



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA
DISTRETTO DI MILANO

**INCONTRO DI AGGIORNAMENTO SULLE QUESTIONI NUOVE O
CONTROVERSE NELLA GIURISPRUDENZA PENALE**

Milano 17 gennaio 2011

SOMMARIO

DIRITTO SOSTANZIALE

Sezioni Unite

Cass. Sez. Un. 30 settembre 2010, n. 43428, Corsini (liquidatore concordato preventivo con cessione di beni)	2
Cass. Sez. Un. 15 luglio 2010, n. 36551, Carelli (bancarotta per distrazione e acquisto di azioni a nome dell'amministratore della società)	14
Cass. Sez. Un. 27 maggio 2010, n. 35738, p.g. in proc. Calibè (recidiva e patteggiamento allargato)	18
Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2010, n. 23428, p.g. in proc. Caligo (contravvenzione di rifiuto dei test alcolimetrici e confisca del veicolo)	26
Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2010, n. 15208, Mills (configurabilità corruzione susseguente in atti giudiziari)	41

Sezioni Semplici

Cass. Sez. IV 26 ottobre 2010, n. 41564, Oscco (depenalizzazione guida in stato di ebrezza di "prima fascia")	68
Cass. Sez. VI 30 settembre 2010, n. 42701, Eni s.pa. (applicabilità all'ente delle sanzioni interdittive per il reato presupposto di corruzione internazionale)	68
Cass. Sez. VI 16 luglio 2010, n. 32404, Di Stefano (condotta tipica <i>stalking</i>)	69
Cass. Sez. VI 19 aprile 2010, n. 25150, Harem (divieto espulsione straniero)	69
Cass. Sez. II 19 febbraio 2010, n. 12028, Caletti (commissione massimo scoperto e delitto di usura)	69

DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONI UNITE

Cass. Sez. Un. 30 settembre 2010 (dep. 7 dicembre 2010), n. 43428, Corsini

Il liquidatore nominato nel concordato preventivo con cessione dei beni non è soggetto attivo dei reati di bancarotta fraudolenta o semplice richiamati nell'art. 236, comma secondo, n. 1, legge fall., in quanto non si identifica con alcuno dei soggetti espressamente indicati nella suddetta disposizione ed in particolar modo, tra questi, con i "liquidatori di società". (rv 248381)

Integra il reato di sottrazione di cose sottoposte a sequestro in un procedimento penale (art. 334 cod. pen.) la stipulazione di negozi dispositivi dei diritti sulle quote di una società di cui è stato disposto il sequestro preventivo, se diretta ad eludere tale vincolo ed idonea a rendere anche solo più difficoltoso il conseguimento delle finalità cui lo stesso è funzionale. (rv 248382)

Ai fini del calcolo dei termini di prescrizione del reato, deve tenersi conto della disposizione per cui, in caso di sospensione del processo per impedimento dell'imputato o del suo difensore, l'udienza non può essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, soltanto con riguardo ai rinvii disposti dopo la sua introduzione, avvenuta con la l. 5 dicembre 2005, n. 251. (rv 248383)

(omissis)

1. La questione rimessa al Collegio delle Sezioni Unite, costituente l'oggetto del primo motivo di ricorso, concerne la «sussumibilità o meno nelle fattispecie di bancarotta delle condotte distrattive o fraudolente poste in essere dal liquidatore di un concordato preventivo con cessione di beni».

2. Nell'unica occasione in cui se ne è occupata in passato la giurisprudenza di legittimità ha concluso per la tesi favorevole a identificare il liquidatore nominato *ex art. 182 legge fall.* con uno dei soggetti attivi del reato di bancarotta fraudolenta nel concordato preventivo. Trattasi della già citata Sez. 5, n. 22956, dell'11/04/2003, dep. 26/05/2003, Ancona, secondo la quale la locuzione «liquidatori di società» di cui all'art. 236, comma secondo, n. 1, legge fall. non identificherebbe soltanto la figura soggettiva del liquidatore nominato dai soci *ex art. 2275 cod. civ.*, ma altresì quella del liquidatore investito del compito di procedere alla realizzazione del patrimonio ceduto dal debitore nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

E ciò per due ordini di motivi:

a) il tenore letterale della norma (apparentemente riferito al solo liquidatore «privato») non assumerebbe carattere decisivo nella soluzione della questione, atteso che ripetutamente la formulazione dell'art. 236 legge fall. è stata fatta segno di critiche da parte della dottrina proprio per la sua incongruenza e farraginosità, risultando sostanzialmente in contrasto con la *ratio* che la sottende, individuata dalla Corte nell'esigenza di tutelare l'integrità del patrimonio dell'impresa a garanzia dei creditori «in vista della mera eventualità del loro non pieno soddisfacimento»; in tal senso, dunque, il dato normativo non consentirebbe interpretazioni restrittive che tradirebbero in

definitiva l'intenzione legislativa di predisporre un'ampia tutela del patrimonio sociale anche nelle procedure concorsuali minori ed a prescindere dal fatto che la stessa esiti nella dichiarazione di fallimento (alla quale, agli effetti penali, la sentenza Ancona ricorda deve essere assimilato il decreto di ammissione al concordato preventivo, richiamando quanto osservato in proposito da Corte Cost., ord. n. 268 del 1989, seppure in riferimento a un profilo diverso della fattispecie incriminatrice evocata);

b) la sostanziale assimilabilità delle figure del liquidatore di società e del liquidatore nominato *ex art. 182 legge fall.* – al di là delle differenze che ne caratterizzano la funzione, ma che la sentenza Ancona giudica marginali e determinate dalle peculiarità dei rispettivi ruoli –, atteso che entrambi assumono la disponibilità dei beni societari in vista della definizione dei rapporti giuridici della persona giuridica; e in proposito la Corte precisa che il liquidatore concordatario opera, nei limiti delle modalità stabilite con la sentenza di omologazione del concordato, senza necessità di ulteriori autorizzazioni, diventando a tutti gli effetti titolare del potere di disposizione dei beni «ceduti» a nome del debitore e per conto dei creditori, con facoltà dunque di compiere in autonomia tutti gli atti strumentali e necessari alla liquidazione dei medesimi ed alla ripartizione del ricavato, esattamente come il liquidatore nominato dai soci ai sensi del codice civile.

La Corte evoca infine un ulteriore possibile argomento a sostegno delle conclusioni rassegnate, evidenziando come un'interpretazione più «restrittiva» del dato normativo determinerebbe un inaccettabile vuoto di tutela, atteso che l'eventuale condotta fraudolenta del liquidatore (che nel caso di specie era costituita dalla dissipazione dei beni immobili della società, venduti a prezzo vile con danno dei creditori) «non potrebbe essere sussunta nell'ambito dell'appropriazione indebita».

Tale pronuncia è stata nettamente contestata dalla stessa Sez. 5 con la succitata ordinanza di rimessione 6/05/2010, n. 17979, in cui si sono sottolineate le profonde differenze esistenti fra il liquidatore di società e il liquidatore concordatario, in particolare sotto i profili: a) delle modalità di nomina, privata nel primo caso, giudiziale nel secondo; b) dell'esercizio dei poteri, comprendente, per il primo, tutti gli obblighi e le responsabilità previsti per gli amministratori, con il solo limite (dettato dall'art. 2279 del codice civile) dell'intrapresa di nuove operazioni, delle quali altrimenti è chiamato a rispondere «personalmente e solidalmente»; e svolto, dal secondo, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, con un mandato limitato alla liquidazione dei beni ceduti al debitore.

Secondo il collegio rimettente, poi, l'interpretazione accolta dalla sentenza Ancona presupporrebbe la responsabilità per il reato di bancarotta anche nel caso in cui il liquidatore abbia operato in un concordato preventivo con *cessio bonorum* promosso da un imprenditore individuale e non da una società, atteso che la natura collettiva o individuale dell'imprenditore insolvente non condiziona il profilo della procedura e dunque il profilo del ruolo ricoperto dal liquidatore medesimo. Ma tale conclusione – che l'ordinanza di rimessione ritiene per l'appunto logicamente imposta dalle premesse assunte nella precedente decisione della Sezione quinta – ancor di più risulterebbe in contrasto con il tenore letterale dell'art. 236 legge fall., che espressamente si riferisce ai «liquidatori di società» e al fine di attribuire loro la responsabilità solo per i reati di bancarotta impropria e cioè per le fattispecie che gli artt. 223 e 224 della stessa legge riservano ai titolari di cariche sociali.

Quanto al possibile vuoto di tutela, che deriverebbe dalla negazione dell'assimilabilità del liquidatore concordatario al liquidatore di società, i giudici rimettenti osservano che le condotte fraudolente di cui può rendersi protagonista il liquidatore concordatario agevolmente potrebbero essere ricondotte nello schema del delitto di appropriazione indebita (come per l'appunto aveva ritenuto nel procedimento in oggetto il giudice di primo grado) ovvero, qualora si attribuisse allo stesso liquidatore la qualifica di pubblico ufficiale, in quello delle fattispecie incriminatrici riservate a quest'ultimo e che risultassero in concreto integrate dal suo comportamento.

La dottrina non ha particolarmente approfondito la questione oggetto di rimessione ma appare prevalentemente orientata nel senso dell'esclusione dell'applicabilità al liquidatore concordatario degli artt. 223 e 224 della legge fall., richiamati nel n. 1 del secondo comma del citato art. 236.

3. La risoluzione della questione richiede una, pur rapida, ricognizione normativa dell'istituto del concordato preventivo, con riferimento in particolare alla disciplina vigente all'epoca della consumazione dei reati contestati al Corsini.

Trattasi di procedimento articolato in diverse fasi, identificabili in: ammissione, deliberazione (votazione), omologazione ed esecuzione. Per l'art. 160 legge fall. l'ammissione alla procedura dipendeva dall'iniziativa dell'imprenditore che si trovava in stato d'insolvenza ed era subordinata al possesso da parte del medesimo di alcuni requisiti soggettivi di meritevolezza e affidabilità e ad alcune condizioni oggettive di soddisfacimento delle pretese dei creditori (garanzia del pagamento – anche attraverso la *cessio bonorum* – di una percentuale minima predeterminata dei chirografari). La prima fase si concludeva (art. 163 legge fall.) con un decreto del Tribunale che, ritenuta l'ammissibilità della proposta, segnava il momento genetico della procedura concorsuale e provvedeva, tra l'altro, alla nomina del giudice delegato e del commissario giudiziale, organo cui l'art. 164 legge fall. espressamente attribuiva la qualifica di pubblico ufficiale «per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni». Ai sensi dell'art. 167 legge fall., in seguito all'ammissione alla procedura, il debitore conservava l'ordinaria amministrazione dei suoi beni, mentre per gli atti eccedenti necessitava dell'autorizzazione del giudice delegato. Per contro, il successivo art. 168 legge fall. paralizzava, fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, le azioni esecutive dei creditori “anteriori” (per causa o titolo) alla data del decreto.

Nella seconda fase, previa convocazione e deliberazione da parte del giudice delegato dei crediti contestati, si svolgeva l'adunanza dei creditori, chiamati a discutere e approvare la proposta concordataria. L'adesione a quest'ultima (artt. 177 e 178 legge fall.) veniva siglata dal voto favorevole della maggioranza dei creditori partecipanti, comunque rappresentativa dei due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto.

A questo punto si apriva la terza fase del procedimento, dedicata all'omologazione del concordato da parte del Tribunale (artt. 179-181 legge fall.). In sede di omologazione il collegio giudicante decideva sulle eventuali opposizioni presentate dai creditori dissenzienti e, previo accertamento delle condizioni di ammissibilità del concordato e della regolarità della procedura, procedeva a una valutazione sul merito della proposta, verificandone, tra l'altro, la convenienza economica e la meritevolezza del proponente. Mancando le condizioni per l'omologazione il Tribunale dichiarava il fallimento del debitore; mentre, in caso contrario, fissava le modalità per l'esecuzione dell'accordo intervenuto con i creditori.

Per l'ipotesi di concordato con cessione dei beni l'art. 182 legge fall. prevedeva che con la sentenza di omologazione il Tribunale nominasse uno o più liquidatori e un comitato di creditori per assistere alla liquidazione, di cui fissava le modalità. La norma da ultima citata non imponeva peraltro la nomina del liquidatore in ogni caso, ma solo nell'ipotesi che non fosse disposto altrimenti (come ad esempio nel caso in cui il progetto di concordato accettato dai creditori e ritenuto meritevole di omologazione attribuisse direttamente al debitore il compito di liquidare il proprio patrimonio).

La fase esecutiva era disciplinata dall'art. 185 legge fall., il quale affidava al commissario giudiziale la sorveglianza sull'adempimento del concordato secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione. Infine il successivo art. 186 mutuava dalla disciplina del concordato fallimentare le ipotesi di risoluzione e annullamento della procedura anticipatoria, stabilendo che in tal caso il Tribunale procedesse alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore. Ancora va ricordato come l'art. 173 legge fall. contemplasse un meccanismo di conversione del concordato in fallimento per il caso che il commissario giudiziale accertasse nel corso del suo svolgimento comportamenti fraudolenti del debitore.

4. Alla stregua della descritta disciplina, la *ratio* dell'istituto è stata tradizionalmente ravvisata nell'esigenza di evitare il fallimento dell'imprenditore attraverso la riduzione del passivo concordata con i creditori nell'ottica della conservazione, anziché della distruzione, dell'impresa. Nel tempo tale concezione è mutata, essendo emersi, dalla prassi applicativa, il perseguimento di un fascio più

composito di interessi (non escluso quello pubblico ad evitare le ripercussioni del dissesto) e la non centralità della finalità conservativa. Il difficile e ambiguo equilibrio tra l'esigenza di risanamento dell'impresa e le finalità liquidatorie ed esdebitative, si è inevitabilmente riflettuto sul dibattito relativo alla natura della procedura anticipatoria, che ha visto costantemente confrontarsi due teorie: l'una ispirata allo schema privatistico-negoziale e l'altra a quello pubblicistico-processuale.

Per la prima il concordato sarebbe un accordo di natura negoziale – ovvero specificamente transattiva - tra il debitore e i creditori, intesi come unità collettiva (assorbente anche la minoranza dissenziente), rispetto al quale l'omologazione giudiziaria rappresenterebbe una mera condizione di efficacia.

Per i fautori della tesi processualistica, invece, il concordato preventivo sarebbe un processo giurisdizionale, nel senso che la sentenza di omologazione – della quale l'accordo tra debitore e creditori sarebbe sostanzialmente un mero presupposto – produrrebbe come effetto l'espropriazione del diritto degli stessi creditori a vantaggio della collettività attraverso l'intervento di organi statuali sul diritto di disposizione del debitore.

Per superare i limiti inerenti alle due riferite teorie (derivanti, reciprocamente, dalla presenza di elementi più consoni all'altra), sono state elaborate ricostruzioni non unitarie dell'istituto, ispirate alla segmentazione della procedura concorsuale in diverse fasi, ovvero alla individuazione della coesistenza in essa di un momento “negoziale” ed uno “giudiziale”, esplicitanti ruoli diversi e autonomi, ancorché inscindibili e interdipendenti.

La giurisprudenza di legittimità, che inizialmente aveva dimostrato di aderire alla concezione contrattualistica, a partire dagli anni sessanta si è orientata verso una costruzione della natura del modello concorsuale in termini essenzialmente pubblicistici, ponendo in particolare l'accento sul penetrante controllo di merito esercitato dal tribunale sull'accordo, la cui obbligatorietà per coloro che vi rimangono estranei non potrebbe che costituire un effetto della sentenza di omologazione.

5. La compresenza nell'istituto di componenti privatistiche e pubblicistiche non può dirsi superata neppure a seguito delle sensibili modifiche della sua disciplina intervenute in anni recenti (in forza, in particolare, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, e del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169).

Le principali novità progressivamente introdotte sono innanzi tutto costituite dalla modificazione del presupposto di accesso alla procedura, ora individuato nello stato di crisi dell'impresa, la cui nozione non è stata peraltro definita dal legislatore se non per la precisazione contenuta nell'inedito secondo comma del nuovo testo dell'art. 160 legge fall., introdotto dal d.l. n. 273 del 2005 (convertito in legge n. 51 del 2006), secondo il cui ultimo comma «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza».

Lo stato d'insolvenza è rimasto dunque presupposto della procedura concorsuale, ancorché le ambigue formule normative lascino intendere che alla stessa può accedere anche l'imprenditore che versa in una situazione di difficoltà non ancora identificabile con quella di dissesto.

In secondo luogo la riforma ha provveduto all'eliminazione, nell'art. 160, dei requisiti di meritevolezza per l'ammissione alla procedura, nonché all'esclusione di qualsiasi sindacato giudiziale sul merito della proposta di concordato preventivo, la cui omologazione, ai sensi del nuovo art. 180, avviene ora per decreto sulla base della mera verifica del raggiungimento delle maggioranze prescritte nell'adunanza dei creditori e della regolarità formale della procedura seguita.

Al debitore viene concessa una più ampia autonomia nella scelta dei contenuti del piano concordatario e la possibilità di suddividere i creditori in classi omogenee (all'interno delle quali devono essere raggiunte autonome maggioranze in sede di deliberazione del concordato) cui proporre anche trattamenti differenziati e viene invece richiesto dal nuovo testo dell'art. 161 di asseverare la proposta attraverso la relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario.

La continuità tra concordato e fallimento, in qualche modo spezzata dal mutamento del presupposto per l'instaurazione della concorsualità, è stata poi ulteriormente ridimensionata. Infatti,

il d.l. n. 35 del 2005 e la legge n. 80 del 2005 hanno eliminato dall'art. 180 legge fall. qualsiasi riferimento all'automatismo della conversione del concordato preventivo in fallimento (facendo però salve le ipotesi in qualche modo "sanzionatorie" tuttora previste dall'art. 173 legge fall.), affidando la stessa conversione all'iniziativa dei creditori o del pubblico ministero, nonché alla previa verifica dello stato d'insolvenza.

Alla luce del contenuto delle modifiche illustrate non v'è dubbio che la riforma si sia mossa nella direzione dell'esaltazione del profilo negoziale dell'accordo intervenuto tra l'imprenditore e i suoi creditori e del contestuale ridimensionamento degli aspetti processuali dell'istituto. La natura del concordato "riformato" appare connotata ormai da una prevalenza di elementi privatistici che denunciano la volontà di contrarre l'intervento statale nella procedura anticipatoria, rafforzando invece il ruolo di protagonisti di debitore e creditori.

Rimane tuttavia arduo ricostruire in termini unitari l'istituto anche dopo la "svolta" impressa dalla riforma, considerando in particolare come il principio dell'autonomia privata tuttora non sia in grado di spiegare la paralisi delle azioni esecutive e la prevalenza della volontà della maggioranza dei creditori ovvero i residui poteri decisori attribuiti al Tribunale in sede di omologazione in presenza di opposizioni dei creditori dissenzienti o del mancato raggiungimento della maggioranza richiesta all'interno delle singole classi.

Va poi ricordato come la riforma non abbia modificato l'art. 165 legge fall., che continua dunque ad attribuire l'espressa qualifica di pubblico ufficiale al solo commissario giudiziale.

Il legislatore è invece intervenuto sul successivo art. 182, dedicato al concordato con cessione dei beni. Conservata la disciplina sulla nomina del liquidatore e del comitato dei creditori, l'intervento riformatore ha aggiunto all'articolo menzionato un secondo comma che impone l'applicazione al liquidatore degli artt. 28, 29, 37, 38, 39 e 116 in quanto compatibili. Si tratta delle norme che, rispettivamente, disciplinano i requisiti di professionalità e le incompatibilità per la nomina a curatore (art. 28), le modalità e i tempi di accettazione dell'ufficio di curatore (art. 29), la revoca, la responsabilità ed il compenso del curatore (artt. 37, 38 e 39) e l'obbligo di rendiconto al giudice delegato imposto allo stesso al compimento del mandato (art. 116). Un ulteriore comma aggiunto dal d.lgs. n. 169 del 2007 prevede inoltre che le vendite di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco debbano essere autorizzate dal comitato dei creditori. Infine il nuovo ultimo comma dell'art. 182 estende alla liquidazione dei beni ceduti la disciplina delle vendite fallimentari contenuta negli artt. 105-108-ter legge fall. e dunque anche quella di cui all'art. 108, il quale attribuisce al giudice delegato il potere di sospendere la vendita su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati.

E' utile rimarcare che con queste ultime disposizioni il legislatore della riforma non ha fatto altro in sostanza che recepire quegli indirizzi della giurisprudenza civile che già riconoscevano (rilevando l'assimilabilità delle sue funzioni a quelle del curatore fallimentare) il potere dell'autorità giudiziaria di procedere alla revoca del liquidatore, di imporgli la redazione di relazioni e rendiconti periodici sulla liquidazione, di impartirgli nella fase di esecuzione del concordato istruzioni sulle modalità della liquidazione, fino a quello di promuovere l'applicazione analogica proprio delle disposizioni dettate per il fallimento in tema di vendite e ripartizione dell'attivo (v. Cass. Civ. Sez. 1, n. 9178 del 09/04/2008, Rv. 602709; Sez. 1, n. 16989 del 26/08/2004, Rv. 576245; Sez. 1, n. 10693 dell'11/08/2000, Rv. 539503; Sez. 1, n. 12185 del 01/12/1998, Rv. 521290; Sez. 1, n. 6478 del 18/07/1996, Rv. 498615; Sez. 1, n. 6560 del 13/07/1994, Rv. 487370; Sez. 1, n. 7212 del 12/07/1990, Rv. 468209; Sez. 1, n. 4721 del 27/05/1987, Rv. 453364; Sez. 1, n. 3352 del 05/06/1985, Rv. 441019; Sez. 1, n. 6187 del 21/11/1981, Rv. 416966).

Se dunque nella fase iniziale del processo riformatore la marcata degiurisdizionalizzazione del modello concorsuale suscitava dubbi sulla possibilità di ritenere il liquidatore titolare di un *munus* pubblico, le modifiche apportate dal decreto "correttivo" n. 169 del 2007 – come detto riecheggianti le pregresse posizioni giurisprudenziali – si possono leggere come un passo nel senso inverso, seppure contraddittoriamente bilanciato dalla scelta di demandare l'autorizzazione della vendita di

alcuni tipi di beni al comitato dei creditori. In ogni caso il rinvio alla disciplina fallimentare sembra orientato nel senso di una riduzione degli spazi di autonomia e di discrezionalità degli organi della procedura ed in particolare proprio del liquidatore.

In proposito va comunque sottolineato che mentre l'originario testo dell'art. 30 e, come detto, dell'art. 165 è stato conservato – e dunque tuttora al curatore fallimentare e al commissario giudiziale continua ad essere attribuita la qualifica di pubblico ufficiale -, la riforma nulla ha precisato circa la posizione del liquidatore, cui, come per il passato, continua a non essere attribuita espressamente alcuna qualifica.

Da ultimo va ricordato che l'art. 236 legge fall., il cui comma secondo, n. 1, estende, in caso di concordato preventivo agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società le incriminazioni di cui ai precedenti artt. 223 e 224 (relativi ai reati propri dei medesimi soggetti), non ha subito, per quanto qui interessa, modifica alcuna.

6. Dall'*excursus* ricognitivo che precede si può comprendere come, indipendentemente dalla questione relativa alla sua esatta qualificazione giuridica, la figura del liquidatore concordatario presenta sicuramente – e ciò ancor più in riferimento alla disciplina vigente all'epoca dei fatti ascritti al Corsini - connotazioni assai peculiari rispetto all'ordinario liquidatore delle società. Quest'ultimo, infatti, nominato dall'assemblea, resta un vero e proprio organo sociale cui sono assegnati compiti e funzioni coerenti rispetto al rapporto societario: convoca l'assemblea, redige i bilanci in corso di liquidazione e il bilancio finale ed è responsabile del suo operato secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori (art 2489, comma secondo, cod. civ.). Il liquidatore di cui all'art. 182 legge fall., invece, per il compito che espleta e il rapporto che lo lega agli organi della procedura (in particolare, al commissario giudiziale, tenuto a vigilare sull'esecuzione del concordato, con riguardo anche al rispetto delle modalità di liquidazione determinate dal Tribunale in sede di omologazione), si viene a trovare in una posizione di terzietà rispetto al debitore, che esclude il determinarsi di un suo rapporto organico con la società e circoscrive la sua sostituzione agli organi di quest'ultima nei limiti funzionali all'esecuzione del mandato (realizzazione del valore dei beni ceduti – costituenti ormai una sorta di patrimonio separato - con riparto del ricavato).

Risulta allora evidente che manca nel liquidatore concordatario proprio il tratto tipico (rappresentato appunto dal rapporto organico con la società) che accomuna i soggetti richiamati nell'art. 236 legge fall., secondo comma, n. 1 (che sono poi gli stessi che l'art. 146 legge fall. indica come destinatari degli stessi obblighi del fallito in caso di fallimento di società), e che costituisce in sostanza la *ratio* stessa dell'applicabilità delle richiamate disposizioni degli artt. 223 e 224 legge fall., in una naturale estensione ad essi, ai fini penali, degli effetti dell'insolvenza dell'imprenditore. Ed è questa mancanza che preclude un'analogica estensione nei confronti del liquidatore di cui all'art. 182 legge fall.

A tali rilievi si può aggiungere la generale considerazione che la tutela offerta dalla norma incriminatrice dell'art. 236, comma secondo, legge fall. è palesemente frammentaria e legata alla configurazione delle peculiari modalità di offesa elette dal legislatore. Emerge cioè dal dato normativo l'intenzione del legislatore di non estendere in via generale la tutela offerta dalle fattispecie incriminatrici legate al fallimento ai fatti commessi nell'ambito delle procedure alternative a quest'ultimo, ma di limitarne la applicabilità a specifici selezionati ambiti. In questa ottica non è ermeneuticamente possibile ricomprendere tra le figure indicate nell'art. 236, comma secondo, n. 1, legge fall. e, in particolare, all'interno della nozione di «liquidatori di società» quella del liquidatore del concordato preventivo, così come sarebbe, su un altro versante, del tutto fuorviante estendere a quest'ultimo le incriminazioni riservate dal legislatore al commissario giudiziale.

Vero è che in tal modo possono determinarsi, come denunciato in dottrina, dei vuoti di tutela (peraltro relativi perché, a seconda delle situazioni, possono comunque soccorrere – indipendentemente da possibili riflessi di stampo pubblicistico - figure criminose comuni, come in

particolare l'appropriazione indebita e la truffa). Ma ciò evidentemente non può giustificare forzature interpretative incompatibili col principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici.

In conclusione, può affermarsi il seguente principio di diritto:

«Il liquidatore dei beni del concordato preventivo di cui all'art. 182 legge fall. non può essere soggetto attivo dei reati di bancarotta di cui agli artt. 223 e 224, richiamati nell'art. 236, comma secondo, n. 1, stessa legge, in quanto non può ritenersi ricompreso in alcuno dei soggetti ivi espressamente indicati e, in particolare, tra i "liquidatori di società"».

La riqualificazione dei fatti di cui ai capi G e H operata dalla Corte territoriale deve essere, quindi, disattesa, con conseguente ripristino della qualificazione originaria. I reati così ridefiniti, mancando elementi per un'immediata assoluzione *ex art. 129 cod. proc. pen.*, devono peraltro essere dichiarati estinti per intervenuta prescrizione. Considerato, infatti, che i reati in questione si sono consumati non oltre il settembre 2000, il termine massimo di prescrizione, previsto per gli stessi, in base alla pena edittale, in sette anni e mezzo, alla stregua degli artt. 157, comma primo, e 161, comma secondo, cod. pen., nel testo come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, applicabile *ratione temporis* in relazione alla data di emanazione della sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 10, comma 3, della stessa legge, come emendato da Corte cost., sent. n. 393 del 2006, risulta ormai ampiamente decorso, pur tenendo conto dei periodi di sospensione intervenuti (su cui v. articolatamente *infra* al par 11.).

La sentenza impugnata deve, pertanto, essere annullata senza rinvio in ordine ai reati di cui ai capi G e H dell'imputazione nella qualificazione originaria così ripristinata, perché estinti per prescrizione, con conseguente eliminazione delle relative pene, principale e accessoria.

L'accoglimento del primo motivo di ricorso comporta l'assorbimento del quarto e del quinto motivo.

7. Si deve ora passare all'esame del secondo e terzo motivo di ricorso, relativi al reato di cui al capo N della rubrica.

8. Al riguardo si premette anzitutto che non è contestato in fatto che:

- in data 14 giugno 2001 venivano sottoposte a sequestro preventivo le quote della S.r.l. Resduemila (proprietaria di un immobile di cospicuo valore) appartenenti al Corsini e alla moglie Capaccioli Sandra, rappresentanti il 50% del capitale sociale;

- in data 25 giugno 2001 il decreto di sequestro veniva notificato al Corsini, che era amministratore unico della Società;

- in data 25 giugno 2002 il Corsini vendeva le predette quote alla S.r.l. Osmannoro, appositamente costituita grazie all'ausilio di Caponi Fabio.

9. I punti critici riguardano invece le circostanze, affermate dal ricorrente sulla base di specifici riferimenti probatori, dei pregressi adempimenti della iscrizione del vincolo reale nel registro delle imprese e della sua annotazione nel libro soci. Su quest'ultima la Corte di appello si pronuncia, ritenendo che la documentazione prodotta a sua comprova è da ritenere superata da quanto dichiarato dal notaio innanzi al quale fu perfezionata la vendita.

In via assorbente, peraltro, la Corte di merito rileva che la vendita fu comunque posta in essere per avere il Corsini consegnato allo stesso notaio solo copia del libro soci da cui non risultava l'annotazione, e che l'inopponibilità della vendita nei confronti del sequestrante non esclude comunque la vendita stessa e la necessità di un'eventuale azione per fare valere l'inopponibilità, con conseguente configurabilità di una condotta diretta e idonea a cagionare la sottrazione dei beni.

Tale conclusione è resistita dalla difesa con articolate deduzioni in diritto.

Al riguardo si osserva nel ricorso, in via generale, che la vendita di un bene sequestrato, modificandone solo la situazione di diritto, non può integrare il reato di cui all'art. 334 cod. pen.

Più specificamente si rileva poi che l'inopponibilità - sussistente nella specie (alla stregua delle risultanze documentali) - della vendita al sequestrante fa degradare la condotta contestata nella

figura del reato impossibile di cui all'art. 49 cod. pen. Per effetto della detta inopponibilità, infatti, operante di diritto (senza alcun onere, quindi, di adire il giudice a carico del sequestrante), la vendita stessa doveva considerarsi inidonea, in assoluto e con valutazione *ex ante*, inidonea a realizzare l'evento di cui all'art. 334 cod. pen.

10. Ciò precisato, si osserva quanto segue.

La condotta di "sottrazione" costituisce, come noto, una delle condotte alternative mediante le quali può realizzarsi il delitto di cui all'art. 334 cod. pen. e assume anche, rispetto alle altre, un valore di chiusura improntato all'esigenza di sanzionare ogni comportamento contrassegnato dalla direzione e dall'attitudine a ledere l'interesse tutelato, che è quello pubblico alla conservazione del vincolo apposto su determinati beni in funzione del corretto conseguimento delle finalità cui per effetto di esso sono deputati. Sotto tale profilo si ritiene rilevante ogni attività idonea a rendere non solo impossibile ma anche semplicemente più difficoltoso il detto conseguimento (v. Sez. 6, n. 179 del 02/10/1984, dep. 10/01/1985, Tagliapietra, Rv. 167317; Sez. 6, n. 4312 del 07/02/1985, dep. 07/05/1985, Scioscia; Sez. 6, n. 49895 del 03/12/2009, dep. 30/12/2009 P.M. in proc. Ruocco).

Va da sé poi che la condotta di sottrazione non può che definirsi in ragione della natura e del regime giuridico dei beni coinvolti, assumendo corrispondentemente estrinsecazioni diverse (v. Sez. 6, n. 31979 del 08/04/2003, dep. 29/07/2003, D'Angelo, Rv. 226220; Sez. 6, n. 42582 del 22/09/2009, dep. 06/11/2009, P.M. in proc. Mazzone, Rv. 244853). È evidente ad es. che, in caso di immobili, la sottrazione non può concretarsi nello spostamento materiale della cosa, che è il modo tipico di realizzazione della condotta per i beni mobili. La stessa cosa vale per la quota di società, non suscettibile di *amotio* in senso materiale. In tali casi possono venire in rilievo condotte diverse e, tra queste, merita naturalmente qui particolare attenzione quella consistente in negozi dispositivi di diritti.

L'assunto difensivo, secondo cui l'alienazione del bene, incidendo solo sul diritto di proprietà, non può per sé concretare il delitto in esame, si scontra con quanto già rilevato in ordine all'interesse, tutelato dalla norma, alla conservazione del vincolo in vista delle finalità ad esso sottese, suscettibili di radicale frustrazione in presenza della dominante posizione giuridica vantata dal terzo acquirente di buona fede, come dimostra la previsione di cui all'art. 240, comma terzo, cod. pen. (cfr. in argomento, Sez. 6, n. 2182 del 24/11/1981, dep. 03/03/1982, Terzi, Rv. 152570 e, con specifico riferimento alle quote sociali, Sez. 6, n. 3345 del 11/07/1994, dep. 09/11/1994, P.M. in proc. Molino).

Più complessa è la situazione, rivendicata dalla difesa nel presente giudizio, in cui l'alienazione del bene sia giuridicamente inopponibile al sequestrante, in ragione dei pregressi adempimenti diretti ad assicurare la conoscenza del vincolo. Al riguardo va precisato che nel regime all'epoca vigente (anteriore all'intervento del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito in legge 28 gennaio 2009, n. 2) l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese serviva a renderlo opponibile ai terzi, mentre l'annotazione nel libro soci esplicava i suoi effetti nei confronti della Società.

Su tale ultimo punto la Corte d'appello, come già ricordato, ha dato preminente rilievo, rispetto alle risultanze documentali, alle dichiarazioni del notaio innanzi al quale fu perfezionata la vendita, secondo le quali l'annotazione nel libro soci non risultava effettuata, aggiungendo anche che comunque, sempre a detta del notaio, in tanto si procedette alla vendita in quanto allo stesso fu consegnata copia del libro soci da cui l'annotazione predetta non risultava. Sta di fatto che il notaio, venuto a conoscenza dell'iscrizione del vincolo presso l'ufficio del registro, ne impose al Corsini l'annotazione nel libro soci prima di iscrivere la vendita nel registro delle imprese.

Si comprende da quanto sopra che il Corsini tentò come minimo di creare le apparenze di un acquisto di quota libera da vincoli nei confronti della Società, con tutto quello che ne poteva conseguire, sul piano pratico della vita della Società (di cui, fra l'altro, era amministratore lo stesso Corsini) e in termini di conflittualità (considerato anche il dato di fondo che la normativa precedente

alle modifiche introdotte col d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie di causa, non conteneva alcuna espressa disposizione volta a disciplinare l'esercizio di voto e degli altri diritti amministrativi in caso di sequestro di partecipazioni societarie), in ordine al concreto esercizio dei diritti inerenti alla qualità di socio (al voto, agli utili, alla liquidazione, all'opzione etc.), costituita in capo al nuovo quotista in forza della cessione, che, pur se inopponibile al sequestrante, non era inesistente o nulla ma in sé pienamente valida.

Alla stregua di tanto, e richiamati i rilievi sopra svolti in ordine alla penale rilevanza delle condotte atte a rendere anche soltanto più difficoltoso il conseguimento delle finalità afferenti ai beni sottoposti a vincolo, non può ritenersi che la vendita delle quote sociali effettuata dal Corsini, palesemente diretta alla elusione del vincolo, fosse *ab origine* radicalmente inidonea a creare intralcio alla realizzazione delle finalità ad esso sottese, e va considerata quindi corretta la conclusione della Corte di merito che ha ravvisato nel comportamento dell'imputato il tentativo punibile del reato di cui all'art. 334 cod. pen.

11. Ciò chiarito, deve rilevarsi che il reato in questione non può considerarsi estinto per prescrizione. Invero, essendosi la condotta esaurita il 25 giugno 2002, il termine massimo di prescrizione, pari a sette anni e mezzo, alla stregua degli artt. 157, comma primo, e 161, comma secondo, cod. pen., nel testo come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, applicabile *ratione temporis* in relazione alla data di emanazione della sentenza di primo grado, a sensi dell'art. 10, comma 3, della stessa legge, come emendato da Corte cost., sent. n. 393 del 2006, sarebbe in astratto decorso il 25 dicembre 2009. Bisogna, però, al riguardo tener conto dei periodi di sospensione della prescrizione, determinati dai rinvii di udienza idonei a determinarli.

Nel corso del giudizio di primo grado vi furono i seguenti rinvii: - dal 25 novembre 2004 al 1° dicembre 2004, per adesione dei difensori all'astensione indetta dalle Camere penali; - dal 23 aprile 2005 al 23 novembre 2005, per impedimento di un difensore; - dal 18 gennaio 2006 all'8 febbraio 2006, per adesione dei difensori all'astensione indetta dalle Camere penali; - dal 21 settembre 2006 al 6 dicembre 2006, per adesione dei difensori all'astensione indetta dalle Camere penali. Nel giudizio di appello vi è stato il rinvio dal 12 marzo 2009 al 10 giugno 2009, per concomitante impegno professionale di un difensore. Si tratta complessivamente di 403 giorni, che vanno considerati per intero, nonostante la disposizione di cui all'art. 159, comma primo, n. 3, cod. pen., nel testo come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251.

