ha dissentito da tale possibilità poiché attraverso la previsione delle soglie il legislatore avrebbe già tracciato i confini della rilevanza penale conformemente al canone della tenuità del pericolo e dell'offesa, e avrebbe, quindi, precluso ogni ulteriore valutazione del giudice. Si pensi, ad esempio, alle fattispecie di cui agli artt. 3, 4, 5, 10-bis e 10-ter d.lgs. n. 74/2000, rispetto alle quali può porsi la questione se, malgrado il superamento della soglia fissata dal legislatore per individuare le condotte penalmente rilevanti (così distinguendole da quelle amministrativamente sanzionate o, addirittura, del tutto irrilevanti), possa comunque farsi applicazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto. L'operatività di tale istituto, infatti, introduce inevitabilmente un elemento di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale pur in presenza di una valutazione già astrattamente effettuata dal legislatore in ordine alla rilevanza penale di alcune condotte, ritenute evidentemente "più gravi" di altre (che, perciò, non risultano penalmente sanzionate).

L'orientamento che esclude l'interazione tra i due istituti tuttavia non è condiviso da altra dottrina sulla base delle precedenti considerazioni. Inoltre si osserva che comunque anche rispetto ai reati che prevedono soglie di punibilità si fa applicazione di criteri ed indici normativi espressamente previsti dall'art. 131-bis c.p. e che non escludono, a priori, la applicabilità dell'istituto alle condotte la cui rilevanza penale sia subordinata al superamento di soglie. In altri termini, con l'introduzione della disciplina di cui all'art. 131-bis c.p., il legislatore consente che, pur in presenza del superamento di un valore-soglia, che determina la rilevanza penale della condotta, il fatto, nel suo insieme, possa essere ritenuto di particolare tenuità e, quindi, non punibile.

Del resto, si è osservato, la valutazione della tenuità del fatto da parte del giudice in caso di superamento della soglia di punibilità è prevista in relazione all'art. 316-ter c.p. (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato). In questa ipotesi, infatti, pur essendo fissata una soglia di punibilità (€ 3.999,96), è, altresì, previsto che, in caso di superamento della stessa (e quindi di rilevanza penale del fatto) possa riconoscersi la particolare tenuità del fatto, con conseguente diminuzione di pena in applicazione dell'attenuante ex art. 323-bis c.p.

Ancora, mette tenere conto che, con riguardo alla condotta di detenzione di stupefacenti, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la previsione del limite obiettivo fisso della "dose media giornaliera", in funzione della distinzione tra illecito amministrativo e illecito penale, non impedisce al giudice di merito di valutare se l'eccedenza accertata rispetto alla soglia sia di entità così modesta da far ritenere la condotta "priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta dei beni giuridici tutelati" e quindi penalmente irrilevante (Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333). Quindi, in presenza del superamento di una soglia di punibilità, se non può escludersi una valutazione di inoffensività in concreto della condotta, *a fortiori* deve ammettersi un giudizio di particolare tenuità dell'offesa realizzata che consenta di applicare l'art. 131-bis c.p.

Non si può neppure ignorare che la Suprema Corte ha ritenuto applicabile al reato di guida in stato di ebbrezza (originariamente di competenza del G.d.P.) l'art. 34, D.Lgs. n. 274/2000 in caso di un modesto superamento del limite-soglia stabilito per quel reato, riconoscendo che, ove il limite non fosse superato, il reato non potrebbe nemmeno dirsi integrato. (Cass. 28.4.2006, n. 24249, nel caso di specie, in applicazione del suesposto principio, la Corte ha ritenuto la sussistenza della causa di improcedibilità per una condotta di guida in stato di ebbrezza, in ragione dell'esiguità del tasso alcolimetrico, valutato unitamente agli altri indici di tenuità del fatto).

Va peraltro osservato che le soglie di punibilità non costituiscono una categoria unitaria che svolge sempre la medesima funzione, dovendosi piuttosto ammettere che si tratta di elementi che possono variamente combinarsi con gli altri elementi della fattispecie e svolgere distinte funzioni. In particolare, le soglie di punibilità possono atteggiarsi come elementi costitutivi del reato ovvero come condizioni obiettive di punibilità tendenzialmente intrinseche poiché attengono al grado dell'offesa (sulla distinzione, v. CARINGELLA-DELLA VALLE-DE PALMA, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Dike giuridica, 2015, parte II, cap. V, par. 3.9.1.).

In questo ultimo caso, il legislatore ha già vagliato il grado di offesa che comporta la punibilità del reato, sicché non dovrebbe ritenersi ammissibile alcuna altra valutazione del giudice ex art. 131-bis c.p. circa la non punibilità.

Diversamente, se il superamento della soglia di punibilità è un elemento costitutivo del reato, nel senso che sotto la soglia il fatto non costituisce reato (o al più un illecito amministrativo), mentre sopra la soglia (anche in caso di offesa minima) è reato, è possibile una valutazione di tenuità dell'offesa esistente e quindi un giudizio di non punibilità ex art. 131-bis c.p.

Dunque, in tali ipotesi, non hanno pregio le voci contrarie a tale configurabilità per cui, come visto, il legislatore ha fissato una determinata soglia di offesa per ritenere penalmente rilevante il fatto, sicché un superamento anche esiguo rende per ciò solo ed in via di principio punibile il fatto, perché il superamento della soglia integra la tipicità del reato e l'offesa può essere anche minima o, meglio, tenue. In tal caso un giudizio di particolare tenuità del fatto, parametrato sul caso concreto, non rischia di contraddire la valutazione compiuta in astratto dal legislatore.

In senso contrario, si è osservato che in tali casi (cioè in cui la soglia di punibilità = elemento costitutivo) se è vero che la soglia segna il confine di tipicità è anche vero che segna pure il confine della punibilità, nel senso che essa è stata prevista dal legislatore proprio con la funzione di indicare con precisione i fatti meritevoli di pena già in via astratta.

Ciò è stato sostenuto proprio richiamando il summenzionato l'art. 316-ter ed i reati tributari rispetto ai quali il mancato superamento della soglia integra comunque un illecito

amministrativo. Sarebbe infatti paradossale ritenere esente da qualsiasi sanzione, penale ed amministrativa, chi avesse superato di poco la soglia di rilievo penale ed invece necessariamente punito con la sanzione amministrativa chi restasse sotto la soglia.