La detta disposizione, infatti, non può applicarsi ai rinvii disposti anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 (quale in particolare, in riferimento al caso di specie, quello disposto il 23 aprile 2005). Tale conclusione è imposta dalla sua natura di norma rivolta al giudice, cui è inibito di differire l'udienza, per impedimento delle parti o dei difensori, «oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento», limite al cui rispetto non poteva evidentemente essere chiamato né tenuto prima che la disposizione esistesse. Non si fa carico di tale decisivo rilievo e non può quindi essere condivisa l'opposta conclusione seguita da Sez. 5, n. 12766 del 16/02/2010, dep. 01/04/2010, Rv. 246877.

Ancora il novellato disposto dell'art. 159, comma primo, n. 3, cod. pen. non può applicarsi al di fuori delle ipotesi ivi espressamente previste («impedimento delle parti o dei difensori») e, quindi, in particolare, per quanto rileva ai fini in discorso, ai rinvii disposti per adesione dei difensori all'astensione indetta dalle Camere penali o per concomitante impegno professionale del difensore. In tal senso si è già coerentemente pronunciata questa Corte con specifico riferimento sia alla prima (Sez. 5, n. 18071 del 08/02/2010, dep. 12/05/2010, Rv. 247142; *conformi*: n. 44924 del 2007, Rv. 237914, n. 4071 del 2008, Rv. 238544, n. 20574 del 2008, Rv. 239890, n. 25714 del 2008, Rv. 240460, n. 33335 del 2008, Rv. 241387) che alla seconda ipotesi (Sez. 1, n. 44609 del 14/10/2008, dep. 01/12/2008, Rv. 242042).

12. Infondato è anche il sesto motivo di ricorso.

Va premesso che il riconoscimento delle attenuanti generiche risponde ad una facoltà discrezionale del giudice, il cui esercizio - positivo o negativo che sia - deve essere motivato nei limiti atti a far emergere in misura sufficiente la ragione della concreta scelta operata (*ex plurimis*, Sez. 1, n. 1213 del 17/01/1984, dep. 11/02/1984, Deiana, Rv. 162568).

Nella specie il giudice del merito ha congruamente assolto a tale obbligo, col riferimento alla molteplicità delle condotte censurabili, che rileva ai fini in discorso anche per le imputazioni in ordine alle quali è intervenuta declaratoria di estinzione del reato a seguito di un sostanziale accertamento della responsabilità.

Quanto ai rilievi della mancata respipiscenza dell'imputato e del tradimento della fiducia accordatagli col conferimento degli incarichi, trattasi di elementi legittimamente valutabili in sede di deliberazione dei presupposti di concedibilità delle attenuanti generiche, sotto il profilo, quanto al primo, non di un diretto peso sfavorevole della mancata confessione, sibbene di un mancato possibile bilanciamento della presenza di fattori negativi e, quanto al secondo, non del mero riferimento alla natura delle fattispecie, sibbene dei significativi riflessi soggettivi della reiterazione delle condotte.

13. Relativamente, infine, al settimo motivo di ricorso, deve rilevarsi che la specifica doglianza che ne costituisce oggetto - della quale il ricorrente lamenta l'omesso esame da parte del giudice d'appello -, relativa al parallelo giudizio risarcitorio instaurato con successo in sede civile dalla Cassa di Risparmio di Firenze, che avrebbe fatto venir meno il presupposto del diritto al risarcimento e della condanna alla provvisoria disposti in suo favore nel presente giudizio, è stata formulata tardivamente, in quanto dedotta solo all'ultima udienza del giudizio di appello del 10 giugno 2009, in una alla produzione della sentenza civile su cui si basava, laddove, essendo stata tale sentenza emessa in data 3 marzo 2008, ogni ragione in proposito, ricollegabile al capo, già fatto oggetto di impugnazione, relativo alle statuizioni civili disposte in favore della Cassa di Risparmio di Firenze, avrebbe potuto e dovuto essere fatta valere al più tardi con memoria depositata dalla difesa entro il termine di cui all'art. 585, comma 4, cod. proc. pen.

(*omissis*)

Il ricorrente aveva sollevato due questioni processuali collegate alla riqualificazione giuridica dei fatti contestati operata dalla Corte d'Appello, la prima delle quali è in qualche modo poteva essere considerata pregiudiziale alla stessa valutazione del merito di tale riqualificazione (e che invece le Sezioni Unite hanno implicitamente ritenuto assorbita nella soluzione adottata sulla questione controversa).

La difesa lamentava infatti la mancata instaurazione del contraddittorio sul punto e la conseguente violazione del diritto di difesa, richiamando in proposito i principi affermati dalla giurisprudenza della CorteEDU con riguardo all'art. 6, commi primo e terzo, lett. a) e b) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il profilo è di estrema attualità ed è divenuto oggetto di elaborazione da parte della giurisprudenza della Corte solo in tempi recenti e cioè soltanto dopo che la **CorteEDU sent. 11 dicembre2007, Drassich vs. Italia**, ha ribadito, in un caso in cui la Corte di Cassazione aveva provveduto al momento della deliberazione alla riqualificazione del fatto, che se il giudice, secondo il diritto interno, ha il potere di dare una diversa definizione giuridica al fatto originariamente contestato all'imputato, deve assicurarsi che quest'ultimo abbia avuto l'opportunità di esercitare in proposito il proprio diritto di difesa «in maniera concreta ed effettiva», prospettandosi altrimenti una violazione dei principi sanciti dalle citate disposizioni della Convenzione.

In tal modo la CorteEDU ha evidenziato i limiti in proposito contenuti nella disciplina processuale italiana, laddove questa consente al giudice di legittimità di fornire con la sentenza una definizione giuridica diversa da quella con cui l'imputato è stato chiamato a confrontarsi nel corso del processo, senza peraltro disciplinare espressamente strumenti che garantiscano la preventiva informazione dello stesso in merito alla possibilità di una nuova qualificazione del fatto.

Nella medesima occasione i giudici europei hanno altresì specificato che le norme della Convenzione non impongono una forma particolare per veicolare tale informazione all'imputato, purchè quella prescelta gli garantisca di predisporre in tempo utile la propria difesa anche con riguardo a questo profilo. Non di meno la sentenza Drassich ha implicitamente dimostrato di apprezzare in senso positivo - nel senso cioè della compiuta informazione dell'imputato - l'ipotesi in cui la diversa qualificazione giuridica sia stata prospettata dal titolare dell'accusa nel corso del procedimento, consentendo così all'accusato di confrontarsi con tale eventualità.

I principi affermati dalla sentenza Drassich sono in realtà in linea con la consolidata giurisprudenza del giudice europeo sul diritto dell'imputato che la tempestiva informazione sull'accusa si estenda anche alla qualificazione giuridica del fatto materiale contestato. In tal senso, oltre alle pronunzie citate dal ricorrente (v. **CorteEDU sent. 19 dicembre 1989, Kamasinski vs. Austria** e **CorteEDU sent. 25 marzo 1999, Pelissier e Sassi vs. Francia**). In proposito la pronunzia citata ha più semplicemente posto in evidenza il punto di maggior frizione dell'ordinamento processuale italiano con tale principio, sottolineando come la frattura diventi per l'appunto insanabile quando alla riqualificazione del fatto si provvede nel giudizio di legittimità, atteso che in tale caso l'imputato viene privato di ogni residua possibilità di sottoporre ad un giudice le proprie difese sul punto.

Quello del diritto dell'accusato alla preventiva informazione sulla qualificazione giuridica del fatto contestato è per i giudici europei principio valido in ogni grado del giudizio, attenendo ad uno dei pilastri su cui si fonda il processo equo come configurato dall'art. 6 della Convenzione. In tal senso il ricorrente evoca a sostegno dei propri motivi, sostenendo l'analogia con il caso oggetto del presente procedimento, **CorteEDU sent. 1 marzo 2001, Dallos vs. Ungheria**. La fattispecie oggetto della pronunzia in questione riguardava, infatti, la condanna subita in primo grado da un cittadino ungherese per il reato di appropriazione indebita e confermata nel successivo grado di merito previa riqualificazione del fatto in truffa aggravata, senza che sul punto l'imputato fosse stato messo in grado di interloquire prima della deliberazione dei giudici dell'appello. In realtà, nel caso di specie, la CorteEDU, dopo aver riaffermato i già illustrati principi, ha respinto il ricorso del Dallos osservando come lo stesso avesse impugnato la sentenza d'appello dinanzi alla Corte suprema ungherese, svolgendo in tale sede le proprie lamentele sul merito della diversa qualificazione giuridica attribuita al fatto dai giudici del gravame. Lamentele che la stessa Corte suprema aveva rigettato in maniera argomentata, confermando l'impugnata sentenza. Nell'occasione la CorteEDU – contrariamente a quanto sembra voler sostenere il ricorrente - ha dunque ritenuto insussistente la violazione dei principi del processo equo perché il diritto dell'imputato di difendersi sulla riformulazione dell'imputazione era stato garantito attraverso la possibilità di ricorrere alla Corte suprema. In tal senso dunque la Corte sembra aver ritenuto che la violazione del diritto di informazione comprometta il profilo di equità del processo solo se nell'ambito dell'intera vicenda processuale l'imputato non sia stato messo nelle condizioni per svolgere le proprie difese in ordine alla riqualificazione giuridica del fatto e non gli sia stato dunque concesso un rimedio utile per accedere ad un giudice che abbia il potere di sovvertire la decisione assunta precedentemente in difetto di informazione sul punto (nello stesso senso **CorteEDU 16 aprile 2002, Vaque Rafart vs. Spagna, Corte EDU 6 giugno 2002, Feldman vs. Francia, Corte EDU 24 giugno 2004, Balette vs. Belgio, CorteEDU 24 gennaio 2006, Gouget e altri vs. Francia e CorteEDU 7 marzo 2006, Vesque vs. Francia**, tutte relative a riqualificazioni giuridiche operate al momento della deliberazione della sentenza di primo grado ovvero nel giudizio d'appello a seguito di prospettazione in tal senso nei motivi d'impugnazione presentati dalla pubblica accusa). Nello stesso senso della sentenza Dallos è, infine, anche **CorteEDU 30 novembre 2000, Kwiatkowska vs. Italia**, che ha rigettato un ricorso avverso la condanna per omicidio volontario frutto della riqualificazione dell'originaria contestazione di omicidio colposo. Lo sviluppo del caso Kwiatkowska è invero assai complesso (avendo comportato più gradi di giudizio anche a seguito dell'annullamento con rinvio da parte della Cassazione della prima sentenza d'appello), ma ciò che conta in questa sede è che i giudici europei hanno rilevato come successivamente alla riqualificazione (che in realtà aveva comportato la modifica in fatto della contestazione e il successivo annullamento della prima decisione d'appello) l'imputata aveva avuto in più sedi la possibilità di esercitare in merito le proprie difese. Va peraltro evidenziato che in un caso analogo deciso da **CorteEDU sent. 26 settembre 2006, Miraux vs. Francia**, i giudici europei hanno invece accolto il ricorso, ritenendo effettivamente essersi consumata una violazione dell'art. 6 della Convenzione, sebbene l'imputato avesse avuto modo di ricorrere in Cassazione avverso la sentenza di merito deliberata previa riqualificazione giuridica del fatto (nella specie venne ritenuta la fattispecie consumata del reato di violenza sessuale e non quella tentata originariamente contestata all'imputato). E non può infine essere taciuto che anche la sentenza Pelissier citata in precedenza – e che ha ritenuto essersi nel caso di specie verificata una lesione dei diritti di difesa dell'imputato – riguardava un caso di riqualificazione giuridica operata in difetto di informazione dal giudice d'appello.

Venendo alla giurisprudenza di legittimità formatasi su questi profili, va innanzi tutto ricordato che il primo comma dell'art. 521 cod. proc. pen. attribuisce espressamente al giudice il potere di dare in sentenza al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purchè il reato non ecceda la sua competenza o le sue attribuzioni. Ed in proposito la giurisprudenza di legittimità ha costantemente riconosciuto come alcuna violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza (o del divieto di *reformatio in peius*: v. *amplius* sub 5.2.2) si prospetti nel caso in cui sia il giudice dell'impugnazione – compreso quello di legittimità – a procedere ad una diversa ed anche più grave qualificazione del fatto, atteso che lo stesso ha il potere-dovere di attribuire a quest'ultimo la sua esatta definizione giuridica (v. *ex plurimis* e da ult. **Sez. III 26 giugno 2008 – dep. 2 ottobre 2008, n. 37464, Aliperta, rv 241279** e **Sez. III 9 maggio 2008 – dep. 11 luglio 2008, n. 28815, B., rv 240991**).

Il limite all'esercizio di tale potere è costituito, per l'appunto, dal menzionato principio di correlazione e dunque dall'intangibilità del fatto materiale contestato, la cui eventuale modifica è monopolio del titolare dell'azione penale nei casi e con le modalità disciplinate dagli artt. 516 e ss. cod. proc. pen.. Ed in tal senso, anche di recente, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il giudice può dare al fatto una diversa qualificazione giuridica solo a condizione che il fatto storico addebitato rimanga identico, in riferimento al triplice elemento della condotta, dell'evento e dell'elemento psicologico del reato (così **Sez. III 18 marzo 2008 – dep. 12 maggio 2008, n. 19118, D.S., rv 239873**), non potendosi, cioè, parlare di mera riqualificazione quando nei fatti -rispettivamente descritti e ritenuti- non sia

possibile individuare un nucleo comune, con la conseguenza che essi si pongono, tra loro, non in rapporto di continenza, bensì di eterogeneità (in questo senso **Sez. VI 6 novembre 2008 – dep. 7 gennaio 2009, n. 81, Zecca, rv 242368**).

In proposito **Sez. Un. 19 giugno 1996 (dep. 22 ottobre 1996), n. 16, Di Francesco, rv 205619**, ha peraltro precisato che per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume la ipotesi astratta prevista dalla legge, così da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa. E sempre secondo la Corte è proprio l'accertamento in concreto dell'effettivo pregiudizio del diritto di difesa che costituisce il parametro che consente di valutare se sia stato operato in sentenza un immutamento del fatto materiale in grado di violare il principio di correlazione (in questo senso successivamente all'intervento delle Sezioni Unite v. *ex plurimis* e da ult. **Sez. III 12 novembre 2009 – dep. 11 marzo 2010, n. 9916, Scarfò, rv 246226; Sez. VI 10 gennaio 2007 – dep. 14 settembre 2007, n. 34879, Sartori, rv 237415**).

Sulla base dell'illustrato principio la Corte ha quindi elaborato l'ulteriore orientamento per cui, ai fini della verifica della corrispondenza tra pronuncia ed accusa, deve tenersi conto non solo del fatto descritto in imputazione, ma anche di tutte le ulteriori risultanze probatorie portate a conoscenza dell'imputato e che hanno formato oggetto di sostanziale contestazione, sicchè questi abbia avuto modo di esercitare le sue difese sul materiale probatorio posto a fondamento della decisione (in questo senso *ex plurimis* e da ult. **Sez. III 27 febbraio 2008 – dep. 16 aprile 2008, n. 15655, Fontanesi, rv 239866 e Sez. V 25 novembre 2008 – dep. 20 gennaio 2009, n. 2074, Fioravanti, rv 242351**).

Quanto, infine, alla natura del vizio integrato dalla violazione del principio di necessaria correlazione fra accusa e sentenza, la Corte ha costantemente affermato trattarsi di una nullità a regime intermedio, che non può essere dedotta per la prima volta in sede di legittimità (in questo senso *ex plurimis* e da ult. **Sez. V 8 gennaio 2009 – dep. 2 marzo 2009, n. 9281, Parente, rv 243161**).

Come accennato, dopo l'avvento della sentenza Drassich (della CorteEDU), la giurisprudenza di legittimità ha iniziato invece a confrontarsi con la necessità di assicurare all'imputato il contraddittorio in caso di eventuale modifica della qualificazione giuridica.

In proposito proprio nel procedimento che aveva dato occasione all'intervento della Corte europea, **Sez. VI 12 novembre 2008 (dep. 11 dicembre 2008), n. 45807, Drassich, rv 241753 - 241754**, ha innanzi tutto ribadito - argomentando *ex art. 46 CEDU* - la forza vincolante delle sentenze definitive del giudice europeo e ricordato l'effettività dell'obbligo - sancito invece dall'art. 13 CEDU - di garantire al soggetto violato nel godimento dei diritti tutelati dalla Convenzione uno strumento giuridico interno volto ad ottenere la *restituito in integrum*, anche a fronte del perdurante mancato adeguamento dell'ordinamento nazionale da parte del legislatore (pur autorevolmente sollecitato ad intervenire sul punto anche dal giudice delle leggi: v. in proposito Corte Cost. n. 129 del 2008)¹.

Ciò premesso in via generale, la sentenza Drassich ha poi evidenziato come i principi affermati dal giudice sopranazionale in punto di correlazione tra accusa e sentenza risultino in linea con il contenuto dell'art. 111, comma secondo, Cost., il quale non riguarda solo la formazione della prova, ma anche ogni questione attinente alla valutazione giuridica del fatto materiale contestato. I giudici della Sesta sezione hanno quindi ritenuto necessario adeguare l'interpretazione del primo comma dell'art. 521 cod. proc. pen. alla regola dettata dalla Convenzione come condizione di un equo processo (nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo) e, in ultima analisi, all'accolta interpretazione del principio del contraddittorio affermato dalla menzionata norma costituzionale.

In tal senso la sentenza in esame osserva come il presupposto ineludibile per l'esercizio del potere di riqualificazione sia che l'imputato e il suo difensore vengano informati dell'eventualità che il giudice ponga a fondamento della sua decisione una diversa definizione giuridica del fatto. Rileva dunque non l'astratta possibilità per l'imputato di rappresentarsi che il giudice eserciti il potere riconosciutogli dalla legge processuale in ossequio al principio *iura novit curia*, quanto la effettiva prospettazione allo stesso imputato che nel caso concreto possa essere attribuita al fatto una differente qualificazione giuridica. E non v'è dubbio per i giudici della Sesta sezione che, qualora tale eventualità non sia stata prospettata dal pubblico ministero attraverso una specifica richiesta rivolta al giudice, spetti a quest'ultimo l'onere di intervenire per informare l'imputato e provocare il contraddittorio sul punto.

Ed in proposito la sentenza Drassich ricorda ancora come uno schema di questo tipo già sia stato adottato, a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 40 del 2006, nel processo civile, laddove l'art. 384, comma terzo, cod. proc. civ. espressamente prevede che «se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti giorni e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione».

¹ Quello della forza vincolante delle sentenze della CorteEDU, affermata dalla sentenza Drassich, può considerarsi oramai principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità. In tal senso si sono ad esempio espresse in precedenza **Sez. I 1 dicembre 2006 (dep. 25 gennaio 2007), n. 2880, Dorigo, rv 235447 e Sez. I 12 luglio 2006 (dep. 3 ottobre 2006), n. 32678, Somogyi, rv 235035** (la quale ultima a sua volta ricorda come la giurisprudenza civile di legittimità avesse recepito il principio già precedentemente: v. in tal senso **Sez. Un. 23 dicembre 2004, n. 1338, rv 569675** e le sentenze nn. 1339, 1340 e 1341, emesse alla medesima udienza) e da ultima **Sez. V 11 febbraio 2010 (dep. 28 aprile 2010), n. 16507, Scoppola, rv 247244**.

Nel conformare gli affermati principi alla fattispecie concreta, la menzionata sentenza Drassich ha ritenuto – ricorrendo all’analogia - che, nell’ipotesi della riqualificazione già operata *ex officio* in sentenza dal giudice di legittimità senza aver prima consentito all’imputato di contraddire sul punto, l’unico rimedio esperibile sia quello dell’attivazione della procedura straordinaria di cui all’art. 625 *bis* cod. proc. pen., ed ha indicato nella riapertura del procedimento, su richiesta dell’interessato, la misura interna per porre rimedio alla violazione contestata dalla Corte europea (soluzione in qualche modo suggerita anche dalla citata sent. n. 129 del 2008 della Corte Cost.). Soluzione che risulta compatibile con quanto affermato dalla CorteEDU, secondo cui «...l’avvio di un nuovo procedimento o la riapertura del procedimento su richiesta dell’interessato rappresenta in linea di massima un modo adeguato di porre rimedio alla violazione...» del diritto al contraddittorio.

Successivamente la Corte di legittimità ha avuto peraltro modo di precisare in più occasioni come la concessione all’imputato di uno spazio di interlocuzione sulla diversa definizione giuridica del fatto non sia necessaria qualora tale eventualità gli sia stata rappresentata nel corso del procedimento dal giudice ovvero abbia comunque costituito oggetto di discussione (ancorché nell’incidente cautelare) o, ancora, sia stata presa in considerazione dalla stessa difesa, ad esempio attraverso i motivi di impugnazione (in questo senso si v. **Sez. VI 25 maggio 2009 – dep. 18 settembre 2009, n. 36323, Drassich, rv 244974; Sez. II 26 febbraio 2010 – dep. 16 aprile 2010, n. 14674, Salord, rv 246922; Sez. I 18 febbraio 2010 – dep. 8 marzo 2010, n. 9091, Di Gati, rv 246494**). In altri termini la Corte ha sviluppato quanto affermato nella (prima) sentenza Drassich circa il ruolo dell’informazione sull’eventualità della riqualificazione, per trarne la conseguenza che alcuna lesione dei diritti dell’imputato sia prospettabile se l’attribuzione di una diversa definizione giuridica venga effettuata dal giudice all’esito di un procedimento dove la circostanza sia già stata oggetto di contraddittorio.

In particolare è opportuno evidenziare come, mentre le sentenze Drassich e Salord riguardano ipotesi di riqualificazione giuridica operata dal giudice di legittimità, la sentenza Di Gati si è pronunciata in relazione ad un caso di diversa definizione giuridica del fatto operata dalla Corte d’Appello, in ordine alla quale la difesa aveva svolto uno specifico motivo di ricorso. In proposito i giudici di legittimità (p. 24 della sentenza) hanno evidenziato la peculiarità della fattispecie rispetto a quella decisa dalla CorteEDU nel caso Drassich (che come illustrato riguardava una violazione del contraddittorio consumata nel giudizio di legittimità), ponendo l’accento, per escludere l’iniquità del processo, proprio sulla circostanza che la diversa qualificazione giuridica era intervenuta in appello ed era stata «oggetto di ampia discussione nel giudizio di legittimità». Peraltro la Corte ha sottolineato altresì come nel caso di specie il ricorrente si fosse limitato a lamentare che la difesa approntata per il reato originariamente contestato non fosse “sovrapponibile” a quella funzionale alla nuova definizione giuridica del fatto, senza prospettare quali diversi mezzi di prova avrebbe potuto invocare nel giudizio di merito per fronteggiare la novazione del titolo della contestazione.

Non avendo la Corte approfondito oltre il profilo, non è dunque chiaro se la stessa abbia ritenuto che la riqualificazione avvenuta *inaudita altera parte* nel giudizio di merito non integri in ogni caso una violazione dei diritti della difesa, essendo fornita all’imputato la possibilità di contraddire sul punto attraverso il sistema delle impugnazioni, ovvero se sia necessario accertare in concreto le conseguenze della lesione del contraddittorio per stabilirne l’effettiva entità e le conseguenze, configurandosi comunque anche per il giudice di merito – e non solo per quello di legittimità - l’obbligo di informare l’imputato e il suo difensore dell’eventualità di una modifica della qualificazione giuridica del fatto contestato.

□□□□□□□□□□

Cass. Sez. Un. 15 luglio 2010 (dep. 13 ottobre 2010), n. 36551, Carelli

Integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione l’acquisto da parte dell’amministratore, con denaro della società amministrata, di titoli azionari a lui nominativamente intestati e, quindi, mai entrati nella disponibilità giuridica e di fatto della società stessa, pur essendo stati iscritti nelle scritture contabili sociali. (In motivazione, la S.C. ha escluso che la condotta di depauperamento del patrimonio aziendale posto a garanzia delle ragioni dei creditori potesse essere ravvisata nell’alienazione dei titoli azionari nominativi, dovendo essere individuata nel pregresso prelievo dal conto bancario della società amministrata della somma utilizzata per l’acquisto a titolo personale dei titoli stessi). (rv 248050)

In tema di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l’ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un’incertezza sull’oggetto dell’imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l’indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel

pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perche', vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione e' del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'"iter" del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione. (Fattispecie relativa a contestazione del delitto di bancarotta post-fallimentare qualificato dalla S.C. come bancarotta pre-falimentare). (rv 248051)

(omissis)

1- E' fondato il secondo motivo di ricorso nella parte in cui pone il problema d'individuare, con riferimento anche alla sua collocazione temporale, la condotta di distrazione posta in essere dall'amministratore unico della "Taranto Football Club spa" e integrante, per effetto della dichiarazione di fallimento della persona giuridica, il reato di bancarotta patrimoniale.

La doglianza, in questo suo specifico aspetto, assume, come si preciserà in seguito, valenza centrale e decisiva nella verifica di legittimità della decisione impugnata e non lascia spazio per l'esame di ogni altra deduzione, ivi compresa la controversa questione di diritto rimessa alla valutazione delle Sezioni Unite.

2- La sentenza in verifica, nel confermare il giudizio di colpevolezza, già espresso in primo grado, del Carelli in ordine al delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ravvisa il dato fattuale di tale illecito nella distrazione a proprio vantaggio della somma ricavata dalla vendita, in data 28/1/2000 e – quindi – nel corso della procedura fallimentare, di azioni "Banca Intesa spa" (rivenienti dalla riconversione di azioni "Caripuglia") appartenenti sostanzialmente, pur se nominalmente intestate al predetto Carelli, alla società dichiarata fallita, in quanto pacificamente acquistate – il 30/7/1992 – con denaro prelevato (lire 293.720.000) dal conto corrente bancario di pertinenza della medesima società, tanto che erano state indicate nell'attivo del bilancio e l'amministratore, con nota del 22/2/1996, si era dichiarato disponibile ad adempiere le formalità necessarie per il trasferimento dei titoli alla Curatela fallimentare.

Tale ricostruzione accredita l'ipotesi della bancarotta patrimoniale post-fallimentare, dando rilievo penale alla vendita dei titoli azionari e relegando l'operazione a monte dell'acquisto degli stessi, con denaro sottratto dalle casse della società di capitali, nell'area del lecito, soltanto perché di quest'ultima operazione v'era traccia nelle scritture contabili e lo stesso Carelli aveva offerto la propria disponibilità a trasferire i titoli azionari in contestazione alla Curatela fallimentare. In sostanza, la sentenza impugnata valorizza il fatto che le azioni, in quanto iscritte nel bilancio, sarebbero rimaste nella disponibilità della persona giuridica e l'atto di distrazione si sarebbe concretizzato soltanto successivamente, nel momento in cui il Carelli, violando ogni regola della procedura concorsuale pendente e contraddicendo la dichiarazione d'intenti di cui alla nota 22/2/1996, aveva alienato i titoli, incamerando il relativo controvalore.

Tale conclusione, però, fa velo alla dinamica dei fatti così come ricostruita dai giudici di merito e non considera che le azioni acquistate, con le indicate modalità, dal Carelli nel 1992, in quanto nominativamente a lui intestate, non erano mai entrate nella disponibilità giuridica e di fatto della società da lui amministrata, e ciò per il mancato rispetto della disciplina inderogabile che ne regola il regime di circolazione (artt. 2021 e ss. c.c.), a nulla rilevando la formale – ma inesatta – iscrizione tra le poste attive del bilancio.

La condotta di depauperamento del patrimonio aziendale, posto a garanzia delle ragioni dei creditori, non può, pertanto, essere ravvisata nell'alienazione dei titoli azionari nominativi, operazione alla quale era legittimato il solo intestatario Carelli, ma deve essere individuata nel pregresso prelievo dal conto bancario della "Taranto Football Club spa" della somma di lire 293.720.000 utilizzata per l'acquisto, a titolo personale, da parte del Carelli dei detti titoli.

E' quest'ultima condotta che, in quanto orientata a procurare un utile economico all'agente, ontologicamente integra la "distrazione" ed esprime la diminuzione fittizia del patrimonio aziendale, attuata mediante il distacco di risorse finanziarie, destinato a impedirne o a ostacolarne l'apprensione da parte degli organi del fallimento, a nulla rilevando che delle risorse distratte sia

stata lasciata traccia, con la possibilità quindi – almeno in astratto – per i creditori di recuperarle per il tramite degli organi fallimentari.

Nei casi di diminuzione fittizia, individuabili nella distrazione, nell'occultamento e nella dissimulazione di beni, a differenza della diminuzione effettiva del patrimonio (distruzione e dissipazione di beni), il legislatore ha inteso sanzionare chi riesce a sottrarre alcuni beni alla procedura concorsuale o semplicemente tenta di fare ciò, il che porta a concludere che il reato, con riferimento alle manovre dirette a tale scopo, si perfeziona con la dichiarazione di fallimento, elemento costitutivo del reato stesso, con la conseguenza che le successive e ulteriori iniziative non esercitano alcuna influenza sull'illecito, ormai realizzato in tutti i suoi elementi strutturali, e non determinano una sorta di progressione criminosa, che ne sposta temporalmente in avanti la consumazione.

Conclusivamente, la condotta dell'imputato alla quale deve darsi, ai fini che qui interessano, esclusivo rilievo è quella esauritasi anteriormente alla dichiarazione di fallimento e concretizzatasi, in data 30/7/1992, nella distrazione, a proprio vantaggio, di denaro della società amministrata, condotta che ha finito con l'assumere il carattere dell'illiceità penale, più esattamente quello della bancarotta patrimoniale prefallimentare, nel momento in cui, con la constatazione giudiziale dello stato d'insolvenza, si è accertata la lesione arrecata ai diritti dei creditori (sentenza dichiarativa del fallimento in data 1/10/1993).

3- E' il caso di precisare che tale diversa configurazione della condotta penalmente rilevante dell'imputato non determina la violazione del principio di correlazione tra imputazione contestata e sentenza.

Le Sezioni Unite hanno già avuto modo di precisare che, “per aversi mutamento del fatto, occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'*iter* del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione” (cfr. sentenza 19/6/1996 n. 16, ric. Di Francesco).

Nel caso specifico, non è dato riscontrare alcuna violazione del diritto di difesa, considerato che l'imputato è stato posto nella condizione di interloquire su ogni aspetto della vicenda e, anzi, ha egli stesso, attraverso la sua difesa tecnica, insistito per la diversa prospettazione del fatto nel senso esattamente coincidente con l'addebito come innanzi delineato (cfr. atto di appello e ricorso per cassazione).

Non va sottaciuto, peraltro, che l'ipotetica violazione del disposto di cui al secondo comma dell'art. 521 c.p.p. si rivela comunque recessiva rispetto alla conclusione liberatoria di cui al punto che segue.

4- La ritenuta distrazione per fini extrasociali della somma di lire 293.720.000 di pertinenza della società di capitali amministrata dal Carelli è fatto già compreso, sotto i profili storico-naturalistico e giuridico, in quello più ampio (capo *sub* 3) oggetto della sentenza 3/5/2000 (irrevocabile il 27/6/2000) pronunciata dal Tribunale di Taranto nei confronti del predetto Carelli.

Ed invero, la condotta integrante l'addebito di cui in questa sede si discute risulta essere stata posta in essere dall'imputato in data 30/7/1992, con l'abusivo prelievo dal conto bancario della società della citata somma, per destinarla all'acquisto delle azioni nominative “Caripuglia” di cui si è detto. Tale condotta ha assunto i connotati della bancarotta patrimoniale all'atto della pronuncia, in data 1/10/1993, della sentenza dichiarativa di fallimento della “Taranto Football Club spa”.

L'analogo reato di bancarotta patrimoniale, per il quale il Carelli risulta essere stato già condannato con la citata sentenza irrevocabile, è relativo alla stessa procedura fallimentare ed ha per oggetto la distrazione, sempre per fini extrasociali, di “somme di denaro prelevate dai c/c bancari intestati alla società...nel periodo...1/7/1992-9/2/1993”, per un importo complessivo di “lire 1.305.743.641”.

E' evidente, in difetto di elementi di segno contrario, che tra il fatto-reato già giudicato e quello in esame v'è un rapporto di continenza, nel senso che il secondo, avendo ad oggetto una parte della più ampia e identica condotta presa in considerazione dal primo, deve ritenersi incluso in quest'ultimo.

5- La riscontrata identità, per ragioni di continenza, del fatto in esame rispetto a quello già giudicato rende operativa la preclusione connessa al divieto del *bis in idem* di cui al secondo comma dell'art. 649 c.p.p..

La sentenza impugnata deve, pertanto, essere annullata senza rinvio con la formula corrispondente.

(*omissis*)

Le Sezioni Unite nel caso di specie erano in realtà state chiamate a pronunciarsi sulla seguente questione controversa: "Se il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, nel caso in cui siano poste in essere più condotte tipiche nell'ambito di uno stesso fallimento, sia un unico reato, con l'effetto di un aumento di pena in funzione di circostanza aggravatrice, o se, invece, la pluralità di condotte di bancarotta dia luogo ad un concorso di reati con conseguente esclusione del divieto del "bis in idem" per l'eventuale giudicato intervenuto su alcune delle indicate condotte". Questione che la Corte non ha affrontato, attesa la soluzione adottata in riferimento ad altro motivo di ricorso ritenuto assorbente. La questione è stata peraltro riproposta e verrà discussa dalle Sezioni Unite all'udienza del 27 gennaio 2011. Sulla questione controversa è dunque opportuno ricordare la contrapposizione tra concezione unitaria e concezione pluralistica del reato di bancarotta si riflette su molteplici problematiche.

a) In primo luogo assume rilevanza la natura della disciplina *ex art. 219, comma 2, n. 1, l. fall.*, ossia la questione – così enunciata dall'ordinanza di rimessione – se "essa disciplini una circostanza aggravante o disciplini in maniera peculiare un concorso di reati". Secondo l'indirizzo largamente consolidato, la norma *de qua* prevede una fattispecie circostanziale; alcune pronunce segnalano che l'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. ha "accolto" il principio dell'unitarietà della bancarotta (Sez. V, 24 marzo 1972 n. 314, Draghi, rv. 121359, ad esempio) e che la configurazione della circostanza aggravante, per la quale opera il giudizio di comparazione *ex art. 69 cod. pen.* (Sez. V, 4 marzo 1998 n. 4431, Calabro, rv. 211052), deroga alla disciplina del concorso dei reati e del reato continuato.

b) Viene poi in rilievo la configurazione delle singole condotte tipiche delineate dall'art. 216 (e dall'art. 217) l. fall.; in questa ottica, va segnalata la distinzione, messa in luce con chiarezza da Sez. V, 5 ottobre 1981 n. 10260, Brandinelli, rv. 150981, tra fatti la cui reiterazione integra "distinte azioni criminose" e fatti che, anche se reiterati, costituiscono un'"unica azione con pluralità di atti", in relazione ai quali non esistono le condizioni per l'applicazione della circostanza aggravante; sul punto, la giurisprudenza di legittimità registra un orientamento più restrittivo e uno ispirato ad una più ampia prospettiva.

c) In ordine alla definizione dell'ambito di operatività dell'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. viene in rilievo l'applicabilità o meno della disciplina *de qua* rispetto a fatti di bancarotta fraudolenta e a fatti di bancarotta semplice relativi a un medesimo fallimento.

d) Sempre in ordine alla definizione dell'ambito applicativo della circostanza aggravante in esame, la giurisprudenza ha affrontato, per un verso, la problematica concernente l'applicabilità della norma ai fatti di bancarotta impropria e, per altro verso, quella relativa alla riferibilità della disciplina di cui all'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. esclusivamente ai reati concernenti un medesimo fallimento ovvero anche a reati concernenti fallimenti diversi.

e) In merito alla specifica questione rimessa alla cognizione delle Sezioni unite, l'orientamento favorevole all'applicabilità del divieto del *bis in idem* è stato argomentato sulla base della particolare "strutturazione" della fattispecie di cui all'art. 216 operata dalla legge fallimentare, "strutturazione" in forza della quale essa resta un "reato unico" anche se posto in essere con la realizzazione di una pluralità di fatti, pluralità configurata come circostanza aggravante dall'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. (Sez. V, 15 giugno 1999 n. 9047, Larini). L'orientamento contrario ha sottolineato, tra l'altro, la natura di circostanza aggravante *sui generis* rivestita dall'istituto in esame, che rappresenta appunto una circostanza solo dal punto di vista funzionale, ma non da quello strutturale: per ragioni di *favor rei*, il legislatore ha introdotto una particolare disciplina della continuazione in tema di reati fallimentari, sicchè "i singoli fatti di bancarotta unitariamente considerati quoad poenam mantengono la loro autonomia ontologica" (Sez. V, 4 giugno 2003 n. 32254, Paziienza, rv. 226503); nella stessa prospettiva, è stata esclusa la violazione del principio del *ne bis in idem*, che postula l'identità del fatto addebitato in tutti i suoi elementi costitutivi e, con precipuo riguardo alla condotta, l'identità di luogo, di tempo e di oggetto (Sez. V, 17 maggio 2008 n. 26794, Schiavone, rv. 241171). Una posizione diversa è espressa da Sez. V, 28 novembre 2007 n. 1762/08, PG in proc. Perugini, rv. 239096, che fa leva su un argomento incentrato sulla tematica indicata *sub b*).

f) In tema di imputazione, alcune pronunce hanno valorizzato la disciplina *ex art. 219, comma 2, n. 1 l. fall.* al fine di escludere violazioni del principio della correlazione tra imputazione contestata e sentenza (ad esempio, Sez. V, 24 marzo 1972 n. 314, Draghi, rv. 121359), anche richiamando il principio della unitarietà della bancarotta (Sez. V, 17 marzo 1987 n. 6168, Pari, rv. 175977). In altri casi, l'esclusione della violazione del principio della correlazione tra accusa e sentenza è stata argomentata facendo leva sulla ricostruzione del rapporto tra le diverse figure di bancarotta e,

dichiarazione giudiziale della recidiva che, al pari di ogni altra circostanza aggravante, non viene "dichiarata", ma puo' solo essere ritenuta e applicata ai reati in relazione ai quali e' contestata. (In motivazione, la Corte ha chiarito che la testuale disposizione dall'art. 444, comma 1-bis, cod. proc. pen., la quale fa riferimento a "coloro che siano stati dichiarati recidivi", e' tecnicamente imprecisa ed e' stata utilizzata dal legislatore per motivi di uniformita' lessicale, in quanto riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di specifici "status", come quelli di delinquente abituale, professionale e per tendenza, richiedono un'apposita dichiarazione espressamente prevista e disciplinata dalla legge). (rv 247840)

Omissis

13. Si deve rilevare, innanzi tutto, come in realtà sulla questione devoluta all'esame delle Sezioni Unite ("se sia sufficiente, perché la recidiva qualificata costituisca ostacolo al patteggiamento a pena superiore a due anni, la sola contestazione ovvero occorra necessariamente il suo riconoscimento da parte del giudice") non sussista un reale conflitto interpretativo.

Ed invero l'affermazione che sia sufficiente la mera contestazione della recidiva reiterata per l'operatività della clausola di esclusione dal patteggiamento "allargato" posta dall'art. 444, comma 1 bis, c.p.p., si contrappone, nelle decisioni citate nell'ordinanza di rimessione e più su indicate, non all'affermazione della necessità che l'aggravante, oltre che ritualmente contestata, debba essere effettivamente ritenuta ed applicata dal giudice, quanto a quell'altra – che peraltro non risulta essere stata mai prospettata nella giurisprudenza di legittimità - secondo cui sarebbe richiesto dalla norma che gli imputati cui è inibito l'accesso al rito semplificato siano stati già <<dichiarati>> recidivi ai sensi dell'art. 99, comma quarto, c.p. con una sentenza precedentemente emessa.

Nei casi oggetto degli arresti giurisprudenziali predetti, infatti, il giudice di merito aveva applicato ex art. 444 c.p.p. una pena concordata superiore ai due anni di reclusione ad imputati, cui pure era contestata la recidiva qualificata, ritenendo che il patteggiamento fosse consentito in quanto non risultava che la recidiva medesima fosse stata già oggetto di una precedente dichiarazione giudiziale sostanzialmente attributiva di uno *status* soggettivo.

La Corte, in entrambe le occasioni, ha annullato i provvedimenti di merito affermando la non necessità, perché sia inibito il procedimento speciale, di una preventiva dichiarazione formale della recidiva e ritenendo viceversa sufficiente – ma solo in contrapposizione a tale non condivisa premessa - la sua semplice contestazione: ciò, tuttavia, senza affrontare l'ulteriore e logicamente successiva questione concernente la possibilità per il giudice di escludere o meno l'aggravante, una volta che questa sia stata ritualmente contestata. Si legge anzi nel testo di Sez. II, 4.12.2006, P.M. in proc. Cicchetti, che la contestazione è <<condizione necessaria e sufficiente al fine di qualificare il reato e determinare la pronuncia del giudice sull'*esistenza* e sugli *effetti* di tale circostanza>>: così non escludendosi affatto, dunque, da parte della Corte, la sussistenza di uno spazio valutativo del giudice in ordine al riconoscimento ed alla concreta applicazione della recidiva.

14. Il ricorso del pubblico ministero pone piuttosto ulteriori questioni a proposito degli effetti della contestazione della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., come modificato dalla legge 5.12.2005, n. 251, e precisamente quella, principale, dell'obbligatorietà o meno dell'aumento di pena ivi previsto e l'altra, conseguente, dell'eventuale persistenza, anche qualora detto aumento sia stato escluso dal giudice, degli ulteriori effetti ricollegati dalla legge alla recidiva qualificata e consistenti nell'operatività dei limiti al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto fissati dall'art. 69, quarto comma, c.p.; dei limiti minimi all'aumento della quantità di pena a titolo di continuazione stabiliti dall'art. 81, quarto comma, c.p.; dei limiti all'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" (ed alla relativa riduzione premiale della sanzione) di cui all'art. 444, comma 1 bis, c.p.p., di cui si è in precedenza detto.

15. Il quesito interpretativo nasce intorno al testo dell'art. 99 c.p., come introdotto dalla legge n. 251 del 2005, il quale – nella sua emendata formulazione lessicale – *prima facie* inclina suggestivamente l'interprete a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà

della recidiva come preesistente alla riforma del 1974 (d.l. 11.4.1974, n. 99, convertito dalla legge 7.6.1974, n. 220), nell'ambito di una *novella* tesa, nelle enunciate intenzioni del legislatore, ad accentuare l'incidenza sul trattamento sanzionatorio globalmente inteso delle caratteristiche soggettive dell'autore del reato con relativa riduzione dell'ambito di discrezionalità del giudice; in particolare viene in rilievo l'utilizzo, nei commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. e con riferimento al previsto aumento della pena per la recidiva pluriaggravata e per quella reiterata, dell'indicativo presente del verbo *essere* (<<l'aumento della pena ... è>>) in luogo della voce verbale <<può>>, che compariva nel testo precedente e figura tuttora nei primi due commi riguardanti la recidiva semplice e quella aggravata.

16. La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute, come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento (Sez. IV, 11.4.2007, P.M. in proc. Serra, rv 236412; Sez. IV, 19.4.2007, P.M. in proc. Meradi, rv 235835; Sez. IV, 28.6.2007, P.M. in proc. Mazzitta, rv 237271; Sez. IV, 2.7.2007, P.M. in proc. Farris, rv 236910) nonché dalle decisioni della Corte costituzionale, davanti alla quale la normativa in questione era stata denunciata per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 della Carta (sentenza 14 giugno 2007, n. 192 e ordinanze nn. 198 e 409 del 2007; 33, 90, 91, 193 e 257 del 2008; 171 del 2009, dichiarative la prima dell'inammissibilità e le altre della manifesta inammissibilità delle questioni).

16. Le Sezioni unite condividono tali conclusioni e le argomentazioni poste a loro sostegno.

17. Si deve rilevare innanzi tutto, sotto l'aspetto lessicale, come nel testo dei commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. il verbo *essere* sia utilizzato con evidente riferimento al *quantum* dell'aumento (<<l'aumento di pena è ...>>) della sanzione discendente dal riconoscimento della recidiva ivi contemplata (pluriaggravata e reiterata), ma non coinvolga l'*an* dell'aumento medesimo, che rimane affidato alla valutazione del giudice secondo la costruzione dell'ipotesi base di cui al primo comma. Le figure di recidiva *de quibus* non costituiscono invero autonome tipologie svincolate dagli elementi normativi e costitutivi della recidiva semplice, bensì mere specificazioni di essa dalla quale si diversificano, espressamente richiamandola, esclusivamente per le differenti conseguenze sanzionatorie che comportano, le quali sono state previste con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo.

18. La necessità di una lettura omogenea dei primi quattro commi dell'art. 99 c.p. è peraltro confermata dalla constatazione che ove il legislatore ha inteso elidere gli spazi di discrezionalità giudiziale a favore di un vero e proprio ritorno all'inderogabilità della recidiva, ha reso palese la sua intenzione prevedendo al quinto comma un regime vincolato per una serie di delitti, evidentemente valutati di particolare gravità, in relazione ai quali l'aumento della pena per la recidiva è espressamente definito <<obbligatorio>>.

19. Tale soluzione interpretativa, oltre che maggiormente aderente al testo della legge, appare altresì quella più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria.

Ed invero l'interpretazione che ritiene l'obbligatorietà della recidiva qualificata e degli effetti commisurativi della sanzione ad essa riconnessi finisce per configurare una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato ed un conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato - dunque foriero di possibili diseguglianze - nell'*an* e nel *quantum* (previsto in misura fissa), operante sia nei casi in cui la ricaduta nel reato si manifesti quale indice di particolare disvalore della condotta, di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne e in definitiva verso l'ordinamento, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente, sia nei casi in cui, al di là del dato meramente oggettivo della ripetizione del delitto, il nuovo episodio non appaia <<concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei

precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo>> (Corte cost., n. 192/2007).

20. E' dunque compito del giudice, quando la contestazione concerna una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (rimane esclusa, come premesso, l'ipotesi "obbligatoria" del quinto comma), quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali.

21. All'esito di tale verifica al giudice è consentito negare la rilevanza aggravatrice della recidiva ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione: la recidiva opera infatti nell'ordinamento quale circostanza aggravante (inerente alla persona del colpevole: art. 70 c.p.), che come tale deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio (Sez. Un., 27.5.1961, P.M. in proc. Papò, rv 98479; Sez. Un., 23.1.1971, Piano) ma di cui è facoltativa (tranne l'eccezione espressa) l'applicazione, secondo l'unica interpretazione compatibile con i principi costituzionali in materia di pena.

22. Qualora la verifica effettuata dal giudice si concluda nel senso del concreto rilievo della ricaduta sotto il profilo sintomatico di una <<più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo>>, la circostanza aggravante opera necessariamente e determina tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi e dunque, nell'ipotesi di recidiva reiterata e per quanto qui rileva in relazione all'oggetto del ricorso in esame, l'aumento della pena base nella misura fissa indicata dal quarto comma dell'art. 99 c.p., il divieto imposto dall'art. 69, quarto comma, c.p., di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio di bilanciamento fra gli elementi accidentali eterogenei eventualmente presenti, il limite minimo di aumento per la continuazione stabilito dall'art. 81, comma quarto, c.p., l'inibizione dell'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

In tale ipotesi la recidiva deve intendersi, oltre che "accertata" nei suoi presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), "ritenuta" dal giudice ed "applicata", determinando essa l'effetto tipico di aggravamento della pena: e ciò anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante (Sez. Un., 18.6.1991, Grassi, rv 187856).

23. Qualora viceversa la verifica si concluda nel senso della non significanza della ricaduta nei termini più su precisati e il giudice escluda la recidiva (dunque non la ritenga rilevante e conseguentemente non la applichi), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante.

La "facoltatività" della recidiva, invero, non può atteggiarsi come parziale o "bifasica" (così Sez. IV, 11.4.2007, P.M. in proc. Serra), nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori – ripristinando in tal modo l'indiscriminato e "sospetto" automatismo sanzionatorio di cui si è detto – gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione.

Anche sul punto la giurisprudenza di legittimità formatasi sulla nuova disciplina si è radicata nella condivisa affermazione che gli effetti commisurativi della recidiva non siano svincolati dalle determinazioni assunte dal giudice in relazione al riconoscimento dell'aggravante ma siano bensì a questo strettamente collegati, nel senso che anch'essi vengono meno quando la circostanza non concorra, sulla base della valutazione del giudice effettuata ai fini e secondo i parametri di cui si è detto, a determinare l'aumento di pena (Sez. V, 15.5.2009, Held, rv 244209; Sez. V, 30.1.2009, P.M. in proc. Maggiani, rv 243600; Sez. IV, 29.1.2009, P.M. in proc. Rami, rv 243441; Sez. IV, 28.1.2009, Fallarino, non massimata; Sez. V, 9.12.2008, P.M. in proc. De Rosa, rv 242946; Sez. III,

25.9.2008, P.M. in proc. Pellegrino, rv 241779; Sez. VI, 17.9.2008, P.M. in proc. Orlando, rv 241192; Sez. II, 19.3.2008, Buccheri, rv 240404; Sez. VI, 7.2.2008, P.M. in proc. Goumri, rv 239018; Sez. II, 5.12.2007, Cavazza, rv 238521; Sez. V, 25.9.2007, P.M. in proc. Mura, rv 237273; Sez. II, 4.7.2007, P.M. in proc. Doro, rv 237144; Sez. VI, 3.7.2007, P.M. in proc. Saponaro, rv 237272; Sez. IV, 2.7.2007, P.M. in proc. Farris, *cit.*; Sez. IV, 28.6.2007, P.M. in proc. Mazzitta, *cit.*; Sez. IV, 11.4.2007, P.M. in proc. Serra, *cit.*; Sez. IV, 19.4.2007, P.M. in proc. Meradi, *cit.*, tutte nel senso dell'esclusione della recidiva reiterata anche dal giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*, una volta ritenuta dal giudice irrilevante ai fini dell'aggravamento della sanzione).

Alle medesime conclusioni è pervenuto altresì il Giudice delle leggi che, nelle pronunce di inammissibilità più su citate (una delle quali sollecitata anche da questa Corte con ordinanza di Sez. IV, 9.5.2007, Contu), ha delineato con chiarezza l'interpretazione conforme al dettato costituzionale ponendo in evidenza l'irrazionalità di una conclusione che ammetta, da un lato, il carattere facoltativo della recidiva reiterata e dunque la possibilità che la circostanza, ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità, nell'ipotesi di reato non ulteriormente circostanziato abbia effetto neutro sulla determinazione della pena e tuttavia, da un altro, eserciti in contrario una sostanziale funzione aggravatrice inibendo un favorevole giudizio di comparazione nell'ipotesi di reato circostanziato *in mitius*; ovvero che, nel caso di più reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p., consenta che la circostanza sia discrezionalmente esclusa in relazione a ciascuno di essi, ma determini comunque, con l'imposizione dell'aumento minimo per il cumulo formale, un sostanziale aggravamento della risposta punitiva proprio in sede di applicazione di istituti volti all'opposto al fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale.

Ed analoghe considerazioni possono qui svolgersi a proposito del patteggiamento "allargato", il quale potrebbe essere impedito, con rilevanti conseguenze sulla pena finale, dalla contestazione dell'aggravante che, attesa la sua natura facoltativa, nel giudizio ordinario potrebbe essere ritenuta priva di ogni valenza rivelatrice di disvalore della condotta.

24. Con ciò si palesano le ragioni dell'infondatezza della tesi affermata da una pronuncia (Sez. VI, 27.2.2007, P.M. in proc. Ben Hadhria, rv 236426) - intervenuta peraltro nel momento delle primissime applicazioni della nuova disciplina e quando la Corte costituzionale ancora non si era espressa circa la possibile interpretazione compatibile - motivatamente distonica da tale, consolidato orientamento, ad avviso della quale la semplice esistenza dei precedenti penali reiterati configurerebbe insieme una circostanza aggravante ed una sorta di *status* soggettivo del reo, con la conseguenza che, pur essendo al giudice consentito di escludere il relativo aumento di pena, sarebbe comunque indefettibile sottoporre la recidiva reiterata al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto con i limiti indicati dal quarto comma dell'art. 69 c.p.: dunque con il conseguente sostanziale, indiscriminato ed automatico aggravamento della sanzione che si reputa non conforme ai principi di rango costituzionale che informano il sistema punitivo.

25. Occorre dunque qui ribadire che la recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c.p. opera nella disciplina codicistica, come risultante dalle interpolazioni di cui alla legge n. 251/05, quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice, all'esito delle valutazioni di cui si è detto, motivatamente escluderla e considerarla *tamquam non esset* ai fini sanzionatori, non potendo dirsi sufficiente che dal certificato penale emerga una pluralità di condanne (Sez. I, 8.10.2009, Costagliola, rv 245521).

Qualora la recidiva reiterata sia esclusa, essa non è più ricompresa nell'oggetto della valutazione del giudice ai fini della determinazione della pena e dunque, non essendo stata "ritenuta", neppure entra a comporre la materia del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p., di talché resta inoperante, proprio per la mancanza dell'oggetto, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti imposto dal quarto comma del medesimo articolo.

Qualora, viceversa, la recidiva reiterata non sia esclusa dal giudice ma considerata concreto sintomo di maggior colpevolezza e pericolosità, essa svolge necessariamente nel suo complesso la funzione aggravatrice e determina pertanto anche l'effetto, incidente sulla sanzione, consistente nell'operatività dell'inibizione di cui si è detto, con la conseguenza che non è consentito al giudice,

il quale non abbia escluso *ex ante* la recidiva, di apprezzarla come subvalente rispetto a eventuali circostanze attenuanti.

26. Analoghe conseguenze si verificano in relazione agli altri effetti commisurativi della sanzione ricollegati dalla legge alla recidiva reiterata.

27. Ne discende – come ha già avuto modo di precisare questa Corte (sez. III, 7.10.2009, P.M. in proc. Serafi, rv 245609) - che il limite all'aumento ex art. 81 c.p. <<non ... inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave>>, previsto dalla legge nei confronti dei soggetti <<ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma>>, è pure inoperante quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, ed in relazione ad essi l'abbia pertanto esclusa così non "applicandola", secondo l'accezione del termine già accolta da queste Sezioni Unite nella sentenza del 28.6.1991 in proc. Grassi, più su citata.

28. Allo stesso modo l'esclusione *ex ante* della recidiva reiterata ad opera del giudice del "patteggiamento allargato" consente l'accesso al rito speciale dell'imputato al quale la circostanza aggravante sia stata contestata, poiché dalla ritenuta inidoneità della ricaduta nel delitto a determinare, di per sé, un aumento di pena per il fatto per cui si procede discende, altresì, l'inoperatività della clausola di esclusione contenuta nel comma 1 *bis* dell'art. 444 c.p.p. che inibisce, ove efficace, non solo il percorso processuale semplificato ma, per quanto qui interessa, la fruizione di una rilevante riduzione premiale della sanzione (Sez. I, 13.11.2008, P.M. in proc. Manfredi, rv 242509).

In proposito si deve solo ulteriormente precisare, per completezza, che la formula lessicale contenuta nella disposizione in esame (<<coloro che siano stati dichiarati ... recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, del codice penale>>) non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa "dichiarazione" giudiziale della recidiva; la circostanza aggravante, invero, può solo essere "ritenuta" ed "applicata" per i reati in relazione ai reati è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108, 109 c.p. (Sez. II, 4.12.2006, Cicchetti; Sez. V, 25.9.2008, Moccia, rv 241598; sez. II, 22.12.2009, Stracuzzi).

29. Si deve pertanto conclusivamente affermare, ai sensi dell'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p., che la recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69, quarto comma, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, quarto comma, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

Omissis

1. La giurisprudenza costituzionale si è confrontata con il problema della recidiva reiterata e del patteggiamento allargato ritenendo conforme al dettato costituzionale la disciplina vigente, che preclude ai condannati con recidiva reiterata la possibilità di accedere al rito speciale quando la pena supera i due anni di pena detentiva, sola o congiunta a pena pecuniaria.

Nella pronuncia specificamente dedicata all'argomento (Corte cost., 23 dicembre 2004 n. 421; l'insegnamento è stato, poi, ribadito nell'ordinanza 28 dicembre 2006 n. 455), determinata da una questione di legittimità costituzionale sollevata dal tribunale di Torre Annunziata, in relazione agli artt. 3 e 111 Cost., dell'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p., nella parte in cui preclude ai recidivi ai sensi dell'art. 99, comma quarto, c.p. di accedere all'istituto del patteggiamento qualora la pena detentiva sia superiore a due anni, soli o congiunti a pena pecuniaria, il giudice delle leggi rievocò

quanto già incidentalmente affermato in una precedente sentenza (Corte cost., 9 luglio 2004 n. 219) che prendeva in esame una serie di questioni concernenti la legge n. 134 del 2003, nelle quali si censurava l'eccessiva ampiezza della sfera di applicazione del patteggiamento "allargato": e cioè che proprio «le cautele adottate dal legislatore nel prevedere le ipotesi di esclusione oggettiva e soggettiva in relazione alla gravità dei reati ed ai casi di pericolosità qualificata [...] consentono di ritenere [...] che la scelta di ampliare l'ambito di operatività del patteggiamento, certamente rientrante nella sfera di discrezionalità del legislatore, non è stata esercitata in maniera manifestamente irragionevole».

Difatti, la Consulta osservò che, da un punto di vista generale, il legislatore pone normalmente la condizione del soggetto recidivo a base di un trattamento differenziato – e meno favorevole – rispetto alla posizione del soggetto incensurato, e considera la recidiva reiterata sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto alle altre forme di recidiva.

In particolare, poi, la recidiva reiterata costituisce impedimento all'applicazione di numerosi istituti, quali l'amnistia, l'indulto (salvo che la legge disponga diversamente), l'oblazione speciale, l'estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo; né tra le «condizioni personali e sociali», richiamate dall'art. 3 Cost. per escludere che possano costituire il presupposto di eventuali trattamenti discriminatori, rientrano quelle che, come la recidiva, derivano da una condotta illegale o addirittura criminosa (giurisprudenza pacifica: in tal senso già Corte cost., 11 maggio 1971 n. 100 e 12 gennaio 1977 n. 5).

Pertanto – concluse la Corte – risulta coerente con le finalità perseguite in via generale dall'ordinamento penale la previsione, contestuale all'ampliamento dell'ambito di operatività del patteggiamento, di specifiche esclusioni soggettive nei confronti di coloro che, da un lato, hanno dimostrato un rilevante grado di capacità a delinquere e, dall'altro, sono imputati di reati che – ove si tenga conto della determinazione della pena in concreto e della speciale diminuzione di un terzo per effetto del patteggiamento – rivestono non trascurabile gravità, tanto da comportare l'applicazione di una pena detentiva superiore a due e sino a cinque anni.

2. Una volta fugato ogni possibile dubbio di compatibilità con la Carta fondamentale del regime più severo stabilito dalla legge per l'accesso al patteggiamento allargato di coloro cui sia stata applicata la recidiva reiterata, occorre volgere lo sguardo a un profilo più complesso della questione da risolvere, che sostanzialmente concerne, sul versante della giurisprudenza costituzionale, la cd. obbligatorietà della recidiva reiterata, una volta che sia stata contestata, e la sua rilevanza ai fini del giudizio di bilanciamento delle circostanze ai sensi dell'art. 69 c.p..

Si tratta di questione che, pur essendo diversa da quella per cui è stata disposta la rimessione del ricorso, ha carattere indubbiamente centrale, perché se si dovesse concludere, in conformità di quanto ritenuto dal Procuratore ricorrente, che la recidiva reiterata prevista dall'art. 99, comma quarto, c.p., ha carattere obbligatorio, indubbiamente sarebbe viziata la decisione del giudice che, come nel caso di specie, l'abbia esclusa o ritenuta subvalente rispetto a circostanze attenuanti.

Come si è accennato, gran parte del ricorso del P.G. di Genova è dedicata a questo argomento: ma le decisioni della Consulta in esso evocate sono soltanto due, mentre in realtà il giudice delle leggi è ritornato a più riprese sul tema, dopo avere dettato le linee guida per una interpretazione costituzionalmente orientata, ad appena un anno e mezzo dall'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 (con la sentenza 14 giugno 2007 n. 192), ribadendole nelle successive pronunce, tutte di inammissibilità.

Varie le questioni sollevate, precipuamente sull'art. 69 c.p.; in sostanza, nella prospettiva dei giudici rimettenti (in un caso anche la Corte di cassazione) il fatto che il colpevole del nuovo reato abbia riportato due o più precedenti condanne per delitti non colposi, quali che essi siano, farebbe inevitabilmente scattare il meccanismo limitativo degli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze prefigurato dall'art. 69, comma quarto, c.p., con l'effetto di "neutralizzare" – anche in presenza di precedenti penali remoti, non gravi e scarsamente significativi in rapporto alla natura del nuovo delitto – la diminuzione di pena connessa alle circostanze attenuanti concorrenti, indipendentemente dalla natura e dalle caratteristiche di queste ultime.

Tale assunto fu peraltro ritenuto dalla Corte costituzionale, sin dalla sua prima pronuncia, abbastanza fragile, perché affidato all'implicito e indimostrato presupposto che, a seguito della legge n. 251 del 2005, la recidiva reiterata fosse divenuta obbligatoria e non potesse essere, quindi, discrezionalmente esclusa dal giudice, quanto meno agli effetti della commisurazione della pena, in correlazione alle peculiarità del caso concreto, con la conseguenza di rendere inapplicabile la censurata normativa in tema di bilanciamento con le circostanze attenuanti concorrenti.

A sostegno della tesi della obbligatorietà della recidiva reiterata, data per scontata dai giudici *a quibus*, starebbe l'argomento letterale che *prima facie* inclina suggestivamente l'interprete a ritenere una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà preesistente alla riforma attuata con decreto-legge 11 aprile 1974 n. 99, convertito nella legge 7 giugno 1974 n. 220: in particolare viene in rilievo l'utilizzazione, nel testo dei commi terzo e seguenti del novellato art. 99 c.p., con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente («è»), in luogo della voce verbale «può», che compariva nel testo precedente e figura tuttora nei primi due commi, riguardanti la recidiva semplice e quella aggravata.

Ma questa lettura del quadro normativo non è stata ritenuta dalla Consulta come l'unica possibile, giacché la nuova formula potrebbe essere anche letta nel diverso senso che l'indicativo presente «è» si riferisca, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata – aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 c.p., si è voluto rendere fisso,

anziché variabile tra un minimo e un massimo – restando inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o non l'aumento stesso.

Nella prospettiva ermeneutica alternativa che il giudice delle leggi ha sottoposto all'attenzione dei giudici rimettenti, è stata evocata soprattutto la considerazione che la recidiva pluriaggravata e quella reiterata rappresentano mere *species* della figura generale delineata dal primo comma dell'art. 99 c.p. (il che implicherebbe che la struttura della recidiva resti quella – indubbiamente facoltativa – in esso contemplata, limitandosi i commi successivi a stabilire deroghe alla relativa disciplina solo in relazione all'entità degli aumenti di pena), nonché il rilievo testuale che solo il comma quinto di tale articolo prevede in modo espresso che «se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio» (e dunque non con riferimento al caso, qui ricorrente, della recidiva reiterata di cui al comma quarto c.p.): sicché *a contrario* si dovrebbe desumere che in ogni altro caso la recidiva sia facoltativa.

Non avendo i giudici rimettenti sondato la praticabilità di una simile opzione interpretativa, che – se accolta – avrebbe fatto venir meno l'«automatismo sanzionatorio» oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee sulla base di una asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale, le questioni di legittimità costituzionale sono state dichiarate inammissibili.

La Corte costituzionale ha anche avuto modo di diffondersi ulteriormente sull'argomento (e la circostanza appare di assoluto rilievo al fine di trarne elementi utili al fine di ricostruire il suo pensiero sull'interpretazione corretta da dare, alla luce dei principi costituzionali, al nuovo regime della recidiva), precisando che “conformemente ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa, il giudice applicherà l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo – in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo”.

In questa prima decisione, intervenuta a distanza di tempo ravvicinata rispetto all'entrata in vigore della legge, la Corte costituzionale ha anche rimarcato l'assenza di indirizzi interpretativi consolidati sui temi dell'obbligatorietà o facoltatività della “nuova” recidiva reiterata e sulle conseguenze della facoltatività sul giudizio di bilanciamento, “essendosi la Corte di cassazione espressa in modo contrastante nelle prime decisioni in materia”.

Quest'ultima notazione è venuta meno già nella successiva pronuncia della Consulta (Corte cost., 30 novembre 2007 n. 409), di qualche mese posteriore, nella quale si dà atto che la Corte di cassazione, in un primo tempo espressasi sul tema in modo contrastante, risulta aver adottato, nelle più recenti decisioni, la linea interpretativa indicata come alternativa a quella privilegiata nelle ordinanze di rimessione.

Peraltro, qualche settimana prima del deposito di questa seconda pronuncia del giudice delle leggi, la Corte di cassazione che, nella sua giurisprudenza largamente prevalente non aveva mancato di adeguarsi alle ragioni contenute nella prima decisione di inammissibilità della Consulta – analogamente a quanto aveva già fatto sul tema dell'appello della parte civile contro sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio di primo grado (Sez. un., 29 marzo 2007 n. 27614, Lista, rv. 236539, in adesione al *dictum* di Corte cost., 6 febbraio 2007 n. 32) – aveva depositato un'ordinanza di rimessione (di questione analoga a quelle già sollevate da giudici di merito) alla Corte costituzionale, deliberata oltre sei mesi prima (Sez. 4^a, 9 maggio 2007 n. 41827, Contu), la cui sorte ha seguito quella delle altre simili esaminate da quest'ultima nell'arco di due anni.

Mette conto anche ricordare, perché in proposito è stato articolato uno specifico motivo di censura in ordine all'aumento minimo in caso di continuazione o concorso formale, che in una delle decisioni adottate dalla Corte costituzionale (Corte cost., 6 giugno 2008 n. 193) è stato anche affrontato il problema della sospetta incostituzionalità dell'art. 81, comma quarto, c.p., nella parte in cui prevede che, rispetto ai recidivi *ex* art. 99, comma quarto, c.p., l'aumento di pena non può essere inferiore a un terzo di quella stabilita per il reato più grave (nella specie il giudice rimettente era chiamato a giudicare una persona imputata dei reati di rapina impropria e di lesioni personali aggravate).

In tale decisione la Corte ha osservato come, nella prospettiva ermeneutica suggerita con riferimento alla pretesa obbligatorietà della recidiva reiterata, anche l'operatività dell'art. 81, comma quarto, c.p. presuppone che il giudice abbia ritenuto tale forma di recidiva concretamente idonea ad aggravare la pena per i reati in continuazione (o in concorso formale): e ciò in pieno accordo, peraltro, con lo stesso tenore letterale della norma in discussione la quale fa riferimento ai «soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva». E pertanto la *quaestio de legitimitate* sollevata rispetto ad esso ha inevitabilmente subito la stessa sorte riservata a quelle proposte nei confronti dell'art. 69 (e in qualche occasione 99) c.p..

D'altronde, sarebbe stato del tutto illogico, secondo la Consulta, che una circostanza, priva di effetti ai fini della determinazione della pena per i singoli reati contestati all'imputato (ove non indicativa, in tesi, di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), potesse produrre un sostanziale aggravamento della risposta punitiva in sede di applicazione di istituti – come il concorso formale di reati e la continuazione – volti all'opposto fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale.

In definitiva, nella prospettiva del giudice delle leggi, la ricostruzione del sistema, dopo l'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, mutua dalla giurisprudenza di legittimità l'idea che la recidiva, sia in quanto costituisce uno *status* personale dell'imputato, sia in quanto rappresenta una circostanza aggravante del reato, può essere presa in considerazione solo se valutata e ritenuta dal giudice (dopo, naturalmente, che sia stata contestata). Il che significa che essa non priva il giudice della facoltà di valutazione del fatto di reato e della sua gravità; sicché egli può ritenerla o escluderla, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, con l'unico limite, nel caso di recidiva riguardante uno dei delitti

alcoliche e puniva tale violazione , che si verificava quando il tasso alcolemico era superiore a 0,5 grammi per litro , con l'arresto e l'ammenda , oltre che con le sanzioni amministrative accessorie della sospensione e della revoca della patente di guida .

Il comma VII dell'articolo 186 prevedeva la contravvenzione di rifiuto dell'accertamento alcolimetrico punita con le stesse pene stabilite per la guida in stato di ebbrezza alcolica .

Il decreto legge 3 agosto 2007 , n. 117 , entrato in vigore il giorno dopo , modificava l'articolo 186 diversificando le sanzioni in base alla gravità della violazione , fermi restando i trattamenti sanzionatori più severi riservati ai titolari di patente professionale ovvero ai titolari di patente di categoria B) recidivi nel biennio ed alle ipotesi di causazione di incidente stradale .

Ebbene la norma prevedeva tre ipotesi di reato autonome (così *ex multis* Cass. , Sez. IV , 29 gennaio 2009 , n. 7305 , Carosiello , *rv.* 242869) a seconda del tasso alcolemico riscontrato (superiore a 0,5 grammi per litro , superiore a 0,8 grammi per litro e superiore a 1,5 grammi per litro) con pene dell'arresto e dell'ammenda più gravi per le violazioni di seconda e terza fascia e con la sanzione della sospensione della patente di guida .

Senonché la legge di conversione del 2 ottobre 2007 n. 160 modificava il trattamento sanzionatorio delle contravvenzioni di seconda e terza fascia , sopprimendo la possibilità di sostituire la pena , a richiesta dell'imputato , con l'obbligo di svolgere una attività sociale presso strutture sanitarie traumatologiche pubbliche , che il decreto legge aveva , invece , previsto , ed eliminava per la ipotesi di contravvenzione più lieve la previsione dell'arresto .

Il decreto legge n. 117 del 2007 introduceva una ulteriore rilevante novità perché trasformava la contravvenzione di rifiuto dell'accertamento alcolimetrico prevista dal settimo comma dell'articolo 186 in un illecito amministrativo punito con una sanzione pecuniaria e con le sanzioni amministrative accessorie della sospensione della patente di guida e del fermo amministrativo del veicolo per un periodo di centottanta giorni .

La nuova normativa non fu ritenuta efficace per contrastare il fenomeno del *drive drinking* principalmente perché il conducente del veicolo poteva vantare un interesse a rifiutare di sottoporsi ai test alcolimetrici , accettando l'irrogazione della sanzione amministrativa nella consapevolezza che senza la misurazione strumentale egli poteva essere , tutto al più , riconosciuto colpevole della meno grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza .

Cosicché il decreto legge 23 maggio 2008 , n. 92 , convertito dalla legge 24 luglio 2008 , n. 125 ha provveduto ad un inasprimento delle pene detentive per gli illeciti di seconda e terza fascia previsti dal secondo comma dell'articolo 186 ed ha introdotto una disposizione , in virtù della quale con la sentenza di condanna o di patteggiamento per la ipotesi di cui alla lettera c) dell'articolo 186 comma II - l'ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza - è *sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'articolo 240 , comma II del codice penale* .

Si tratta di una disposizione inedita giustamente ritenuta particolarmente efficace nel contrasto al fenomeno della guida in stato di ebbrezza perché , accanto alla previsione delle pene tradizionali , spesso in concreto non eseguite per effetto della sospensione condizionale della pena inflitta e ritenute , quindi , di non grande efficacia , è stata prevista , come sanzione accessoria , l'ablazione del veicolo utilizzato per commettere il reato in ipotesi di condanna o patteggiamento della pena , anche in caso di sospensione condizionale della pena principale .

Con il menzionato decreto legge n. 92 del 2008 , il legislatore , resosi evidentemente conto della scarsa efficacia del sistema sanzionatorio complessivamente previsto per arginare il grave fenomeno del *drive drinkng* , ripristinava la sanzione penale per il rifiuto degli accertamenti alcolimetrici e parificava nella risposta sanzionatoria il rifiuto dei test alla ipotesi più grave della violazione del divieto di guidare in stato di ebbrezza , ovvero quella prevista dalla lettera c) dell'articolo 186 comma II del codice della strada .

Il legislatore prevedeva altresì la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida .

E' del tutto evidente che con tale previsione il legislatore mutava completamente strategia perché ora il conducente aveva tutto l'interesse a sottoporsi ai test alcolimetrici perché in caso di rifiuto si sarebbe visto applicare una sanzione pari alla più grave sanzione penale prevista dalla lettera c) dell'articolo 186 , mentre con i test si sarebbe potuta dimostrare la presenza di un tasso alcolemico inferiore a 1,5 grammi per litro , con conseguente irrogazione di sanzioni penali più lievi .

E' proprio con la legge n. 125 del 2008 di conversione del decreto legge n. 92 del 2008 che veniva introdotta la disposizione di interesse nel presente procedimento.

Il legislatore stabiliva , infatti , che anche in caso di rifiuto degli accertamenti alcolimetrici dovesse essere disposta la confisca del veicolo con le stesse procedure e modalità previste per la fattispecie più grave di guida in stato di ebbrezza .

La innovazione legislativa si deve ad un emendamento presentato nel corso della prima lettura al Senato .

A conclusione del lungo e complesso *iter* legislativo il comma VII dell'articolo 186 del codice della strada attualmente vigente , che punisce il rifiuto di sottoporsi ai test alcolimetrici , risulta , pertanto , formulato nel modo seguente : *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato , in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3 , 4 o 5 , il conducente è punito con le pene di cui al comma 2 , lettera c) (la ipotesi più grave della guida in stato di ebbrezza) . La condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2 , lettera c) , salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione”* .

Alcune considerazioni si impongono immediatamente .

Come si è già notato il legislatore , dopo alcune incertezze , è approdato ad una completa parificazione , sotto il profilo sanzionatorio , del rifiuto di sottoporsi ai test alcolimetrici alla più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza .

Ciò allo scopo evidente di rendere più efficace il sistema sanzionatorio e principalmente di impedire che il conducente , sottraendosi all'*alcoltest* , potesse evitare le sanzioni più gravi previste per la guida in stato di ebbrezza .

La seconda considerazione concerne la importanza , riconosciuta dal legislatore , nella strategia del contrasto al fenomeno del *drive drinking* , di sanzioni diverse da quelle tradizionali dell'arresto e/o dell'ammenda , spesso rese inefficaci dalla sospensione condizionale della pena o dall'accesso a sanzioni alternative .