Tuttavia, c'è chi sostiene che in questi casi si dovrebbe far applicazione della sanzione amministrativa, sul presupposto che il più (cioè fatto sopra soglia non punibile perché di particolare tenuità) contiene il meno (cioè il fatto sotto soglia), anche se in tal modo appare violato il principio di legalità dell'illecito amministrativo (art. 1 l. 689/1981).

4.1.1. La preesistenza di istituti analoghi e rapporti con questi.

(Omissis)

4.1.2. I requisiti di operatività della causa di non punibilità.

(Omissis)

4.1.3. Profili di diritto intertemporale.

(Omissis)

4.2. I delitti contro l'ordine pubblico.

Il principio di offensività è stato valorizzato anche con riferimento ai reati di pericolo, recuperando cioè la loro dimensione concretamente pericolosa.

Si pensi ai delitti contro l'ordine pubblico, contemplati nel titolo V del libro II del codice penale. Secondo la cd. concezione ideale di ordine pubblico questo è costituito dal complesso di quei principi dalla cui continuità e immutabilità dipende la sopravvivenza dell'ordinamento: esso è cioè sinonimo di ordine legale costituito. Da ciò deriva che il ruolo dei predetti delitti è quello di prevenire il disordine ideale (una variante della concezione ideale è quella di ordine pubblico costituzionale, propugnata dalla Corte Costituzionale, che ricomprende l'insieme dei principi fondamentali che riassumono l'ordine legale di una convivenza sociale ispirata ai valori costituzionali). Tale concezione di ordine pubblico è stata tuttavia oggetto negli ultimi anni di rivisitazione critica. Difatti, se inteso in senso ideale l'ordine pubblico è concetto vago, dai contorni indefiniti, non suscettibile di accertamento empirico, riducendosi a mera entità astratta creata dal legislatore senza possibilità di rinvenire quella realtà sostanziale che deve preesistere al riconoscimento giuridico di ogni bene. Inoltre, si è opportunamente rilevato che l'offesa all'ordine pubblico ideale può essere arrecata con la semplice manifestazione di convincimenti contrari con i valori posti alla base dell'ordine legale costituito, col serio rischio di incriminare il mero dissenso politico-ideologico. La dottrina più recente ha pertanto elaborato la nozione di ordine pubblico cd. materiale, inteso come pacifica convivenza e pace sociale. In questo senso l'ordine pubblico ha uno spessore empirico in quanto allude alla pubblica tranquillità e alla sicurezza collettiva. L'incriminazione dei fatti contemplati nei delitti suddetti è diretta dunque ad evitare non il disordine ideale, scaturente dal conflitto tra valori diversi, ma il disordine materiale che minaccia la pacifica convivenza tra le persone. Solo questa concezione di ordine pubblico è in perfetta sintonia col fondamentale diritto alla manifestazione del pensiero, poiché evita la repressione di esternazioni che non mettono a repentaglio la pace esterna.

Il passaggio dalla dimensione astratta a quella concreta del concetto di ordine pubblico, ha indotto ad interpretare i delitti di pericolo contro l'ordine pubblico come delitti rispetto ai quali è necessario verificare l'incidenza della condotta tipica sull'ordine materiale, cioè se essa sia idonea a porre concretamente in pericolo la pacifica convivenza o la pubblica tranquillità. A tal proposito, vengono in rilievo le dispute accesi attorno alla struttura dei reati di **istigazione a delinquere** (art. 414, comma 1, c.p.) e **apologia** (art. 414, comma 2, c.p.). Si tratta di reati che incriminano comportamenti minacciosi per l'ordine pubblico, consistenti rispettivamente nell'esortazione di un numero indeterminato di persone alla perpetrazione di reati e in un giudizio favorevole per un precedente episodio criminoso, anch'esso rivolto ad un numero indefinito di soggetti. La rilevanza penale di tali condotte appare a prima vista

problematica, dato che interferisce col diritto alla libera manifestazione del pensiero scolpito dall'art. 21 Cost. Di qui l'inserimento degli stessi nella categoria descrittiva dei cd. reati d'opinione. Muovendo dalla concezione cd. ideale di ordine pubblico, si è sostenuto che per il perfezionamento dei reati di istigazione e apologia non è necessario che l'espressione pronunciata sia effettivamente percepita da un numero indeterminato di persone, ma è sufficiente la semplice percepibilità. Un simile assunto è compatibile solo con l'idea che i reati in questione sono di pericolo presunto, perché è pressoché impossibile dimostrare la pericolosità di espressioni non percepite, ma solo percepibili da parte dei terzi. Se invece si ha riguardo alla concezione cd. materiale l'istigazione e l'apologia vanno considerati come reati di pericolo concreto poiché le espressioni divulgate devono pervenire a più soggetti ed essere concretamente minacciose per la collettività che riceverebbe nocimento dalla commissione di reati. Il giudice delle leggi fin dagli anni settanta richiede la concreta idoneità della condotta istigatrice o di apologia a provocare la commissione di reati da parte di terzi (in tema di istigazione all'odio tra le classi sociali (art. 415 c.p.), cfr. Corte Cost. n. 108/1974; in tema di apologia, cfr. Corte Cost. n. 65/1970). Nello stesso senso si esprimono oramai sia i giudici di legittimità che quelli di merito per i quali è necessario valutare il contesto in cui le espressioni vengono pronunciate per verificarne l'effettiva pericolosità (Trib. Venezia 24 ottobre 1996, cit.; in tema di istigazione all'uso di sostanze stupefacenti (art. 82 d.p.r. n. 309/1990), v. Cass. n. 16041/2001).

4.2.1. I delitti di attentato.

I delitti di attentato, detti anche a consumazione anticipata, costituiscono una categoria comprendente varie figure di delitti di pericolo. I delitti rientranti in tale categoria vanno studiati, sotto il profilo che qui interessa, nei loro rapporti con la figura generale di tentativo (il delitto di pericolo per eccellenza). Solo procedendo in tal senso si comprende appieno la portata dei delitti di attentato dei quali non esiste una nozione di diritto positivo, ma solo dottrinale.

Tradizionalmente con essi si vuole indicare quei delitti che si considerano perfetti con il compimento di atti diretti a ledere il bene protetto, condotte che, stando alle regole generali, potrebbero essere al più un tentativo (ad esempio, artt. 276, 295, 296 c.p.) o addirittura meno di un tentativo, perché, alla luce della lettera della norma incriminatrice, sono soltanto diretti a raggiungere un risultato lesivo, a nulla rilevando l'idoneità degli stessi ad offendere (ad esempio, artt. 241, 283, 285, 286, 420 c.p.). Si ricorda che l'art. 56 c.p., sul delitto tentato, richiede l'idoneità e la non equivocità degli atti (ovvero la direzione non equivoca degli atti, cioè che siano verosimilmente diretti ad offendere il bene protetto).