La sospensione della patente di guida , ed ancora di più la confisca obbligatoria del veicolo prevista in caso di condanna , anche se condizionalmente sospesa , per i reati di cui ai commi VII e II lettera c) dell'articolo 186 del codice della strada costituiscono , sotto il profilo general - preventivo , dei deterrenti assai efficaci e si iscrivono nella condivisibile filosofia di individuare sanzioni alternative , o , come nel caso di specie , accessorie , specifiche e strettamente connesse al reato da perseguire ed al fenomeno da contrastare .

5) La natura della sanzione della confisca ; la previsione del comma II dell'articolo 186 del Codice della Strada

L'esame puntuale della situazione legislativa consente di risolvere la questione della natura giuridica della sanzione della confisca prevista dal settimo comma dell'articolo 186 del codice della strada e , quindi , di superare il *potenziale* contrasto di giurisprudenza segnalato dalla ordinanza rimettente .

La interpretazione letterale delle norme e la *ratio legis* consentono , infatti , di delineare con precisione i contorni dell'istituto della confisca disciplinato dall'articolo 186 del codice della strada e di ritenere in primo luogo la natura penale della confisca prevista dal comma II del predetto articolo 186 e , conseguentemente , di attribuire identica natura alla confisca prevista dal settimo comma di tale articolo per la completa parificazione del trattamento sanzionatorio tra l'ipotesi più grave della guida in stato di ebbrezza ed il rifiuto di sottoporsi all'*alcoltest* che il legislatore ha voluto stabilire .

Della natura penale della confisca dell'autoveicolo disposta dal comma II dell'articolo 186 del Codice della Strada , in verità , la giurisprudenza (vedi , tra le altre , Cass. , Sez. IV , 11 febbraio – 30 marzo 2009 , n. 13831 , Fumagalli , *rv.* 242749 , che sembra orientata a ritenerla una *sanzione penale accessoria* e Cass. , Sez. IV , 27 gennaio – 5 marzo 2009 , n. 9986 , PG in proc. Favè *rv.* 243297 , che la ha ritenuta , invece , una *misura di sicurezza patrimoniale*) e la dottrina non hanno mai dubitato .

La norma in questione stabilisce , come si è già notato , che *con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti , anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena , è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'articolo 240 , comma II , del codice penale*

La natura penale della confisca risulta evidente non solo per la espressione letterale usata , non essendo stata essa qualificata esplicitamente dal legislatore come *amministrativa* , ma anche perché il riferimento all'articolo 240c.p. , che disciplina in generale le ipotesi di confisca penale , non consente dubbi in proposito .

Del resto bisogna ricordare che nessuna disposizione del codice della strada configura le condotte di guida in stato di ebbrezza o di rifiuto degli accertamenti alcolimetrici anche come illeciti amministrativi ; le uniche sanzioni previste per tali condotte risultano quelle penali contenute nei commi secondo e settimo dell'articolo 186 del codice della strada .

Pertanto ove mai si dovesse considerare la confisca da tali disposizione prevista come *amministrativa* , fatto che , come detto , per la violazione di cui al secondo comma risulterebbe in modo chiaro esclusa anche dalla lettera della norma , si assisterebbe alla peculiare situazione per cui la *confisca amministrativa* non accedrebbe , come accade di norma , ad una sanzione amministrativa principale, ma ad una sanzione penale .

La sua applicazione da parte del giudice penale , quindi , avverrebbe non già in seguito alla connessione tra illecito penale ed illecito amministrativo (fattispecie disciplinata dagli articoli 20 e 24 della legge n. 689 del 1981 e , per le violazioni al codice della strada , dall'articolo 221 del medesimo) , ma in quanto sanzioni amministrative accessorie a reati per espressa previsione legislativa , cosa certamente possibile , come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità (SS.UU. 27 maggio – 21 luglio 1998 , n. 8488 , Bosio , *rv.* 210981 con riferimento alle sanzioni amministrative interdittive della sospensione e della revoca della patente) , ma non certamente usuale .

Un primo argomento di ordine letterale milita a favore della qualifica della confisca di cui si discute come sanzione penale vera e propria e conferma il consolidato orientamento segnalato .

Il comma II dell'articolo 186 del codice della strada , infatti , stabilisce che la confisca debba essere disposta in caso di condanna e/o di sentenza ex articolo 444c.p.p. , *anche in caso di sospensione condizionale della pena* .

Si tratta di una disposizione che deroga esplicitamente a quella prevista dal primo comma dell'articolo 166c.p. , secondo il quale *la sospensione condizionale della pena si estende alle pene accessorie* .

In effetti , se si fosse trattato di una misura di sicurezza patrimoniale , non vi sarebbe stato bisogno di una tale previsione perché la sospensione condizionale della pena non si estende alle misure di sicurezza mancando una tale generale disposizione .

Ciò è ancora più vero quando si tratti di una misura di sicurezza patrimoniale obbligatoria , quale è quella di cui al secondo comma dell'articolo 240c.p. , la cui applicazione può prescindere anche da una pronuncia di condanna (vedi SS.UU. 22 gennaio – 26 aprile 1983 , n. 1983) , come si desume dal fatto che il presupposto della condanna è richiesto soltanto per le ipotesi di confisca facoltativa di cui al primo comma dell'articolo 240c.p. .

L'inciso contenuto nel secondo comma dell'articolo 186 dimostra , quindi , chiaramente che la confisca da tale norma prevista sia stata considerata come una vera e propria sanzione penale accessoria alla inflizione della pena principale .

Il senso del richiamo all'articolo 240 comma II c.p. contenuto nella disposizione in esame , in effetti , è soltanto quello di rimarcare la obbligatorietà della confisca del veicolo quando venga pronunciata sentenza di condanna o di patteggiamento per la ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza , come è stato sottolineato dalla giurisprudenza (vedi , tra le altre , Cass. , Sez. IV 11 febbraio – 30 marzo 2009 , n. 13831 , Fumagalli , già citata ; Cass. , Sez. IV 27 marzo – 5 maggio 2009 , n. 18517 , Parodo , *rv.* 243997 e Cass. , Sez. IV , 29 ottobre – 1 dicembre 2009 , n. 45935 , Nieto) .

Ciò perché di sicuro il legislatore attraverso tale riferimento non ha inteso affermare che il caso di confisca previsto dall'articolo 186 comma II rientri tra quelli contemplati dal secondo comma dell'articolo 240c.p. , dal momento che il veicolo alla guida del quale il conducente è sorpreso in stato di ebbrezza alcolica non è riconducibile ad alcuna delle categorie di beni individuate da tale disposizione , ovvero le cose che costituiscono il prezzo del reato e quelle *intrinsecamente pericolose* , il cui uso , porto , detenzione o alienazione costituisca reato .

Tutto al più il veicolo con il quale sia stata commessa la contravvenzione di cui all'articolo 186 , comma II , del codice della strada di guida di autoveicolo in stato di ebbrezza potrebbe rientrare tra le cose indicate dal primo comma dell'articolo 240c.p. , ovvero tra quelle che *servono a commettere il reato* , essendo così soggetto , in assenza della specifica disposizione di cui al secondo comma dell'articolo 186 , a confisca facoltativa .

Risulta allora chiaro che il richiamo al secondo comma dell'articolo 240c.p. operato dall'articolo 186 comma II del codice della strada sia stato effettuato esclusivamente per affermare la natura obbligatoria della sanzione della confisca del veicolo da tale norma prevista e non per qualificare tale sanzione come una misura di sicurezza patrimoniale in senso tecnico .

Ma un'altra considerazione si impone .

Le sanzioni amministrative accessorie , a differenza di quelle , per così dire , principali , che assumono una funzione essenzialmente punitiva del contravventore , assolvono direttamente o indirettamente una funzione riparatoria dell'interesse pubblico violato , e sono definite , perciò , specifiche , ovvero riparatorie , oppure una funzione di prevenzione specifica , quando si tratti di fatti particolarmente pericolosi per la convivenza sociale (vedi SS.UU. , 27 maggio - 21 luglio , Bosio , già citata) .

La sanzione penale assolve , invece , ad una funzione essenzialmente punitiva e di prevenzione generale .

Ebbene , se si pone mente al tormentato percorso legislativo dinanzi delineato teso alla ricerca degli strumenti più efficaci ed adeguati a contenere il fenomeno del *drive drinking* , non si può non rilevare che risulta particolarmente evidente la funzione affittiva assegnata dal legislatore alla confisca prevista dall'articolo 186 , dovendosi tenere conto della complessiva strutturazione dell'istituto e della prevalente finalità della sanzione più che delle espressioni utilizzate .

Le conclusioni raggiunte appaiono del resto in linea con la più recente elaborazione della Corte europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo (vedi CEDU , 16 dicembre 2008 , Sud Fondi + 2 contro Italia) .

In effetti già la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva messo in evidenza che la previsione della obbligatorietà della confisca per un sempre più rilevante numero di reati (vedi ad esempio l'articolo 322 *ter* c.p. inserito con l'articolo 3 della legge 29 settembre 2000 n. 300 , che ha stabilito la confisca obbligatoria del profitto e del prezzo dei reati contro la Pubblica Amministrazione) avesse comportato una accentuazione sia della finalità general - preventiva sia di quella sanzionatoria della confisca (così SS.UU. , 25 ottobre 2007 , Miragliotta e SS.UU. , 27 marzo 2008 , Fisia ed altri) .

6) La confisca di cui al comma VII dell'articolo 186 del Codice della Strada

Deve essere ora esaminato più specificamente il comma VII dell'articolo 186 del codice della strada , che disciplina la ipotesi del rifiuto dell'*alcoltest* .

Si è già detto che il legislatore , al fine di meglio contrastare il fenomeno del *drive drinking* , ha parificato , sotto il profilo sanzionatorio , anche con riferimento alle sanzioni accessorie , tale contravvenzione a quella prevista per la più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza ; ciò allo specifico fine di rendere più diffusi i controlli alcolimetrici ed *evitare che il conducente potesse avere interesse a rifiutare il controllo* .

E' con la legge n. 125 del 2008 di conversione del decreto legge n. 92 del 2008 che viene completata , come si è già notato , la parificazione completa dei sistemi sanzionatori previsti dai commi II e VII dell'articolo 186 con la introduzione , per mezzo di un emendamento , dell'inciso "*e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2 , lettera c)*" .

L'emendamento venne così illustrato in aula da uno dei proponenti : "*.....Poiché è stato ripristinato il reato di chi rifiuta di sottoporsi all'accertamento del tasso alcolemico – in precedenza , come già rilevato , era stato depenalizzato - , esso – emendamento – mira ad estendere anche a tale fattispecie la sanzione della confisca del veicolo*" .

Anche a voler prescindere dal fatto che il proponente ha significativamente ed espressamente qualificato la confisca come *sanzione* senza null'altro specificare , si può dire certamente che la volontà del legislatore , come si è già rilevato , era quella di parificare sul piano sanzionatorio le due fattispecie in esame – il proponente ha , invero , usato significativamente il verbo *estendere* - ; siffatta parificazione evidentemente non può che comportare la qualificazione della confisca prevista dal comma VII come sanzione penale accessoria per tutte le ragioni già precisate a proposito della confisca prevista dal comma II del medesimo articolo .

Appare , inoltre , opportuno ricordare , trattandosi di elemento indubbiamente significativo delle intenzioni del legislatore , che successivamente alla emanazione del decreto legge n. 92 del 1998 , che non prevedeva la sanzione della confisca , la Circolare del 26 maggio 2008 del Ministero degli Interni chiariva come in caso di rifiuto dei test alcolimetrici non fosse possibile procedere alla confisca del veicolo , ma solo al fermo amministrativo del medesimo .

Dopo l'entrata in vigore della legge di conversione n. 125 del 2008 , che aveva introdotto la confisca del veicolo , la Circolare dello stesso Ministero del 31 luglio 2008 precisava che le modifiche apportate dalla legge n. 125 legittimassero anche la confisca ed impartiva agli agenti operanti la direttiva di procedere al sequestro preventivo del veicolo ai sensi dell'articolo 321c.p.p. . Appare chiaro , allora , che il Ministero presupponesse la natura penale della confisca prevista dal comma VII dell'articolo 186 .

La giurisprudenza di legittimità , si è già accennato , ha sempre affermato la natura penale della misura ablativa introdotta dalla legge n. 125 del 2008 , senza , però , precisare se si trattasse di misura di sicurezza ovvero di vera e propria sanzione penale , anche se accessoria .

E' la sentenza Benitez Gonzales (Cass. , Sez. IV , 13 maggio – 22 maggio 2009 , n. 21499 , PM in proc. Benitez Gonzales , *rv.* 243967) , come già ricordato dai giudici rimettenti , che ha affrontato esplicitamente il problema e che , pur riconoscendo che la sequenza letterale della disposizione si

potrebbe prestare ad equivoci , ha fondato la sua conclusione che quella della confisca prevista dal VII comma fosse una sanzione penale non solo sul fatto che vi era stata una completa equiparazione sul piano sanzionatorio tra le due fattispecie in esame , ma anche sulla circostanza che la disposizione aveva operato un rinvio *alle modalità e procedure* di applicazione della confisca prevista dal comma II .

La Corte , inoltre , nella citata sentenza , osservava che mancava nella norma qualsiasi riferimento alla diversa procedura prevista dall'articolo 213 del codice della strada necessario se il legislatore avesse voluto prevedere una ipotesi di confisca amministrativa .

Tale indirizzo è stato confermato anche da altre decisioni (Cass. , Sez. IV , 1 luglio – 12 agosto 2009 , n. 32965 , Franchella , che implicitamente riconosceva la natura penale della misura ablativa , posto che aveva ritenuto legittimo il sequestro con finalità anticipatoria della confisca del veicolo ; Cass. , Sez. IV , 28 settembre – 18 dicembre 2009 , n. 48576 , PM in proc. Fischietti , che ha riproposto la motivazione della sentenza Benitez Gonzales a proposito della analoga previsione dell'articolo 187 comma VIII del codice della strada che contempla l'ipotesi del rifiuto degli accertamenti sulla assunzione di stupefacenti) ; invece la sentenza Iosia (Cass. , Sez. IV , 10 giugno – 12 agosto 2009 , n. 32937 , Iosia , *rv. 245158*) , ha affermato che quella prevista dal VII comma dell'articolo 186 sarebbe una ipotesi di confisca obbligatoria da classificare tra le misure di sicurezza patrimoniali .

Quest'ultima affermazione , che non appare , invero , condivisibile , è stata giustificata per il richiamo all'articolo 240c.p. , comma II c.p. , contenuto nell'articolo 4 della legge 125 del 2008 , riferimento che in verità nel comma VII, a differenza del comma II , dell'articolo 186 non è , invece , contenuto .

Le perplessità manifestate in ordine a tale indirizzo dai giudici rimettenti , che hanno ipotizzato un conflitto di giurisprudenza potenziale , ritenendo che la confisca prevista dal comma VII dell'articolo 186 del codice della strada fosse da qualificare *sanzione amministrativa accessoria* , non sono , invero , condivisibili.

Nel richiamare tutte le considerazioni già svolte a proposito della confisca prevista dal secondo comma dell'articolo 186 valide anche per la corretta qualificazione dell'istituto previsto dal comma VII dello stesso articolo , svolgendo le due confische la identica funzione affittiva loro assegnata dal legislatore , appare opportuno aggiungere qualche ulteriore considerazione .

E' certamente vero che la lettera della disposizione di cui al settimo comma dell'articolo 186 può ingenerare degli equivoci , essendo , come già ricordato , essa formulata nel modo seguente : *la condanna.....comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patentee della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2 , lettera c)*

Tale sequenza testuale , secondo i giudici rimettenti , indurrebbe a ritenere che quella prevista dal comma VII sia una confisca amministrativa .

Non sembra che si possa giungere ad una tale conclusione , anche limitandosi alla esegesi del testo normativo , perché il legislatore , anche dopo la introduzione dell'inciso concernente la confisca , ha confermato la originaria declinazione al singolare della qualificazione *sanzione amministrativa* , fatto dal quale si deve legittimamente desumere che tale espressione si riferisca esclusivamente alla sospensione della patente e non anche alla confisca , altrimenti si sarebbe dovuta utilizzare la declinazione plurale .

Quanto poi al rinvio contenuto nel comma VII *alle modalità e procedure* previste dal comma II non può accogliersi la interpretazione dei giudici rimettenti , secondo i quali si tratterebbe di modalità e procedure attinenti alla fase esecutiva della confisca che non inciderebbero sulla qualificazione giuridica della stessa .

L'ultimo periodo del comma II , lettera c) , infatti , finisce con il chiarire cosa debba intendersi per *procedura* ai sensi e per gli effetti previsti dalla legge in discussione .

Tale disposizione precisa che *la procedura di cui ai due periodi precedenti si applica anche nel caso di cui al comma 2 bis* , comma che prevede l'ipotesi del conducente in stato di ebbrezza che provochi un incidente stradale .

Ebbene *la procedura di cui ai due periodi precedenti* è esattamente quella che impone la confisca obbligatoria del veicolo ai sensi dell'articolo 240 comma II c.p. e quella che consente la possibilità di affidare in custodia il veicolo al trasgressore .

E' allora evidente che quando il legislatore con l'emendamento in esame ha introdotto la confisca anche per l'ipotesi disciplinata dal comma VII facendo riferimento alle procedure e modalità di cui al comma II non può che avere utilizzato il termine *procedure* nel senso proprio della legge 125 del 2008 , già adoperato dall'ultimo periodo del comma II ; pertanto il legislatore non poteva che fare riferimento alla confisca obbligatoria del veicolo del trasgressore .

D'altra parte il comma II dell'articolo 186 non prevede nessuna particolare procedura o modalità esecutiva per disporre la confisca e , quindi , il rinvio contenuto nel comma VII , se non interpretato nel senso indicato , sarebbe del tutto superfluo e privo di concreto significato .

Resta , pertanto , confermato che il rinvio contenuto nel comma da ultimo citato è anche all'articolo 240 comma II c.p. , nel senso che anche la confisca prevista dal comma VII è obbligatoria , essendo questo e non altro il senso del riferimento alla norma del codice penale .

Tale ultima considerazione conferma ulteriormente la natura di sanzione penale accessoria della confisca prevista per la ipotesi di rifiuto di sottoporsi all'*alcoltest* perché , come si è avuto già modo di rilevare più volte , è del tutto evidente che siffatta sanzione non è per nulla assimilabile alle misure di sicurezza patrimoniali non rientrando il veicolo nelle cose per le quali è obbligatoria la confisca indicate dal comma II dell'articolo 240c.p. , né potendo , in mancanza del richiamo esplicito , per opera del rinvio di cui si è detto all'articolo 240 comma II , il veicolo essere confiscato ai sensi del comma I dell'articolo 240c.p. , non trattandosi di cosa servita per commettere il reato previsto dal comma VII dell'articolo 186 .

Ciò conferma senz'altro la natura punitiva ed affittiva della sanzione .

Sembra , infine , opportuno ricordare che le conclusioni raggiunte sono confortate anche dalle poche considerazioni che la dottrina ha riservato alla questione controversa .

Gli Autori che hanno commentato il decreto legge n. 92 e la legge n. 125 del 2008 si sono , infatti , limitati per lo più a dare per scontata la natura penale della confisca prevista dal settimo comma dell'articolo 186 , ponendo in rilievo il problema della sua esatta qualificazione come sanzione piuttosto che come misura di sicurezza patrimoniale , rilevando l'assenza di profili di connessione strumentale tra il veicolo e la condotta di rifiuto dei test alcolimetrici .

7) Alcune conseguenze della soluzione adottata

La qualificazione della confisca del veicolo prevista dai commi due e sette dell'articolo 186 del codice della strada come sanzione penale accessoria comporta delle conseguenze rilevanti anche per la soluzione del presente procedimento .

Trattandosi di sanzione penale , infatti , non vi è dubbio che debba essere identificato l'ambito di applicazione temporale ai sensi dell'articolo 2c.p. .

Se si trattasse di misura di sicurezza , invece , in virtù del combinato disposto degli articoli 199 e 200c.p. e dei principi affermati dall'articolo 25 della Costituzione , si dovrebbe escludere la operatività del principio di irretroattività della legge di cui all'articolo 2c.p. , potendo la confisca essere disposta anche in riferimento ai reati commessi nel tempo in cui non era legislativamente prevista ovvero era diversamente disciplinata (vedi , tra le altre, Cass. , Sez. II , 3 ottobre 1996 – 6 marzo 1997 , n. 3655 ; Cass. , Sez. I , 19 maggio – 14 giugno 2000 , n. 7045 , *CED 216185*) .

Tuttavia la questione , pur importante a livello generale , non è rilevante nel caso di specie perché prima del decreto legge 92 del 1998 , come si è notato in precedenza , il rifiuto di sottoporsi all'*alcoltest* costituiva un illecito amministrativo , essendo stata depenalizzata la fattispecie dal decreto legge n.117 del 2007 .

Infatti la giurisprudenza (vedi Cass. , Sez. VI , 29 settembre – 6 novembre 1995, n. 3391 e Cass. , Sez. II , 3 ottobre 1996 – 6 marzo 1997 , n. 36551 , *CED 207140*) ha chiarito che il disposto dell'articolo 200 comma I c.p., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione , deve essere interpretato nel senso che non potrà mai applicarsi una misura di sicurezza per un fatto che al momento della sua commissione non costituiva reato , essendo , invece , possibile la suddetta applicazione per un fatto di reato per il quale non era originariamente prevista la misura .

8) Conclusioni

Stabilito , in risposta al quesito sottoposto alle Sezioni Unite Penali , il principio che *“la confisca del veicolo prevista dal Codice della Strada nel caso di condanna per il reato di rifiuto di sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico ha natura di sanzione penale accessoria”* è possibile risolvere anche il presente procedimento .

Omissis

1. Con la sentenza in commento le Sezioni Unite hanno stabilito che la confisca del veicolo prevista in caso di condanna per la contravvenzione di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici (art. 186 co. 7 CdS), così come per quella di guida in stato di ebbrezza (art. 186 co. 2, lett. c CdS), ha natura di sanzione penale accessoria e che la stessa, in quanto tale, non può essere disposta in relazione agli illeciti commessi prima dell'entrata in vigore delle norme che l'hanno introdotta.

Lo sforzo profuso dai supremi giudici per mettere ordine nella controversa interpretazione delle due disposizioni ha però avuto respiro breve, atteso che, pochi mesi dopo la pronuncia della sentenza in questione, il legislatore ha provveduto per l'ennesima volta a modificarne il profilo, vanificando in tal modo la soluzione adottata dalla Corte, come meglio si illustrerà in seguito.

Quanto accaduto non desta peraltro stupore, poichè quella del c.d. *drive drinking* è materia che da molto tempo non riesce a trovare uno stabile assetto normativo, poichè il legislatore, con cadenza oramai annuale, provvede a smontare e rimontare il citato art. 186 CdS alla continua ricerca di un soddisfacente equilibrio tra esigenze di prevenzione e vincoli di proporzionalità della risposta repressiva. Semmai è la riprova di come questa “frenesia” legislativa generi soprattutto confusione, caratterizzata com'è da improvvise accelerazioni rigoriste e repentini ripensamenti, il cui comune denominatore è costituito soltanto dalla scarsa cura riposta nella tecnica normativa impiegata, nonché dal disordinato affastellamento di disposizioni spesso contraddittorie o poco rispettose dei principi generali del diritto penale, nonché carenti sotto il profilo del coordinamento con le norme processuali che dovrebbero garantirne l'applicazione.

2. A fronte del forte allarme generato dal crescente fenomeno degli incidenti mortali causati da chi abusa di sostanze alcoliche, il legislatore ha infatti tradizionalmente concentrato la risposta repressiva sulla soglia dei comportamenti di chi guida in stato di ebbrezza o rifiuta di sottoporsi all'accertamento del medesimo. Soglia all'evidenza troppo avanzata per supportare il rigore sanzionatorio invocato dall'opinione pubblica per i responsabili dei gravi fatti cui si è fatto cenno. Ed infatti nel recente passato si è cercato di soddisfare tali istanze punitive attraverso l'irrobustimento del trattamento sanzionatorio dei delitti di lesioni ed omicidio colposi per il caso vengano commessi dal «delinquente stradale» (in proposito v. BRICCHETTI, *Inasprimenti in materia di circolazione stradale illecita*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di Scalfati, Torino, 2008, 23 e ss.).

Ciò non di meno, si è continuato a fronteggiare il fenomeno anche sul versante dei comportamenti in qualche modo prodromici, inasprendo progressivamente anche il trattamento sanzionatorio delle contravvenzioni previste dall'art. 186 CdS e scolpendo in maniera più articolata le relative fattispecie. In tale ottica il legislatore - nel 2007 - non si è limitato ad intervenire sulle cornici edittali delle pene detentive e pecuniarie, ma ha altresì configurato per la prima volta la confisca obbligatoria del veicolo utilizzato tanto dal guidatore in stato di ebbrezza, quanto da quello che rifiuta di sottoporsi ai test alcolimetrici. Previsione la cui incerta formulazione ha dato luogo al contrasto interpretativo risolto dalla sentenza in commento. Prima di esaminare i contenuti di quest'ultima sembra però opportuno ripercorrere, seppure brevemente, le tappe che hanno segnato l'evoluzione del controverso testo dell'art. 186 citato.

Antecedentemente al 4 agosto 2007, data di entrata in vigore del d.l. 3 agosto 2007, n. 117, la formulazione dell'art. 186 del codice della strada era quella dovuta alla legge 1° agosto 2003, n. 214, di conversione del d.l. 27 giugno 2003, n. 151. La norma sanciva, al primo comma, il generico divieto di “guidare in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche”, mentre il comma seconda si articolava sostanzialmente in tre parti.

La prima delineava la fattispecie incriminatrice di guida in stato di ebbrezza alcolica, punita congiuntamente con l'arresto fino ad un mese e con l'ammenda da euro 258 a euro 1.032. La seconda parte, con l'espressione "per l'irrogazione della pena è competente il tribunale", aveva inteso occuparsi della competenza a giudicare il reato, affidandola appunto al tribunale (il mutamento era stato voluto dalla legge di conversione e l'assenza di disposizioni transitorie aveva generato contrasti interpretativi, poi risolti da Cass. sez. un. 17 gennaio 2006, p.g. in proc. Timofte, in *Foro it.*, 2006, II, 551, per la quale, in caso di violazione commessa durante la vigenza della vecchia disposizione, la competenza a giudicare apparteneva al tribunale soltanto qualora il decreto di citazione fosse stato emesso in data posteriore all'entrata in vigore della nuova norma - cioè quella introdotta dalla legge di conversione 1° agosto 2003, n. 214; in precedenza il reato apparteneva alla competenza del Giudice di pace e ciò comportava un diverso e più favorevole trattamento sanzionatorio: le pene alternative - congiunte in caso di recidiva reiterata infraquinquennale - dell'ammenda da euro 774 a euro 2.582 o della permanenza domiciliare da venti giorni a quarantacinque giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità da un mese a sei mesi - articolo 52, comma 2, lettera c), e comma 3), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). La terza ed ultima parte della norma era infine dedicata alle sanzioni amministrative accessorie della sospensione e della revoca della patente di guida.

I commi dal terzo al sesto trattavano invece della sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico per giungere a stabilire (comma sesto) che, qualora dall'accertamento fosse risultato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 grammi per litro (g/l) (la determinazione di tale soglia risaliva all'art. 3 del d.l. 20 giugno 2002, n. 121 - convertito nella l. 1° agosto 2002, n. 168 -, mentre in precedenza - v. comma quinto dell'art. 186, nel testo introdotto dal d. lgs. 15 gennaio 2002, n. 9 -, il più elevato limite di 0,8 grammi per litro (g/l), era stabilito - e lo è tuttora per un difetto di coordinamento legislativo - dal regolamento di esecuzione e di attuazione del codice della strada: art. 379 del d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495), l'interessato era da considerarsi in stato di ebbrezza ai fini dell'applicazione delle sanzioni, penali ed amministrative, di cui al sopra citato comma secondo.

Infine, il comma settimo dell'art. 186 contemplava la contravvenzione di rifiuto dell'accertamento alcolimetrico, punita con le stesse pene stabilite per la guida in stato di ebbrezza alcolica.

Il d.l. 3 agosto 2007, n. 117, entrato in vigore - come si è detto - il 4 agosto 2007, ha diversificato le sanzioni in base alla gravità della violazione, determinata sulla base della crescente soglia del tasso alcolemico accertato. In tal senso il secondo comma dell'art. 186 CdS è stato suddiviso in tre autonome disposizioni (contraddistinte dalle prime tre lettere dell'alfabeto), corrispondenti alle diverse "fasce" di gravità dell'illecito: la prima relativa alla guida in presenza di un tasso superiore a 0,5 grammi per litro, ma inferiore a 0,8; la seconda alle ipotesi in cui il tasso è superiore a 0,8 grammi per litro, ma inferiore a 1,5; la terza, infine, a quelle in cui il tasso è superiore a 1,5 grammi per litro.

Va ricordato, poi, che all'accertamento della contravvenzione consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente per una durata variabile a seconda della gravità della violazione.

Quanto alla struttura della "nuova" incriminazione, la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente chiarito che le tre lettere in cui si articola ora il secondo comma dell'art. 186 prevedono altrettante ipotesi autonome di reato e non già un'unica fattispecie "base" di reato (quella della lett. a) e due circostanze aggravanti della medesima (alle lett. b e c), evidenziando come sostanzialmente non ricorra un rapporto di specialità tra le tre disposizioni, ma, piuttosto, di reciproca alternatività e, quindi, di incompatibilità (in tal senso v. *ex multis* Cass. 29 gennaio 2009, Carosiello, in CED 242869, Cass. 6 novembre 2008, Corzani, in CED 241763 e Cass. 3 giugno 2008, p.g. in proc. Morandi, in CED 240380).

Successivamente il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla legge 24 luglio 2008, n. 125 ha provveduto ad un ulteriore inasprimento delle pene detentive contemplate dall'art. 186, ancorché solo per gli illeciti di seconda e terza "fascia".

Soprattutto, però, è con il citato decreto legge che è stata introdotta la confisca «*ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale*» del veicolo con il quale viene commesso il reato previsto alla lett. c) del secondo comma dell'art. 186, a meno che lo stesso non appartenga a persona estranea al medesimo.

Con riguardo, invece, alla fattispecie di rifiuto dell'accertamento alcolimetrico prevista dal settimo comma dell'art. 186 va ricordato come il già citato d.l. n. 117/2007 aveva depenalizzato la stessa, trasformando la relativa contravvenzione in illecito amministrativo punito con sanzione pecuniaria. All'accertamento della violazione conseguivano altresì - a titolo di sanzione amministrativa accessoria - la sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni, nonché il fermo amministrativo del veicolo, non appartenente a terzi estranei, per un periodo di centottanta giorni; in caso di recidiva nel corso di un biennio doveva, invece, essere sempre disposta la revoca della patente di guida.

A meno di un anno di distanza dalla menzionata depenalizzazione, il d.l. n. 92/2008 ha ripristinato la sanzione penale per il rifiuto degli accertamenti alcolimetrici, recuperando la filosofia che aveva in passato ispirato l'incriminazione e cioè quella di parificare nella risposta sanzionatoria il rifiuto dei test alla violazione del divieto di guidare in stato di ebbrezza.

Per la "nuova" contravvenzione è stato, dunque, previsto lo stesso trattamento sanzionatorio riservato alla più grave delle ipotesi contemplate nell'art. 186 comma secondo, vale a dire quella contenuta nella lett. c) della disposizione.

In tal modo è stata effettivamente rovesciata la situazione venutasi a creare a seguito del precedente intervento normativo: mentre il conducente prima poteva vantare un interesse a rifiutare i test alcolimetrici, accettando l'irrogazione della sanzione amministrativa nella consapevolezza che senza la misurazione strumentale egli poteva essere al più riconosciuto colpevole della meno grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza, ora lo stesso

conducente ha teoricamente l'interesse contrario, giacché se non si sottopone ai test si vedrà applicare la sanzione penale più elevata e perderà così l'opportunità di veder eventualmente dimostrato che il suo tasso alcolemico è inferiore agli 1,5 grammi per litro, circostanza che gli garantirebbe invece l'irrogazione delle più miti pene previste dalle lett. a) e b) dell'art. 186, comma secondo.

Il d.l. n. 92/2008 ha altresì previsto che in caso di condanna per la contravvenzione in oggetto consegna la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni. Se il fatto è commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti per il medesimo reato, è, invece, sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida.

Con la legge n. 125/2008 di conversione del decreto menzionato, è stato infine previsto che anche in caso di rifiuto degli accertamenti alcolimetrici debba essere disposta la confisca del veicolo, salvo che appartenga a persona estranea alla violazione, con le stesse procedure previste per la fattispecie di guida in stato di ebbrezza di cui sopra si è detto.

Da ultimo è opportuno ripercorrere brevemente anche l'evoluzione normativa delle contravvenzioni di guida in stato di alterazione da sostanze stupefacenti e di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti per la rilevazione delle medesime previste dall'art. 187 CdS, atteso che la comparazione tra la loro formulazione e quella delle corrispondenti fattispecie previste dall'art. 186 di cui si è detto può fornire interessanti spunti di riflessione.

In tal senso va ricordato come fino al 2007 la contravvenzione di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti fosse sostanzialmente simmetrica a quella di guida in stato di ebbrezza, della quale replicava il trattamento sanzionatorio.

Da sempre diversa era invece la struttura delle due fattispecie. Infatti, la condotta di guida «in stato di alterazione psico-fisica» imputabile all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, non essendo tale stato «graduabile», non è mai stata legata ad alcuna soglia di rilevanza penale, come invece accade per quella di guida in stato di ebbrezza (e la circostanza ha dunque impedito al legislatore di riproporre anche per la guida in stato di alterazione da stupefacenti la struttura tripartita introdotta, come si è illustrato, per quella in stato di ebbrezza dal d.l. n.117/2007).

In realtà la fattispecie tipica si distingue anche per un altro profilo (come recentemente chiarito da Cass. 8 luglio 2008, p.m. in proc. Gagliano, in CED 241901), atteso che la condotta di assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope prima di mettersi alla guida non è sufficiente ad integrarla, richiedendo la norma incriminatrice che tale assunzione abbia determinato un effettivo stato di alterazione, il quale deve pertanto costituire oggetto di autonomo accertamento.

Ciò premesso va evidenziato che gli interventi normativi degli ultimi anni hanno inciso solo marginalmente sulla contravvenzione in esame, limitandosi sostanzialmente ad innalzarne le pene edittali ed a conservare la sanzione accessoria della sospensione della patente di guida, nonché quella della revoca per i titolari di patente professionale e per i recidivi nel biennio. Sempre il d.l. n. 92/2008 ha peraltro introdotto anche per questa contravvenzione la confisca del veicolo attraverso il rinvio alle disposizioni contenute in proposito nel secondo comma lett. c) dell'art. 186.

Infine va ricordato che nella formulazione dovuta alla legge n. 214/2003, l'art.187, all'ottavo comma, prevedeva un'autonoma fattispecie contravvenzionale per l'ipotesi di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti finalizzati al riscontro dell'assunzione di sostanze stupefacenti. Anche questa contravvenzione era stata depenalizzata dal d.l. n.117/2007 e, analogamente a quanto accaduto per la corrispondente ipotesi di rifiuto dei test alcolimetrici, la stessa sembrerebbe essere stata reintrodotta dal d.l. n.92/2008, seppure in maniera implicita.

Il dubbio è doveroso, in quanto il quadro normativo di riferimento appare in questo caso quanto mai contraddittorio. Infatti nella sua configurazione originaria la fattispecie di rifiuto degli accertamenti sullo stato di alterazione da stupefacenti era punita con le medesime sanzioni riservate a quella di rifiuto dei test alcolimetrici, stante il formale rinvio operato in proposito dal comma ottavo dell'art. 187 al comma settimo dell'art. 186. Tale fattispecie ha dunque subito, come detto, la medesima depenalizzazione operata su quella del settimo comma dell'art. 186 ed in tal senso il citato d.l. n. 117/2007 aveva infatti scolpito nell'ottavo comma dell'art. 187 la formula «salvo che il fatto costituisca reato» che non lasciava dubbi circa la natura amministrativa dell'illecito configurato.

Questa clausola di sussidiarietà è tuttora presente nel testo dell'ottavo comma, così come il già menzionato rinvio al trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 186 comma settimo. Tale assetto ha però perduto la sua intrinseca coerenza nel momento in cui la fattispecie prevista da quest'ultima disposizione ha riacquisito penale rilevanza. In altri termini, senza intervenire direttamente sull'ottavo comma dell'art. 187, il legislatore sembrerebbe aver trasformato la fattispecie di rifiuto dei test sugli stupefacenti dapprima in illecito amministrativo e poi nuovamente in reato facendo leva esclusivamente sul rinvio operato dalla disposizione al trattamento sanzionatorio previsto per quella di rifiuto degli accertamenti alcolimetrici. Ma così facendo è stata «dimenticata» la clausola di sussidiarietà, tuttora calibrata sul presupposto che la violazione configuri un mero illecito amministrativo e che invece avrebbe dovuto essere riformulata, così come effettivamente effettuato dal d.l. n. 92/2008 nel settimo comma dell'art. 186, nel senso che la sussidiarietà concerne esclusivamente l'eventualità che il fatto integri «un più grave reato».