In genere si tratta di delitti posti a presidio di beni di rango particolarmente elevato, come la personalità dello Stato, l'ordine pubblico o la pubblica incolumità, ritenuti meritevoli, in quanto tali, di protezione anticipata. Essi traggono origine nella tradizione di pensiero, tipica degli ordinamenti di stampo autoritario dei *crimina laesae majestatis*, rispetto ai quali non assume rilevanza la distinzione tra consumazione e tentativo, né tra atti preparatori ed atti esecutivi, in ossequio alla volontà politica di reprimere sul nascere qualsiasi esternazione criminosa rivolta verso nevralgici interessi statuali.

La tecnica di tipizzazione legislativa non è univoca. Talvolta i delitti vengono indicati già nella rubrica dell'articolo con la formula <<attentato>> e la condotta viene descritta con la locuzione <<chiunque commette un fatto diretto a>> (come ad esempio negli artt. 241, 283, 420 c.p.). Altre volte il legislatore si limita ad utilizzare, nella rubrica o nel testo dell'articolo, il sostantivo <<attentato>> o il verbo <<attenta>> (come ad esempio negli artt. 276, 295, 296 c.p.). In altre occasioni ancora i delitti, pur non essendo espressamente denominati come attentati, presentano la struttura tipica dei delitti di attentato: è il caso dell'art. 286 c.p., che sotto il titolo <<guerra civile>> incrimina la condotta di <<chiunque commette un fatto diretto a>>, o dell'art. 422 c.p. sulla strage, nel quale manca qualsiasi riferimento letterale caratteristico di questa tipologia di delitti, ma che, secondo l'opinione dominante, va ricondotto a tale categoria, atteso che la fattispecie base è costituita dalla condotta di chi, al fine di uccidere, commette atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità, a prescindere dal fatto che a siffatta condotta segua effettivamente la morte di una o più persone.

La mancanza di una disposizione di carattere generale che detti un'omogenea disciplina dei delitti di attentato ha determinato il sorgere di una disputa tra chi ritiene che l'attentato

sanzioni già l'attività preparatoria e chi individua la soglia della rilevanza penale della condotta solo in presenza degli elementi che l'art. 56 c.p. richiede per il tentativo.

Il problema, come ben messo in evidenza in dottrina, si è posto con l'entrata in vigore del codice Rocco, poiché sotto il vigore del codice Zanardelli non vi erano dubbi sulla completa omogeneità concettuale e funzionale del tentativo e dell'attentato, nel senso che solo gli atti esecutivi potevano integrare sia l'uno che l'altro.

Una prima impostazione, argomentando dall'intenzione del codice Rocco di superare la distinzione in tema di delitto tentato tra atti preparatori ed atti esecutivi e di far retrocedere la configurabilità del tentativo a livello di attività preparatoria, rimarcò che la stessa sorte investisse i delitti di attentato. In sede applicativa peraltro mentre per il tentativo si è affermata, fin dai primi anni, una interpretazione che richiede pur sempre un'attività sostanzialmente esecutiva, per l'attentato invece si è registrato, almeno inizialmente, un atteggiamento più rigoroso che, muovendo dall'assunto dell'autonomia strutturale di tali fattispecie rispetto al tentativo, ha ritenuto di poter colpire anche gli atti più remoti, purché sintomatici della volontà di ledere l'interesse protetto.

In un primo momento della riflessione dottrinale e giurisprudenziale è dunque prevalsa **un'interpretazione di tipo soggettivistico** che riteneva sufficiente qualsiasi atto intenzionalmente diretto al risultato lesivo. Si dava cioè rilevanza alla mera intenzione di ledere, desumibile non solo dalla condotta, ritenuto mero sintomo rivelatore della volontà criminosa, ma anche *aliunde*.

A questa prima interpretazione negli anni successivi, in un mutato clima culturale, lontano dagli eccessi ideologici dello Stato totalitario, se n'è contrapposta **un'altra di tipo oggettivistico**, che ha ritenuto necessaria una direzione non solo soggettiva, ma anche oggettiva della condotta verso il risultato. Secondo questa impostazione l'accento va posto sulla locuzione <<fatto diretto a>>, che esprime una caratteristica del fatto oggettivamente inteso, il che significa che vi deve essere una estrinsecazione della condotta tale da rivelare inequivocabilmente, nella sua oggettività, l'intenzione di raggiungere il fine. Non basta, quindi, come sostenuto dalla tesi precedente, la mera intenzione e neanche una condotta, nella sua oggettività, equivoca, cioè suscettibile di varie interpretazioni.

A conforto di questa seconda opzione ricostruttiva si adduce anche un argomento di tipo sistematico. Se fosse corretto infatti l'approccio soggettivistico il legislatore non avrebbe distinto, sul piano sanzionatorio, a seconda che il soggetto agente persegua soltanto ovvero di fatto riesca a realizzare un determinato scopo, posto che, in entrambi i casi, sarebbe identico l'atteggiamento psichico, il solo a dover essere tenuto in considerazione alla stregua dell'indirizzo che si contesta. Viceversa, numerose disposizioni che incriminano i delitti di attentato ricollegano al raggiungimento dello scopo un aggravamento del trattamento sanzionatorio, così testimoniando la precisa volontà legislativa di assegnare importanza proprio alla dimensione oggettiva e non sola a quella psichica.

Questa seconda tesi, seppure ha il pregio di superare la primigenia impostazione soggettivistica, reputa pur sempre l'attentato come soglia di punibilità anteriore al tentativo. Infatti, mentre l'attentato viene considerato come prima soglia di punibilità del nostro ordinamento, caratterizzato dalla univocità della condotta rispetto all'evento, il tentativo viene collocato ad uno stadio più avanzato, nel quale la condotta oltre al carattere della univocità, presenta l'ulteriore connotato della idoneità. Non è chi non veda, dunque, come quella in esame sia una tesi che condivide con la precedente una idea di fondo, quella per cui il delitto di attentato è strutturalmente diverso dal delitto tentato, sicché anche secondo questa prospettiva l'attentato punisce l'attività preparatoria.

Solo il recupero del principio di offensività ha indotto dottrina e giurisprudenza a riconoscere che anche i delitti di attentato esigono la effettiva pericolosità della condotta. Costituendo l'attentato un reato di pericolo, ed essendo il pericolo il limite estremo del diritto penale dell'offesa, la sua configurabilità è subordinata alla presenza di un pericolo concreto da accertarsi attraverso la verifica della idoneità ed univocità degli atti posti in essere dall'agente. Ne consegue che *all'attentato e al tentativo deve essere riconosciuta omogeneità strutturale*, di modo che le espressioni <<fatto diretto a>> o <<chiunque attenta a>> vanno lette rispettivamente <<fatto idoneo diretto a>> e <<chiunque compie atti idonei diretti a>>, restando, pertanto, al di fuori della punibilità le attività meramente preparatorie.

Da quanto appena riferito deriva che la nozione tradizionale di delitto di attentato, esposta in apertura, deve essere rivista, nel senso che integrano gli estremi di questa tipologia di delitto

quelle ipotesi criminose con le quali, a prescindere dalla lettera della norma incriminatrice, *si considera delitto perfetto ciò che, in base alle regole generali, potrebbe essere solo un tentativo*.

Ne consegue, seguendo tale impostazione, la non configurabilità del tentativo con riferimento a tutte le fattispecie delittuose di attentato, dovendosi ammettere di essere al cospetto di un pericolo di pericolo, non sanzionabile pena un'inammissibile ulteriore arretramento della soglia di punibilità (circa i limiti di configurabilità del reato di pericolo cd. indiretto, v. *infra* il relativo paragrafo).

4.2.2. La legge del 24.2.2006, n. 85.

La legge del 24.2.2006, n. 85, ha ulteriormente valorizzato il principio di offensività muovendosi, tra l'altro, nei settori su cui ci si è soffermati nei due paragrafi che precedono.

Tale legge ha abrogato i reati che punivano, secondo l'opinione comune, solo una manifestazione di dissenso, senza che le relative condotte determinassero un reale pericolo per il bene tutelato. Si pensi all'abrogazione dei reati di cui agli artt. 269, 272 e 279 c.p. posti a presidio del bene personalità dello Stato. Tale prima direzione costituisce un indiretto rafforzamento della concezione materiale di ordine pubblico di cui si è detto in precedenza, tesa a tutelare non la mera non condivisione di una linea politico-ideologica, ma il concreto pericolo di incidere negativamente sulla convivenza civile.

La predetta legge ha anche provveduto ad una più precisa tipizzazione di altri reati a tutto vantaggio del principio di offensività. Ciò è, ad esempio, accaduto rispetto a due tipici delitti di attentato (artt. 241 e 283 c.p.) rispetto ai quali si è richiesta oltre che la *direzione univoca* degli atti, come accadeva prima della legge medesima, anche *l'idoneità degli stessi*. Con tali previsioni dunque il legislatore ha preso posizione nel senso che il delitto di attentato sono configurabili solo quando gli atti sono sia diretti che idonei a ledere il bene protetto. In questo senso si esprime ormai da tempo la migliore dottrina assimilando sul piano strutturale la figura del delitto di attentato a quella del tentativo.

4.2.3. Le misure di contrasto al terrorismo di cui al d.l. 18.2.2015, n. 7, convertito dalla l. 17.4.2015, n. 43

(Omissis)

5. La natura giuridica delle confische

Se volessimo tentare di elaborarne una nozione di confisca, potremmo definirla come una misura reale di trasferimento coattivo allo Stato di un bene o di un complesso di beni in qualche modo correlati alla commissione di un reato. Il passaggio della *res* dalla sfera giuridica del proprietario al patrimonio dell'amministrazione avviene coattivamente a cagione del fatto che l'effetto traslativo si produce a prescindere dalla volontà dell'interessato, in virtù di un atto autoritativo dello Stato, che reagisce così all'acquisizione criminosa del bene da parte dell'imputato. In via di prima approssimazione, possiamo infatti sostenere che scopo della confisca è quello di recidere in modo irrevocabile il collegamento tra reato e ricchezza accumulata, sì da privare il reo della disponibilità di beni che possano rendere allettante la reiterazione del crimine.

In queste prime battute si sta scorrendo di "confisca" al singolare, quasi che fosse tuttora possibile conservare l'approccio monistico all'istituto elaborato dalla dottrina tradizionale. In realtà la concezione unitaria non può più essere legittimata, alla stregua della profonda evoluzione che la misura ha subito nel corso degli anni, e, soprattutto, della diffusione di modelli di confisca sempre più eccentrici e ostili alle semplificazioni unificanti.

La questione della **natura giuridica** della confisca rappresenta la cartina al tornasole del mutamento di prospettiva cui si è accennato.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie hanno sostenuto, e ribadiscono tuttora, che la confisca, così come delineata nella previsione generale di cui all'art. 240 c.p., avrebbe natura di *misura di sicurezza*, in ossequio peraltro alla scelta che il legislatore Rocco avrebbe inteso effettuare, collocando appunto l'istituto nella parte del codice dedicata alle misure di prevenzione *post delictum*.

Altri autori hanno tuttavia riscontrato alcune significative *differenze tra la confisca e le misure di sicurezza*. Primo e più evidente elemento discrezionale sarebbe rappresentato dalla mancata previsione, in questo caso, del presupposto della pericolosità sociale dell'autore del reato. L'art. 236 c.p., disposizione generale in tema di misure di sicurezza patrimoniale, nel richiamare alcune disposizioni dettate in tema di misure di sicurezza personali, oblitera infatti gli artt. 202 e 203 c.p., che invocano e definiscono la pericolosità del reo quale ineludibile presupposto per l'applicazione della misura. Detto limite è stato superato tentando di elaborare una nozione di pericolosità oggettiva, immancabilmente sussistente in caso di confisca, da contrapporsi alla pericolosità soggettiva quale connotato delle misure di sicurezza personali (tra le altre, v. Cass. pen., 20 febbraio 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, 42; Cass. pen., 21 dicembre 1990, in *Giur. it.*, 1992, II, 504; Cass. pen., 10 aprile 1992, in *Cass. pen.* 1993, 1992).

Si è infatti sostenuto che dalla pericolosità del soggetto si passa alla pericolosità del bene, o, comunque, della relazione tra il bene ed il soggetto. Il primo profilo sarebbe riscontrabile nella confisca obbligatoria, con la quale in effetti si intende neutralizzare la potenzialità di danno insita in un oggetto già precedentemente coinvolto in una dinamica criminosa. Il secondo profilo connoterebbe invece la confisca facoltativa, volta a precludere alla *res* la capacità di influenzare il futuro comportamento del reo. Ricorre, infatti, sovente l'affermazione secondo cui il bene non intrinsecamente delittuoso o non integrante *pretium sceleris* sarebbe suscettibile di confisca soltanto qualora il giudice pervenga al ragionevole convincimento che, se lasciato nella disponibilità del reo, potrebbe *mantenere in lui viva l'idea e l'attrattiva del reato* (peraltro, è la stessa Relazione ministeriale di accompagnamento al codice penale, I, 245, a sostanziarne la funzione in quella di "eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato").