Ad ogni buon conto, sembra comunque ancora una volta emergere la volontà del legislatore di parificare il trattamento sanzionatorio riservato a chi si sottrae agli accertamenti con quello previsto per chi invece si pone alla guida nelle condizioni vietate al fine di garantire l'effettività di entrambe le incriminazioni (ed infatti le sanzioni evocate dall'ottavo comma dell'art. 187 attraverso il rinvio al settimo dell'art. 186 sono le stesse previste dal secondo comma lett. c) dello stesso articolo e dal primo comma del citato art. 187).

Va conclusivamente evidenziato – come ricordato anche dalla sentenza in commento -che alcuna disposizione del Codice della Strada configura le condotte di guida in stato di ebbrezza o di rifiuto degli accertamenti alcolimetrici anche come illeciti amministrativi, talchè le uniche sanzioni penali previste per le medesime risultano quelle penali contenute

nei commi secondo e settimo dell'art. 186 (ed analogo osservazione vale anche per gli illeciti di cui al primo e ottavo comma dell'art. 187). Si assiste dunque alla peculiare situazione per cui la sospensione della patente ovvero - qualora anch'essa dovesse nel caso di cui al settimo comma dell'art. 186 essere qualificata come sanzione amministrativa accessoria - la confisca accedono non ad una sanzione amministrativa principale o "in senso stretto", bensì ad una sanzione penale.

Dunque la loro applicazione da parte del giudice penale avviene non già in seguito alla connessione tra illecito penale ed illecito amministrativo (fattispecie disciplinata dagli artt. 20 e 24 della l. n. 689/1981 e, per le violazioni al codice della strada, dall'art. 221, del medesimo), ma in quanto sanzioni amministrative accessorie a reati per espressa previsione legislativa (in tal senso v. Cass. sez. un. 27 maggio 1998, Bosio, in *Cass.Pen.*, 1999, 833).

3. Dalla sintesi compiuta nel paragrafo precedente emerge chiaramente come la confisca del veicolo sia stata introdotta allo scopo di rafforzare la dissuasività dell'incriminazione del *drive drinking*, atteso che tale misura, se comparata in tale ottica con le (altre) sanzioni previste dall'art. 186, appare di gran lunga più idonea ad intimorire l'utente medio della strada.

Da subito si è posto, però, il problema della sua qualificazione giuridica, anche e soprattutto al fine di verificarne l'ambito di applicazione. Ed in proposito la giurisprudenza di legittimità si è prevalentemente orientata nel senso di riconoscere a tale confisca natura di misura di sicurezza patrimoniale in ragione dell'espresso riferimento contenuto nell'art. 186, secondo comma, lett. c) all'art. 240 c.p. (v. *ex multis* Cass. 27 gennaio 2009, p.g. in proc. Favè, in CED 243297; Cass. 4 giugno 2009, Simioni, in CED 244977; Cass. 19 gennaio 2010, p.g. in proc. Raggiunti, in CED 246801; sostanzialmente nello stesso senso in dottrina v. GATTA, *Disposizioni penali del codice della strada*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza e Viganò, Torino, 2008, 90 e ss.; quanto al senso da attribuire al riferimento all'art. 240 c.p. contenuto nel secondo comma dell'art. 186 CdS, i giudici di legittimità hanno invece sostenuto che il suo scopo sarebbe esclusivamente quello di rimarcare l'obbligatorietà della confisca; in altri termini, attraverso tale riferimento il legislatore avrebbe inteso affermare che il caso di confisca disciplinato rientra tra quelli contemplati dal secondo comma dell'articolo 240 c.p., atteso che il veicolo alla guida del quale il conducente è sorpreso in stato di ebbrezza non è riconducibile ad alcuna delle categorie di beni individuate da tale disposizione: v. Cass. 27 marzo 2009, Parodo, in CED 243997 e Cass. 11 febbraio 2009, Fumagalli, in CED 242479). Conseguentemente la stessa giurisprudenza ha affermato altresì la possibilità di disporre la misura ablativa anche in relazione alle violazioni consumate prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92/2008, ricordando in proposito che le misure di sicurezza sono sottratte al principio costituzionale di irretroattività della legge penale e richiamando invece il dettato del primo comma dell'art. 200 c.p., per cui le stesse sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione (come noto l'applicabilità delle misure di sicurezza per fatti costituenti reato commessi prima della loro introduzione è riconosciuta, per le medesime ragioni enunciate dalla giurisprudenza citata nel testo, anche dalla prevalente dottrina - v. per tutti NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. Del Diritto*, XXVI, 1976, 651; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 401; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2007, 827 -, ma viene sempre più spesso contestata da autorevoli voci dello stesso panorama dottrinario, che evidenziano come la *ratio* garantista che ispira l'art. 25 Cost. porta ad includere anche tali misure nel divieto di irretroattività sancito dal secondo comma del medesimo - v. in questo senso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, 792; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 260; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 118; va ancora segnalato che Cass. 29 aprile 2009, Ponzoni, in CED 244975, pur non mettendo in discussione la natura di misura di sicurezza patrimoniale della confisca prevista dall'art. 186 CdS, ha invece negato - rimanendo peraltro un precedente isolato - la sua applicazione retroattiva, ritenendo sostanzialmente che la regola posta dal primo comma dell'art. 200 c.p. riguardi esclusivamente le misure di sicurezza personali, trovando la sua *ratio* esclusivamente nel presupposto che caratterizza queste ultime - e non anche la confisca - e cioè l'accertata attualità della pericolosità sociale dell'imputato).

In effetti la formulazione della norma e, in particolare, proprio la scelta di richiamare la disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 240 c.p., legittimava l'interpretazione illustrata. Semmai a suscitare qualche dubbio è invece la legittimità della qualificazione implicitamente operata dal legislatore, atteso che la confisca del veicolo sembra presentare un contenuto tipicamente punitivo piuttosto che "cautelare", non potendosi seriamente sostenere che l'espropriazione dello stesso veicolo possa prevenire la commissione di nuovi reati.

Ma ancor più problematica è subito apparsa la qualificazione della confisca prevista dal settimo comma dell'art. 186 CdS per il caso in cui il guidatore si rifiuti di sottoporsi ai test alcolimetrici, la fattispecie sulla quale, per l'appunto, sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite.

In questo caso il dato normativo di riferimento risulta assai contraddittorio. Infatti la l. n. 125/2008 ha configurato la misura inserendo nel terzo periodo del comma settimo dell'art. 186 il seguente inciso: «*e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione*», dopo la previsione della «*sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida*».

Tale inciso è stato introdotto solo a seguito della presentazione, avvenuta nel corso della prima lettura al Senato, di un emendamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 92, il quale non ha peraltro modificato la declinazione al singolare della formula «*della sanzione amministrativa*» riferita nel testo previgente, come si è detto, alla sola sospensione della patente. In tal modo, dunque, l'interprete è stato lasciato nel dubbio circa la effettiva volontà del legislatore di attribuire anche alla confisca la qualifica di sanzione amministrativa, la quale peraltro risulterebbe poca

coerente con le scelte operate invece nel secondo comma dell'art. 186, dove, come detto, l'espropriazione del veicolo è stata apparentemente configurata come misura di sicurezza.

I primi commentatori del d.l. n. 92/2008 si sono più che altro schierati nel senso di riconoscere alla confisca prevista dal settimo comma dell'art. 186 una generica natura penale, senza approfondire in maniera particolare la sua qualificazione (v. GATTA, *Disposizioni penali del codice della strada*, cit., 111; MILEO, *Circolazione stradale, immigrazione, criminalità, sicurezza pubblica*, 2008, 192), oppure, sebbene in maniera molto sfumata, ne hanno evocato anche la possibile natura amministrativa (v. BISACCI, *Le modifiche al codice della strada*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di Scalfati, Torino, 2008, 46).

Nell'attribuire alla menzionata confisca natura penale, alcuni autori hanno invece effettivamente sollevato il problema della sua esatta qualificazione giuridica, prendendo atto del consolidato orientamento giurisprudenziale favorevole all'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza patrimoniali e prospettando dunque la pressante rilevanza della soluzione di tale problema. In proposito si è evidenziata la diversa connotazione che la misura ablativa assume con riguardo alla fattispecie di rifiuto degli accertamenti alcolimetrici rispetto a quella contemplata con riguardo alle fattispecie di guida in stato di ebbrezza e di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti (v. COZZI, *Le modifiche al codice della strada*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11/2008, 1377). Mentre infatti la qualificazione di misura di sicurezza patrimoniale si giustificerebbe nel caso di guida in stato di ebbrezza (o di alterazione dall'assunzione di stupefacenti) in quanto pacificamente il veicolo in tal caso rappresenta il mezzo con cui il reato viene commesso, risultando pertanto accettabile la prognosi di pericolosità del medesimo operata nell'art. 186, comma secondo lett. c), altrettanto non sarebbe possibile affermare nell'ipotesi della confisca conseguente alla contravvenzione di rifiuto, atteso che in quest'ultima ipotesi il veicolo non presenta più il menzionato collegamento strumentale con la consumazione del reato. In tal senso, secondo la citata dottrina, nel settimo comma dell'art. 186 (e nell'ottavo dell'art. 187) risulterebbe particolarmente marcata la funzione afflittiva assegnata dal legislatore alla confisca, la quale avrebbe dovuto dunque essere qualificata come vera e propria sanzione, con le conseguenze che ciò comporta sotto il profilo dell'identificazione del suo ambito di applicazione temporale.

Infine deve essere ricordato che, precedentemente alla rimessione della questione alle Sezioni Unite, i giudici di legittimità si sono direttamente occupati della natura della confisca in due sole occasioni (v. Cass. 13 maggio 2009, p.m. in proc. Benitez Gonzales, in CED 243967), limitandosi peraltro ad affermare la "natura penale" della stessa e ad escluderne, invece, la possibile qualificazione come sanzione amministrativa.

In tal senso la Suprema Corte ha riconosciuto che il tenore del settimo comma dell'art. 186 CdS si presta ad equivoci nel momento in cui accosta, nella sequenza letterale, la confisca alla sanzione della sospensione della patente, espressamente qualificata come amministrativa dal legislatore. Ciononostante i giudici di legittimità hanno evidenziato come la circostanza non sia di per sé sufficiente ad escludere la natura penale della misura ablativa. Ed in proposito hanno sottolineato come il rinvio espresso operato dal settimo comma dell'art. 186 alla procedura stabilita dal secondo comma lett. c) dello stesso articolo faccia «chiaramente» intendere la volontà del legislatore di parificare i trattamenti previsti per le contravvenzioni contemplate dalle due disposizioni citate anche con riferimento alla natura della confisca.

In disaccordo con queste conclusioni, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite ha invece sostenuto che le stesse si porrebbero in contrasto con il tenore letterale del settimo comma dell'art. 186, il quale imporrebbe piuttosto di qualificare la confisca del veicolo come sanzione amministrativa accessoria. Secondo i giudici rimettenti, infatti, l'utilizzo della preposizione articolata "della" dinanzi tanto alla "sospensione della patente", quanto alla "confisca" ed in entrambe i casi in correlazione all'espressione "sanzione amministrativa", evidenzerebbe la chiara intenzione del legislatore di evocare anche la misura ablativa in funzione di sanzione amministrativa. Intenzione ritenuta del resto perfettamente coerente con gli orizzonti normativi vigenti, atteso che tanto il terzo comma dell'art. 210, quanto il primo dell'art. 213 CdS contemplano espressamente la confisca del veicolo proprio come sanzione amministrativa accessoria.

Per gli stessi giudici rimettenti ulteriore argomento in favore dell'illustrata interpretazione dovrebbe poi ritrarsi proprio dal diverso tenore letterale del comma secondo, lett. c), dell'art. 186, dove il legislatore ha provveduto a rimarcare la natura penale della misura ablativa attraverso il già menzionato rinvio all'art. 240 c.p.. Ed in proposito l'ordinanza di rimessione ha sottolineato altresì come la diversità dei due illeciti cui accede consente di ritenere non irragionevole l'attribuzione alla confisca di una differente qualifica a seconda del contesto in cui è stata inserita. Né, infine, ai giudici rimettenti è apparso dirimente in senso contrario il rinvio contenuto nel settimo comma dell'art. 186 al precedente comma secondo, atteso che lo stesso è limitato alle sole modalità e procedure di esecuzione della confisca dettate da quest'ultima disposizione e non sarebbe dunque in grado di influire sulla qualificazione della misura.

4. Le Sezioni Unite, come accennato in precedenza, hanno risolto il potenziale contrasto interpretativo escludendo la natura amministrativa della misura ablativa, ma altresì che la stessa possa essere ritenuta una misura di sicurezza patrimoniale e provvedendo invece a qualificarla come sanzione penale accessoria. Classificazione che per i supremi giudici deve peraltro essere attribuita non solo alla confisca prevista per il caso del rifiuto dei test alcolimetrici, bensì anche a quella configurata in relazione alla fattispecie di guida in stato di ebbrezza.

Nel sostenere tali conclusioni la sentenza prende le mosse proprio da quest'ultima fattispecie, evidenziando come non possa sussistere dubbio alcuno circa la natura penale della confisca prevista dal secondo comma dell'art. 186, atteso il rinvio operato dalla disposizione all'art. 240 c.p.. Rinvio che però non è sufficiente ad iscrivere la stessa nel novero delle misure di sicurezza e ciò in quanto la stessa norma citata si premura di precisare che l'espropriazione del veicolo deve essere disposta anche in caso di sospensione condizionale della pena: precisazione superflua qualora ci si trovasse

al cospetto di una misura di sicurezza e che invece si spiega solo attribuendo al legislatore la volontà di configurare una vera e propria pena accessoria e, dunque, di derogare alla disciplina generale dettata dall'art. 166 c.p. per questo tipo di sanzioni.

Ma anche a prescindere da questo riferimento testuale, la natura sanzionatoria della confisca in questione emerge in modo chiaro per la Corte proprio dalla "tormentata" evoluzione dell'art. 186 CdS, che rileva l'intenzione di attribuire alla misura ablativa una spiccata funzione afflittiva. In altri termini, i frequenti rimaneggiamenti subiti dalla norma incriminatrice, il progressivo incremento delle pene edittali e, da ultimo e per l'appunto, la configurazione della confisca, sarebbero gli evidenti sintomi dell'affannosa ricerca da parte del legislatore di una risposta repressiva idonea ad arginare il fenomeno della "guida alcolica". Ed in tal senso l'aver aggiunto, al termine di questo percorso di ricerca, la misura ablativa, dimostrerebbe come la stessa sia destinata a rendere più severo l'apparato sanzionatorio del reato, costituendo un più credibile deterrente alla sua consumazione rispetto alle "tradizionali" pene previste per una fattispecie contravvenzionale qual è quella di guida in stato di ebbrezza.

L'identificazione della confisca prevista dal secondo comma dell'art. 186 come sanzione penale accessoria consente – sempre secondo le Sezioni Unite – di estendere la medesima qualificazione anche a quella introdotta dalla l. n. 125/2008 nel settimo comma del medesimo articolo. In tal senso la sentenza evidenzia come l'intenzione che ha sostenuto nel 2008 la "ripenalizzazione" della fattispecie di rifiuto dei test alcolimetrici sia stata proprio quella di garantire alla stessa il medesimo apparato sanzionatorio già configurato per la più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza e ciò al fine di non incentivare la sottrazione alle procedure di misurazione del tasso alcolemico da parte degli utenti della strada. Inevitabilmente, dunque, natura e funzione della confisca non possono essere che le stesse stabilite per la misura ablativa prevista nel secondo comma, lett. c) dell'art. 186.

La soluzione adottata si fonda soprattutto sulla *ratio* dell'intervento normativo che ha configurato nell'art. 186, settimo comma, la confisca del veicolo. Ciononostante la Corte non si è sottratta anche al confronto con gli argomenti testuali portati, come visto, dai giudici rimettenti a sostegno delle conclusioni di segno opposto. Ed a confutazione di questi ultimi la sentenza in commento sottolinea come la conservazione della declinazione al singolare della locuzione «sanzione amministrativa» lasci intendere che la stessa debba intendersi tuttora riferita alla sola sospensione della patente e non anche alla confisca.

Dalla qualificazione della confisca del veicolo come sanzione penale accessoria e non come misura di sicurezza patrimoniale, le Sezioni Unite hanno infine fatto discendere, in ossequio al principio di legalità della pena, il divieto di irrogazione della medesima in riferimento a fatti consumati anteriormente all'entrata in vigore delle norme che l'hanno introdotta.

5. Come accennato in apertura del presente commento, i principi affermati dalla sentenza delle Sezioni Unite hanno avuto vita breve, perché ancora una volta il legislatore ha provveduto a rimescolare le carte, modificando per l'ennesima volta il testo dell'art. 186.

Prima di analizzare i contenuti del nuovo intervento normativo sul *drive drinking* è però necessario ricordare come l'impostazione seguita dai giudici di legittimità ha trovato *medio tempore* autorevole conferma anche in una recente pronunzia della Corte Costituzionale (Corte Cost. 4 giugno 2010, n. 196), la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale», dell'art. 186, comma 2, lettera c) CdS, così come modificato dal più volte citato d.l. n. 92/2008, rilevando la violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 7 CEDU.

Nell'occasione il giudice delle leggi, dopo aver preso atto che per il diritto vivente la confisca in oggetto sarebbe una misura di sicurezza patrimoniale ed aver ribadito che tali misure si applicano anche all'autore di fatti commessi prima della loro introduzione, ha ricordato la necessità della verifica sulla effettiva corrispondenza delle medesime alla natura spiccatamente preventiva che le caratterizza, prescindendo dalla formale classificazione operata dal legislatore. Ciò, al fine di impedire che risposte di segno repressivo, e quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le prime e non per le seconde. Ed in tal senso la Consulta rileva che analoga preoccupazione è alla base degli orientamenti formati nella giurisprudenza della Corte di Starsburgo in merito alla necessità di verificare, indipendentemente dalla formale qualificazione delle medesime, l'effettiva natura delle misure repressive adottate dai legislatori nazionali, al fine di garantire che tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo siano soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto.

Sulla base di questa premessa i giudici delle leggi hanno quindi affermato che alla confisca prevista dal secondo comma dell'art. 186 è stata assegnata dal legislatore una «funzione sanzionatoria e meramente repressiva», osservando come la stessa non sia, ad esempio, deputata a prevenire il pericolo che l'autore del reato si ponga alla guida di altri veicoli e come debba essere applicata anche nei casi (come quello del veicolo incidentato ed inutilizzabile) in cui essa non esplica nemmeno alcun effetto preventivo con riguardo al veicolo condotto al momento della commissione del reato.

Da queste considerazioni è dunque scaturita l'inevitabile declaratoria dell'illegittimità costituzionale della norma impugnata nella parte in cui, attraverso il rinvio all'art. 240 c.p., evocava l'intenzione del legislatore di attribuire alla confisca natura di misura di sicurezza, garantendone pertanto l'applicazione anche in riferimento ai fatti commessi prima della sua introduzione.

L'intervento della Corte Costituzionale ha riguardato solo la confisca prevista per la guida in stato di ebbrezza ed in tal senso le considerazioni svolte dai giudici di legittimità con riguardo a quella contemplata dal settimo comma dell'art.

186 per il rifiuto dell'accertamento alcolimetrico e alla comune natura di entrambe, risultano dunque preziose per indirizzare l'interprete verso un'interpretazione costituzionalmente orientata anche di quest'ultima disposizione.

Il giudice delle leggi si è peraltro limitato ad affermare la natura afflitiva della confisca, senza precisare se essa sia una sanzione penale o amministrativa. Ma il rifiuto della qualificazione della stessa come misura di sicurezza costituisce comunque una importante conferma alle conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite sul punto, sebbene attraverso percorsi argomentativi parzialmente diversi.

In realtà, come annunciato, quale sia la categoria di sanzioni a cui deve essere ricondotta la misura ablativa sembra alla fine averlo stabilito il legislatore. Infatti, nell'ambito di una più ampia riforma delle norme del codice della strada (che tra l'altro prevede la depenalizzazione della meno grave delle fattispecie di guida in stato di ebbrezza e cioè quella di cui alla lett. a) del secondo comma dell'art. 186, nonché l'ulteriore incremento delle pene edittali previste invece nella lett. c) del medesimo comma), la l. 29 luglio 2010, n. 120, recependo il *dictum* del giudice delle leggi, ha innanzi tutto eliminato dal testo del secondo comma lett. c) dell'art. 186 ogni riferimento all'art. 240 c.p., confermando per il resto la previsione della confisca obbligatoria del veicolo in caso di condanna ovvero di patteggiamento per la contravvenzione di cui alla disposizione in commento, anche nel caso in cui venga concessa la sospensione condizionale della pena e salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato. Ma la novella ha altresì aggiunto un inciso con il quale si rinvia, ai fini del sequestro del veicolo destinato alla confisca, a quanto disposto dell'art. 224-ter CdS, introdotto dalla stessa legge n. 120/2010.

Il primo comma di quest'ultimo articolo detta per l'appunto l'inedita disciplina del sequestro in questione, ma, per quanto qui di maggior interesse, precisa che tale disciplina si applica nelle ipotesi di reato per cui è prevista la «sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo».

Ed attraverso il rinvio menzionato, l'art. 186 sembra dunque identificare la confisca prevista per la più grave ipotesi di guida in stato di ebbrezza con quella descritta nel menzionato art. 224-ter. In tal modo il legislatore ha dunque ribadito che la confisca è una sanzione, ma ha per la prima volta affermato che si tratta di una sanzione amministrativa e non penale (ed a conclusioni analoghe sono giunte le prime pronunzie di legittimità successive all'intervento legislativo: Cass. 6 ottobre 2010, n. 41080 e Cass. 4 novembre 2010, n. 40523).

Sulla base dell'assetto normativo previgente riconoscere la natura amministrativa della misura ablativa era tutt'altro che agevole, come hanno dimostrato le Sezioni Unite nella pronunzia in commento, ma certamente il tenore della nuova disposizione non sembra lasciare adito a dubbi in proposito.

Infatti proprio l'eliminazione dal secondo comma dell'art. 186 di ogni riferimento all'art. 240 c.p. – che come si è visto costituiva un rilevante indice della pregressa volontà di affermare il profilo penale della misura – sembra dimostrare come la qualificazione operata dal legislatore presenti carattere innovativo piuttosto che meramente ricognitivo della natura della confisca. Mentre ulteriore indice della volontà di conferire alla misura ablativa dignità sanzionatoria si ritrae anche dal comma 9-bis dell'art. 186 – pure introdotto dalla recente novella – che attribuisce al giudice il potere di applicare al responsabile della contravvenzione di guida in stato di ebbrezza la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità. Infatti la stessa disposizione prevede che alla proficua espiazione della pena sostitutiva consegua il dimezzamento della durata della sospensione della patente e la revoca della confisca disposta con la condanna, dimostrando come per il legislatore le due misure vantino una comune natura.

La previsione di una sanzione amministrativa accessoria per un illecito esclusivamente penale non è certo usuale, ma tutt'altro che inedita. Ad esempio proprio l'art. 186 già contemplava (e continua a contemplare) analoghe sanzioni come quelle della sospensione e della revoca della patente, senza che la giurisprudenza abbia per questo dubitato della loro natura amministrativa e del loro carattere accessorio o che la loro previsione rientrasse nella discrezionalità del legislatore.

Quanto alle ragioni della scelta legislativa, queste sono probabilmente da ricercarsi nel timore che la classificazione della confisca come sanzione penale accessoria possa determinarne l'inoperatività nei procedimenti speciali e segnatamente nel patteggiamento o in quello per decreto, atteso che, rispettivamente, gli artt. 445 e 460 c.p.p. inibiscono in tali casi l'applicazione delle pene accessorie. Timore infondato nella prima ipotesi, atteso che la stessa lett. c) dell'art. 186 esplicitamente fa salva l'applicazione della misura ablativa anche in caso di applicazione concordata della pena, ponendosi in rapporto di evidente specialità con la citata disposizione del codice di rito, e che invece appare più comprensibile nel caso del decreto penale di condanna, alla cui disciplina generale la norma speciale non deroga espressamente. Disciplina quest'ultima che, come detto, impedisce l'irrogazione delle pene accessorie, ma non delle sanzioni amministrative accessorie, come chiarito dalla giurisprudenza, proprio in riferimento alla contravvenzione di guida in stato di ebbrezza, con riguardo alla sospensione della patente (v. *ex multis* Cass. 6 marzo 2008, in CED 239787; va peraltro ricordato che i giudici di legittimità, con riguardo all'assetto normativo previgente e sulla base della qualificazione della confisca come misura di sicurezza, hanno riconosciuto l'applicabilità della misura ablativa anche in caso di decreto penale di condanna: v. Cass. 21 ottobre 2009, in CED 245422). Ed in proposito qualsiasi dubbio è stato comunque fugato dal citato art. 224-ter, che al secondo comma, nell'attribuire – diversamente da quanto previsto per le sanzioni amministrative accessorie della sospensione e della revoca della patente, alla cui irrogazione deve provvedere il giudice penale – al prefetto il compito di applicare la confisca, dispone in tal senso la trasmissione al medesimo della copia non solo della sentenza di condanna, ma altresì del decreto penale divenuto irrevocabile.

La qualificazione della confisca come sanzione amministrativa accessoria pone però un diverso ed inedito problema e cioè se, in vista dell'applicazione della misura ablativa, possa procedersi al sequestro preventivo del veicolo

ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p.. E ciò in quanto la norma da ultima menzionata sembrerebbe riferirsi esclusivamente alle ipotesi di confisca penale.

Sul punto è peraltro ancora una volta la stessa novella a risolvere qualsiasi dubbio, proprio attraverso il già citato art. 224-ter, che, come accennato, al primo comma detta una autonoma disciplina per il sequestro dei veicoli di cui è prevista la confisca in caso di consumazione dei reati previsti dal codice della strada.

Sembra dunque inevitabile concludere che il sequestro a fini di confisca del veicolo non possa essere ordinato dal giudice penale, ma debba essere disposto esclusivamente dall'autorità amministrativa cui per l'appunto la norma citata demanda l'adozione del provvedimento cautelare reale, il quale pertanto assume valenza esclusivamente amministrativa. Ed infatti il successivo comma sesto dell'articolo in commento prevede appositamente che la sua impugnazione avvenga nelle forme dell'opposizione di cui all'art. 205 CdS.

Pertanto, alla luce delle modifiche introdotte dalla l. n. 120/2010, l'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite può ritenersi di fatto superata.

Peraltro va sottolineato che la novella è intervenuta soltanto sul testo del secondo comma dell'art. 186, lasciando invece immutato quello del successivo settimo comma. Il legislatore non ha dunque ritenuto necessario precisare se anche la confisca disposta a seguito del rifiuto dell'accertamento del tasso alcolemico sia o meno una sanzione amministrativa. Se la precisazione sia stata ritenuta superflua - ritenendo il legislatore che tale qualifica già emergesse dal testo della norma (come sostenuto dall'orientamento giurisprudenziale disatteso dalle Sezioni Unite) o comunque discendesse automaticamente dal rinvio operato dalla disposizione a quella del secondo comma - oppure sia stata semplicemente "dimenticata", non è possibile stabilirlo con certezza. Certo è che ancora una volta le condivisibili considerazioni svolte nella sentenza in commento sulla necessità di attribuire, alla misura ablativa prevista nel settimo comma dell'art. 186 e a quella contemplata invece dal secondo comma dello stesso articolo, la medesima natura, consentono a questo punto di appianare qualsiasi dubbio sulla qualificazione anche della prima come sanzione amministrativa.

Ma il pronunciamento del Supremo Collegio merita di essere ricordato soprattutto per un altro profilo. Esso infatti dimostra come anche la giurisprudenza di legittimità abbia definitivamente metabolizzato l'esigenza di una verifica sostanziale della natura della confisca cui la legislazione più recente con sempre maggior frequenza dimostra di volersi affidare. E ciò al fine di evitare l'aggiramento di fondamentali principi di garanzia in caso di ricorso da parte del legislatore ad una formale qualificazione della misura ablativa non corrispondente all'effettiva funzione assegnatagli.



Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208, Mills

Il delitto di corruzione in atti giudiziari si configura pur quando il denaro o l'utilità siano ricevuti, o di essi sia accettata la promessa, per un atto già compiuto, cosiddetta corruzione susseguente. (Fattispecie relativa a falsa deposizione testimoniale resa nell'ambito di un processo penale). (rv 246581)

Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 319 ter cod. pen., è "atto giudiziario" l'atto funzionale ad un procedimento giudiziario, sicché rientra nello stesso anche la deposizione testimoniale resa nell'ambito di un processo penale. (rv 246582)

Il delitto di corruzione si perfeziona alternativamente con l'accettazione della promessa ovvero con la dazione - ricezione dell'utilità, e tuttavia, ove alla promessa faccia seguito la dazione - ricezione, è solo in tale ultimo momento che, approfondendosi l'offesa tipica, il reato viene a consumazione. (Nella specie, relativa a promessa e successiva dazione di somma di denaro mediante il versamento della stessa in un conto societario non intestato all'imputato, il momento consumativo è stato individuato in quello di utilizzazione di fatto della somma quale comportamento da lui tenuto "uti dominus"). (rv 246583)

In tema di prova dichiarativa, allorché venga in rilievo la veste che può assumere il dichiarante, spetta al giudice il potere di verificare in termini sostanziali, e quindi al di là del riscontro di indici formali, come l'eventuale già intervenuta iscrizione nominativa nel registro delle notizie di reato, l'attribuibilità allo stesso della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni stesse

vengano rese, e il relativo accertamento si sottrae, se congruamente motivato, al sindacato di legittimità. (rv 246584)

Il diritto alla prova riconosciuto alle parti implica la corrispondente attribuzione del potere di escludere le prove manifestamente superflue ed irrilevanti, secondo una verifica di esclusiva competenza del giudice di merito che sfugge al sindacato di legittimità ove abbia formato oggetto di apposita motivazione immune da vizi logici e giuridici. (rv 246585)

I limiti imposti dall'art. 103 cod. proc. pen. quali "garanzie di libertà del difensore", con specifico riferimento al sequestro, non possono riguardare documenti nella sfera di pertinenza esclusiva dell'imputato, privi di una finalizzazione attuale all'espletamento delle funzioni del difensore. (Fattispecie di sequestro, ritenuto legittimo, di documenti in bozza rinvenuti in luoghi in uso all'imputato e non già "presso il difensore"). (rv 246586)

In materia di assistenza giudiziaria penale, sono utilizzabili le deposizioni testimoniali rese in sede di rogatoria all'estero da soggetti che, secondo la legge italiana, avrebbero potuto avvalersi del segreto professionale ex art. 200 cod. proc. pen.. (rv 246587)

In tema di applicazione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria, è valida la prova testimoniale assunta nel giudizio avanti al giudice straniero senza la presenza, pur richiesta, del giudice italiano. (rv 246588)

È configurabile in capo alla Presidenza del Consiglio dei ministri, con riferimento al reato di corruzione in atti giudiziari, il danno, di natura non patrimoniale, derivante dalla lesione degli interessi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione della giustizia. (Fattispecie di falsa deposizione resa nell'ambito di un processo penale). (rv 246589)

Omissis

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Per un'evidente esigenza sistematica deve essere affrontata, in via prioritaria, la questione controversa sottoposta all'esame di queste Sezioni Unite, consistente nello stabilire: "se il delitto di corruzione in atti giudiziari sia configurabile nella forma della *corruzione susseguente*".

Tale questione, infatti, si connette alla possibilità di configurare la stessa sussistenza del reato e si pone, pertanto, come preliminare e dirimente rispetto a tutte le altre confutazioni svolte nel ricorso.

2. Quanto alla compatibilità delle *forme susseguenti* con la struttura della fattispecie di corruzione in atti giudiziari, descritta nell'art. 319 *ter* cod. pen., si rinvergono effettivamente due contrastanti impostazioni nelle decisioni della sesta Sezione penale di questa Corte Suprema.

2.1 Premesso che è "*sussequente*" la corruzione allorquando la retribuzione concerna un atto già compiuto in precedenza, va rilevato che – secondo un primo orientamento [che si rinviene in Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435, Battistella e altri] – non è ipotizzabile la corruzione in atti giudiziari nella forma susseguente, benché il generico rinvio operato dalla disposizione incriminatrice ai fatti di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen. possa far pensare che il legislatore non abbia inteso porre alcuna distinzione o limitazione.

Il dato normativo che gioca un ruolo decisivo nella ricostruzione interpretativa di detta sentenza è racchiuso nell'inciso "*per favorire o danneggiare una parte...*": siccome la condotta incriminata, costituita dal ricevere denaro o accettarne la promessa, assume rilievo nell'attesa di un atto funzionale

ancora da compiersi, e per il cui compimento il pubblico ufficiale assume un impegno, la mera remunerazione di atti pregressi resta fuori dell'area di tipicità.

La corruzione in atti giudiziari si qualifica per la tensione finalistica verso un risultato e non è quindi compatibile con la proiezione verso il passato, con una situazione di interesse già soddisfatto, su cui è invece modulato lo schema della corruzione susseguente.

Un diverso ragionamento, che punti alla valorizzazione dell'indistinto richiamo contenuto nell'art. 319 *ter* ai fatti di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen., per poi inferire la piena compatibilità della forma susseguente, si risolverebbe in una forzatura interpretativa *in malam partem* con l'attribuzione di una valenza anche causale, oltre che finale, all'espressione "per favorire o danneggiare", come se ad essa fosse affiancata anche quella "per aver favorito o danneggiato". Se si procedesse su questa strada, peraltro, sarebbe evidente il contrasto con il principio di tassatività.

Questa conclusione è poi confermata da considerazioni di tipo sistematico. Nella fattispecie di corruzione in atti giudiziari sono equiparate le condotte di corruzione propria e impropria antecedente, perché entrambe condizionano il processo e sono espressione di un medesimo disvalore. Se si ritenesse compresa anche la corruzione susseguente, che a differenza di quella antecedente non influenza l'andamento dell'attività giudiziaria perché già compiuta, si avrebbe l'irragionevole risultato di assoggettare ad uno stesso trattamento sanzionatorio tipologie di corruzione oggettivamente diverse. Si avrebbe così la conseguenza di escludere, stante il generico rinvio che l'art. 321 cod. pen. fa all'art. 319 *ter*, la non punibilità del corruttore in caso di corruzione impropria susseguente in atti giudiziari, a dispetto di quanto per lui è previsto in ogni altro caso di corruzione impropria susseguente. L'appiattimento di diversi contenuti offensivi e lo stravolgimento della gerarchia di valori a essi sottesi integrerebbero i presupposti per più che fondati dubbi di costituzionalità.

Nello stesso senso si pongono considerazioni di natura storica. Prima della novella codicistica del 1990, che ha introdotto la corruzione in atti giudiziari come fattispecie autonoma di reato, la corruzione in atti giudiziari era fattispecie aggravata della corruzione propria antecedente, tanto da richiedere un diretto rapporto causale tra il fatto di corruzione e il favore o il danno per una parte del processo, come risultava dall'inciso: "*la pena è aumentata se dal fatto deriva...il favore o il danno...*" del vecchio testo dell'art. 319, comma 2, n. 2, cod. pen. Sembra allora coerente ritenere che il legislatore della novella abbia mantenuto l'estraneità della corruzione susseguente all'area della corruzione in atti giudiziari, fermo restando che essa è comunque soggetta alle previsioni sanzionatrici della corruzione ordinaria per atto d'ufficio o per atto contrario ai doveri d'ufficio.

Nessuna sentenza successiva ha aderito espressamente alla soluzione qui delineata.

2.2 Un orientamento nettamente difforme si rinviene, invece, in altre decisioni della sesta Sezione penale, tra le quali vanno già ricordate le sentenze 4 febbraio 2004, n. 23024, Drassich e 28 febbraio 2005, n. 13919, Baccarini.

In particolare poi – con la sentenza 3 luglio 2007, n. 25418, Giombini e altro – è stato evidenziato che l'affermazione dell'incompatibilità della forma susseguente si risolve in un'interpretazione abrogatrice del precetto dell'art. 319 *ter* ove viene richiamato, senza distinzione alcuna, l'integrale contenuto degli artt. 318 e 319 cod. pen.

Il richiamo all'intero contenuto di questi due ultimi articoli impone l'adattamento della struttura della corruzione in atti giudiziari ad ambedue i modelli, della corruzione antecedente e di quella susseguente. Tali due modelli di corruzione in atti giudiziari hanno in comune il presupposto che l'autore del fatto [necessariamente un pubblico ufficiale, perché l'art. 319 *ter* non è richiamato dall'art. 320 cod. pen.] viene meno ai doveri di imparzialità e terzietà, e questo presupposto si realizza anche nella forma susseguente, in quanto il peculiare *elemento soggettivo del "favorire o danneggiare una parte"*, che qualifica testualmente la disposizione incriminatrice, *finalizza la tipicità dei fatti*.

La finalità, in buona sostanza, si riferisce al fatto ed il dato di rilievo nell'integrazione del fatto-reato è che la promessa o la ricezione siano avvenute per un atto di giurisdizione o per un comportamento strumentale all'atto di giurisdizione da compiere o già compiuto per favorire o danneggiare una parte. E' l'atto giudiziario che deve essere contrassegnato da una finalità non

imparziale, sicché l'elemento del dolo specifico, presente nell'ipotesi di corruzione antecedente, viene meno nel caso di corruzione susseguente per essere l'atto già stato compiuto.