Oltre al profilo attinente alla pericolosità, un altro aspetto non collimante con la generale categoria delle misure di sicurezza è rappresentato dall'irrevocabilità della confisca, che, comportando la traslazione del bene al patrimonio erariale, risulta evidentemente definitiva, e tanto in contrasto con il connotato di assoluta modificabilità e revocabilità delle misure di sicurezza, inscindibilmente legate alla persistenza o meno della pericolosità del sottoposto.

Tanto chiarito, le differenze di vedute in ordine alla reale natura della confisca ex art. 240 c.p. determinano una contrapposizione tra quanti, scegliendo il paradigma della *misura di sicurezza*, riconoscono alla confisca un funzione di tipo preventivo, e quanti, per contro, le attribuiscono carattere eminentemente *repressivo*, facendo leva, appunto, sulle differenze sostanziali che si riscontrano tra le ordinarie misure di sicurezza e la confisca. Se, infatti, si deve prescindere dall'indagine circa la pericolosità del reo, non v'è dubbio che l'applicazione della misura ablatoria risulta, almeno in apparenza, funzionale alla repressione degli accumuli di ricchezza di provenienza illecita piuttosto che alla prevenzione del rischio di reiterazione del reato. Inoltre, si incalza, proprio l'insussistenza rispetto alla misura *de qua* – focalizzata esclusivamente sulla realizzazione in sé del fatto criminoso – della possibilità di una graduazione rispetto al disvalore soggettivo del reato, trasforma l'asserita efficacia preventiva della confisca in pura e semplice repressione.

Al di là di queste considerazioni, su un dato pare non potersi più dubitare: l'introduzione con leggi speciali di forme di confisca dai connotati eccentrici e sempre più vistosamente lontani dall'istituto originario rende oggi assolutamente riduttivo parlare di confisca, quasi che si tratti di una misura omogenea e dai contorni ben delineati, dovendosi piuttosto disquisire di *confische al plurale*. L'impostazione monistica, già di per sé incapace di unificare le varie concezioni elaborate sul tema della natura giuridica della confisca, risulta ormai del tutto inappagante, talché non resta che prendere atto di come nel nostro sistema di diritto positivo si rinvengano prototipi fra di loro così distanti da rendere inammissibile l'elaborazione di un paradigma univoco. Come è stato puntualmente osservato, soprattutto nelle variegate ipotesi di confisca obbligatoria introdotte dalla legislazione speciale, attraverso le quali il reo viene privato di beni che, di per sé, non presentano una connotazione penalmente illecita, "l'*etichetta misura di sicurezza serve a compendiare istituti differenziati, sempre meno inclini alla prevenzione, vieppiù sbilanciati sulla punizione: essi vengono avvicinati talvolta allo schema delle pene accessorie, tal'altra al sistema delle misure di prevenzione*".

Si può, dunque, sostenere, alla luce del variegato panorama legislativo, che **la confisca è istituto proteiforme**, perché diversamente disciplinata nel nostro ordinamento, tanto da assumere i connotati propri della *misura di sicurezza patrimoniale* (art. 240 c.p.), della *misura*

di prevenzione post delictum (art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. l. 7 agosto 1992, n. 356, che è sostanzialmente una sanzione penale, v. par. 1.3.) o della *misura di prevenzione in senso stretto ante delictum* (artt. 20, 24 e 25 del d.lgs. n. 159/2011, c.d. codice antimafia), della *sanzione penale stricto sensu* intesa (si pensi alla confisca per equivalente), nonché della *sanzione amministrativa*.

5.1. La c.d. confisca allargata

Una menzione a parte merita **la confisca contemplata dall'art. 12-sexies del d.l. 306/92 (c.d. confisca allargata)**, più volte modificato da leggi successive, mediante la quale, per combattere una serie di gravi delitti contro l'ordine pubblico economico, si interviene obbligatoriamente sulle cose di cui il condannato risulta essere titolare o avere la disponibilità, anche per interposta persona, e non possa giustificarne la provenienza o che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito. Involgendo anche beni che non hanno alcun legame con il reato per cui si procede, tale misura viene comunemente chiamata *confisca allargata*.

La *ratio* della disposizione normativa si rinviene nella presunzione *iuris tantum* del legislatore che un soggetto abitualmente dedito a traffici delittuosi dal tenore economico e di grande allarme sociale, abbia potuto investire i proventi illeciti accumulati nell'acquisto a titolo oneroso di beni rientranti nella sua disponibilità e, dunque, suscettibili di confisca.

In ordine al riparto dell'*onere della prova*, grava sull'accusa dimostrare la sproporzione del valore economico dei beni da confiscare rispetto alla capacità reddituale del soggetto, ma, come chiarito, una volta fornita tale prova sussiste una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale che può essere superata solo con allegazioni di elementi specifici da parte dell'interessato idonei a vincere tale presunzione. La confisca dei beni nella disponibilità del condannato può essere disposta, allorché, da un lato, sia provata l'esistenza di una sproporzione tra il reddito da lui dichiarato o i proventi della sua attività economica e il valore economico di detti beni e, dall'altro, non risulti una giustificazione credibile circa la provenienza di essi.

La confisca in discussione si caratterizza per il fatto che (rispetto alla concezione tradizionale di confisca) non comporta l'accertamento di un *rapporto di pertinenzialità* del bene da confiscare con uno dei reati tassativamente indicati in tale disposizione e per i quali interviene condanna, essendo sufficiente che sia provata l'esistenza di una sproporzione tra il valore dei beni nella disponibilità del condannato e il reddito dichiarato o i proventi della sua attività economica, quali accertati con riferimento al momento dell'acquisto, e che non risulti una giustificazione credibile della loro lecita provenienza (per un approfondimento sulle caratteristiche di tale misura si rinvia alla sentenza delle Sezioni Unite n. 920/2003). Ne consegue che, essendo irrilevante il requisito della pertinenzialità del bene rispetto al reato per cui si è proceduto, la confisca dei singoli beni non è esclusa per il fatto che essi siano stati acquisiti in epoca anteriore o successiva al reato per cui è intervenuta condanna, o che il loro valore superi il provento del medesimo reato (Cass., sez. VI, 29.11.2013, n. 47567).