Nella fattispecie di corruzione antecedente in atti giudiziari il dolo specifico si articola nella doppia finalità, l'una – propria della corruzione generica – consistente nell'adozione di un atto, conforme o contrario ai doveri d'ufficio, l'altra – specifica della corruzione in atti giudiziari – consistente nella violazione, per mezzo del compimento dell'atto, del dovere rafforzato di imparzialità che connota la funzione giudiziaria; nella corruzione in atti giudiziari susseguente, invece, l'elemento soggettivo si compone del dolo generico della corruzione generica e del dolo specifico proprio della corruzione in atti giudiziari che però si atteggia ad elemento antecedente alla condotta tipica. Il dolo specifico, nella corruzione in atti giudiziari susseguente, si incentra nel compimento dell'atto, che di per sé non è condotta punibile, rispetto al quale la successiva condotta di ricezione del denaro o di accettazione della promessa assume valenza esclusivamente causale, in presenza di un precedente comportamento orientato specificamente a favorire o danneggiare una parte processuale.

Da detto elemento soggettivo scompare l'ulteriore finalizzazione specifica costituita dallo scopo tipico della corruzione antecedente. Si ha così che – mentre nella fattispecie di corruzione antecedente l'atto, contrario o conforme ai doveri d'ufficio, costituisce l'oggetto finalistico della condotta, il cui compimento non è necessario per la consumazione del reato – nella fattispecie di corruzione susseguente il dolo, generico, deve investire, oltre che la condotta, anche l'atto, contrario o conforme ai doveri d'ufficio, e l'elemento soggettivo che dell'atto è profilo indispensabile, il favorire o danneggiare una parte processuale.

Nella fattispecie di corruzione in atti giudiziari susseguente si ha, dunque, una *causalità invertita* rispetto alla fattispecie di corruzione in atti giudiziari antecedente, nel senso che l'atto (conforme o contrario ai doveri d'ufficio) costituisce il presupposto strutturale indispensabile della condotta, che assume rilievo penale solo in forza del contributo causale dell'atto stesso.

Alla tesi della configurabilità del delitto di corruzione in atti giudiziari nella forma susseguente ha prestato adesione sempre la Sezione sesta, con la sentenza 18 settembre 2009, n. 36323, Drassich, secondo cui l'ampiezza della disposizione incriminatrice, che racchiude tutte le ipotesi di corruzione (propria e impropria, antecedente e susseguente), assoggettandole alla medesima pena, trova ragione nella tutela della funzione giudiziaria, costituzionalmente prevista per il riconoscimento dei diritti fondamentali e il rispetto del principio di legalità. La sentenza in oggetto ha tratto quindi la conclusione che il delitto di corruzione in atti giudiziari ben può essere posto in essere con la ricezione di un'utilità dopo il compimento di un atto, pur conforme ai doveri d'ufficio, che, funzionale a un procedimento giudiziario, sia strumento di un favore o di un danno nei confronti di una delle parti di un processo civile, penale o amministrativo.

In termini particolarmente sintetici si è mossa nella stessa direzione la successiva sentenza della Sez. VI, 9 luglio 2007, n. 35118, Fezia, che ha risposto al rilievo difensivo circa l'impossibilità di riconoscere la responsabilità del corruttore per il delitto di corruzione in atti giudiziari susseguente per compimento di atto conforme ai doveri d'ufficio, richiamando la giurisprudenza secondo cui anche la corruzione in atti giudiziari impropria può integrare il delitto di cui all'art. 319^{ter} cod. pen., là dove le utilità economiche costituiscano il prezzo della compravendita della funzione giudiziaria, considerata nel suo complessivo svolgimento, sia trascorso che futuro.

2.3 In dottrina l'indirizzo nettamente prevalente è nel senso della inconfigurabilità della forma della corruzione susseguente laddove si versi nella peculiare fattispecie della corruzione in atti giudiziari.

Le argomentazioni alla base di tale indirizzo muovono essenzialmente dalla presenza, nel testo dell'art. 319 *ter* cod. pen., della espressa previsione, afferente al *dolo specifico* che caratterizzerebbe il reato, che i fatti siano commessi “*per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo*”, senza che nulla possa autorizzare, pena la violazione del principio di tassatività, ad includervi anche le condotte collegate all’*“avere favorito o danneggiato”* la stessa parte. Ciò,

evidentemente, considerando che nelle ipotesi di corruzione susseguente il *dolo* non potrebbe che essere *generico* attesa l'incompatibilità di un comportamento proteso ad ottenere un evento successivo con la già avvenuta realizzazione dell'atto contrario ai doveri di ufficio.

Sotto un diverso profilo (che, accettato però nella sua integralità, non potrebbe non coinvolgere la stessa fattispecie di corruzione susseguente "ordinaria"), si è sottolineato come sembrerebbe abbastanza difficile configurare la fattispecie di corruzione in atti giudiziari con riferimento alla cosiddetta corruzione successiva, "essendo difficile provare che l'illecito influsso ormai determinatosi sul processuale sarebbe stato architettato dal giudicabile in vista di una retribuzione indebita" postuma.

Si è altresì affermato, sul piano logico, che "se il provvedimento giudiziale è già stato emesso, non si vede come si possa supporre che il soggetto privato "successivamente" dia o prometta denaro o altra utilità proprio allo scopo di conseguire un obiettivo (emissione del provvedimento in questione) che, al momento della dazione o della promessa, è già stato conseguito: in questo momento la condotta corruttiva del privato, lungi dall'essere finalizzata a uno scopo futuro, si atteggia a corrispettivo di un interesse già soddisfatto e consistente, nella specie, nel favore o nel danno concreto arrecato all'altra parte".

A fronte della specifica previsione riguardante la connotazione del dolo, dunque, assumerebbe carattere recessivo il richiamo (apparentemente solo integrale, ma in realtà da interpretare, in senso logico, selettivamente) ai fatti indicati negli artt. 318 e 319 cod. pen. (ivi compresa, dunque, la fattispecie della corruzione susseguente contemplata appunto dall'art. 319 cod. pen.); ciò tanto più in quanto, a dispetto della configurazione della norma nel senso di una meccanica trasposizione, sul piano del processo, dei fatti corruttivi ordinariamente ricollegabili alla generica attività della pubblica amministrazione, apparentemente suggerita, appunto, dal richiamo indifferenziato agli artt. 318 e 319 cod. pen., il peculiare e significativo disvalore proprio della fattispecie in oggetto (nata, anche storicamente, per tutelare nel massimo grado la imparzialità e correttezza della funzione giudiziaria) dovrebbe condurre ad attribuire alla norma una originale e autonoma fisionomia.

Non vi sarebbe, del resto, ragione alcuna di estendere l'applicazione di una disciplina, la cui maggiore gravità sarebbe realmente giustificata soltanto nelle ipotesi di corruzione propria antecedente proprio per la assoluta mercificazione della funzione giurisdizionale e la grave violazione al principio di imparzialità, "anche a quelle ipotesi di reato la cui carica offensiva trova sufficiente risposta punitiva nelle sanzioni previste per le ipotesi *comuni* di corruzione". Esclusa in tale caso la configurabilità della corruzione in atti giudiziari, il fatto corruttivo commesso a mo' di ricompensa per un atto giudiziario contrario ai doveri di ufficio in precedenza posto in essere non potrebbe comunque non rientrare nella corruzione "ordinaria" susseguente, di cui all'art. 319 cod. pen., attesa la generale ed onnicomprensiva struttura di tale reato.

Su una linea divergente si colloca, invece, una minoranza dottrinale, che ritiene astrattamente configurabile il reato di corruzione susseguente in atti giudiziari sul presupposto che l'atto contrario ai doveri di ufficio, in quanto idoneo a determinare un mutamento in meglio o in peggio della posizione di una delle parti nel processo, attraverso il successivo accordo, può venir fatto proprio da entrambi i soggetti in quell'effetto di danno o vantaggio che esso può produrre; l'intervenuto accordo dimostrerebbe così, sia pure *a posteriori*, che il corruttore ha inteso l'atto come compiuto ovvero omesso a suo favore, tanto da retribuirlo, e che nel medesimo senso lo ha inteso il corrotto, ricevendo l'utilità con quella direzione psicologica.

Nel senso della inclusione, nella figura di reato dell'art. 319 *ter* cod. pen., anche della corruzione susseguente, potrebbero infine annoverarsi anche quelle impostazioni che, pur con riferimento alla diversa questione della ammissibilità della corruzione impropria in atti giudiziari, individuano sostanzialmente, a fondamento della figura autonoma introdotta dal legislatore nel 1990, la volontà di "voler evitare qualsiasi forma di mercimonio allorché l'atto della pubblica amministrazione dovesse riguardare la speciale funzione giudiziaria", di talché l'oggetto della tutela si

risolverebbe, in definitiva, nella “incontaminatezza da qualsiasi forma di incidenza dettata da finalità di lucro”.

Se, infatti, l'essenza della norma stesse nel divieto, per chi eserciti funzioni giudiziarie, di ricevere comunque denaro od altra utilità ad esse collegata, a poco rileverebbe, in definitiva, anche la collocazione cronologica della *utilitas* rispetto all'atto compiuto o da compiere, indubbiamente recessiva a fronte di una superiore esigenza di preservazione assoluta del bene della correttezza dell'operato giudiziario.

3. Queste Sezioni Unite aderiscono all'orientamento prevalente, espresso nelle sentenze nn. 25418/2007 e 36323/2009, e ciò sulla base delle seguenti considerazioni:

3.1 Nel senso della configurabilità del delitto di corruzione in atti giudiziari anche nella forma della *corruzione susseguente* è inequivoca – anzitutto – la formulazione letterale dell'art. 319 *ter* cod. pen., che riconnette la sanzione in esso prevista ai “*fatti indicati negli artt. 318 e 319*”.

L'art. 12, 1° comma, delle disposizioni sulla legge in generale (R.D. 16.3.1942, n. 262) dispone che il primo canone interpretativo della norma giuridica è quello letterale, dovendosi prevalentemente attribuire alla legge il senso “*fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*”.

Il successivo accenno alla “*intenzione del legislatore*” consente il ricorso alla c.d. “interpretazione logica” nel caso in cui il senso letterale della norma non dovesse risultare di univoca e chiara interpretazione. In tal caso, per la individuazione della *mens legis*, può farsi ricorso ai lavori preparatori, fermo comunque il fondamentale principio ermeneutico secondo il quale, una volta entrata in vigore, la norma giuridica ha una propria vita, autonoma rispetto alle intenzioni di chi la pose in essere.

Le Sezioni Unite civili di questa Corte Suprema (già con la sentenza 5.7.1982, n. 4000) hanno affermato il primato dell'interpretazione letterale sugli altri criteri ermeneutici, il cui impiego ha carattere sussidiario a causa della loro funzione ausiliaria e secondaria, riflettendo l'ordine con cui i diversi criteri interpretativi sono enunciati dall'art. 12 delle preleggi, secondo una gerarchia di valori non alterabile.

L'indagine per la corretta interpretazione di una disposizione legislativa deve essere condotta, pertanto, in via primaria, sul significato lessicale della stessa, che, se chiaro ed univoco, non consente l'utilizzazione di altre vie di ricerca.

Ciò comporta che, quando l'interpretazione letterale di una norma sia sufficiente ad individuarne il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere ai criteri ermeneutici sussidiari, poiché il ricorso a tali canoni secondari non può portare al risultato di modificare la volontà della norma come inequivocabilmente espressa dal legislatore. Soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti dubbia o ambigua l'intento del legislatore assume un ruolo paritetico in seno al procedimento interpretativo, sì che funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare. La stessa *mens legis*, inoltre, può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo [vedi, tra le decisioni più recenti, Cass. civ. 6 aprile 2001, n. 5128].

L'applicazione del canone ermeneutico letterale alla formulazione dell'art. 319 *ter* cod. pen. elimina la possibilità di una interpretazione riduttiva, poiché la norma in oggetto risulta formulata con un rinvio puro e semplice alle disposizioni di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen. e tali disposizioni contemplano *tutti i tipi di corruzione: propria, impropria, antecedente e susseguente*.

Escludendo la *corruzione susseguente* dal paradigma dell'art. 319 *ter* cod. pen. si violerebbe il principio di legalità, dato che si verrebbe arbitrariamente a ritagliare solo sul tipo della corruzione antecedente il rinvio operato nel primo comma di detta norma a tutti i fatti di corruzione ex artt. 318 e 319 cod. pen.

3.2 I “*fatti indicati negli artt. 318 e 319*” – testualmente richiamati dall’art. 319 *ter* cod. pen. – si identificano con le condotte poste in essere dai pubblici ufficiali alle quali fanno esclusivamente riferimento le due disposizioni anzidette [mentre la punibilità di colui che dà o promette il denaro o altra utilità è sancita dal successivo art. 321, al pari di quanto avviene per la corruzione in atti giudiziari] e tali condotte vanno individuate nel compimento dell’atto (conforme o contrario ai doveri) dell’ufficio, più che nella ricezione o nell’accettazione della promessa di denaro o di altra utilità.

L’art. 319 *ter* cod. pen. collega, però, a tutti i fatti indicati nei precedenti artt. 318 e 319 la finalità di “*favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo*”.

Secondo la sentenza n. 33435/2006 (Battistella), da tale previsione discenderebbe logicamente che l’atto del pubblico ufficiale debba essere realizzato solo sulla base di un previo accordo con il corruttore o di una previa ricezione di denaro o altra utilità (corruzione antecedente). Infatti, se la corruzione fosse susseguente, non potrebbe dirsi che la retribuzione o la promessa fatta al pubblico ufficiale avvenga “*per favorire o danneggiare una parte*”, dato che l’atto è stato già compiuto. Per ammettere la forma della corruzione susseguente nell’art. 319 *ter* cod. pen., tale espressione normativa dovrebbe ritenersi implicitamente affiancata da quella “*per avere favorito o danneggiato una parte*”, ma ciò contrasterebbe con il principio di tassatività delle fattispecie penali.

Osserva al riguardo il Collegio – tenuto anche conto della formulazione del secondo comma dell’art. 319 *ter* cod. pen., ove viene prevista un’aggravante ad effetto speciale nel caso in cui “*dal fatto deriva l’ingiusta condanna di taluno ...*” – che il fine di arrecare vantaggio o danno nei confronti di una parte processuale va riferito al pubblico ufficiale, poiché è questi che, compiendo un atto del proprio ufficio, può incidere sull’esito del processo: è l’atto o il comportamento processuale che deve, dunque, essere contrassegnato da una finalità non imparziale (non la condotta di accettazione della promessa o di ricezione del denaro o di altra utilità) e l’anzidetta peculiare direzione della volontà è *un connotato soggettivo della condotta materiale del pubblico ufficiale*.

Ciò che conta è la finalità perseguita al momento del compimento dell’atto del pubblico ufficiale: se essa [per qualsiasi *motivo*: ad esempio, rapporti di amicizia o di vicinanza culturale o politica; prospettive di vantaggi economici o di benefici pubblici o privati; sollecitazioni della parte interessata o di altri] è diretta a favorire o danneggiare una parte in un processo, è indifferente che l’utilità data o promessa sia antecedente o susseguente al compimento dell’atto, come pure è irrilevante stabilire se l’atto in concreto sia o non sia contrario ai doveri di ufficio.

La finalità si riferisce al fatto ed il valore del profilo soggettivo diviene così preponderante ai fini della ipotizzabilità del fatto di corruzione giudiziaria da cancellare la distinzione tra atto contrario ai doveri di ufficio e atto di ufficio, rimanendo esponenziale il presupposto che l’autore del fatto sia venuto meno al dovere di imparzialità e terzietà (non solo soggettiva ma anche oggettiva) costituzionalmente presidiato, così da alterare la dialettica processuale.

L’elemento soggettivo peculiare [come rilevato nella sentenza Giombini] “*finalizza la stessa tipicità dei fatti previsti dagli artt. 318 e 319 cod. pen. entro un ambito puntualmente delimitato dalla finalità del contegno*”.

Trattasi di un *comportamento psicologicamente orientato*, riconducibile a quelli che, come viene rilevato in dottrina, “*per la loro stessa natura o per i modi di estrinsecazione nella realtà, parlano, per così dire, il linguaggio del dolo*”.

E’ opportuno altresì evidenziare il *rapporto di specialità* che sussiste tra la corruzione “comune” di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen. e la corruzione in atti giudiziari, con la conseguenza che la *species* di cui all’art. 319 *ter* non può non contenere tutti gli elementi del *genus* (quindi quelli integranti la corruzione propria ed impropria, antecedente e susseguente), ai quali si aggiunge l’elemento specializzante di essere commessa per favorire o danneggiare una parte.

3.3 Quanto all’atteggiarsi del dolo, poi, sono senz’altro da condividersi le argomentazioni

svolte nella medesima sentenza Giombini (di cui si è detto diffusamente dianzi).

E' vero che, nel caso della corruzione antecedente, la condotta del pubblico ufficiale, rivolta a favorire o danneggiare una parte, trova la sua ragione in un accordo corruttivo già intervenuto, laddove invece, nella corruzione susseguente, la condotta medesima non costituisce la controprestazione rispetto ad una promessa o ad una dazione di denaro o di altra utilità: l'attività giudiziaria, però – in entrambi i casi – resta comunque influenzata dall'atto o dal comportamento contrario ai doveri d'ufficio, mediante il quale si realizza il fine perseguito dal pubblico ufficiale.

In tutte le forme di corruzione antecedente (e quindi anche nella corruzione antecedente in atti giudiziari) l'atto o il comportamento del pubblico ufficiale si inserisce nel contesto di una condotta del corrotto penalmente rilevante già *in itinere*. Nelle ipotesi di corruzione susseguente, invece, l'atto del pubblico ufficiale si inserisce nel contesto di una condotta che non ha ancora assunto rilevanza penale con riferimento al delitto di corruzione e che tale rilevanza assume se, successivamente all'atto o al comportamento, il pubblico ufficiale accetta denaro o altra utilità (ovvero la loro promessa) per averlo realizzato. Pure in questo caso, comunque, si è in presenza di una strumentalizzazione della pubblica funzione, sotto l'aspetto particolare, quanto alla corruzione in atti giudiziari, di uno sviamento della giurisdizione (anche solo tentato), non essendo necessario, infatti, per il perfezionamento del reato, che la finalità avuta di mira sia conseguita.

Le considerazioni anzidette si attagliano agevolmente ai casi di corruzione susseguente propria; mentre perplessità vengono manifestate in dottrina per la corruzione susseguente impropria, evidenziandosi che un atto conforme ai doveri di ufficio, in mancanza di un accordo preventivo, difficilmente può essere considerato volto a favorire o danneggiare una parte nel momento in cui è stato posto in essere per il solo fatto che successivamente il pubblico ufficiale riceva per esso denaro o altra utilità.

La circostanza che oggettivamente sussistano difficoltà probatorie, però, non può essere confusa con la ontologica strutturale impossibilità di realizzare un tale tipo di corruzione.

3.4 Né argomentazioni decisive, a favore della tesi contraria alla configurabilità della corruzione in atti giudiziari susseguente, possono farsi derivare dalla prospettazione che la disposizione di cui all'art. 319 *ter* cod. pen. si pone in continuità normativa con l'art. 319, comma 2, dello stesso codice, che – nella formulazione anteriore alla sua sostituzione ad opera dell'art. 7 della legge 26.4.1990, n. 86 – prevedeva un aumento della pena *per la corruzione propria antecedente* “se dal fatto deriva ... il favore o il danno di una parte in un processo ...”.

La legge n. 86/1990, infatti, ha introdotto un'autonoma figura delittuosa per la corruzione in atti giudiziari, in un contesto ispirato alla *ratio* generale dell'inasprimento delle sanzioni per i fatti di corruzione, con lo scopo pratico di sottrarre la preesistente aggravante al giudizio di bilanciamento e di anticipare la soglia della tutela (e, quindi, della punibilità) nella più ampia finalizzazione di rafforzamento del dovere di imparzialità, il quale incombe su tutti i pubblici dipendenti, ex art. 97, 1° comma, Cost., ma assume peculiari connotazioni per coloro che partecipano, con un ruolo potenzialmente decisivo, all'attuazione della giurisdizione.

Se lo scopo della innovazione legislativa è stato, dunque, quello di apprestare una più incisiva tutela alla funzione giurisdizionale, per la preminente rilevanza che essa ha nell'organizzazione statale, non è dato comprendere per quale ragione ciò dovrebbe valere solo per la corruzione antecedente, mentre quella susseguente resterebbe residualmente relegata nell'ambito della sfera di operatività degli artt. 318 e 319 cod. pen. e sarebbe conseguentemente parificata ad una corruzione “comune”, il che palesemente integrerebbe un contrasto sistematico con la stessa legge n. 86/1990, che ha inteso differenziare la corruzione in atti giudiziari dalla corruzione “comune”.

Nella medesima prospettiva va letta la rilevanza penale – desumibile dall'art. 321 cod. pen. con il suo integrale rinvio all'art 319 *ter* – della condotta dell'*extraneus* in tutti i casi di corruzione in atti giudiziari, rispetto all'irrilevanza della condotta dell'*extraneus* nel caso di corruzione “comune” impropria susseguente.

Appare del resto assolutamente irrazionale ed asistemático ritenere che la disciplina penalistica della “corruzione in atti giudiziari” non sarebbe rinvenibile integralmente nell’art. 319 *ter* cod. pen. (che reca tale testuale rubrica) ma sarebbe contenuta in ben tre norme: la corruzione antecedente, propria e impropria, nell’art. 319 *ter* cod. pen.; quella impropria susseguente nell’art. 318, comma 2, cod. pen.; quella propria susseguente nell’art. 319 cod. pen.

3.5 Le valutazioni fino a questo punto svolte non trovano smentita dalla prospettazione (rinvenibile anche nella sentenza n. 33435/2006, Battistella) secondo la quale, laddove si ritenga configurabile la corruzione susseguente in atti giudiziari, stante l’unicità della pena prevista dall’art. 319 *ter* cod. pen., si determinerebbe un “appiattimento” del trattamento sanzionatorio di condotte aventi un diverso valore offensivo.

Tale considerazione, infatti, potrebbe anzitutto valere anche per la corruzione “comune” propria, atteso che l’art. 319 cod. pen. sancisce la stessa pena sia per la corruzione antecedente che per quella susseguente.

Le maggiori perplessità si connettono, però, alla stessa premessa dell’obiezione, allorché si consideri che la corruzione susseguente in atti giudiziari non necessariamente si presenta meno lesiva del bene tutelato rispetto a quella antecedente, comportando pur sempre una strumentalizzazione della funzione che, nei singoli casi concreti, ben può assumere connotazioni di gravità non inferiori a quella che viene realizzata con la corruzione in atti giudiziari antecedente.

Sussiste, del resto, un ampio divario tra il minimo ed il massimo edittale (reclusione da tre a otto anni) e questo consente al giudice di graduare con razionalità adeguata la pena in relazione alla concreta gravità del fatto.

3.6 Significazioni di conferma dell’opzione interpretativa condivisa da queste Sezioni Unite si rinvencono, infine, nei lavori preparatori della legge n. 86/1990 (che ha introdotto l’art. 319 *ter* cod. pen.), la quale trae origine, oltre che da alcune proposte di iniziativa parlamentare, dal d.d.l. governativo presentato alla Camera dei Deputati dal ministro Vassalli il 7 marzo 1988.

Il delitto di corruzione in atti giudiziari era contemplato dall’art. 6 di detto d.d.l., il quale, nel sostituire l’art. 319 cod. pen., stabiliva che “se i fatti indicati nel primo comma dell’articolo precedente sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica ...”.

A sua volta il comma 1 dell’art. 318 risultava così formulato dall’art. 5 del d.d.l. in esame: “il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve ...”.

Dette formulazioni palesano ad evidenza l’intenzione del ministro proponente di attribuire rilevanza penale alla corruzione propria in atti giudiziari sia antecedente sia susseguente e le modifiche intervenute poi nel corso dell’*iter* parlamentare (che hanno portato alla formulazione attuale dell’art. 319 *ter* cod. pen.) sono state tutte nel segno di un ampliamento della sfera di operatività del delitto, estesa, nella sua formulazione definitiva, alla corruzione impropria.

4. Alla stregua delle argomentazioni dianzi svolte, va quindi affermato il principio di diritto secondo il quale “**il delitto di corruzione in atti giudiziari, di cui all’art. 319 *ter* cod. pen., è configurabile anche nella forma della corruzione susseguente**”.

5. La corruzione in atti giudiziari oggetto del presente procedimento si incentra nella condotta processuale del *testimone*.

Sul punto appare opportuno ricordare – anche in assenza di motivi specifici di ricorso, stante la rilevanza d’ufficio *ex art.* 609, 2° comma, c.p.p., delle questioni in ordine alla corretta qualificazione giuridica del fatto – che la giurisprudenza di questa Corte Suprema ha pacificamente ricondotto all’interno dell’art. 319 *ter* cod. pen. la condotta della falsa deposizione testimoniale, ritenendo che:

-- per “atto giudiziario” deve intendersi l’atto che sia funzionale ad un procedimento giudiziario e si ponga quale strumento per arrecare un favore o un danno nei confronti di una delle parti di un processo civile, penale o amministrativo [vedi Cass., Sez. VI: 25 maggio 2009, n. 36323, Drassich; 28 febbraio 2005, n. 13919, Baccarini];

-- al testimone deve riconoscersi la qualifica di “*pubblico ufficiale*” ai sensi dell’art. 357, 1° comma, cod. pen. [vedi Cass.: Sez. I, 23 gennaio 2003, n. 6274, P.M. in proc. Chianese; Sez. I, 13 marzo 2003, n. 17011, P.M. in proc. Cotrufo e altri; Sez. I, 26 novembre 2002, Catalano; Sez. I, 16 febbraio 2001, n. 15542, Pelini ed altri; Sez. VI, 10 maggio 1996, n. 6406, Arcuri; Sez. VI, 12 maggio 1993, n. 8245, Tedesco];

-- nessun profilo di ostatività è rinvenibile con riferimento ai *rapporti tra il reato di corruzione in atti giudiziari e quello di falsa testimonianza*, stante la “*differenza strutturale*” tra tali due fattispecie [vedi le argomentazioni svolte, in tema di individuazione del rapporto di genere a specie tra norme incriminatrici, da Cass., Sez. Unite, 7 giugno 2001, n. 23427, P.G. in proc. Ndiaye].

5.1 Viene però censurata, nel ricorso, la configurabilità stessa del reato di corruzione in atti giudiziari adducendosi che l’imputato, esaminato dinanzi al Tribunale di Milano nella veste di “testimone” nei processi “*Arces*” e “*All Iberian*”, avrebbe dovuto essere invece sentito in quei processi, ai sensi dell’art. 210 c.p.p., come “imputato di reato connesso” nel c.d. processo “*Agrama*”, che lo vedeva imputato per reati fiscali, ricettazione e riciclaggio.

Ciò sul presupposto che, ove in tali sensi si fosse proceduto, il ricorrente, non assumendo la qualifica di pubblico ufficiale, non avrebbe potuto rientrare all’interno delle qualifiche soggettive richieste per l’integrazione del *reato proprio* di cui all’art. 319 *ter* cod. pen. (e neppure dell’art. 319 cod. pen.), non potendo, d’altra parte, farsi riferimento al delitto di cui all’art. 377 *bis* cod. pen., integrabile unicamente da chi induca e non anche da chi sia indotto a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci.

5.2 Al riguardo va rilevato che – con riferimento al reato di corruzione in atti giudiziari ove corrotto sia il testimone di un processo – manca una previsione di “non punibilità” analoga a quella contemplata, invece, per il reato di falsa testimonianza, dall’art. 384, 2° comma, cod. pen., riferita appunto al caso di colui che “non avrebbe dovuto...essere assunto come testimone...ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere...”.

In detta ipotesi, secondo autorevole dottrina, piuttosto che una causa di non punibilità, sarebbe riscontrabile un difetto di tipicità del fatto, giacché “quando il dichiarante non ha legittimamente acquisito la qualifica di teste, il delitto di falsa testimonianza, che è un reato proprio, non sussiste”.

La giurisprudenza, a sua volta, pur non avendo espressamente configurato la disposizione dell’art. 384, 2° comma, cod. pen. come una espressione di mancanza di tipicità del fatto-reato, ha tuttavia chiaramente distinto l’ambito di operatività di tale previsione rispetto a quello regolato dal 1° comma dello stesso art. 384, sottolineando che “non integra il reato di falsa testimonianza la dichiarazione non veritiera resa da persona che non possa essere sentita come testimone...a nulla rilevando le finalità e i motivi che l’abbiano indotta a dichiarare il falso” [così Cass., Sez. Unite, 29 novembre 2007, n. 7208/08, Genovese].

Alla stregua delle considerazioni appena svolte – a fronte della mancanza di una previsione che, in analogia a quella di cui all’art. 384, 2° comma, cod. pen., “scrimini” il reato di corruzione in atti giudiziari sulla base della errata attribuzione al teste di tale qualità – ritiene questo Collegio che il giudice possa comunque “autonomamente” apprezzare, ora per allora (e sempre che, naturalmente, egli possa disporre di elementi di fatto idonei a consentirgli un tale giudizio) la corretta qualifica da attribuirsi al “dichiarante”, eventualmente discostandosi anche dalle valutazioni e dalle conclusioni a suo tempo effettuate dal giudice del procedimento in cui tali dichiarazioni furono rese.

5.3 La ricerca dell'esatta individuazione dei confini assegnati al potere del giudice in ordine alla qualifica soggettiva da attribuire al dichiarante chiama in causa i presupposti applicativi non solo dell'art. 210 c.p.p., ma anche dell'art. 63, 2° comma, c.p.p., ad essa collegata sul piano sistematico; come chiarito infatti, da ultimo, nella ordinanza n. 280 del 2009 della Corte Costituzionale "l'art. 63, comma secondo, c.p.p. attua una tutela anticipata delle incompatibilità con l'ufficio di testimone previste dall'art. 197, comma primo, lettere a) e b), c.p.p. nei confronti dell'imputato in un procedimento connesso o di un reato collegato: incompatibilità che, a loro volta, impongono che l'esame del soggetto avvenga nelle forme dell'art. 210".

In ordine a tale generale questione, ritengono queste Sezioni Unite che spetti al giudice il potere di verificare *nella sostanza* – al di là del riscontro di indici formali, quali la già intervenuta o meno iscrizione nominativa nel registro delle notizie di reato – l'attribuibilità, al dichiarante, della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni stesse vengano rese. Ove si subordinasse, infatti, l'applicazione della disposizione di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p. alla iniziativa del pubblico ministero di iscrizione del dichiarante nel registro *ex art.* 335 c.p.p., si finirebbe col fare assurgere la condotta del pubblico ministero a requisito positivo di operatività della disposizione, quando sarebbe invece proprio la omissione antidoverosa di quest'ultimo ad essere oggetto del sindacato in vista della dichiarazione di inutilizzabilità [Vedi, sul punto, Cass.: Sez. VI, 22 aprile 2009, n. 23776, Pagano ed altri ; Sez. II, 24 aprile 2007, n. 26258, Pavan, e, in precedenza, Sez. VI, 20 maggio 1998, n. 7181, Villani; Sez. VI, 11 maggio 2000, n. 6605, Valianos; Sez. I, 6 febbraio 2001, n. 16146, Sestino; Sez. IV, 10 dicembre 2003, n. 4867/04, Falzetti].

Quanto al tipo e alla consistenza degli elementi apprezzabili dal giudice al fine di verificare l'effettivo *status* del dichiarante, devono ritenersi rilevanti i soli indizi non equivoci di reità, sussistenti già prima dell'escussione del soggetto e conosciuti dall'autorità procedente [In tal senso, oltre a Sez. Unite, 23 aprile 2009, n. 23868, Fruci, vedi anche Sez. V, 15 maggio 2009, n. 24953, Costa ed altri; Sez. Unite, 22 febbraio 2007, n. 21832, Morea; Sez. II, 2 ottobre 2008, n. 39380, Galletta; Sez. V, 5 dicembre 2001, n. 305/02, La Placa].

Il giudice, infatti, per potere applicare la norma di cui all'art. 210 c.p.p., deve essere messo in condizione di conoscere la situazione di incapacità a testimoniare o di incompatibilità, le quali, quindi, se non risultano dagli atti inseriti nel fascicolo del dibattimento, devono essere dedotte dalla parte esaminata o comunque da colui che chiede l'audizione della persona imputata o indagata in un procedimento connesso o collegato [vedi Cass., Sez. III, 11 ottobre 2007, n. 40196, Torcasio].

L'originaria esistenza di gravi indizi di reità, inoltre, non può automaticamente farsi derivare dal solo fatto che i dichiaranti risultino essere stati in qualche modo coinvolti in vicende potenzialmente suscettibili di dar luogo alla formulazione di addebiti penali a loro carico, occorrendo invece che tali vicende, per come percepite dall'autorità inquirente, presentino connotazioni tali da non poter formare oggetto di ulteriori indagini se non postulando necessariamente l'esistenza di responsabilità penali a carico di tutti i soggetti coinvolti o di taluni di essi [così Cass., Sez. I: 27 febbraio 2002, n. 8099, Pascali; 25 gennaio 2008, n. 4060, Sommer ed altri].

Resta fermo, comunque, che la questione relativa alla sussistenza *ab initio* di indizi di reità a carico dell'interessato costituisce accertamento in punto di fatto che, in caso di congrua motivazione da parte del giudice di merito, è sottratto al sindacato di legittimità [vedi Cass.: Sez. III, 30 settembre 2003, n. 43135, Marciante e altri; Sez. VI, 30 aprile 1999, n. 10230, Cianetti].

5.4 Nella vicenda in esame i giudici di appello hanno sostenuto, in ciò contrastati dal ricorrente, che, all'epoca delle dichiarazioni rese da MILLS, le vicende di evasione fiscale e riciclaggio [reati di cui all'art. 4, lett. f), legge n. 516/1982 in relazione all'art. 2 D.Lgs. n. 74/2000 ed agli artt. 648 e 648 *bis* cod. pen.] a questo ascritte nel procedimento c.d. "Agrama", già frutto delle medesime indagini che avevano dato luogo al presente procedimento (come ricordato dal Tribunale a pag. 2 della sentenza di primo grado), non fossero in rapporto diretto con quelle oggetto dei procedimenti in cui egli era stato sentito quale teste.

Deve rilevarsi inoltre al riguardo, che, mentre secondo la Corte d'appello (pag. 75 dell'impugnata sentenza), MILLS sarebbe stato, all'epoca delle dichiarazioni da lui rese, indagato nel procedimento "Agrama" che, tuttavia, avrebbe riguardato fatti non connessi con quelli contestati nei processi *Arces* e *All Iberian*; per la difesa (pag. 111 e ss. del ricorso) tale procedimento sarebbe formalmente sorto solo successivamente alle deposizioni di MILLS, pur essendo materialmente "coevo tanto per natura ed oggetto dell'accertamento, tanto per coerenza temporale".

Le argomentazioni svolte dalla Corte territoriale appaiono logiche e razionali ed integrano accertamento in punto di fatto che, a fronte della congrua motivazione da parte del giudice di merito, è sottratto al sindacato di legittimità.

6. Alla stregua dei principi di diritto dianzi enunciati deve essere valutata la medesima questione sollevata in ricorso (pag. 22 e ss.) con riferimento alla veste testimoniale attribuita ad Attanasio, sul presupposto che il presente processo avrebbe riguardato fatti connessi a quelli per i quali lo stesso Attanasio era giudicato dal Tribunale di Salerno.

La Corte di merito ha rilevato, sul punto, l'insussistenza "di alcuna connessione in senso tecnico", essendo stato l'Attanasio giudicato per fatti di corruzione commessi nel territorio del circondario di Salerno negli anni dal 1990 al 1996, sicuramente precedenti a quelli oggetto del presente giudizio e che "l'unico collegamento con quel processo è che in quella sede Attanasio ha detto che MILLS amministrava i suoi fondi all'estero".

Le pur ampie argomentazioni contrarie svolte in ricorso, ed in particolare i riferimenti alla documentazione acquisita presso lo studio di revisione contabile *Edwards & Co.* ed a quella relativa ad altri trasferimenti di denaro (da *Mees Pierson Bahamas* a *Hadrian Trust* dell'Attanasio e poi al c/c 700807 presso la *C.I.M. Banque* e nella disponibilità dell'odierno imputato), non valgono a dimostrare l'illogicità della valutazione operata dai giudici del merito, presentandosi come meramente assertivo l'assunto della difesa secondo il quale la somma di \$ 600.000, confluita sui conti di MILLS, abbia tratto origine da operazioni imprenditoriali strettamente correlate ai fatti posti alla cognizione del Tribunale di Salerno.

7. Deduce ancora il ricorrente la violazione del *principio di correlazione tra accusa e sentenza* posto dall'art. 521 c.p.p., prospettando una sostanziale divergenza tra l'imputazione e la sentenza di primo grado: mentre, infatti, nella descrizione imputativa, il c.d. "*dividendo Horizon*" era menzionato soltanto come oggetto di una delle asseritamente reticenti deposizioni testimoniali nell'ambito dei procedimenti "*Arces*" e "*All Iberian*"; lo stesso dividendo sarebbe stato considerato, in sentenza, quale somma di denaro che l'imputato poteva contare di trattenere per sé, a titolo di compenso delle sue reticenti ed elusive deposizioni testimoniali.

La Corte di appello sarebbe incorsa in errore affermando, sul punto, che la sentenza di primo grado ha inteso il "*dividendo Horizon*" come antifatto storico, inserito nel rapporto tra l'odierno imputato e il Gruppo Fininvest, e mai come prezzo della corruzione.

La doglianza è infondata.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte Suprema – infatti – il principio della correlazione tra fatto contestato e fatto ritenuto in sentenza non va inteso in senso rigorosamente formale o meccanicistico ma, conformemente al suo scopo ed alla sua funzione, in senso realistico e sostanziale.

La verifica dell'osservanza di detto principio non può esaurirsi, quindi, in un pedissequo e mero confronto puramente letterale tra contestazione e sentenza, ma va condotta sulla base della possibilità assicurata all'imputato di difendersi *in relazione a tutte le circostanze del fatto*, sicché deve escludersene la violazione ogni volta che non sia ravvisabile pregiudizio delle possibilità di compiuta difesa.

Le Sezioni Unite penali – con la sentenza n.16 del 22.10.1996, ric. Di Francesco – hanno affermato, in particolare, che "con riferimento al principio di correlazione fra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto, *occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi*

essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione" e "... vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione".

Nella specie, già nel decreto che (in data 30.10.2006) dispose il giudizio, venne contestato al MILLS che quegli, *"per compiere atti contrari ai doveri di ufficio del testimone", "accettava la promessa e successivamente riceveva da Carlo Bernasconi, a seguito di disposizione di Silvio Berlusconi, la somma di 600 mila dollari, investita dallo stesso – per il tramite della società offshore Struie Ltd. – in unità dell'hedge fund Giano Capital (febbraio 1998) e l'anno successivo reinvestita nel Torrey Global Offshore Fund".*

I contenuti essenziali dell'addebito non hanno costituito oggetto della modifica dell'imputazione effettuata nel corso dell'istruzione dibattimentale (all'udienza del 14 dicembre 2007) e tale modifica è scaturita da acquisizioni probatorie assunte in dibattimento, in ordine alle quali l'imputato ha avuto piena possibilità di svolgere le proprie difese.

La sentenza di primo grado – diversamente da quella che ha concluso il giudizio di appello – ha ravvisato una ipotesi di corruzione antecedente, ma non ha affermato che il compenso dell'accordo corruttivo fosse integrato dal c.d. *"dividendo Horizon"*. E' il ricevimento della somma di 600.000 dollari che ha costituito sempre il principale parametro di riferimento dell'attività difensiva, mentre le modalità ed ai successivi "passaggi" attraverso i quali quella somma ebbe a pervenire all'imputato (comprese le correlazioni con la formazione del dividendo in oggetto e l'investimento in "Giano Capital") sono state diffusamente indagate nel corso dell'istruzione dibattimentale, svoltesi in ampio e costante contraddittorio.

8. Per quanto attiene i *profili di responsabilità del MILLS*, va rilevato che – secondo la ricostruzione dei fatti operata in sede di merito – l'imputato aveva svolto la professione di avvocato a Londra come responsabile dello studio *"CMM Limited"*, il cui scopo era quello di costituire società sia in Inghilterra sia, tramite agenti e fiduciari, in altri Paesi (in particolare nei c.d. "paradisi fiscali").

Per la Fininvest erano state create tra trenta e cinquanta società (costituite prevalentemente nelle Isole del Canale e nelle Isole Vergini), che, nella contabilità della CMM, erano state suddivise in una lista A ed in una lista B.

Tra queste società vi era *"All Iberian"*, con sede in Guernsey, divenuta nel corso della propria attività "la tesoreria di un gruppo di società offshore" e finanziata da altra società denominata *"Principal Finance Ltd."*.

Per evitare gli effetti della legge Mammì (che aveva fissato un tetto al possesso di reti televisive, in Italia, da parte di uno stesso soggetto), era stata utilizzata la società *"Horizon"*, posseduta da MILLS, che aveva costituito la società lussemburghese *"C.I.T."* insieme ad altre società controllate dalla stessa *"Horizon"*. Gran parte della *"C.I.T."* era azionista della Banca Internazionale del Lussemburgo, in cui *Horizon* ed *All Iberian* facevano confluire denaro.

Nel 1995 l'intera *"C.I.T."*, compresa la partecipazione di *"Horizon"*, era stata ceduta al sudafricano Rupert e la plusvalenza di *"Horizon"*, pari a circa dieci miliardi di lire, era stata trattenuta da MILLS in attesa di definire la situazione di tutte le società offshore (si era deciso, infatti, di regolarizzare tali società, assoggettandole al fisco inglese con un bilancio consolidato dal 1991 al 1995). La somma rimasta dopo il versamento al fisco e la restituzione delle somme dovute alla società *All Iberian* era stata depositata in una banca in attesa del chiarimento della situazione in relazione ai processi pendenti in Italia.

8.1 Con riferimento all'addebito relativo al fatto di avere MILLS celato l'identità della proprietà delle società offshore del cosiddetto "Gruppo Fininvest B", la sentenza emessa nel processo *Arces ed altri* aveva accertato in maniera definitiva che la Guardia di Finanza era stata corrotta affinché non venissero svolte approfondite indagini in ordine alle società del Gruppo Fininvest e non ne emergesse la reale proprietà, pur non essendo stato ritenuto certo il collegamento diretto fra i funzionari corrotti e Silvio Berlusconi, collegamento invece definitivamente provato rispetto ad altro dirigente di Fininvest, Salvatore Sciascia, responsabile del servizio centrale fiscale della società, condannato con sentenza irrevocabile.

Parimenti, i fatti relativi all'illecito finanziamento in favore di Bettino Craxi da parte di Fininvest, tramite *All Iberian*, erano stati, sulla base di plurime prove testimoniali e documentali, definitivamente dimostrati [visto che la sentenza di primo grado, di condanna dei vertici della società e fra di essi di Silvio Berlusconi, non è stata riformata nel merito ma per intervenuta prescrizione], così come si era accertato che *All Iberian* e le società *offshore* collegate erano state costituite su iniziativa del Gruppo Fininvest e che *All Iberian* era stata utilizzata quale tesoreria delle altre *offshore* inglesi costituite per conto del Gruppo Fininvest e dallo stesso finanziate tramite *Principal Finance*, adoperata come ponte anche dalla *Silvio Berlusconi Finanziaria*, tesoreria estera del Gruppo.

MILLS – il quale aveva costituito le società del gruppo Fininvest all'estero, ivi comprese quelle del c.d. “gruppo B” – era a conoscenza dell'identità degli effettivi soci di tali società e quindi del reale beneficiario economico delle stesse.

Ciò emergeva in particolare, anche senza tener conto della “confessione” che MILLS avrebbe poi reso nella lettera inviata a Bob Drennan [appartenente allo studio professionale *Rawlinson & Hunter*, che MILLS aveva contattato in relazione all'indagine fiscale effettuata a suo carico nel Regno Unito] il 2 febbraio 2004 e nell'interrogatorio innanzi al pubblico ministero il 18 luglio 2004:

-- dalla “*due diligence*” effettuata da tale Pierre Amman (Questi – essendo stato incaricato dalla società “Edsaco”, in vista dell'acquisto di CMM, di conoscere quali erano i clienti di CMM e quali le relazioni e le modalità gestionali dei rapporti con i clienti medesimi – aveva accertato che le società del gruppo Fininvest, clienti della CMM, erano divise in due gruppi: “*le società A erano società conosciute al pubblico e le B erano società che erano sconosciute al pubblico o non ancora conosciute oppure inattive*”, anche se “*questa suddivisione non era proprio una scienza esatta*”);

-- dalla nota inviata a MILLS da Giorgio Vanoni (amministratore finanziario della Fininvest e della “*Silvio Berlusconi Entertainment Ltd.*”) durante la sua latitanza nel dicembre del 1995 (contenente plurimi riferimenti ad informazioni riservate afferenti le società Fininvest B);

-- dalla deposizione di Tanya Maynard (che aveva lavorato con MILLS tra il gennaio 1989 ed il luglio 1994, specificamente dal 1991 quale direttrice della CMM, il cui scopo era quello di costituire società sia in Inghilterra sia tramite agenti e fiduciari in altri Paesi e della quale MILLS era responsabile).

A fronte di ciò, tuttavia, lo stesso MILLS – sentito come testimone il 20 novembre 1997 e il 12 e 19 gennaio 1998 – non aveva comunicato i nomi dei soci da lui conosciuti, e così era stato reticente rispondendo alle domande concernenti la proprietà delle società *offshore* di Fininvest, costringendo il Tribunale a procedere in via induttiva, con la conseguenza che proprio la carenza di prova certa sul punto aveva determinato, nel processo *Arces ed altri*, l'assoluzione di Silvio Berlusconi in secondo grado e, definitivamente, in sede di giudizio di cassazione.

In relazione all'addebito di reticenza relativo ai beneficiari economici delle società “*Century One Entertainment Ltd.*” e “*Universal One Ltd.*” [delle quali, nel giugno del 1991, era stato conferito a Paolo Del Bue la *general power of attorney*] ed al legame diretto esistente tra Paolo Del Bue e la famiglia Berlusconi, risulta accertato che – in un foglio manoscritto contenente una proposta di struttura di ciascuna *holding*, redatto da Tanya Maynard su istruzioni di MILLS (come da lei stessa riferito) ed acquisito il 14 novembre 1996 presso gli uffici della finanziaria Bonzanigo a Ginevra – Marina e Piersilvio Berlusconi erano stati indicati come beneficiari rispettivamente di *Volcameh Trust* e di *Muesta Trust* ed era altresì stato indicato il percorso attraverso il quale da ognuno di essi si giungeva a *Century One* e *Universal One*; in tale manoscritto si era altresì previsto il divieto per detti beneficiari di disporre del capitale per tutta la durata in vita del padre, salvo che a ciò non avessero consentito, attraverso MILLS, indicato come esecutore, Gironi, Foscale o Confalonieri.

Tutto ciò MILLS (che tra l'altro falsamente aveva dichiarato essere stata la Maynard a creare le strutture in questione) non aveva riferito ai giudici, benché egli, in quanto esecutore, ben sapesse essere state le società create per volontà di Silvio Berlusconi.

8.2 Quanto alla contestata falsità in ordine al c.d. “*dividendo Horizon*” – rilevato che la condotta da ascrivere all'imputato deve più precisamente essere configurata come reticenza – è stato ritenuto che

l'attribuzione a MILLS di tale dividendo era derivata dalla necessità di celare il reale proprietario delle società *offshore* del gruppo Fininvest e di consentire allo stesso di aggirare la normativa italiana in materia di concentrazione di emittenti televisive: istituita infatti, per tale scopo, la società *Horizon* (finanziata da *All Iberian*), la cui proprietà era stata appunto fittiziamente attribuita a MILLS per tenere celata l'identità degli effettivi beneficiari, un dividendo collegato alla gestione di essa era poi stato dal medesimo introitato e, successivamente, da lui ripartito con i soci dello studio legale.

A fronte di ciò, l'imputato, nel corso degli interrogatori subiti negli anni 1997 - 98, aveva invece eluso le domande postegli in merito, affermando di avere ricevuto il dividendo a titolo di compenso professionale, ovvero in relazione alla sua qualità di unico referente e beneficiario di *All Iberian* o ancora in vista della cessazione di ogni attività. MILLS non aveva riferito, però, degli accordi intervenuti con Vanoni secondo i quali gli utili di *Horizon* erano stati trasformati in utili di sua spettanza per distanziare il Gruppo Fininvest dai patrimoni delle società *offshore*.

8.3 Circa la contestata omissione in ordine al colloquio intervenuto con Silvio Berlusconi il 23 novembre 1995, i giudici del merito hanno evidenziato la nota scritta dallo stesso MILLS ai suoi soci il 27 novembre 1995, ove quegli aveva appunto riferito del colloquio telefonico intercorso il giovedì precedente e nel corso del quale Berlusconi si era soffermato sulle ragioni politiche alla base dell'accusa a lui mossa di finanziamento illecito in favore di Bettino Craxi; di contro, MILLS, interrogato il 12 e 19 gennaio 1998, aveva omesso di riferire di avere parlato al telefono con Berlusconi.

Del resto, nella "confessione" resa da MILLS ai pubblici ministeri di Milano il 18 luglio 2004 era emerso, con riferimento ai fatti oggetto delle sin qui ricordate false o reticenti dichiarazioni, quale fosse invece la reale conoscenza degli stessi da parte di MILLS.

Egli aveva, infatti, offerto un ampio resoconto dei presupposti professionali, finanziari e giudiziari intercorsi con il gruppo Fininvest, ed in particolare con Silvio Berlusconi ed i suoi dirigenti, a far tempo dalla fine degli anni '70 - inizio anni '80, ovvero dall'incarico affidatogli di costituire un gruppo di società *offshore* al fine di realizzare da un lato la creazione di poste contabili che non avrebbero dovuto figurare nel bilancio consolidato del gruppo, dall'altro l'allocatione "estero su estero" di ingenti somme di denaro i cui beneficiari erano individuati, quanto alle società *Century One* e *Universal One*, nei figli di Silvio Berlusconi, Marina e Pier Silvio.

MILLS aveva descritto, poi, come e perché avesse conseguito lui stesso un profitto delle società *offshore*, il cosiddetto *dividendo Horizon* pari a circa 10 miliardi di lire, che i dirigenti del Gruppo Fininvest gli avevano chiesto di trattenere in conto e in nome proprio, sottoponendolo a tassazione fiscale secondo la legge britannica, al fine di cancellare qualsiasi traccia finanziaria idonea a ricondurre a Silvio Berlusconi la proprietà delle società *offshore*, e, fra esse, del canale televisivo *Telepiù*, in aperta violazione della legge italiana che impediva la concentrazione di proprietà di sistemi di comunicazione di massa.

Il fulcro della reticenza di David MILLS, in ciascuna delle sue deposizioni, si incentra, in definitiva, nel fatto che egli aveva ricondotto solo genericamente a Fininvest, e non alla persona di Silvio Berlusconi, la proprietà delle società *offshore*, in tal modo favorendolo in quanto imputato in quei procedimenti, posto che si era reso necessario distanziare la persona di Silvio Berlusconi da tali società, al fine di eludere il fisco e la normativa anticoncentrazione, consentendo anche, in tal modo, il mantenimento della proprietà di ingenti profitti illecitamente conseguiti all'estero e la destinazione di una parte degli stessi a Marina e Pier Silvio Berlusconi.

8.4 Operata la anzidetta ricostruzione del quadro delle condotte false e reticenti tenute dall'imputato nel corso delle proprie deposizioni testimoniali, sono state diffusamente esaminate le circostanze relative alla dazione in favore di MILLS del "regalo" di 600.000 dollari.

A cagione e nel contesto di un'indagine fiscale effettuata dalle autorità britanniche (*Inland Revenue*) nei confronti di MILLS, il 2 febbraio del 2004 lo stesso MILLS, in una lettera recapitata a Robert Drennan dello studio *Rawlinson & Hunter*, oltre a riepilogare le vicende relative all'inaspettato guadagno rappresentato dal dividendo di circa 1,5 milioni di sterline (c.d. *dividendo Horizon*) "proveniente dalle società di Mr. B", aveva anche raccontato come egli, con la sua testimonianza, avesse "tenuto Mr. B. fuori da un sacco di problemi"

evitando di dire tutto ciò che sapeva, nonché come, all'incirca alla fine del 1999, gli fosse stato detto che avrebbe ricevuto dei soldi, segnatamente \$ 600.000, da considerare quale un prestito a lungo termine od un regalo ("600.000 dollari furono messi in un *hedge fund* e mi fu detto che sarebbero stati a mia disposizione, se ne avessi avuto bisogno").

Questi stessi concetti erano stati sostanzialmente ribaditi a Brennan da MILLS nel corso di un colloquio tra i due, venendo in quella occasione precisato che Carlo Bernasconi aveva appunto detto a MILLS che detta somma, da considerarsi come un prestito a lungo termine che non avrebbe dovuto essere rimborsato o come un regalo, era stata precisamente immessa in un fondo denominato "*Torrey fund*".

Analoghe circostanze erano state riferite da MILLS al fiscalista David Jeffrey Barker e, successivamente, nel corso dell'interrogatorio del 18 luglio 2000 avanti ai pubblici ministeri di Milano (ivi, anzi, parlando MILLS direttamente di Berlusconi e mettendo egli in relazione il compenso di \$ 600.000 con le testimonianze rese), nonché in una riunione con lo S.C.O. (*Special Confluence Service di Inland Revenue*) il 22 luglio 2004.

Nell'interrogatorio del 18.7.2002 [riportato a pag. 156 della sentenza del Tribunale] MILLS ebbe in particolare ad affermare: "... io sono stato sentito più volte in indagini e processi che riguardavano Silvio Berlusconi e il Gruppo Fininvest e, *pur non avendo mai detto il falso, ho tentato di proteggerlo nella massima misura possibile e di mantenere laddove possibile una certa riservatezza sulle operazioni che ho compiuto per lui*. E' in questo quadro che nell'autunno del 1999, Carlo Bernasconi, che mi dispiace coinvolgere in questa storia, perché era veramente un mio amico, mi disse che Silvio Berlusconi a titolo di riconoscenza per il modo in cui io ero riuscito a proteggerlo nel corso delle indagini giudiziarie e dei processi, aveva deciso di destinare a mio favore una somma di denaro. Cerco di ricordare le parole esatte che Carlo usò per indicare chi aveva preso questa decisione all'interno della famiglia: ritengo che abbia usato l'espressione '*il dottore*', che era il modo con cui abitualmente chiamava Silvio Berlusconi. Quanto al percorso del denaro, esso affluisce su *Torrey Global* tramite una società BVI che si chiamava *Struie*, società gestita per me da fiduciari e sul cui conto erano affluiti denari di alcuni clienti, nel corso del tempo. In effetti una consistente somma di denaro era stata immessa in *Struie* da Bernasconi già dal 1997, ma fu solo nel 1999 che Bernasconi, con il discorso che ho sopra riferito, mi ha autorizzato a disporre nella misura di \$ 600.000. La cosa più probabile è che il denaro sia affluito sul conto di *Struie* presso la Banca CIM di Ginevra ma in questo momento a memoria non sono in grado di dare ulteriori precisazioni".

Successivamente, con memoria del 7 novembre 2004, consegnata al pubblico ministero di Milano nel corso di una presentazione spontanea, MILLS, rettificando quanto già dichiarato, aveva raccontato invece di avere ricevuto la somma di denaro, parte di una maggior somma di \$ 2.050.000 proveniente dalla Banca *Mees Pierson*, non già da Carlo Bernasconi ma da Diego Attanasio, suo cliente ed amico; il denaro, depositato fino al 21 ottobre 1997 presso un conto personale, era stato inviato in quella data a legali o società di *trust* a Gibilterra ed era poi arrivato sui conti della società *Struie*.

Tale ritrattazione, tuttavia, è stata considerata generica, parziale e inattendibile dai giudici del merito, i quali hanno ritenuto del tutto illogica la ragione pretesamente addotta da MILLS – ovvero la volontà di tutelare l'Attanasio, già sottoposto a delicati procedimenti penali, dalle conseguenze negative che gli sarebbero derivate – a fondamento della omessa menzione del suo nome e della attribuzione della provenienza dei soldi, invece, a Bernasconi e, per lui, a Berlusconi.

Del resto, da un lato lo stesso Attanasio aveva negato di avere fatto regali o prestiti quali quelli in esame a MILLS e, dall'altro, lo sviluppo dei flussi finanziari, dalla loro origine al deposito delle somme sul conto intestato a *Mees Pierson Bahamas* presso *Amro Bank* e ai successivi passaggi, era tale da smentire l'assunto della provenienza del denaro da Attanasio.

Né le consulenze delle difese MILLS e Berlusconi erano giunte ad approdi in senso opposto.

Non poteva inoltre essere sottaciuta la straordinaria reiterazione della originaria versione dei fatti prima della ritrattazione, avendo MILLS fatto riferimento alla percezione del denaro ed alla sua riconducibilità, attraverso Bernasconi, alle condotte processuali mantenute nel tempo in favore di Fininvest, almeno dodici volte prima di attribuirne la paternità a Diego Attanasio.

8.5 La Corte di appello – per quanto concerne, in particolare, la valenza probatoria attribuita alla confessione di MILLS e la svalutazione della ritrattazione del medesimo – ha osservato che il giudice di primo grado non solo non aveva accolto in senso acritico la confessione, ma al contrario aveva indicato tutti gli atti (scritti, appunti, testimonianze) ed i momenti (ben dodici, analiticamente enunciati) in cui MILLS e altri si erano attestati sulle medesime posizioni, senza mai attribuire la provenienza della somma ad Attanasio, “secondo un incontrovertibile ordine temporale ed una perfetta sequenza logica” (venendo dalla Corte riepilogati i contenuti dei vari scritti e delle varie dichiarazioni rese da MILLS).

Il Tribunale non si era limitato a confutare la ritrattazione con riferimento al fatto che la nuova versione era stata smentita da Attanasio, ma si era diffuso in un accurato esame delle consulenze per giungere alla conclusione dell’inconsistenza della tesi difensiva; né la missiva del 4 febbraio 2004 poteva essere catalogata come “maldestro tentativo” di frodare il fisco inglese, considerata l’esperienza e la consuetudine di MILLS a gestire capitali di rilievo per un numero considerevole di clienti, attraverso la costituzione di *trusts* e strutture societarie particolari, districandosi abilmente nell’ambito della normativa inglese.

Al contrario, che la verità dovesse essere quella della lettera, era dimostrato anche dal fatto che allorché Drennan, nel corso del colloquio con MILLS, aveva iniziato a prendere appunti su quanto riferitogli, era stato fermato da quest’ultimo sul presupposto della esistenza della esaustiva missiva; né MILLS sospettava minimamente che Drennan e Barker, timorosi di un loro coinvolgimento in una grave vicenda, avrebbero poi provveduto ad informare il fisco inglese così giungendo il documento, qualche tempo dopo, nelle mani degli inquirenti italiani.

Del resto, non solo MILLS aveva, nel corso dell’interrogatorio avanti al pubblico ministero di Milano in data 18 luglio 2004, confermato quanto già più volte dichiarato in precedenza, ma aveva, rievocando le parole di Bernasconi, specificamente menzionato Berlusconi (“il dottore”) quale fonte di provenienza della somma di \$ 600.000, aggiungendo che tale somma, materialmente versata sul conto di pertinenza di Flavio Briatore, riferibile alla società *Struie*, era stata messa verbalmente a sua disposizione solo dalla fine di ottobre del 1999 ed entrata concretamente nel suo patrimonio nel marzo del 2000. Né la ritrattazione era idonea a confutare le precedenti dichiarazioni sul piano logico o su quello giuridico, posto che la stessa non aveva offerto una spiegazione credibile dei motivi che presiedevano al contenuto dell’iniziale confessione (lo stesso MILLS aveva, nella memoria del 7.11.2004 consegnata ai pubblici ministeri di Milano, testualmente affermato: “*per ragioni che io ancora oggi faccio fatica a comprendere ho detto che i soldi erano di Fininvest, in sostanza, mentre erano di Attanasio*”).

Le giustificazioni di MILLS in ordine al fatto che la mancata menzione del nome di Attanasio era dipesa dalle possibili conseguenze negative per lo stesso, sottoposto a procedimento penale per fatti di corruzione nel territorio italiano, erano giustamente state ritenute illogiche “al limite del risibile” dal primo giudice, sol che si mettessero in comparazione tra loro la posizione del soggetto inizialmente indicato come dante causa della somma e quella del soggetto che l’imputato avrebbe inteso coprire. Attanasio stesso, senza potere avere alcun interesse a mentire sul punto, aveva detto di non avere mai avuto ammanchi di denaro dai fondi gestiti da MILLS, aggiungendo di non avergli mai regalato o prestato \$ 600.000.

8.6 In ordine ai rilievi difensivi mossi alla valutazione operata dal Tribunale del contenuto e degli esiti delle consulenze, in particolare ove i giudici avevano individuato in sette punti le anomalie riscontrate nella gestione, da parte di MILLS, dei vari fondi interessati dalla movimentazione del denaro ricevuto, la Corte, escluso che sei di tali profili (dal secondo al settimo) fossero rilevanti circa la dimostrazione, pretesa dalla difesa, che il denaro provenisse da Attanasio, ha concentrato la propria attenzione sul primo di essi.

La difesa aveva infatti sostenuto che la somma di \$ 600.000 originasse dalla rimessa di \$ 2.050.000 proveniente da *Mees Pierson Bahamas* e, quindi, in definitiva, da Diego Attanasio. In realtà, la somma, complessivamente ammontante a \$ 10.000.000, proveniente da *Mees Pierson Bahamas* – in parte depositata sul conto CIM n. 700807 (e subito dopo sul conto *Struie* n. 600478), in parte investita nel *Perth Trust* e nel *Cave Trust* – derivava solo per \$ 7.500.000 da Attanasio, ma per \$ 2.500.000 aveva diversa e più articolata provenienza. Né a tale somma poteva, in definitiva, essere surrogato l’importo, sostanzialmente analogo, di \$ 2.450.000, proveniente dalla vendita della nave *Ravello*, poiché detto importo aveva avuto un percorso del tutto differente, muovendosi da *International Subsea Services* a *Meespierson*

(Bahamas) a *Technical Marine Support Services* presso *Mid-Med Bank* di Malta, e rimanendo quindi costantemente nelle mani di Attanasio.

8.7 La Corte territoriale ha affrontato anche la questione relativa alla pretesa insussistenza della *falsa testimonianza*, giacché la difesa aveva sostenuto che MILLS aveva comunque reso dichiarazioni conformi a verità “*in relazione a quanto specificamente richiestogli*”.

Sul punto, dopo avere premesso che tutte le contestazioni erano riconducibili allo schema della *reticenza* più che della falsità, ivi compresa quella riguardante il “*dividendo Horizon*”, la Corte di merito ha affermato che – a fronte dell’argomentazione difensiva secondo cui parametro di valutazione delle dichiarazioni testimoniali sarebbe stato quello dato dal disposto dell’art. 499 c.p.p. (ove viene prescritto che il teste risponde a “domande su fatti specifici”) – in realtà la norma al riguardo rilevante deve considerarsi l’art. 497 c.p.p., contemplante l’obbligo del teste, oltre che di dire la verità, di “non nascondere nulla”, in tal modo ponendosi un divieto esplicito a possibili tentativi di limitare il suo narrato a quanto non contestato o espressamente richiesto.

Irrilevanti devono considerarsi sia il fine propostosi dall’interrogante o l’oggetto del procedimento sia la concreta incidenza della reticenza sull’esito dello stesso, non richiedendosi, per costante giurisprudenza, che il giudice sia stato effettivamente tratto in inganno dal comportamento mendace o reticente, ed essendo invece sufficiente una potenziale idoneità ad indurre in errore (venendo in proposito richiamate Cass.: Sez. VI, 11.12.2006, n. 780, Innaco e 21.10.1988, n. 10921, Paludetti); sicché l’elemento materiale deve consistere nella difformità tra oggetto della deposizione e oggetto della conoscenza sui fatti in ordine ai quali il teste venga interrogato (come esplicitato da Cass., Sez. VI, 25.5.1989, n. 2124, Lombardo).

Del resto, era stato lo stesso MILLS, nella più volte citata missiva del 4 febbraio 2004, ad ammettere la propria reticenza, testualmente scrivendo: “sapevano bene che la modalità con la quale io avevo reso la mia testimonianza [non ho mentito ma ho superato passaggi difficili (“*I turned some very tricky corners*”, letteralmente: “ho fatto delle curve pericolose”), per metterla giù delicatamente (“*to put it mildly*”: “per usare un eufemismo”)] aveva tenuto Mr. B. fuori da un sacco di problemi che gli sarebbero ricaduti addosso se solo avessi detto tutto quello che sapevo [*“a great deal of trouble that I would have landed him in if I had said all I knew”*].

Viene prospettato in gravame che la condotta di “*reticenza*” non potrebbe essere apprezzata in assenza di una domanda specifica sulla circostanza taciuta: nell’attuale sistema processuale il testimone non sarebbe più obbligato a “dire tutto quello che sa”, ma sarebbe vincolato al dovere di rispondere soltanto alle domande a lui rivolte, attenendosi nel modo più circostanziato possibile alle domande medesime.

MILLS, inoltre, nello stesso contesto temporale delle presunte false testimonianze, avrebbe reso ampia collaborazione al pubblico ministero.

Tale doglianza è infondata.

La *reticenza*, infatti, si concreta in un comportamento omissivo, nel tacere in tutto o in parte ciò che il testimone sa circa i fatti sui quali è interrogato: il testimone non ha certamente l’obbligo di rivelare fatti sui quali non è interrogato, ma, quanto all’oggetto dell’interrogatorio, deve essere sincero, preciso ed esauriente su ogni particolare.

Il tacere ha rilievo in relazione alla materia dell’esame cui il testimone è sottoposto e, nella vicenda che ci occupa, chiarissimo era l’oggetto dell’indagine dei giudici e MILLS, nei processi *Arces* e *All Iberian*, si era perfettamente reso conto della pertinenza dei fatti e delle circostanze da lui conosciuti all’oggetto dell’indagine e della loro suscettività di portare un contributo alla prova.

E’ egli stesso, del resto, ad ammettere la propria reticenza con le espressioni testualmente scritte nella missiva del 4 febbraio 2004 (dianzi ricordate).

Va sottolineato altresì, in proposito, che, nel corso dell’escussione all’udienza del 12 gennaio 1998 nel procedimento *All Iberian*, MILLS aveva ad evidenza eluso di rispondere a specifiche domande sulla proprietà delle società *offshore* [cfr. pag. 121 e ss. del relativo verbale: “*non spetta a me dire chi è il proprietario, chi no*” e pag. 129: “*per rispondere alla sua prima domanda sulla proprietà, cioè vorrei chiarire un po’ la questione. La proprietà è rimasta un po’ vaga, come dicevo prima, perché nessuno ha detto: io sono il proprietario di queste società...il cliente era il gruppo Fininvest*”).

8.8 Nei motivi di ricorso viene eccepito che la Corte di merito avrebbe valutato in modo incompleto ed incongruo le risultanze delle consulenze tecniche in atti, ma le censure concernenti asserite carenze argomentative sui singoli passaggi della *ricostruzione fattuale* dell'episodio non sono proponibili nel giudizio di legittimità, quando la struttura razionale della decisione sia sorretta, come nella specie, da logico e coerente apparato argomentativo, esteso a tutti gli elementi offerti dal processo, e il ricorrente si limiti sostanzialmente a sollecitare la rilettura del quadro probatorio, alla stregua di *una diversa ricostruzione del fatto*, e, con essa, il riesame nel merito della sentenza impugnata.

Le consulenze tecniche sono state esaurientemente esaminate dalla Corte di appello (pagg. da 56 a 64), che ha tracciato anche una rappresentazione grafica, tutt'altro che irrazionale, del percorso seguito dai fondi affluiti su *Mees Pierson* (pag. 59).

La difesa non ha specificato in quali delle altre sei anomalie non analizzate dai giudici si rinverrebbero elementi precipuamente idonei a smentire l'effettuata ricostruzione.

Non conforme a realtà appare – alla stregua degli elementi ricostruttivi dianzi enunciati – la doglianza secondo la quale i giudici del merito avrebbero accresciuto “oltre ogni limite e confine la valenza probatoria delle dichiarazioni assertivamente ammissive, in termini di responsabilità, rese dal prevenuto”, accogliendole in senso acritico. Né la Corte territoriale, contrariamente a quanto si assume in ricorso (pag. 54), ha mai affermato, neppure implicitamente, “la necessità di ripristinarsi, nella sua massima ampiezza possibile, la valenza probatoria della confessione”.

9. Devono essere esaminate, a questo punto, le doglianze riferite in ricorso alle ordinanze emesse dal Giudice di primo grado, dianzi specificamente indicate.

Eccepisce anzitutto il ricorrente che l'ordinanza del 27 aprile 2007 (di rigetto delle richieste difensive di ammissione di testimoni indicati nella lista ritualmente depositata) violerebbe gli artt. 191, comma 1, e 495 c.p.p., in quanto – a fronte di un potere di riduzione della lista testimoniale che, se esercitato prima dell'inizio dell'istruttoria dibattimentale, dovrebbe ritenersi “drasticamente compresso” – avrebbe utilizzato le nozioni di “inconferenza” e “sovrabbondanza” per eludere la portata e lo spirito delle disposizioni anzidette.

L'eccezione è priva di pregio, perché il *diritto alla prova* riconosciuto alle parti dall'art. 190, 1° comma, c.p.p., implica la corrispondente attribuzione del potere di *escludere le prove manifestamente superflue ed irrilevanti*, secondo una verifica di esclusiva competenza del giudice di merito, che sfugge al sindacato di legittimità quando abbia formato oggetto di apposita motivazione che abbia dato conto del provvedimento adottato attraverso una spiegazione immune da vizi logici o giuridici [vedi Cass.: Sez. VI, 1.6.1994, n. 6422; Sez. I, 16.7.1992, n. 8045].

Nella specie, il Tribunale aveva puntualmente riferito le valutazioni di superfluità e di sovrabbondanza: alla disposta ammissione di altri testi (specificamente indicati) che avrebbero dovuto deporre in relazione ai medesimi fatti; a documentazione già prodotta; nonché a circostanze dedotte genericamente e comunque oggetto di prova documentale.

Tale valutazione non precludeva il successivo esperimento, nel corso del dibattimento, della prova già esclusa, allorquando essa fosse invece risultata necessaria o comunque conducente. In ricorso, però, non si prospettano al riguardo violazioni dell'art. 507 c.p.p. e le richieste di rinnovazione del dibattimento sono state sottoposte dalla Corte territoriale a specifico esame, sugli esiti del quale non risultano espressi motivi di gravame.

10. Vanno analizzati, quindi, i motivi di ricorso che – sempre in riferimento alle ordinanze dibattimentali emesse dal Tribunale – denunciano la *inutilizzabilità di alcuni apporti probatori*.

Il ricorrente, come sopra si è riassunto, deduce l'inutilizzabilità di alcune prove, ora per violazione di disposizioni afferenti alle garanzie difensive nello svolgimento di accertamenti tecnici asseritamente irripetibili (estrazione di *files* dal *computer* dell'imputato); ora per violazione del divieto

di sequestro e di controllo della corrispondenza tra imputato e difensore; ora per l'audizione dell'Attanasio senza l'osservanza delle modalità di cui all'art. 210 c.p.p.; ora per violazione delle disposizioni sul segreto professionale dedotto dai testimoni, le cui dichiarazioni sono state raccolte per rogatoria.

In merito a tali doglianze, deve prioritariamente ricordarsi che queste Sezioni Unite – con la sentenza 23 aprile 2009, n. 23868, Fruci – hanno statuito che costituisce onere del ricorrente, pena l'inammissibilità del ricorso per genericità del motivo, non solo di allegare e specificamente indicare gli atti asseritamente inutilizzabili, ma anche di descrivere l'incidenza da essi avuta sul complessivo compendio probatorio valutato ed apprezzato dal giudice del merito, sì da potersene inferire la decisività in riguardo al provvedimento impugnato (c.d. prova di resistenza). Spetta dunque al ricorrente la dimostrazione che il giudice del merito ha fatto uso degli atti acquisiti in violazione di un determinato divieto probatorio, ponendoli a fondamento della decisione impugnata [vedi anche Sez. Un., 16 luglio 2009, n. 39061, De Iorio].

Si è detto in precedenza delle modalità di escussione dell'Attanasio e, con riferimento alle altre contestazioni, si rileva che:

10.1 In ordine alla lamentata illegittimità della inclusione nel fascicolo del dibattimento di *files* estratti dal *computer* di MILLS nel corso della perquisizione del 10 febbraio 2006, in quanto atti da reputarsi irripetibili, deve ribadirsi l'orientamento costante di questa Corte Suprema secondo il quale:

-- va ritenuta l'ammissibilità nel giudizio delle prove raccolte all'estero, se assunte secondo la legge del luogo di raccolta e purché non in contrasto con le norme dell'ordinamento interno riguardanti l'ordine pubblico [vedi Cass., Sez. VI: 29. 4.1993, n. 7982, Terranova; 27.2.1992, n. 8146, Magnani e altri];

-- va escluso che l'attività di estrazione di copia di un *file* da un *computer* (attività definibile, secondo Cass., Sez. I, 25 febbraio 2009, n. 11503, Dell'Aversano, come accertamento di polizia giudiziaria diretto all'assicurazione delle fonti di prova) costituisca atto irripetibile, dato che non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica, né determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da recare un pregiudizio alla genuinità del contributo conoscitivo in prospettiva dibattimentale. È assicurata infatti, in ogni caso, la riproducibilità di informazioni identiche a quelle contenute nell'originale [vedi Cass., Sez. I: 26 febbraio 2009, n. 11863, Ammutinato; 5 marzo 2009, n. 14511, Stabile Aversano; 11 marzo 2009, n. 12472, Izzo; 30 aprile 2009, n. 23035, Corvino].

Nella specie la perquisizione risulta effettuata con il rispetto delle regole procedurali inglesi e pertanto deve ritenersi legittima anche per l'ordinamento italiano, in base alle convenzioni internazionali; né si è trattato di accertamenti irripetibili essendo il *computer* rimasto integro; inoltre la stessa tecnica di estrazione utilizzata, ovvero la "*encase forensic*", così come tutti i programmi di estrazione, prevedevano come prima operazione quella di effettuare una copia dell'*hard disk*, sicché era garantita l'esclusione di alcuna modifica del supporto originale.