Dunque, questa misura, per le connotazioni che presenta, sembra esulare dall'alveo della confisca ed integrare una vera e propria *sanzione penale*: essa è comunque una misura *post delictum* e va tenuta distinta dalla misura di prevenzione in senso stretto *ante delictum* di cui agli artt. 20 e 24 del d.lgs. n. 159/2011, c.d. codice antimafia (v. infra). Dunque, la mancanza di pericolosità dei beni oggetto della confisca, unitamente all'assenza di un rapporto di pertinenzialità inteso come nesso diretto, attuale e strumentale tra il reato e i detti beni, conferiscono, secondo la dottrina prevalente, all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura eminentemente sanzionatoria, essenzialmente irrogata con scopi punitivi-repressivi. Inoltre è stato evidenziato come tale misura ha una finalità non solo preventiva, ma anche dissuasiva, e cioè una misura che aggredisce entità patrimoniali, nella ricorrenza di predeterminati presupposti, sulla base di una presunzione relativa d'ingiustificata locupletazione. Si è anche notato come la notevole ampiezza del contenuto del provvedimento ablativo: "tutti" i beni sproporzionati al reddito o all'attività economica svolta dal condannato, a prescindere dalla circostanza che essi siano ricollegabili a uno dei reati presupposto, accentua il profilo punitivo in senso generalpreventivo della misura. Ne deriva che in base ai parametri sostanzialistici di cui all'art. 7 CEDU (v. paragrafi precedenti) si deve concludere che si è in presenza di una sanzione penale con

conseguente sua inapplicabilità retroattiva ex art. 2 c.p. (analogamente a quanto si è affermato in tema di confisca per equivalente, v. infra par. 2).

Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria la qualifica come una misura di sicurezza patrimoniale, sul rilievo che inciderebbe sulla pericolosità di beni i quali, lasciati nella disponibilità di soggetti condannati per gravi delitti, potrebbero propiziare la realizzazione di ulteriori reati (Cass. 7.3.2013, n. 10887). Trattasi pertanto di una misura di sicurezza che ex art. 200 c.p. può essere disposta anche in relazione a cespiti acquisiti in epoca anteriore all'entrata in vigore delle disposizioni che l'hanno istituita.

(Omissis)

5.6. La confisca ed il sequestro preventivo ai danni degli enti.

L'apparato sanzionatorio del d.lgs. n.231/2001, in tema di responsabilità degli enti, è contenuto negli artt. 9 e seguenti che prevedono le sanzioni pecuniarie (art. 10), le sanzioni interdittive (art. 13), la confisca (art. 19, sulla quale v. anche art. 6, co. 5) e la pubblicazione della sentenza di condanna (art. 18).

Le misure reali contemplate dal d.lgs. n.231/2001 sono la confisca ed il sequestro preventivo (che rileva come misura cautelare: v. artt. 45 ss.).

L'art. 53 prevede che il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell'art. 19. A sua volta tale ultimo articolo prevede che con la sentenza di condanna il giudice dispone sempre la confisca del *prezzo* (cioè il compenso dato o promesso come corrispettivo per commettere il reato c.d. presupposto) o del *profitto* del reato (cioè il vantaggio economico ricavato dal reato c.d. presupposto), salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato e salvi i diritti dei terzi in buona fede, come un terzo acquirente.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la confisca prevista dall'art. 19 cit. si configura come *sanzione principale*, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste a carico dell'ente, e si differenzia da quella configurata dall'art. 6, comma 5, del medesimo Decreto, applicabile solo nel caso *difetti la responsabilità della persona giuridica*, la quale costituisce invece uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto, i cui effetti sono comunque andati a vantaggio dell'ente (Cass., Sez. Un., 2.7.2008, n. 26654, e più di recente Cass., sez. VI, 31.5.2012, n. 34505). Dunque, si ritiene che la confisca non operi quale misura di sicurezza o sanzione accessoria, ma come *vera e propria sanzione principale* (dunque, penale se si accede alla tesi della natura penale della responsabilità degli enti). Ciò comporta che per quanto concerne la confisca, il giudice non deve compiere alcuna valutazione in ordine alla pericolosità intrinseca della cosa (cioè il profitto o il prezzo), perché una volta dimostrata la responsabilità dell'ente l'eventuale profitto o prezzo derivante dal reato è obbligatoriamente oggetto di apprensione coattiva, a titolo sanzionatorio, per effetto della commissione del reato. Ne consegue che in questo caso, ai fini dell'applicazione del sequestro, il profilo della colpevolezza rientra nella valutazione del *fumus commissi delicti*, in quanto la funzione preventiva riguarda direttamente l'ente quale autore del fatto illecito e non solo il bene (profitto o prezzo) la cui libera disponibilità può costituire una situazione di pericolo. Se la valutazione cautelare del giudice non attiene più alla pericolosità della cosa oggetto di confisca, ma è subordinata all'accertamento della responsabilità dell'ente, la verifica del giudice non può che riguardare gli indizi a suo carico (così, Cass., sez. VI, 31.5.2012, n. 34505, la quale aggiunge che soltanto dopo avere verificato la sussistenza dei gravi indizi il giudice potrà procedere ad accertare il requisito del periculum in mora ai fini della misura cautelare del sequestro, che riguarda esclusivamente l'individuazione e la quantificazione del profitto (o del prezzo) assoggettabile a confisca, secondo i criteri stabiliti dalla sentenza delle Sezioni Unite (Sez. un., 2.7.2008, n. 26654).

La confisca può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di *valore equivalente* al prezzo o al profitto del reato (**confisca per equivalente o indiretta**) nei casi in cui non sia possibile eseguire la confisca del prezzo o del profitto. Siffatta confisca è proprio intesa ad evitare che il soggetto collettivo riesca comunque a godere dei proventi del reato ormai non più disponibili ed aggredibili con le forme della confisca ordinaria.

In ossequio al principio solidaristico che informa la disciplina del **concorso di persone nel reato**, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente può interessare

indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, atteso il carattere eminentemente sanzionatorio del provvedimento. Pertanto, la confisca per equivalente (oltre che riguardare l'ente) può estendersi per l'intero a ciascun concorrente del reato presupposto (Cass. 22.2.2012, n. 20976, che ha ritenuto immune da censure di legittimità l'operato dei giudici di merito che hanno disposto il sequestro non soltanto nei confronti della società che ha beneficiato del prezzo o del profitto del reato, ma anche delle persone fisiche che hanno concorso nella sua commissione, entro i limiti della concorrenza del quantum complessivamente sequestrabile e secondo il principio della solidarietà passiva).

5.6.1. Sulla confisca ai danni dell'ente nei reati tributari si pronunciano le Sezioni Unite.

Si è posto il problema della confiscabilità per equivalente nei confronti della società i cui organi amministrativi commettano a suo beneficio patrimoniale reati per i quali non è prevista la responsabilità della società stessa. In particolare, il problema è sorto riguardo ai **reati tributari**.

L'art. 1 c. 143 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria per il 2008) prevede che *"Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale"*, articolo quest'ultimo che disciplina la confisca obbligatoria e la confisca c.d. per equivalente nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Per effetto del menzionato art. 1, c. 143, gli istituti della confisca obbligatoria e della confisca c.d. per equivalente sono oggi applicabili anche agli indicati reati tributari, rispetto ai quali viene in rilievo, ai fini dell'applicazione delle due misure, il profitto, ossia il vantaggio economico che il reo lucra da tali reati (la giurisprudenza, ha qualificato come vera e propria sanzione penale la confisca c.d. per equivalente (stante soprattutto l'assenza della c.d. pertinenzialità della cosa confiscata al reato) ed ha concluso nel senso dell'inapplicabilità retroattiva del nuovo art. 1, c. 143, L. 244/2007, nel senso che la confisca c.d. per equivalente non può trovare applicazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore di tale ultima previsione normativa: artt. 25 Cost. e 2 c. 1 c.p.).

Qualora il reato fiscale sia commesso da una persona fisica ed i vantaggi economici maturino in capo ad una persona giuridica nel nome e per conto della quale il singolo, come suo organo, ha commesso il fatto di reato, si verifica un divario tra autore (persona fisica) del fatto criminoso e beneficiario del profitto dell'illecito (persona giuridica) al quale non sarà possibile applicare quella sanzione, mancando una disposizione che espressamente la contempli, che preveda cioè la possibilità di colpire il patrimonio del fruitore dell'evasione fiscale in quanto estraneo al reato, non essendo in questo caso applicabile l'art. 19 d.lgs. 231/01 perché per quel reato non è prevista la responsabilità dell'ente. Dunque, la confisca per equivalente non può essere disposta sui beni immobili appartenenti alla persona giuridica ove si proceda per le violazioni finanziarie commesse dal legale rappresentante della società, atteso che gli artt. 24 e ss. del D.Lgs. 231/2001 non prevedono i reati fiscali tra le fattispecie in grado di giustificare l'adozione del provvedimento, con esclusione dell'ipotesi in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti (Cass. 4.7.2012, n. 25774 per cui è illegittimo, in ipotesi di reato tributario commesso da amministratore di s.r.l., il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente che abbia ad oggetto beni appartenenti alla società medesima stante, in ragione della natura di sanzione penale di detta confisca, l'inapplicabilità della stessa nei confronti di un soggetto diverso dall'autore del fatto, salvo che la struttura societaria rappresenti un apparato fittizio utilizzato dal reo proprio per porre in essere reati di frode fiscale sicché ogni cosa fittiziamente intestata alla società sia immediatamente riconducibile alla disponibilità dell'autore del reato).

Sul piano politico-criminale, atteso che gli adempimenti tributari di maggiore spessore e consistenza concretizzano ben precise scelte di politiche di impresa cui conseguono vantaggi indebiti soprattutto per l'ente, è irragionevole escludere la confisca per equivalente nei confronti dei contribuenti, come le società, che, producendo ricchezze significative, rappresentano i protagonisti principali del rapporto tributario ed è, al contrario, riduttivo punire il solo autore/persona fisica.

Proprio in quest'ottica, la Suprema Corte (Cass. 7.6.2011, n. 28731) ha affermato che, indipendentemente dall'applicabilità del d.lgs. 231 del 2001, la sequestrabilità/confiscabilità

per equivalente (in virtù del citato art. 1, c. 143) dei beni intestati alla società beneficiaria dal reato tributario, in considerazione del fatto che le conseguenze patrimoniali dell'illecito ricadono sulla società a favore della quale la persona fisica ha agito salvo che si dimostri che vi è stata una rottura del rapporto organico. Invero, la *"società non può considerarsi terza estranea al reato perché partecipa alla utilizzazione degli incrementi economici che ne sono derivati"*. La Corte afferma inoltre che *"Il reato è addebitabile allo indagato, ma le conseguenze patrimoniali ricadono sulla società a favore della quale la persona fisica ha agito salvo che si dimostri che vi è stata una rottura del rapporto organico; questo principio, pacificamente accolto dalla giurisprudenza di legittimità, non richiede che l'ente sia responsabile a sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001"*.

Si è osservato però che questa linea ermeneutica non integra un'operazione di mera interpretazione estensiva dell'art. 322-ter c.p., bensì una vera e propria applicazione analogica della norma, sia pur fondata sulla necessità di valorizzare le istanze politico-criminali sottese all'introduzione della confisca per equivalente nel sistema penale tributario. In tal modo, tuttavia, si viola il divieto costituzionale di applicazione analogica della legge penale, che vincola il giudice alla stretta osservanza di quanto il legislatore è chiamato, sulla base dell'art. 25, comma 2, Cost., a stabilire tassativamente. Del resto, una volta affermata, sulla scorta della spinta del diritto sovranazionale, la natura di autentica sanzione penale della confisca per equivalente (v. CARINGELLA-DELLA VALLE-DE PALMA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Dike Giuridica, 2015, parte III, cap. III, § 7), ne deriva l'applicazione delle relative garanzie e, segnatamente, del principio di tassatività dal quale deriva il divieto di analogia *in malam partem*.