10.2 Quanto alla eccepta inutilizzabilità di *files* asseritamente integranti parte della corrispondenza tra l'imputato ed il difensore (con prospettata violazione degli artt. 191 e 103, comma secondo e sesto, c.p.p.), deve evidenziarsi, anzitutto, che tali documenti non sono stati acquisiti in seguito a perquisizioni e sequestri eseguiti "*presso il difensore*", bensì rinvenuti in luoghi in uso all'imputato e non facenti parte della corrispondenza fra difensore ed imputato come definita dal combinato disposto degli artt. 103, 6° comma, c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p. [vedi le specificazioni svolte, al riguardo, da Cass., Sez. Unite, 12.11.1993, n. 24, De Gasperini].

I documenti in oggetto, come illustrato dai giudici del merito, erano costituiti da bozze, o addirittura da frammenti, privi dei necessari requisiti che ne consentissero una sicura classificazione, riportando, alcuni, l'indicazione di un destinatario diverso dal difensore e, altri, neppure tale

indicazione. Né erano classificabili, secondo quanto prospettato dalla difesa, come corrispondenza di posta elettronica.

La Corte territoriale, inoltre, correttamente ha escluso che possa nella specie rilevare la sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 1998, osservando che nulla, ad eccezione di un documento denominato SPC 10, del resto non prodotto, atteneva a corrispondenza tra MILLS e il proprio difensore.

Ciò non ha trovato specifica confutazione in relazione ai singoli documenti concretamente utilizzati per la decisione e questa Corte ha affermato che i limiti imposti dall'art. 103 c.p.p. quali garanzie di libertà per il difensore, con riguardo specifico al sequestro, non possono riguardare documenti nella sfera di pertinenza esclusiva dell'imputato, privi di una finalizzazione attuale all'espletamento delle funzioni del difensore [Cass.: Sez. VI, 27.6.1995, n. 2588, Lorè; Sez. II, 22.5.1997, n. 3513, Acampora].

10.3 Per quanto attiene la addotta violazione del segreto professionale, invocato per i testimoni escussi in via rogatoria a Londra nei giorni dal 24 al 27 settembre 2007, il Tribunale aveva essenzialmente affermato che, mentre i testi Tanya Maynard e Andrew Costard non appartenevano a categorie professionali menzionate dall'art. 200 c.p.p., il cui elenco non è suscettibile di interpretazione analogica estensiva, e i testi Robert Drennan e David Barker erano “*chartered accountants*”, ossia revisori iscritti all'Albo inglese, non iscritti all'Albo professionale nazionale, e pertanto esclusi dal privilegio di cui all'art. 5 del D.Lgs. 28.6.05, n.139, riguardante solo gli iscritti all'Albo italiano, la teste Sue Millins era mero “*consulente fiscale*” non iscritta in alcun albo; aveva anche precisato che, in ogni caso, tutti tali soggetti erano tenuti all'obbligo di segnalare le operazioni sospette alle autorità degli Stati membri, in applicazione della direttiva 2001/97/CE (attuata nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56), non venendo in rilievo i casi di esclusione menzionati dall'art. 5 da cui fuoriuscivano, secondo l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 26 giugno 2007 nella causa C-305/05, i casi di assistenza legale al cliente nella preparazione o realizzazione delle transazioni essenzialmente di ordine finanziario e immobiliare, o di rappresentanza del cliente in una qualsiasi operazione finanziaria o immobiliare, situandosi tali attività, in ragione della loro stessa natura, in un contesto avulso da una procedura giudiziaria e, perciò, al di fuori del campo di applicazione del diritto ad un equo processo, come comprensivo del rispetto del segreto professionale.

A fronte delle doglianze della difesa – secondo cui il criterio scriminante non era da individuare nello *status* individuale del professionista, quanto piuttosto nella concreta attività svolta nell'interesse del cliente e nell'aderenza di essa alle ipotesi previste dalla norma, da interpretare in parallelismo con la fattispecie sostanziale di cui all'art. 622 cod. pen. (rivelazione di segreto professionale), sì da accordare la tutela anche agli esercenti attività implicanti la conoscenza di informazioni altrimenti riservate – ha osservato la Corte territoriale che, stabilito che la categoria dei soggetti fruitori del segreto professionale non può che essere quella fissata dall'art. 200 c.p.p., i soggetti sentiti in rogatoria non erano in effetti riconducibili alla stessa. D'altra parte era impropria l'invocata analogia con l'art. 622 cod. pen., essendo ben più ampia l'area di applicazione della norma penale sostanziale rispetto a quella della norma processuale.

Sul punto va confermato, a giudizio di questo Collegio, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui occorre avere riguardo, per l'apprezzamento della validità degli atti assunti all'estero, alla *lex loci*, sicché una questione di inutilizzabilità nel processo condotto dall'autorità giudiziaria italiana si pone nella misura in cui sia possibile ravvisare – e tale possibilità non è ravvisabile nella vicenda che ci occupa – l'eventuale contrasto di quelle modalità di assunzione della prova con norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume che, si è precisato, non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa [Vedi Cass.: Sez. I, 22 gennaio 2009 n. 21673, Pizzata; Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39020, Basco e altri; Sez. VI, 22 settembre 2004 n. 44830, Cuomo ed altro].

10.4 Il ricorrente ha riproposto, quindi, l'eccezione di nullità o inutilizzabilità degli atti svoltisi per rogatoria Londra nel settembre del 2007, sul presupposto della mancata partecipazione ai medesimi del Tribunale rogante (partecipazione che, in effetti, era stata richiesta dal Tribunale in data 13 giugno 2007).

Il giudice di primo grado aveva sostanzialmente osservato che, da un lato, le modalità di svolgimento della attività in rogatoria erano quelle determinate dallo Stato richiesto, senza che nessuna questione fosse stata

proposta in relazione all'osservanza della legge britannica, e, dall'altro, che lo Stato estero non aveva dato esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità rogante, posto che la presenza del collegio non era una modalità di esecuzione ma una semplice richiesta di autorizzazione, sì che non poteva porsi alcun profilo di inutilizzabilità degli atti, né ai sensi dell'art. 727, comma 5 *bis*, c.p.p. né, a maggior ragione, ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

La Corte di merito ha precisato al riguardo che, oltre a doversi rilevare come l'assunzione delle prove fosse avvenuta secondo la *lex loci*, una tale eccezione non poteva in ogni caso essere sollevata, alla stregua dell'art. 182 c.p.p., da chi, come la difesa di MILLS, invocando l'estromissione del collegio dalla partecipazione alla prova, aveva dato causa all'invocata eventuale nullità.

Trattasi di argomentazioni senz'altro da condividersi e sul punto va ricordato che l'art. 4, paragrafo 1, della *Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale* chiarisce, con disposizione certamente applicabile anche alle testimonianze, che “*on the express request of the requesting Party the requested Party shall state the date and place of execution of the letters rogatory. Officials and interested persons may be present if the requested Party consents*” [su espressa richiesta dello Stato richiedente, lo Stato richiesto stabilirà la data ed il luogo di esecuzione delle rogatorie. Autorità e parti private interessate possono essere presenti se lo Stato richiesto vi consente (traduzione del redattore)].

E' in base a tale previsione che si è sviluppato, accanto al modello, per così dire, “tradizionale”, dell'assistenza interamente ed esclusivamente eseguita dalle autorità dello Stato richiesto, il modello della c.d. rogatoria “partecipata” (ovvero, appunto, eseguita con la partecipazione dell'autorità e anche delle parti private dello Stato richiedente).

La possibilità per l'autorità richiedente di presenziare non presuppone, tuttavia, che nell'esecuzione della rogatoria non debba seguirsi comunque, in base al principio generale operante in materia, la legge dell'autorità richiesta: sicché, specie ove tale partecipazione non sia prevista secondo la *lex loci*, lo Stato richiesto resta libero di prestare o negare l'autorizzazione alla partecipazione, fermo restando l'obbligo di avvertire i giudici richiedenti della data e del luogo di esecuzione.

Nella specie l'eccezione di nullità è stata ricondotta in ricorso alla previsione dell'art. 178, lett. a), c.p.p. sul presupposto, evidentemente, del difetto di costituzione del giudice durante l'espletamento del mezzo probatorio.

A tal riguardo – premesso che (secondo quanto emerge dalle sentenze di merito) il Tribunale di Milano ebbe a richiedere, in data 13 giugno 2007, di presenziare alla esecuzione dell'atto richiesto (ovvero l'assunzione delle prove testimoniali), senza che di fatto tale presenza fosse poi attuata per opposizione della stessa difesa del ricorrente accolta dall'autorità giudiziaria britannica – vanno riaffermate le argomentazioni già svolte da questa Corte Suprema (Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2001, n. 3383, P.G. in proc. Modeo ed altri) in una analoga fattispecie di rogatoria “partecipata” [nella quale all'esame dei testimoni in territorio tedesco, condotto dal giudice di quel Paese, aveva partecipato la sola componente togata della Corte d'Assise italiana]. Deve escludersi, pertanto, che sia ravvisabile alcuna nullità discendente dal precetto dell'art. 178, lett. a), c.p.p., perché la rogatoria, anche se “concelebrata” presuppone pur sempre l'esercizio del potere giurisdizionale solo da parte del giudice straniero, il quale media l'eventuale intervento degli organi della parte richiedente, sicché deve escludersi, per questi ultimi organi, qualunque esercizio di potere giurisdizionale su territorio estero.

Un problema di utilizzabilità della prova assunta all'estero potrebbe porsi concretamente solo ove sussistesse incompatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano (e ciò non è riscontrabile nella vicenda in esame), da non identificare con tutto il complesso delle regole dettate dal codice di rito, costituendo l'adesione al Trattato un implicito riconoscimento della diversità dei singoli ordinamenti e dell'impegno a riconoscere gli atti compiuti secondo i diversi sistemi, in armonia con il principio di prevalenza delle norme pattizie su quelle interne riconosciuto dall'art. 696 c.p.p.

11. Con riferimento alla questione relativa alla *data di consumazione del reato*, nel ricorso viene ritenuta erronea l'avvenuta individuazione, da parte del giudice d'appello, del momento

consumativo in coincidenza con la data in cui le quote del *Torrey Global Offshore Fund* vennero intestate a MILLS, ovvero il 29 febbraio del 2000.

Al contrario, secondo la difesa, il momento di consumazione del reato sarebbe identificabile in quello del versamento della somma di \$ 600.000 nel *Torrey Global Offshore Fund*, avvenuto a fine ottobre del 1999.

Deve ricordarsi al riguardo che, nell'interpretazione giurisprudenziale, il tema della consumazione del reato di corruzione, ivi compresa la fattispecie di corruzione in atti giudiziari, è stato affrontato e risolto attraverso la *categoria del duplice schema* [categoria utilizzata anche nei delitti contro il patrimonio per i quali assume parimenti rilievo il profilo dell'approfondimento dell'offesa tipica per mezzo dell'effettiva realizzazione dell'arricchimento (si veda ad esempio, tra le altre pronunzie, in materia di usura, Cass., Sez. II, 1 ottobre 2008 n. 38812, Barreca)].

Tale approdo interpretativo viene condiviso e ribadito da queste Sezioni Unite, anche alla stregua della approfondita ricostruzione a tal proposito svolta dalla già citata sentenza della Sez. VI, 4 maggio 2006 n. 33435, Battistella e altri, con argomentazioni integralmente riprese dalla successiva pronunzia della Sez. VI, 9 luglio 2007, n. 35118, Fezia, ove è stato dato atto dell'esistenza di una pluralità di decisioni che, ancor prima della sentenza n. 33435/2006, hanno articolato lo stesso ragionamento in ordine al momento consumativo nel reato di corruzione.

Deve rifiutarsi, pertanto, la tesi secondo cui la consumazione si collocherebbe al momento di perfezionamento dell'accordo, relegando la dazione effettiva, rateizzata o meno, nell'area del *post factum* non punibile.

Va osservato, invece, che le norme sulla corruzione, incriminando anche la semplice promessa di denaro al pubblico ufficiale che l'accetta, anticipano la soglia della punibilità per una tutela rafforzata del bene protetto. Tanto, però, non può significare che l'effettiva ricezione di quanto ha formato oggetto della promessa e dell'accettazione sia elemento estraneo alla fattispecie, non potendosi minimizzare un aspetto centrale della condotta antigiusuridica.

Il reato di corruzione, nelle varie forme in cui è disciplinato, può attuarsi attraverso due distinte autonome ipotesi fattuali, quella della dazione e quella della promessa accettata, con le quali rispettivamente coincide, se rimangono alternative, il momento consumativo del reato. La sola promessa accettata, però, assume una propria autonomia ed è idonea a fissare il momento consumativo nelle sole ipotesi in cui non è seguita dalla dazione-ricezione, perché, ove quest'ultima segua alla promessa, si verificano l'approfondimento dell'offesa tipica e lo spostamento in avanti del momento consumativo.

Il delitto di corruzione, dunque, si può realizzare con una forma ordinaria "promessa seguita dalla dazione" e una forma contratta o sussidiaria "promessa non seguita dalla dazione".

Secondo lo schema principale, il reato si realizza attraverso due essenziali attività, legate tra loro e l'una funzionale all'altra: l'accettazione della promessa e il successivo ricevimento dell'utilità. Quest'ultimo tratto di condotta cristallizza nel tempo la consumazione del reato, che assume caratteristiche assimilabili a quelle del reato progressivo, verificandosi una sorta di passaggio necessario da un *minus* (la promessa) ad un *maius* (la dazione), e risultando offeso con gravità crescente un medesimo bene giuridico.

La promessa accettata, quando è seguita dalla dazione-ricezione, resta assorbita in questa e perde la sua autonomia. È pur vero che la dazione non presuppone necessariamente la promessa, ma è altrettanto vero che, se le parti scelgono di percorrere l'*iter* promessa-dazione, la prima diventa un atto prodromico della seconda e ad essa si salda e con essa si confonde, concorrendo sostanzialmente entrambe, in progressione, al completamento della fattispecie criminosa in tutti i suoi aspetti.

Può quindi affermarsi che il legislatore ha inteso punire, in primo luogo, il fatto della dazione o effettiva prestazione, come momento di maggiore concretezza dell'attività corruttiva nel quale rimane assorbita e si confonde l'eventuale promessa preventiva, e soltanto in via sussidiaria, ove l'anzidetto aspetto fattuale non si verifichi, la promessa accettata.

Applicando i principi anzidetti alla fattispecie in esame, va ricordato che dalle acquisizioni probatorie risulta quanto segue:

-- in data 4 ottobre 1996 venne costituita [in seguito a mandato fiduciario conferito da MILLS alla società "Depigest S.A." di Ginevra] la "International Subsea Service Ltd."

Nel settembre dell'anno successivo tale società trasformò la propria ragione sociale in "Struie Holding Ltd." e, dal 16 settembre 1997, il MILLS ne divenne amministratore unico;

-- il 10 dicembre 1997 MILLS si dimise dalla carica di amministratore unico, ma le dimissioni vennero registrate soltanto nel marzo 1998, ed il successivo 29 aprile vennero nominati amministratori Albert Mayer ed Ernst Blochlinger (cittadini del Liechtenstein) e si ebbe "il trasferimento della gestione della società Struie a Heimo Quaderer presso FKG Finanz & Management AG di Vaduz, Liechtenstein" (vedi pag. 190 della sentenza di primo grado);

-- in Struie confluivano patrimoni che il MILLS gestiva fiduciariamente per conto di propri clienti e, fra coloro che conferivano danaro, vi era, fino dal 1997, Bernasconi;

-- l'imputato, nella lettera inviata a Robert Drennan, ha riconosciuto di avere saputo "di una somma in suo favore nell'ottobre 1999";

-- anche nell'interrogatorio reso al P.M. di Milano il 18 luglio 2004 MILLS ebbe a dichiarare che la somma di 600.000 dollari era stata messa verbalmente a sua disposizione alla fine di ottobre del 1999;

-- l'11 novembre 1999 MILLS dette istruzioni a Heimo Quaderer di investire il "regalo" in quote del Torrey Global Fund e ciò avvenne il 15 novembre 1999, allorquando furono addebitati sul conto n. 600478 di Struie, presso la CIM Banque di Ginevra, 600.032,20 dollari per l'acquisto di circa tre milioni di quote del fondo Torrey;

-- le anzidette istruzioni dell'11 novembre 1999 furono date a Quaderer da MILLS in proprio e non come gestore di patrimoni altrui, come risulta incontestabilmente dal fatto che lo stesso MILLS, il 4 febbraio 2000, diede allo stesso Quaderer e ad Albert Mayer ulteriori istruzioni di "trasferire le quote del fondo a se stesso", con la significativa precisazione che l'operazione non comportava alcuna vendita, poiché le quote "sono comunque detenute fiduciariamente a mio favore da Struie".

Alla stregua delle emergenze fattuali dianzi compendiate – ai fini della individuazione del momento consumativo del reato – va evidenziato che tale momento non può identificarsi in concomitanza con la non rifiutata promessa di Bernasconi (avvenuta nell'autunno 1999), allorché si consideri che essere stato messo al corrente "di una somma in proprio favore" non significa necessariamente che la somma sia stata posta nella propria disponibilità, potendo trattarsi di una promessa, sufficiente ad integrare il reato, ma, se seguita dalla dazione, idonea a fissare il momento consumativo che, secondo la giurisprudenza (come illustrato dianzi), coincide con la seconda.

La consumazione del reato deve ritenersi coincidente, invece, con il momento in cui MILLS, attraverso l'istruzione data a Quaderer l'11 novembre 1999, si comportò *uti dominus* (con conseguente mutamento del titolo del possesso) nei confronti della somma che prima era gestita indistintamente in Struie.

L'11 novembre 1999 MILLS compì, dunque, il primo atto di utilizzazione della somma posta a sua disposizione da Bernasconi, *esteriorizzando inequivocabilmente l'intenzione di farla propria*. Infatti, quando il pubblico ufficiale riceve un donativo correlato ad un atto del proprio ufficio, il delitto di corruzione, secondo autorevole e condivisibile dottrina, si consuma nel momento in cui "egli manifesta esteriormente in qualche modo l'intenzione di trattenerlo".

Ininfluente, pertanto, è la circostanza che le quote del Torrey Global Offshore Fund vennero intestate a MILLS soltanto il 29 febbraio del 2000, trattandosi di condotta comunque successiva all'acquisizione in proprio delle quote medesime, inizialmente avvenuta in forma anonima per la finalità, perseguita dell'imputato, di rendere difficoltosa la ricostruzione dell'origine e del percorso del denaro: di quelle quote, benché non ancora a lui intestate, infatti, MILLS avrebbe potuto disporre anche prima ed in qualsiasi modo, solo che lo avesse voluto.

Ne segue che – pure tenendo conto della sospensione di 42 giorni per effetto dell'ordinanza 7 marzo 2008 del Tribunale (secondo quanto stabilito dalle Sezioni Unite con la sentenza 11.1.2002, n. 1021, ric. Cremonese) – il delitto per il quale si procede, punito con pena edittale massima di anni otto, è estinto

per prescrizione ai sensi dei vigenti artt. 157, comma 1, e 161, comma 2 - prima parte, cod. pen., come sostituiti dalla legge 5.12.2005, n. 251 (anteriormente a tale legge, invece, la prescrizione massima era fissata in 15 e non in 10 anni).

La sentenza impugnata, in conclusione, deve essere annullata senza rinvio, perché il reato è estinto per prescrizione, maturata il 23 dicembre 2009.

12. Deve essere quindi applicata la disposizione dell'art. 578 c.p.p., che impone al giudice di appello o alla Corte di cassazione di decidere sull'impugnazione ai fini delle statuizioni civilistiche qualora, dopo la condanna in primo grado, il reato ascritto all'imputato sia estinto per prescrizione.

Al riguardo deve osservarsi che, alla stregua delle valutazioni dianzi effettuate, risulta verificata *la sussistenza degli estremi del reato di corruzione in atti giudiziari*, dal quale discende il diritto al risarcimento della parte civile.

13. Con i motivi di ricorso si eccepisce la inosservanza e la erronea applicazione degli artt. 185, comma 2, cod. pen. e 2059 cod. civ. (nonché mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione) in relazione alla conferma, operata dalla Corte territoriale, delle statuizioni civili contenute nella sentenza di primo grado, con condanna dell'imputato a corrispondere alla parte civile Presidenza del Consiglio dei Ministri la somma di euro 250.000, determinata in via equitativa.

Il ricorrente lamenta, in proposito:

-- la inesistenza di un effettivo accertamento del danno non patrimoniale, prospettando che la Corte di merito avrebbe omesso di spiegare "*come la condotta posta in essere dall'avvocato MILLS abbia dato luogo, in concreto, ad un danno non patrimoniale per la Pubblica Amministrazione*", nonché di precisare "*quali sarebbero stati i tempi, i modi, le forme e le circostanze dell'emergere di tale danno, del discredito per la giustizia e, in generale, per la Pubblica Amministrazione nella sua interezza*";

-- la mancanza di riferimenti concreti idonei a sorreggere il giudizio equitativo di liquidazione del danno.

Dette doglianze sono infondate.

Deve rilevarsi, sul punto, che le Sezioni Unite civili – con le sentenze 11.11.2008, nn. 26972-975 – hanno statuito che la risarcibilità del *danno non patrimoniale* è ammessa, oltre che nelle ipotesi espressamente previste da una norma di legge, *nei casi in cui il fatto illecito vulneri diritti inviolabili costituzionalmente protetti*, purché l'offesa arrecata al diritto sia grave e il pregiudizio sia serio. Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce *danno-conseguenza*, che deve essere allegato e provato: a tal fine il giudice può fare ricorso a presunzioni, ma il danneggiato dovrà comunque allegare tutti gli elementi dai quali sia possibile desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio subito [vedi pure, su quest'ultimo punto, Sez. Unite civ., 16.2.2009, n. 3677].

Nella fattispecie in esame, la Corte di merito ha legittimamente ritenuto che il MILLS, con il suo comportamento configurante reato, ha cagionato alla pubblica Amministrazione *un danno di natura non patrimoniale, riconoscibile anche per le persone giuridiche* [secondo Cass. civ., Sez. III, 4.6.2007, n. 12929, la lesione del diritto della persona giuridica all'integrità della propria immagine è causa di danno non patrimoniale risarcibile, sia sotto il profilo della sua considerazione presso i consociati in genere o presso quei settori con i quali l'ente interagisce, sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che la sminuita considerazione cagiona nell'agire delle persone fisiche dei suoi organi].

Tale danno deriva dalla lesione degli interessi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione della giustizia (rappresentata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri), *risultando seriamente leso un diritto inviolabile riconosciuto dalla Costituzione*.

In ordine, infine, alla prova del *quantum*, esattamente la Corte territoriale ha osservato che, mentre il danno patrimoniale esige la precisa allegazione e dimostrazione delle singole poste economiche che lo compongono (con il limite previsto dagli artt. 1226 e 2056 cod. civ.), le

conseguenze non patrimoniali derivanti dalla lesione di un diritto della persona (fisica o giuridica) non sono per loro natura suscettibili di una matematica conversione monetaria e, pur non integrando un danno-evento o *in re ipsa*, sono dimostrabili per presunzioni o fatti notori e quindi sottomesse alla valutazione equitativa del giudice.

I parametri adottati ai fini della liquidazione in via equitativa non sono stati riferiti alla gravità della condotta del MILLS. Al contrario – a palese smentita dell’assunto difensivo secondo il quale sarebbe stata introdotta una “funzione punitiva” del danno stesso – l’importanza del processo, il rilievo dei personaggi coinvolti e il clamore mediatico che ha accompagnato tutta la vicenda (stante la rilevanza del ruolo sociale e pubblico dei protagonisti e l’entità del discredito proiettato verso l’esterno per effetto dei mezzi di informazione) sono stati ritenuti – con corretta ed adeguata valutazione – elementi idonei e sufficienti a giustificare il pregiudizio derivato all’amministrazione senza necessità di ulteriore dimostrazione, ben potendo, ai sensi dell’art. 115 cod. proc. civ., essere utilizzati ai fini probatori anche i fatti notori.

Omissis

Le Sezioni Unite della Corte hanno risolto il contrasto che si era venuto a formare sul punto della configurabilità della corruzione in atti giudiziari nella forma susseguente, laddove, cioè, il denaro od altra utilità vengano promessi o corrisposti in relazione ad un atto giudiziario già posto in essere in precedenza.

Il contrasto si era fondamentalmente sviluppato in ragione della formulazione dell’art. 319 *ter* cod. pen., come introdotto dall’art. 9 della legge 26 aprile 1990, n. 86, avendo tale norma richiamato letteralmente “i fatti indicati negli articoli 318 e 319...commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo”, venendo, dunque, da un lato, apparentemente recepita, per il tramite di tale trasposizione, anche la forma susseguente della corruzione, pacificamente presente all’interno sia della corruzione per un atto d’ufficio (art. 318, comma secondo, cod. pen.) sia della corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319 cod. pen.) e, dall’altro, venendo tuttavia introdotta una caratterizzazione dell’elemento soggettivo in termini di dolo specifico (insito nel fine di favorire o danneggiare una parte) tale da porsi in apparente antinomia con un atto già compiuto.

Ed infatti, un primo indirizzo, rappresentato dalla sentenza **Sez. VI, 4 maggio 2006 n. 33435, Battistella e altri, rv. 234347-234368**, aveva escluso la configurabilità della corruzione in atti giudiziari nella forma susseguente, benché il generico rinvio operato dalla disposizione incriminatrice ai fatti di cui agli artt. 318 e 319 c.p. potesse, appunto, far pensare che il legislatore non avesse inteso porre mano ad alcuna distinzione o limitazione di sorta. Il dato normativo che, al contrario, giocava un ruolo decisivo nella ricostruzione interpretativa di detta sentenza era racchiuso nell’inciso “per favorire o danneggiare una parte...”: siccome la condotta incriminata, costituita dal ricevere denaro o accettarne la promessa, assumeva rilievo nell’attesa di un atto funzionale ancora da compiersi, e per il cui compimento il pubblico ufficiale assumeva un impegno, la mera remunerazione di atti pregressi doveva restare fuori dell’area di tipicità della norma.

La corruzione in atti giudiziari si qualificava, infatti, in tale prospettiva, per la tensione finalistica verso un risultato e non era quindi compatibile con la proiezione verso il passato, di interesse già soddisfatto, su cui era invece modulato lo schema della corruzione susseguente. Un diverso ragionamento, che avesse voluto puntare alla valorizzazione dell’indistinto richiamo contenuto nell’art. 319 *ter* ai fatti di cui agli artt. 318 e 319 c.p., per poi inferire la piena compatibilità della forma susseguente, si sarebbe risolto, a ben vedere, in una forzatura interpretativa *in malam partem* (e perciò stesso in contrasto con il principio di tassatività) con l’attribuzione di una valenza anche causale, oltre che finale, all’espressione “per favorire o danneggiare”, come se a essa fosse affiancata anche quella “per aver favorito o danneggiato”.

Questa conclusione era poi confermata, secondo la Corte, da considerazioni di tipo sistematico : il generico rinvio operato dall’art. 321 cod. pen. all’art. 319 *ter* avrebbe infatti condotto ad escludere la non punibilità del corruttore in caso di corruzione impropria susseguente in atti giudiziari, a dispetto di quanto era invece per lui previsto in ogni altro caso di corruzione impropria susseguente.

Un secondo indirizzo, essenzialmente rappresentato da **Sez. VI, 20 giugno 2007 n. 25418, Giombini e altro, rv. 236859**, aveva invece ritenuto compatibile con la forma susseguente la corruzione in atti giudiziari giacché la opposta soluzione veniva in realtà a risolversi in un’interpretazione abrogatrice del precetto dell’art. 319 *ter*; richiamando, infatti, come già detto, quest’ultimo, senza distinzione alcuna, l’integrale contenuto degli artt. 318 e 319 c.p. ne derivava, necessariamente, l’adattamento della struttura della corruzione in atti giudiziari ad ambedue i modelli, e della corruzione antecedente e della corruzione susseguente; né l’anticipazione del momento consumativo, realizzata attraverso l’anticipazione della commissione del fatto (come messo in evidenza dall’inciso “per favorire o danneggiare una parte...”), saldandosi esclusivamente con il dolo specifico, era elemento in grado di far comprendere l’intera previsione dell’art. 319 *ter*. Si era aggiunto, sul punto, che il presupposto della corruzione, ovvero il venir meno dell’autore del fatto ai doveri di imparzialità e terzietà, ben poteva realizzarsi anche nella forma susseguente perché

l'elemento soggettivo specifico, del favorire o danneggiare una parte, andava in realtà intesa come finalità-effetto dell'atto d'ufficio, realizzato ricevendo o avendo ricevuto denaro o altra utilità o accettandone la promessa.

Il dato di rilievo nell'integrazione del fatto - reato era che la promessa o la ricezione fossero dunque avvenute per un atto di giurisdizione o per un comportamento strumentale all'atto di giurisdizione da compiere o già compiuto per favorire o danneggiare una parte.

Alla tesi della configurabilità del delitto di corruzione in atti giudiziari nella forma susseguente aveva prestato adesione anche **Sez. VI, 25 maggio 2009 n. 36323, Drassich, rv. 244970 – 244974**, secondo cui l'ampiezza della disposizione incriminatrice, che racchiudeva tutte le ipotesi di corruzione, propria e impropria, antecedente e susseguente, assoggettandole alla medesima pena, si spiegava nella tutela della funzione giudiziaria, costituzionalmente prevista per il riconoscimento dei diritti fondamentali e il rispetto del principio di legalità, beni che non potevano essere garantiti da un "magistrato" che avesse mercificato in qualsiasi modo la sua funzione. Di qui la conclusione che il delitto di corruzione in atti giudiziari ben poteva essere posto in essere con la ricezione di un'utilità dopo il compimento di un atto, pur conforme ai doveri d'ufficio, che, funzionale a un procedimento giudiziario, fosse strumento di un favore o di un danno nei confronti di una delle parti di un processo civile, penale o amministrativo.

In termini particolarmente sintetici si era mossa poi, nella stessa direzione, **Sez. VI, 9 luglio 2007 n. 35118, Fezia, rv. 237287**, che aveva risposto al rilievo difensivo circa l'impossibilità di riconoscere la responsabilità del corruttore per il delitto di corruzione in atti giudiziari susseguente per compimento di atto conforme ai doveri d'ufficio richiamando la giurisprudenza secondo cui anche la corruzione in atti giudiziari impropria poteva integrare il delitto di cui all'art. 319^{ter} cod. pen., là dove le utilità economiche costituissero il prezzo della compravendita della funzione giudiziaria, considerata nel suo complessivo svolgimento, sia trascorso che futuro.

Va aggiunto che l'impostazione favorevole alla configurabilità della corruzione susseguente in atti giudiziari era stata seguita anche da quella dottrina che, in posizione del tutto minoritaria rispetto al granitico orientamento di segno opposto, aveva fatto leva, su un piano peraltro prettamente teorico (rilevandosene la scarsa rilevanza sul piano pratico), sul significato dell'accordo successivo come "ratifica" di un riconoscimento del favore ricevuto a mezzo dell'atto giudiziario posto in essere dal corrotto.

Le Sezioni Unite, chiamate, come già detto, a risolvere il contrasto, hanno condiviso l'orientamento "estensivo".

Il supremo consesso, dopo avere premesso che, come già enunciato anche dalle Sezioni Unite civili con la sentenza 5.7.1982, n. 4000, ai sensi dell'art. 12, 1° comma, delle disposizioni sulla legge in generale, il primo canone interpretativo della norma giuridica è quello letterale, dovendosi prevalentemente attribuire alla legge il senso "fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", subentrando solo successivamente il ricorso alla c.d. "interpretazione logica" (operante ove il senso letterale della norma non dovesse risultare di univoca e chiara interpretazione), ha, anzitutto, richiamato la "inequivoca" formulazione letterale dell'art. 319^{ter} cod. pen., che riconnette la sanzione in esso prevista ai "fatti indicati negli artt. 318 e 319", ovvero, in altre parole, a tutti i tipi di corruzione: propria, impropria, antecedente e susseguente.

Escludendosi la corruzione susseguente dal paradigma dell'art. 319^{ter} cod. pen., precisa infatti la Corte, si violerebbe il principio di legalità, dato che si verrebbe arbitrariamente a ritagliare solo sul tipo della corruzione antecedente il rinvio operato nel primo comma di detta norma a tutti i fatti di corruzione *ex artt. 318 e 319 cod. pen.*

Quanto alla finalità di "favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo", valorizzata, come già visto, dall'indirizzo minoritario nel senso dell'incompatibilità tra corruzione in atti giudiziari e forma susseguente, la Corte ha precisato che, tenuto anche conto della formulazione del secondo comma dell'art. 319^{ter} cod. pen., ove viene prevista un'aggravante ad effetto speciale nel caso in cui "dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno ...", detto fine va riferito al pubblico ufficiale, poiché è questi che, compiendo un atto del proprio ufficio, può incidere sull'esito del processo: è l'atto o il comportamento processuale che deve, dunque, in altre parole, essere contrassegnato da una finalità non imparziale (non la condotta di accettazione della promessa o di ricezione del denaro o di altra utilità) e l'anzidetta peculiare direzione della volontà è un connotato soggettivo della condotta materiale del pubblico ufficiale.

Ciò che conta, ha aggiunto la Corte, è la finalità perseguita al momento del compimento dell'atto del pubblico ufficiale, sicché se essa è diretta a favorire o danneggiare una parte in un processo, è indifferente che l'utilità data o promessa sia antecedente o susseguente al compimento dell'atto, come pure è irrilevante stabilire se l'atto in concreto sia o non sia contrario ai doveri di ufficio; il valore del profilo soggettivo diviene così preponderante ai fini della ipotizzabilità del fatto di corruzione giudiziaria da cancellare la distinzione tra atto contrario ai doveri di ufficio e atto di ufficio, rimanendo esponenziale il presupposto che l'autore del fatto sia venuto meno al dovere di imparzialità e terzietà (non solo soggettiva ma anche oggettiva) costituzionalmente presidiato, così da alterare la dialettica processuale.

Si tratta, in altri termini, di un "comportamento psicologicamente orientato", riconducibile a quelli che, come viene rilevato in dottrina, "per la loro stessa natura o per i modi di estrinsecazione nella realtà, parlano, per così dire, il linguaggio del dolo".

Del resto, in entrambi i casi (si tratti cioè di corruzione antecedente che susseguente), l'attività giudiziaria resta comunque influenzata dall'atto o dal comportamento contrario ai doveri d'ufficio, mediante il quale si realizza il fine perseguito dal pubblico ufficiale; anche nell'ipotesi di corruzione susseguente, dunque, ove l'atto del pubblico ufficiale si inserisce nel contesto di una condotta che non ha ancora assunto rilevanza penale con riferimento al delitto di corruzione e che tale rilevanza assume se, successivamente all'atto o al comportamento, il pubblico ufficiale accetta denaro o altra utilità (ovvero la loro promessa) per averlo realizzato, si è in presenza di una strumentalizzazione della pubblica funzione, sotto l'aspetto particolare, quanto alla corruzione in atti giudiziari, di uno sviamento della giurisdizione.

Più in generale la sentenza Nabil sottolinea come le conclusioni accolte risultino le uniche in grado di rispettare il dettato dell'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo (proprio in occasione di giudizi attinenti alla misura dell'espulsione dello straniero), per cui l'ingerenza nella vita familiare dell'individuo, attraverso il dissolvimento dell'unità della famiglia, deve risultare necessaria in uno Stato democratico, nonché proporzionata ai bisogni sociali "imperiosi" che mira a tutelare e che soli la giustificano. E le stesse conclusioni sono per la Corte altresì in sintonia con quanto evidenziato dal giudice delle leggi nella sent. n. 376 del 2000, che, nel ritenere l'illegittimità costituzionale della disciplina sull'espulsione amministrativa prevista dal TUI perché non prevedeva lo stesso divieto posto dal citato art. 19, ha sottolineato come la tutela della famiglia, con specifico riferimento alla protezione dei minori, trovi una disciplina rafforzata nella carta fondamentale e corrisponda ad un principio universalmente riconosciuto nella Comunità Internazionale e in tutti gli organismi internazionali ai quali lo Stato Italiano appartiene e ai quali ha dato storicamente un rilevante contributo (oltre alla menzionata CEDU, la sentenza della Corte Costituzionale cita in proposito il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali aperto alla firma a New York il 16 dicembre 1966, il Patto internazionale relativo ai diritti civili politici aperto alla firma il 19 dicembre 1966, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000 – e successivamente recepita dal Trattato di Lisbona).

La necessità di interpretare l'art. 86 TUS alla luce dei principi contenuti nell'art. 8 CEDU è peraltro affermazione già formulata in un precedente della Corte (citato anche dalla sentenza Nabil), anteriore all'adozione del TUI. Si tratta di **Sez. I 12 maggio 1993, n. 2194, Medrano, rv 195661**, per cui «*quando uno straniero possiede una famiglia in un paese determinato, l'esecuzione della misura di espulsione costituisce una ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare, quale garantito al paragrafo 1 dell'art. 8 della CEDU, sicché, per ritenere giustificata la violazione di tale diritto, la misura di espulsione deve risultare necessaria in una società democratica*».

Conclusivamente va invece ricordato che **Sez. IV 4 febbraio 2004, n. 26938, Hata Abderrazzak, rv 228921**, ha ritenuto in passato compatibili con le norme costituzionali gli artt. 86 TUS e 15 TUI in relazione alla prevista espulsione, rilevando che la salvaguardia dell'unità familiare non può essere considerato valore prevalente sull'interesse dello Stato a far venir meno la presenza di uno straniero che abbia rilevato, attraverso la commissione di un delitto di una certa gravità, una particolare attitudine a delinquere.