Corollario naturale ed imprescindibile della riconosciuta natura sanzionatoria della confisca per equivalente è il principio che il sequestro e la successiva confisca per equivalente non possono essere applicati se non al reo, con esclusione, quindi, di una possibile ricaduta di questi provvedimenti ablativi sul patrimonio di altro soggetto, estraneo al reato. Con riferimento alla confisca nella forma per equivalente, la giurisprudenza esclude la necessità di un rapporto di pertinenzialità tra profitto e reato che lo ha generato, ma richiede la dimostrazione di una relazione tra i beni oggetto di ablazione e la persona del reo. Sul punto la giurisprudenza ritiene *la disponibilità come sinonimo di appartenenza sostanziale*, ossia di un rapporto di fatto tra il soggetto e la *res* che consente al primo di atteggiarsi, rispetto al bene, *uti dominus*, anche in assenza di titolarità formale. Sulla base di tale principio la stessa soluzione proposta da Cass. n. 28731/2011 può essere sostenuta accertando che la persona fisica che ha operato per conto dell'ente abbia la disponibilità dei beni formalmente appartenenti alla società in quanto, ad esempio, li gestisce come amministratore. In tal modo la confisca per equivalente viene applicata all'autore del reato fiscale ma le sue conseguenze ricadono pure se non solamente sulla società che di quel reato ha beneficiato.

Tuttavia, si può osservare che la "disponibilità" dei beni da assoggettare a confisca per equivalente a cui fa riferimento l'art. 322-ter c.p. è quella personale, cioè di quei beni dei quali il reo (nel nostro caso, l'amministratore) dispone liberamente in proprio, cioè quale persona fisica (nel nostro caso, dell'amministratore come soggetto distinto dalla società), e non di quei beni dei quali può disporre non in proprio ma per conto di un terzo titolare e nei limiti del rapporto con questo terzo, ovviamente non concorrente nel reato (nel nostro caso, la società non concorre nel reato con l'amministratore, né è prevista una sua responsabilità ex d.lgs. 231/01).

Diversamente, da quanto assunto da Cass. n. 28731/2011 ed in linea con quanto assunto da Cass. n. 25774/2012, la Suprema Corte, più di recente, ha sostenuto, facendo leva proprio sul principio di legalità, che in tema di confisca per equivalente del profitto di reati tributari, commessi a vantaggio dell'ente da un soggetto apicale (nella specie, executive officer di un Istituto di credito), l'art. 1, comma 143, l. n. 244/2007 non può costituire una base giuridica autonoma e sufficiente a giustificare l'applicazione della confisca in relazione ai reati tributari nei confronti delle persone giuridiche, mancando una espressa previsione legislativa della responsabilità dell'ente per illeciti penali tributari (Cass., sez. III, 10 gennaio 2013, n. 1256,). Significativo è il passaggio di tale sentenza ove da un lato si esprime il disagio per una soluzione legislativa non convincente e dall'altro che *de iure condito* non sono possibili soluzioni che consentano la confisca di valore ai danni dell'ente per i reati tributari commessi dall'amministratore: *"appare a questo Collegio che l'attuale sistema punitivo, e soprattutto quello volto al recupero dei proventi del reato attraverso la confisca di valore, nella materia dei*

reati tributari sia inefficace ed evidenzi una disparità di trattamento in riferimento alla previsione della confisca non solo tra le persone fisiche e le persone giuridiche, ma tra le stesse persone giuridiche, a seconda che le stesse rappresentino una emanazione meramente strumentale degli autori del reato - persone fisiche, ossia un comodo e artificioso schermo al cui riparo agire indisturbati, ovvero siano persone giuridiche di dimensione non modesta, rispetto alle quali il contributo delle persone fisiche non può mutarne a tal punto la natura, sicché per quest'ultime può ben parlarsi di una vera e propria "impunità fiscale" rispetto alle prime. □ *Questi profili di violazione al principio di uguaglianza e parità di trattamento sono del tutto privi di conseguenze nella presente sede, poiché non è possibile percorrere un'interpretazione estensiva creativa, per di più in malam partem, in palese violazione del principio di legalità, in quanto solo un intervento legislativo che preveda espressamente la responsabilità della persona giuridica per i reati tributari commessi a vantaggio e nell'interesse dell'ente può rendere possibile la confisca di valore" (nello stesso senso, Cass., Sez. III, 28 febbraio 2013, n. 9576).*

Va peraltro precisato che la confisca per equivalente dei beni appartenenti formalmente alla società può senz'altro essere disposta ai danni della persona fisica/reo qualora si dimostri la pura fittizietà della struttura (schermo) societaria (o), poiché in tal caso si tratterebbe di beni nella disponibilità del reo, così come prescrive il richiamato l'art. 322-ter c.p. in tema di reati tributari.

In linea con l'indirizzo giurisprudenziale da ultimo riportato e con la precisazione appena esposta le Sezioni Unite, muovendo dal carattere sanzionatorio penale della confisca per equivalente, che, in quanto tale, non ammette applicazioni analogiche, hanno concluso che, in mancanza di una norma che espressamente preveda la confisca per equivalente ai danni dell'ente per un reato tributario, non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio attraverso il quale il reo agisca come effettivo titolare dei beni (sent. 5 marzo 2014 n. 10561).

La Suprema Corte è consapevole che la situazione normativa presenta evidenti profili di irrazionalità, perché il mancato inserimento dei reati tributari fra quelli previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rischia di vanificare le esigenze di tutela delle entrate tributarie, a difesa delle quali è stato introdotto l'art. 1, comma 143, legge n. 244 del 2007, essendo possibile attraverso l'intestazione alla persona giuridica di beni non direttamente riconducibili al profitto di reato, sottrarre tali beni alla confisca per equivalente, vanificando o rendendo più difficile la possibilità di recupero di beni pari all'ammontare del profitto di reato, ove lo stesso sia stato occultato e non vi sia disponibilità di beni in capo agli autori del reato. Tuttavia, osserva la Corte tale irrazionalità non è suscettibile di essere rimossa sollevando una questione di legittimità costituzionale, alla luce della costante giurisprudenza costituzionale secondo la quale il secondo comma dell'art. 25 Cost. deve ritenersi ostativo all'adozione di una pronuncia additiva che comporti effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore.

Peraltro, va segnalato che nella sentenza, al fine di individuare la confisca eseguibile per reati tributari del rappresentante legale, si distingue tra *confisca diretta*, ritenuta ammissibile, e confisca per equivalente ritenuta, come visto, non ammissibile attesa la sua natura sanzionatoria.

Per giustificare la confisca diretta le Sezioni Unite, dopo avere precisato che anche il bene acquistato tramite il profitto che proviene dal reato tributario è confiscabile in via diretta, affermano che è consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica.

A tale riguardo, la Corte richiama l'art. 6, co. 5 d.lgs. n. 231/2001, ai sensi del quale anche nei confronti degli enti per i quali non sia applicabile la confisca-sanzione di cui all'art. 19 dello

stesso decreto per essere stati efficacemente attuati i modelli organizzativi per impedire la commissione di reati da parte dei rappresentanti dell'ente, è *"comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente"*.